



RIVISTA TICINESE DI DIRITTO

II - 2018

CANCELLERIA DELLO STATO DEL CANTONE TICINO
HELBIG LICHTENHAHN

ESTRATTO

RIVISTA TICINESE
DI DIRITTO

II- 2018

Francesca Amaddeo

Prospettive fiscali della digitalizzazione

CANCELLERIA DELLO STATO DEL CANTONE TICINO

HELBING LICHTENHAHN

Direzione e responsabilità editoriale:

Prof. Dr. Marco Borghi
e-mail: marco.borghi@unifr.ch

Redazione della parte fiscale:

Dr. Andrea Pedroli, Presidente della Camera di diritto tributario
e-mail: andrea.pedroli@ti.ch

incaricati dal Consiglio di Stato

Edita da: Cancelleria dello Stato del Cantone Ticino e
Helbing Lichtenhahn, Basilea (www.helbing.ch)

Distribuzione: – Ufficio della legislazione e delle pari opportunità,
6501 Bellinzona (e-mail: rtid@ti.ch)
– Schweizer Buchzentrum, Industriestrasse Ost, 4614 Hägendorf

Coordinamento e allestimento: Gibi Borghi
e-mail: borghi.gibi@bluewin.ch

Stampa: Salvioni arti grafiche, 6500 Bellinzona
e-mail: info@salvioni.ch

Copertina: riproduzione da Cornelia Forster

ISSN 1661-0954 – ISBN 978-3-7190-4175-5 (Helbing Lichtenhahn)
ISBN 978-88-6303-050-1 (Repubblica e Cantone Ticino)

Prospettive fiscali della digitalizzazione

Francesca Amaddeo*

Introduzione

1. L'approccio della comunità internazionale al fenomeno della digitalizzazione
 - 1.1. Piano d'Azione 1 BEPS e stato dell'arte
 - 1.2. Come l'implementazione del pacchetto BEPS sta impattando sul digitale?
 - 1.3. Prime riflessioni
2. Sviluppo della policy fiscale a livello internazionale in tema di imposte dirette
 - 2.1. Modifica della definizione di stabile organizzazione
 - 2.2. Conseguenze dell'economia digitale nel diritto tributario internazionale
 - 2.3. Il quadro UE
 - 2.4. Prime conclusioni
 - 2.5. Il quadro normativo svizzero e l'impatto della digitalizzazione
3. Riflessioni conclusive

Introduzione

Il fenomeno noto come digitalizzazione delle imprese, frutto della rivoluzione tecnologica, impatta notevolmente sulla fiscalità sollevando problematiche inerenti l'inidoneità degli istituti e dei principi tradizionali su cui l'intero impianto normativo si innesta. La rete e la gestione delle attività in via virtuale ha privato di significato storici concetti, quale, ad esempio, quello di stabile organizzazione, il quale non consente più di assicurare la correttezza del procedimento di accertamento e riscossione dei tributi dovuti dalle imprese. La comunità internazionale, *in primis*, e l'Unione europea, poi, sono intervenute valutando soluzioni atte ad evitare i fenomeni evasivi ed elusivi posti in essere dalle imprese attive nel

* Avvocato, Dottoressa di Ricerca in Diritto dell'Unione Europea e Ordinamenti Nazionali presso l'Università degli Studi di Ferrara, Collaboratrice scientifica del Centro competenze tributarie della SUPSI.

settore digitale operate tramite pianificazioni fiscali aggressive, nella specie, sfruttando l'inadeguatezza delle norme attualmente vigenti.

1. L'approccio della comunità internazionale al fenomeno della digitalizzazione

1.1. Piano d'Azione 1 BEPS e stato dell'arte

Già nel 2015, in sede di Piano d'azione di erosione della base imponibile e spostamento artificioso dei profitti, noto come BEPS (nella terminologia inglese, *Base erosion and profit shifting*)¹, l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), di concerto con il G20, analizzava le sfide fiscali poste dall'economia digitale.

Nella specie, nel report relativo al Piano di azione 1 del BEPS², si rappresentava la potenziale aleatorietà del fenomeno digitale. Ovviamente, la mera presenza di fattori di rischio non può ritenersi sufficiente a costituire una violazione ricompresa nello spettro applicativo BEPS, ma si ritiene che l'economia digitale, così come si presenta oggi, possa senza dubbio costituire un aggravio dei fenomeni evasivi ed elusivi.

Infatti, elementi fondamentali della digitalizzazione sono fattori quali (i) la mobilità dei dati, (ii) l'operare in network, (iii) la diffusione di modelli di imprese pluri-settoriali, in cui è difficile individuare la principale attività, (iv) la tendenza a costituire monopoli ovvero oligopoli ed, infine, (v) la volatilità.

Sin da una semplice lettura di questa elencazione, meramente esemplificativa, si percepisce come, sfruttando la rete e l'economia digitale, non solo le multinazionali abbiano potuto operare a livello globale in maniera più efficiente e veloce, scovre dai tradizionali vincoli territoriali, ma anche come ciò abbia comportato uno sviluppo di un nuovo mercato in-

¹ OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Explanatory Statement, 2015 Final Reports, consultabile in <http://www.oecd.org/ctp/beps-explanatory-statement-2015.pdf>. Per approfondimento, vedasi la pagina ufficiale OECD in <http://www.oecd.org/tax/beps/>.

² OECD (2015), Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>.

centrato su attività come raccolta e sfruttamento dei dati degli utenti, l'utilizzo di social network e la presenza delle cd. piattaforme «pluri-settoriali».

Da una prima analisi, il report suggerisce alcune soluzioni, aventi quale perno (i) la modifica della nozione di stabile organizzazione (rifacendosi al Piano di azione 7 del BEPS³), (ii) la revisione e l'aggiornamento delle linee guida in materia di *transfer pricing* (Azioni 8-10 BEPS⁴) e (iii) un intervento in tema di *Controlled Foreign Companies* [CFC]⁵ (Azione 3⁶). Il documento, tuttavia, non contiene specifiche raccomandazioni in merito ad altre opzioni che pure sono state analizzate come, ad esempio, il concetto di presenza economica significativa, quale nesso con il Paese di produzione del reddito ed una ritenuta alla fonte su alcune tipologie di transazioni digitali.

Nel mese di marzo 2018, l'OCSE ha diffuso un rapporto intermedio che aggiorna lo stato dell'arte sulle misure che si stanno adottando nei diversi paesi: *Tax Challenges Arising from Digitalisation*⁷.

Nell'arco del triennio è stato possibile verificare come il fenomeno digitale abbia quali implicazioni problematiche fiscali assai ampie, che trascendono lo spettro applicativo del piano d'azione BEPS, impattando sull'allocazione della potestà impositiva in presenza di operazioni digitali *cross-border*, tenendo in particolare considerazione tre elementi: (i) il cd. *nexus*, da intendersi quale elemento di collegamento con un territo-

³ OECD (2015), Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264241220-en>.

⁴ OECD (2015), Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264241244-en>.

⁵ Si tratta di una disciplina prevista in materia di redditi di imprese estere partecipate finalizzata al contrasto dell'evasione e dell'elusione fiscale.

⁶ OECD (2015), Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264241152-en>.

⁷ OECD (2018), Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264293083-en>.

rio, (ii) i *datas*, rilevanti per l'attribuzione del valore creato in un determinato mercato, e (iii) la cd. *characterisation*, legata alla caratterizzazione dei pagamenti per i nuovi prodotti digitali.

Tali questioni attengono chiaramente sia alle imposte dirette sia alle imposte indirette. In relazione a queste ultime e, nella specie, all'IVA, la soluzione proposta è l'adozione a livello globale delle linee guida OCSE e, soprattutto, del principio di destinazione da applicarsi per la determinazione del luogo di imposizione di servizi *cross-border*.

Relativamente alle imposte dirette, invece, il *Task Force on the Digital Economy*⁸ ha analizzato tre diverse opzioni e, segnatamente, (i) una nuova *nexus rule* basata sul concetto di «presenza digitale significativa», (ii) una ritenuta alla fonte da applicarsi a determinate tipologie di transazioni digitali, (iii) la cd. *equalisation levy*, ossia una tassa a carattere compensativo tra operatori esteri e nazionali ammesso che l'impresa estera abbia una presenza digitale significativa nel territorio.

Anche in questo caso, tuttavia, nessuna di tali proposte viene «raccomandata»: la scelta è fortemente influenzata dalla struttura del diritto tributario domestico.

Al fine, di fornire un'analisi chiara del fenomeno digitale e dell'impatto sulla fiscalità, si procederà ad una disamina approfondita del valore creato dai diversi modelli di *business* digitale, con un *focus* sulle principali misure pertinenti alla digitalizzazione ed il relativo impatto sul comportamento delle imprese in analisi. Inoltre, si procederà all'analisi degli scenari e delle evoluzioni del sistema tributario internazionale interconnessi al fattore *digital*.

1.2. Come l'implementazione del pacchetto BEPS sta impattando sul digitale?

Benché la digitalizzazione sia un fenomeno il cui rilievo si spinge ben oltre lo spettro applicativo del Piano d'azione BEPS, vi era l'aspettativa,

⁸ Il *Task Force on the Digital Economy* (TFDE) è una commissione costituita all'interno del Comitato per gli Affari fiscali con la partecipazione di 45 paesi inclusi tutti i membri dell'OCSE e del G20 allo scopo di analizzare e monitorare il settore dell'economia digitale.

da parte della comunità internazionale, che l'implementazione delle misure contenute in quest'ultimo giovasse alla risoluzione di almeno buona parte delle questioni fiscali sorte, in particolare, in tema di imposte dirette.

Ad oggi, tuttavia, l'adozione delle misure di cui sopra risulta ancora ad una fase «primordiale», sicché è difficile operare e presentare una stima relativa all'impatto ed all'efficacia delle stesse.

Ci si soffermerà, seppur brevemente, sullo stato dell'arte nell'attuazione delle misure previste dal piano d'azione BEPS che presentano maggior rilievo ai fini della valutazione del rapporto sussistente tra fiscalità e digitalizzazione.

1.2.1. La definizione di stabile organizzazione: Preventing the artificial avoidance of permanent establishment status (Azione 7)

In sede di Modello di Convenzione OCSE, uno degli strumenti posto quale ausilio alla risoluzione di problematiche inerenti l'imposizione dei redditi transnazionali è la cd. stabile organizzazione.

Non è certo questa la sede per analizzare l'iter storico e l'evoluzione dell'istituto, ma alcuni cenni risultano dovuti.

La stabile organizzazione rappresenta una *factio iuris* originatasi nell'ambito della lotta alla doppia imposizione quale soluzione alla tassabilità dei redditi prodotti dall'attività imprenditoriale svolta da un soggetto non residente in un determinato Stato⁹. La stabile organizzazione rappresenta il nesso, il collegamento con il territorio dello Stato che legittima quest'ultimo a tassare il reddito prodotto da un'impresa estera¹⁰.

⁹ La stabile organizzazione è un concetto fiscale, nel senso che la relativa nozione rileva agli esclusivi fini del diritto tributario. Sotto il profilo giuridico – infatti – la stabile organizzazione non è un'entità autonoma e distinta rispetto alla casa madre della quale costituisce una mera diramazione amministrativa, ma dal punto di vista fiscale è considerata un'entità separata. Vedasi, EUGENIO DELLA VALLE, Contributo allo studio della stabile organizzazione nel sistema di imposizione sul reddito: profili di diritto interno, Roma, 2004.

¹⁰ Il fine specifico, perseguito nell'ambito del diritto tributario, è quello di identificare un centro di imputazione di situazioni giuridiche dell'impresa non residente, sia per la definizione del presupposto d'imposta, sia per gli obblighi strumentali all'applicazione del tributo. Il concetto di stabile organizzazione viene utilizzato per determina-

Secondo la definizione, rinvenibile all'art. 5 del Modello di Convenzione OCSE contro le doppie imposizioni [M-OCSE], la stabile organizzazione è costituita da una sede fissa di affari (*fixed place of business*) per mezzo della quale l'impresa esercita in tutto o in parte la propria attività sul territorio dello Stato¹¹.

La possibilità per gli operatori economici di raggiungere ed interagire con utenti tramite remoto, attraverso la rete internet, unitamente all'automatismo introdotto in relazione all'espletamento di alcune funzioni d'impresa, hanno significativamente ridotto la necessità di infrastrutture locali e personali al fine di porre in essere le attività di vendita in determinati Paesi. Tali fattori costituiscono, oltre ad un *quid pluris* per le imprese esistenti, anche un incentivo per le multinazionali ad aprirsi al mercato digitale, consentendo loro di soddisfare le esigenze dei contribuenti a livello globale mantenendo la propria sede in un unico Stato, tramite una gestione centralizzata.

In alcuni casi, comunque, il gruppo multinazionale continua a mantenere una percentuale di presenza in Stati dove il mercato è sufficientemente rilevante per i propri prodotti, ad esempio, localizzandovi una sussidiaria responsabile per il supporto alle vendite (cd. *trade structures*), la quale è – tendenzialmente – retribuita in relazione ai servizi forniti proporzionalmente al guadagno percepito.

Problematiche possono sorgere nel momento in cui le funzioni formalmente attribuite da contratto alla sussidiaria divergono notevolmente dall'attività di fatto posta in essere. Ad esempio, il personale della sussi-

re il diritto di uno Stato contraente di assoggettare a tassazione gli utili di un'impresa avente sede nell'altro Stato contraente. Questa prospettiva è finalizzata a consentire allo Stato in cui la stabile organizzazione è localizzata di esercitare i propri diritti impositivi sul reddito prodotto nel proprio territorio.

¹¹ Affinché la stabile organizzazione possa dirsi sussistente, devono presentarsi contestualmente tutti i presupposti individuati dalla norma nazionale, quali: (i) una sede di affari, (ii) la fissità di questa, (iii) lo svolgimento di un'attività economica (nel complesso ovvero parzialmente), (iv) per mezzo della predetta sede di affari. Per un approfondimento, vedasi PAOLO FRANSONI, La stabile organizzazione nelle imposte sui redditi, Egea, 2014; MICHELE DEL GIUDICE, Le convenzioni internazionali, in: Il fisco, 25, 1987, pag. 4111.

diaria potrebbe porre in essere attività negoziale con i consumatori concludendo – di fatto – la vendita. Assunto che la sussidiaria non è formalmente parte della compravendita dei prodotti o dei servizi del gruppo multinazionale, tale struttura commerciale consente di evitare la costituzione di un agente dipendente, nella forma di stabile organizzazione nella giurisdizione interessata.

La soluzione proposta in sede BEPS, all’Azione 7, si è concretizzata nella modifica delle disposizioni di cui all’art. 5 M-OCSE e del relativo commentario, così come risulta nella versione ad oggi in vigore¹². Lo scopo di tale emendamento è prevenire l’elusione artificiosa della definizione di stabile organizzazione, criterio che consente o impedisce alla giurisdizione in cui si colloca il «mercato» cui attinge l’operatore economico di assoggettare ad imposta il reddito d’impresa del non residente. Inoltre, il Report relativo al Piano d’Azione 1 BEPS rilevava come tali cambiamenti avrebbero giovato e contribuito a mitigare alcuni aspetti critici nell’ambito delle imposte dirette relativamente al *nexus*, se implementate in senso ampio. Tali aspettative erano estremamente rilevanti per i casi di imprese che avessero, al contempo, una presenza fisica in un determinato mercato, ma non qualificabile come stabile organizzazione.

Più specificamente, l’Azione 7 ha suggerito la modifica della definizione di agente nell’ambito della stabile organizzazione, di cui ai §5 e 6 dell’art. 5 M-OCSE. Il fine perseguito era quello di evitare l’uso artificioso di strutture cd. *commissionnaire*¹³.

¹² OECD, (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/mic_cond-2017-en.

¹³ Tendenzialmente è possibile includere nella categoria degli «accordi *commissionnaire*», tutti quei negozi giuridici posti in essere da un contribuente che si occupa della vendita di beni e/o prestazione di servizi, formalmente in prima persona e spendendo il proprio nome, in un determinato Paese, operando, in realtà, in nome e per conto di una società estera. Ciò consente all’azienda estera di offrire i propri prodotti in un paese diverso da quello di residenza senza, tecnicamente, costituire una stabile organizzazione nel predetto paese, cui dovrebbero essere attribuite le operazioni economiche ivi svolte: di conseguenza, questa non sarà soggetta ad imposizione in tale giurisdizione relativamente ai profitti ivi prodotti. Altro vantaggio consiste nella non tassabilità dei proventi derivanti dalle operazioni concluse in capo alla persona fisica non essendo questa la proprietaria dei beni/prodotti ceduti: costei potrà essere tassata

L’Azione 7, inoltre, raccomandava un aggiornamento delle specifiche attività esenti rinvenibili nel §4 dell’art. 5 M-OCSE, poi attuato ed oggi incluso nella nuova versione del Modello, in virtù delle quali una stabile organizzazione non è considerata sussistente qualora una sede di affari sia utilizzata esclusivamente per le attività tassativamente previste nella lista ivi contenuta. Lo scopo è prevenire l’applicazione automatica di tali esenzioni restringendo l’attività svolta (formalmente) a carattere ausiliario ovvero preparatorio. Tale modifica risulta particolarmente rilevante per alcune attività digitalizzate, come quelle ricomprese nelle transazioni virtuali *business-to-consumer* (B2C) e laddove alcune attività di «magazzinaggio» siano ben distanti dall’essere meramente ausiliarie o di supporto, ma finiscano per costituire il cuore dell’attività.

Nella nuova formulazione dell’art. 5, §4 M-OCSE, tali attività di «magazzinaggio» locale, poste in essere da non residenti, non beneficiano più delle esenzioni prima previste nella definizione di stabile organizzazione se, per loro stessa natura, non sono preparatorie ed ausiliarie. Tale potrebbe essere, ad es., il caso di un «grande» magazzino di un’impresa non residente, nel quale lavora un numero rilevante di impiegati dediti al magazzinaggio ed alla consegna dei beni, detenuti e venduti dall’impresa non residente, tale che lo stesso viene a costituire una parte essenziale della catena di vendita/distribuzione della medesima impresa non residente.

Le misure delineate nell’Azione 7 BEPS ed incluse nella più recente versione del Modello OCSE vengono progressivamente implementate nei trattati bilaterali esistenti sia tramite la Convenzione Multilaterale BEPS (Convenzione MLI) sia tramite una rinegoziazione indipendente delle convenzioni preesistenti¹⁴.

solo esclusivamente sui compensi percepiti come agente, tendenzialmente, una commissione (di qui, la definizione degli accordi *commissionnaire*). Assunto che, ai sensi dell’art. 5 M-OCSE, la stabile organizzazione viene ravvisata nel momento in cui vi sia la conclusione formale dei contratti in nome e per conto dell’impresa estera, risulta, pertanto, evidente come una società estera che si avvalga di contratti conclusi dal soggetto che percepisce le commissioni (trattandosi di contratti non vincolanti per la prima), pone in essere un’elusione di quanto previsto dall’art. 5 M-OCSE.

¹⁴ Recentemente, nel corso del mese di marzo 2018, l’OCSE ha rilasciato la *Additional guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*, relativa alle mo-

1.2.2. Verifica della conformità dei prezzi di trasferimento al valore prodotto (Azioni 8-10)

Il Piano BEPS ha identificato diversi schemi utilizzati dalle multinazionali per «scomputare» il reddito dalle relative attività economiche. Sono tali i meccanismi di allocazione degli utili e dei relativi rischi a subordinate o sussidiarie site in paesi a bassa fiscalità.

Un classico esempio può essere dato da un accordo di *cost-sharing* finalizzato al trasferimento di intangibili prodotti da un'entità appartenente al gruppo multinazionale ad una società associata, cd. *IP holding*, sita in una giurisdizione a bassa fiscalità (Stato X). Tali intangibili vengono successivamente concessi con licenza ad altre sussidiarie operanti nel marketing e nella vendita, senza che l'*IP holding* sia di fatto coinvolta nello sviluppo, valorizzazione, mantenimento, protezione o sfruttamento¹⁵ degli stessi. Ciò consente al gruppo multinazionale di conservare il «grosso» di tali profitti in una sorta di «salvadanaio», rappresentato dall'*IP holding* che si trova nel paese a fiscalità privilegiata, la quale detiene il capitale per finanziare le attività del gruppo. Quest'ultima detiene la proprietà degli *assets* di maggior valore, anche in situazioni in cui l'allocazione contrattuale degli utili e dei rischi non rispecchi la reale condotta delle parti.

Le Azioni 8-10 del Progetto BEPS hanno sviluppato una guida per minimizzare tali ipotesi potenzialmente lesive. In particolare, si cerca di prevenire l'erosione della base imponibile tramite il trasferimento tra i membri del gruppo (Azione 8), l'allocazione dei rischi ovvero del capitale in misura sproporzionata tra i membri di un gruppo multinazionale (Azione 9) e le transazioni che non sarebbero diversamente poste in essere con una parte terza (Azione 10). Ciò ha, chiaramente, importanti ripercussioni in relazione ai modelli di impresa digitalizzati.

difiche proposte ed attuate a fronte dell'Azione 7 BEPS contenente l'analisi delle modifiche apportate all'M-OCSE ed alcuni esempi pratici di ausilio alla comprensione, in particolare, relativamente all'applicazione delle eccezioni previste dall'art. 5, §4 M-OCSE.

¹⁵ In lingua inglese, DEMPE, ossia development, enhancement, maintenance, protection or exploitation.

Tali analisi sono state incluse nelle aggiornate Linee guida OCSE in tema di *transfer pricing*¹⁶ laddove si prevede che tali *outcomes* debbano essere in linea con l'effettivo valore creato. Come è noto, benché le linee guida costituiscano un documento che ha un'importante influenza sul sistema tributario dei paesi OCSE e non, l'implementazione delle relative normative dipende, chiaramente, dall'impianto domestico.

In ogni caso, le Amministrazioni finanziarie dispongono, oggi, di mezzi più idonei al contrasto dello spostamento dei profitti da parte dei gruppi multinazionali¹⁷, tra cui:

- la possibilità di identificare le transazioni reali tra le imprese associate tramite la produzione di prove documentali a ciò idonee;
- un *framework* analitico per determinare quali siano, di fatto, le imprese associate che assumono i rischi ai fini del *transfer pricing*, tramite l'allocazione degli stessi operate in via contrattuale;
- una guida per determinare accuratamente i reali contributi apportati da un'impresa associata che fornisce esclusivamente capitali senza svolgere, di fatto, alcuna attività funzionale;
- una guida sulle transazioni che comportano l'uso o il trasferimento di intangibili che assicura la proprietà di un intangibile ad una sola impresa associata (il che, di per sé, non costituisce titolo per un ritorno dallo sfruttamento degli stessi).

1.2.3. Rafforzamento delle regole CFC (Azione 3)

La mobilità e la flessibilità che caratterizzano il mondo digitale consentono alle multinazionali di gestire le proprie operazioni a livello globale da una sede «centralizzata», senza alcun collegamento né col paese in cui vengono poste in essere le operazioni di ricerca e sviluppo né quello in cui si trovano i fornitori o i consumatori.

¹⁶ OECD (2017), OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/tpg-2017-en>. Per una traduzione in lingua italiana, http://www.mef.gov.it/documenti-allegati/2018/x/Allegato_3x_Linee_Guida_OCSE_sui_prezzi_di_trasferimento_per_imprese_multinazionali_e_amministrazioni_fiscali.pdf.

¹⁷ OECD, Interim Report, pag. 98.

Nello schema più frequente, un gruppo multinazionale, la cui casa madre ipotizzeremo sita nello Stato K, alloca il proprio reddito presso una sussidiaria sita in un Paese a fiscalità ridotta (Stato X, giurisdizione CFC) localizzandovi intangibili e usandoli per vendere beni digitali e servizi tramite la rete internet a consumatori terzi che si trovano in altri Paesi (Stati A, B e C). Tipicamente, la sussidiaria nello Stato X ha personalità limitata e di per sé non pone in essere alcuna attività d'impresa relativa alle vendite online.

Secondo questo schema, infatti, non solo il reddito derivante dalle vendite online non risulta assoggettato ad imposta nello Stato in cui si trova il consumatore (Stati A, B e C), ma lo stesso risulta imposto in misura minima, se non addirittura, totalmente esente nella giurisdizione CFC (Stato X).

Inoltre, i pagamenti saranno generalmente esenti anche per quanto attiene alla tassazione degli azionisti (società madre) nello Stato di residenza (Stato A). Tale risultato può essere raggiunto poiché molti ordinamenti sono privi di un regime CFC (come, ad es., la Svizzera), hanno un regime inidoneo a prevenire tali schemi ovvero ne prevedono uno che può agevolmente essere eluso¹⁸.

1.2.4. Altre misure in tema di imposte dirette

La flessibilità di molte imprese digitali nella scelta dell'allocazione delle proprie risorse crea un incentivo allo sfruttamento di strutture interposte site in paesi con regimi convenzionali favorevoli al fine di conseguire

¹⁸ Si rileva come, la Direttiva cd. ATAD, ossia la Direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio del 12 Luglio 2016 recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno, imponga agli Stati membri UE lo studio e l'analisi inerente l'implementazione di una legislazione CFC. Per approfondimento, vedasi PIERGIORGIO VALENTE, La valutazione del Parlamento europeo sulla Proposta di Direttiva antielusione, in: *Il fisco*, n. 27/2016, pag. 1-2657; MICHELE GENTILE, In dirittura di arrivo la Direttiva anti-elusione, in: *NF 11/2017*, pagg. 336-339; MARCELLO MORETTI, Controlled Foreign Companies: alcune riflessioni di carattere sistematico alla luce delle modifiche introdotte dal decreto internazionalizzazione e dalla legge di stabilità 2016, in: *Diritto e pratica tributaria internazionale*, n. 3/2017, pagg. 750-784; JACOB BUNDGAARD ET AL., When Are Domestic Anti-Avoidance Rules in Breach of Primary and Secondary EU Law? – Comments Based on Recent ECJ Decisions, in: *58 European Taxation*. 4 (2018), *Journals IBFD*.

benefici da questi derivanti garantiti tendenzialmente solo a società residenti (il cd. fenomeno del *treaty-shopping*). Al fine di arginare tali fenomeni, nell'ambito BEPS, l'Azione 6 ha delineato un minimo standard da implementare quale misura anti-abuso all'interno dei trattati. Inoltre, tale minimo standard richiede l'inclusione, nel preambolo, di una frase che chiarisca come il trattato medesimo non sia studiato per creare opportunità tali da consentire la non-tassazione ovvero un'imposizione ridotta tramite l'evasione o l'elusione fiscale.

Siffatte misure dovrebbero consentire, lette in combinato disposto, che lo Stato della fonte possa applicare la propria normativa interna in caso di elusione, prescindendo dalle regole dei trattati che prevengono la doppia imposizione.

1.3. Prime riflessioni

Ora, le misure di cui sopra, rappresentano le macro-categorie di intervento definite in sede BEPS, che si presentano ancora *in itinere*. Tuttavia, sebbene in assenza di stime empiriche, è già stato possibile riscontrare un primo impatto sulle politiche fiscali dei gruppi multinazionali.

Ciò ha, infatti, comportato l'impossibilità della realizzazione di determinati schemi di pianificazione fiscale *cross-border* se non, addirittura, la totale perdita di attrattività in termini finanziari, anche per le imprese digitali.

Ne consegue la possibilità di riprendere una tassazione effettiva, nello Stato di residenza e/o nello Stato della fonte, ponendo fine a quelle situazioni in cui i soggetti interessati andavano esenti ovvero venivano imposti in maniera assai esigua.

Il fenomeno *digital* ha, pertanto, indotto la comunità internazionale a rivisitare istituti e principi cristallizzati nel diritto tributario, impattando su profili non certo secondari delineati negli ordinamenti dei singoli Stati e riconosciuti a livello globale.

Ci si aspetta, infatti, che i gruppi di multinazionali proseguano nell'*iter* di adeguamento delle proprie strutture alle attività svolte in concreto, ivi comprese le attività digitali: ciò sarà possibile modificando l'allocazione e la distribuzione delle risorse e dei rischi. A comprova della policy in-

trapresa gioveranno i dati derivanti dalla documentazione prevista all'insegna del *Country-by-country Reporting*¹⁹.

L'inversione di rotta in tal senso si è già manifestata nel comportamento posto in essere, ad esempio, da alcune imprese altamente digitalizzate (si pensi, ad es., ad Amazon, eBay, Facebook, Google²⁰) che hanno modificato il proprio impianto strutturale passando da un sistema di vendita centralizzata «in remoto» ad uno in cui la vendita destinata a clienti siti in un determinato territorio viene gestita da un'entità locale e riconosciuta come tale.

Un siffatto cambiamento, sebbene impatti in maniera sicuramente importante sulle entrate derivanti dall'imposta sulle società (la quale verrebbe ad applicarsi non più su sussidiarie, ma su stabili organizzazioni effettive identificate come tali), non risulta sufficiente ad arginare le problematiche sussistenti nel campo delle imposte dirette.

Infatti, il piano d'azione BEPS non si preoccupa di affrontare le questioni di più ampio spettro che, per lo più, sono connesse all'allocazione della potestà impositiva tra i diversi paesi.

Questo per due ordini di ragioni. La prima: le raccomandazioni date in sede BEPS sono state studiate esclusivamente per colmare le lacune e le ridondanze presenti nei sistemi tributari nazionali che hanno dato origine al fenomeno della cd. doppia non imposizione e non, diversamente, per affrontare le sfide fiscali generate dalla digitalizzazione. Nella specie, nessuna misura definita dal piano d'azione in esame affronta direttamente problematiche attinenti la situazione di imprese estere che non siano fisicamente presenti nel territorio in cui sono siti i clienti, né, tantomeno, il trattamento e la possibile rilevanza della partecipazione degli

¹⁹ OECD (2015), *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264241480-en>; MICHELLE HANLON, *Country-by-country Reporting and the International Allocation of Taxing Rights*, in: *Bulletin for International Taxation*, April/May 2018, pagg. 209-217.

²⁰ PAUL TANG & HENRI BUSSINK, *EU Tax Revenue Loss from Google and Facebook*, PvDA, Settembre 2017, consultabile al link <https://static.financieel-management.nl/documents/16690/EU-Tax-Revenue-Loss-from-Google-and-Facebook.pdf>; PETER HONGLER & PASQUALE PISTONE, *Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy*, in: *IBFD Working paper*, 2015.

utenti. La neo-coniata definizione di stabile organizzazione, altresì, non assicura un incremento delle entrate derivanti dalle imposte dirette sulle società *de quo*. In secondo luogo, l'esigua attuazione delle misure dettate dal piano d'azione BEPS per affrontare le problematiche assurte con la digitalizzazione, quali, ad esempio, la nozione di stabile organizzazione, ha, a sua volta, uno scarso rilievo nella riduzione della pressione legata all'imposta nello Stato della fonte determinata dalla sempre maggior rilevanza rivestita dal commercio transnazionale di prodotti e servizi digitali. In assenza di un approccio univoco ed armonizzato, pertanto, si sono riscontrate alcune misure adottate a livello domestico.

2. Sviluppo della policy fiscale a livello internazionale in tema di imposte dirette

In risposta alle raccomandazioni ed alle analisi mosse in sede BEPS, nella specie, all'Azione 1, i singoli Stati si sono attivati adottando misure unilaterali che possono essere raggruppate in quattro categorie: (i) modifica della definizione di stabile organizzazione; (ii) ritenuta alla fonte; (iii) imposte sul *turnover*; (iv) regimi indirizzati ai grandi gruppi di multinazionali.

2.1. Modifica della definizione di stabile organizzazione

Gli emendamenti apportati in tale contesto impattano su una riduzione della soglia di presenza fisica e di permanenza in un determinato territorio richiesta al fine di poter rinvenire la sussistenza di un *nexus* per procedere all'assoggettamento ad imposta. Inoltre, queste misure hanno l'effetto di far presumere la sussistenza di una stabile organizzazione in circostanze in cui, secondo l'approccio tradizionale, l'entità non sarebbe da considerare tale. I punti cardine di tali modifiche sono rappresentati dalla «presenza digitale» ovvero dalla prestazione di «servizi digitali», scollegati, quindi, dal requisito della presenza fisica.

2.1.1. Implementazione dei fattori indice di presenza digitale

Tendenzialmente si tratta di criteri che indicano la sussistenza di una relazione, sebbene non caratterizzata dalla presenza fisica, con il mercato

di un determinato paese in via digitale. Questi sono delineati per stabilire un *nexus* in situazioni in cui una società non residente, fisicamente stabilita in un altro territorio (quindi, operando in remoto), crei e mantenga un'interazione con i clienti di uno specifico paese.

Un ingente numero di Stati ha già annunciato che avrebbe provveduto a modificare la definizione di stabile organizzazione adottata, sia in contesto convenzionale sia domestico, introducendo quale requisito una presenza «digitale» ovvero «online». Tra le misure sinora adottate, si evidenzia il concetto di «presenza digitale significativa», introdotto per la prima volta nell'ordinamento israeliano nell'Aprile del 2016²¹, l'estensione della nozione di «sede fissa di affari» per alcune piattaforme digitali adottata nel 2017 dalla Repubblica slovacca e la nuova *nexus rule* basata sul concetto di «presenza economica significativa» che verrà introdotta nel 2019 in India^{22/23}. Particolare attenzione deve essere dedicata all'introduzione di tale concetto in sede euro-unitaria, di cui si dirà.

2.1.2. Ritenute alla fonte

Per il reddito derivante dai cd. *passive income*, come dividendi, interessi e royalties, sia a livello nazionale sia in ambito di convenzione contro le doppie imposizioni, sono tendenzialmente riconosciute eccezioni alla definizione di stabile organizzazione per le imprese non residenti, basate sull'applicazione di altre disposizioni. Talune sono riprese agli art. 10 (dividendi), 11 (interessi) e 12 (royalties) del M-OCSE. Questi creano regole specifiche di allocazione della potestà impositiva consentendo allo Stato della fonte di applicare una ritenuta alla fonte sul reddito lordo, restando in capo allo Stato di residenza un potere residuale.

I recenti sviluppi mostrano una sempre maggiore diffusione di tali eccezioni. L'obiettivo è quello di assicurare la potestà impositiva per lo Stato della fonte anche quando la società non residente non abbia ivi una pre-

²¹ OECD, Interim Report, box. 4.1., pag. 137.

²² OECD, Interim Report, box 4.2., pag. 138.

²³ Per un approfondimento, vedasi VISHESH DHULHOYA, The future of the Permanent Establishment Concept, in: Bulletin for International Taxation, 2018, Vol. 72, n. 4°/Special issue.

senza fisica. Inoltre, il processo di digitalizzazione ha comportato una confusione nella distinzione tra profitti realizzati dall'impresa, royalties e servizi tecnici (si pensi, ad es., al *cloud computing*²⁴). A tal fine si sono studiate alcune potenziali misure da introdurre, quali:

- estendere lo spettro applicativo della ritenuta alla fonte per le royalties, ricomprendendovi anche parte del reddito che prima, in ambito convenzionale, rientrerebbe nella nozione di reddito d'impresa, quale ad esempio, i corrispettivi per l'uso ovvero la concessione di software;
- adozione di una ritenuta alla fonte sui prezzi per i servizi tecnici;
- introduzione di nuove ritenute alla fonte su altre specifiche categorie di reddito, come, ad es., quello derivante dalla pubblicità online.

2.1.3. *Turnover taxes*

Un significativo numero di paesi è intervenuta tralasciando i tradizionali canoni impositivi, optando per l'applicazione di un'imposta basata sul *turnover* dell'impresa non residente, al pari dei fornitori di servizi e beni digitali con sede estera. In tale ambito, tale imposta colpisce, tendenzialmente, il reddito percepito tramite pubblicità online.

Queste sono solitamente accompagnate da una *nexus rule* di ampio spettro, focalizzata sui destinatari delle prestazioni e generalmente applicata alle imprese, siano esse residenti o meno, quindi, a prescindere dalla loro localizzazione.

²⁴ *Cloud computing*: Letteralmente «nuvola informatica», termine con cui ci si riferisce alla tecnologia che permette di elaborare e archiviare dati in rete. In altre parole, attraverso internet il c.c. consente l'accesso ad applicazioni e dati memorizzati su un hardware remoto invece che sulla workstation locale. Per le aziende di grosse dimensioni implica dunque un ingente abbattimento dei costi; non sono più necessari hardware potenti (costosi e soggetti a frequenti manutenzioni), ma basta una macchina in grado di far funzionare l'applicativo d'accesso alla «nuvola». Non mancano però le perplessità; da un lato i file sono accessibili solo tramite rete, dall'altro (nonostante le rassicurazioni dei fornitori) si teme per la sicurezza dei dati sensibili. Il c.c. può mettere a disposizione hardware in remoto (IaaS – Infrastructure as a Service), piattaforme software (PaaS – Platform as a Service) o software in remoto (SaaS – Software as a Service), da Enciclopedia Treccani, consultabile al link <http://www.treccani.it/enciclopedia/cloud-computing/>.

La comune *ratio* sottesa a tali interventi è quella di ripristinare un sistema «neutrale», equo tra le società residenti e non che operino in settori della *digital economy*.

2.1.3.1. *Web tax italiana*²⁵

Un caso specifico è dato dall'imposta sulle transazioni digitali, per l'appunto, cd. *web tax*²⁶, che entrerà in vigore dal 1° gennaio 2019 in Italia.

Si tratta di un'imposta diretta che colpisce le transazioni digitali *business-to-business* relative a servizi prestati con mezzi elettronici da soggetti (siano essi residenti o meno) che effettuano nell'anno solare più di tremila transazioni nei confronti di (i) soggetti residenti che rientrano nella categoria dei sostituti d'imposta (esclusi quelli che hanno aderito al regime forfettario o al regime dei minimi); (ii) stabile organizzazione di non residenti site in Italia destinate a consumatori residenti in Italia.

I servizi interessati sono quelli forniti tramite internet o una rete elettronica, essenzialmente automatizzati, corredati di un intervento umano minimo e impossibili da rendere in assenza di tecnologia, quali, ad es., pubblicità e motori di ricerca online, servizi di analisi, trasmissione ed elaborazione dati.

Per quanto attiene alle modalità di calcolo, si applica l'aliquota del 3% sui servizi prestati (per ogni singola prestazione, al netto dell'IVA) indipendentemente dal luogo di conclusione della transazione.

Infine, per gli adempimenti, i committenti dei servizi devono: (i) prelevare l'imposta all'atto del pagamento del corrispettivo, con obbligo di ri-

²⁵ Per approfondimenti, vedasi EUGENIO DELLA VALLE, La *web tax* italiana e la proposta di Direttiva sull'Imposta sui servizi digitali: morte di un nascituro appena concepito?, in: *Il fisco*, n. 16/2018, pagg. 1-1507; MAURIZIO LEO, Quale tassazione per l'economia digitale, in: *Il fisco*, n. 21/2018, pagg. 1-2007; ELENA PADOVANI, *Web tax*: quadro del dibattito internazionale e possibili scenari, in: *Corr. Trib.*, n. 4/2018, pagg. 257-264; ANTONIO FREDIANI, La *web tax* in cerca di identità tra catena del valore e sottrazione di materia imponibile, in: *Il fisco*, n. 46/2017, pagg. 1-4458; DIEGO AVOLIO & DOMENICO PEZZELLA, La *web tax* italiana dei servizi digitali, in: *Il fisco*, n. 6/2018, pagg. 1-525; BRUNO FERRONI, Stabile organizzazione: la disciplina nazionale si adegua al BEPS e introduce la «continuativa presenza economica», in: *Il fisco*, n. 7/2018, pagg. 1-632.

²⁶ Art. 1, co. 1011-1017, L. 205/2017 (Legge di bilancio 2018).

valsa sui prestatori, salvo che questi indichino di non superare il limite di tremila transazioni annue in fattura o in altro documento idoneo; (ii) versare l'imposta entro il giorno 16 del mese successivo a quello di pagamento.

I dettagli inerenti la *web tax* devono essere ancora definiti in un Decreto Ministeriale²⁷ che deve ancora essere emanato.

2.1.4. Regimi indirizzati ai grandi gruppi di multinazionali

Un'altra categoria di misure estremamente importanti rilevata dall'analisi svolta in sede OCSE è l'introduzione di nuovi regimi amministrativi che ambiscono a bilanciare il rapporto tra le Amministrazioni finanziarie ed i gruppi di multinazionali ovvero introducendo specifiche norme anti-abuso per prevenire l'erosione della base imponibile sempre da parte dei gruppi di multinazionali.

L'esempio di maggior rilievo è dato dalla *Diverted Profit Tax* adottata dal Regno Unito²⁸. Se tali schemi hanno, di fatto, contribuito ad attenuare i comportamenti dannosi e sleali operati dalle multinazionali, non si può tralasciare il dispendio in termini di risorse, umane e di denaro, che lo Stato ha dovuto investire per adattare il proprio sistema interno all'applicazione del medesimo.

2.2. *Conseguenze dell'economia digitale nel diritto tributario internazionale*

Da quanto sopra, appare evidente come l'intera comunità internazionale si è – oramai – trovata costretta a confrontarsi con un innovato mercato digitale.

²⁷ L'emanazione era prevista entro il 30 aprile 2018.

²⁸ OECD, Interim Report Box 4.7, pag. 149; GIOVAMBATTISTA PALUMBO, Prospettive di una nuova tassazione dell'economia digitale, in: *Il fisco*, n. 44/2017, pagg. 1-4257; LEE A. SHEPPARD, Digital Permanent Establishment and Digital Equalization Taxes, in: *Bulletin for International Taxation*, 2018, vol. 72, n. 4° Special Issue; HM TREASURY, Corporate tax and digital economy: position paper update, March 2018, consultabile al link <https://www.gov.uk/government/consultations/corporate-tax-and-the-digital-economy-position-paper>.

I più recenti sviluppi fiscali mostrano, infatti, come un numero sempre maggiore di paesi abbiano implementato diverse misure allo scopo di tutelare le proprie entrate erariali, incluse quelle derivanti dalla vendita di beni e servizi digitali nel proprio mercato.

Ciò ha impattato notevolmente, soprattutto, nel quadro di politica fiscale, amplificando i sentori di latenti problematiche e questioni relative all'annosa questione inerente l'allocazione della potestà impositiva tra Stato della fonte e Stato di residenza.

Sino ad oggi, due sono stati, sostanzialmente i principi su cui è articolata la modalità di assoggettamento ad imposta del reddito di imprese operanti *cross-border*:

- La *nexus rule* per l'individuazione della giurisdizione avente la potestà impositiva su un'impresa non residente. Tendenzialmente, ai sensi della cd. *nexus rule*, di cui all'art. 7 M-OCSE, il reddito d'impresa è imponibile esclusivamente dallo Stato di residenza a meno che la stessa non ponga in essere la propria attività in altro Stato (Stato della fonte) tramite una stabile organizzazione ivi situata.
- L'allocazione dei profitti, basata sul principio dell'*arm's lenght*. Una volta assodata la potestà impositiva in capo ad uno Stato, occorre determinare secondo regole precise la percentuale di profitti da assoggettare ad imposta. A ciò rileva il principio di allocazione dei profitti, applicabile (a) qualora uno Stato abbia potestà impositiva sul reddito d'impresa di un contribuente residente (es., art. 9 M-OCSE) ovvero (b) quando tali profitti siano attribuibili ad una stabile organizzazione di un contribuente non residente (art. 7 M-OCSE).

Si tratta, sostanzialmente, di due principi strettamente ancorati alla nozione di presenza fisica sul territorio e, proprio in ciò, si ravvisa la maggiore difficoltà nell'applicazione alla nuova «era digitale».

Pertanto, il neo-coniato contesto impone una riflessione di più ampio spettro vagliando quali siano i singoli fattori da analizzare, migliorare ed adattare al fine di poter approcciarsi in maniera efficiente ed efficace alla digitalizzazione in chiave fiscale.

Come si è detto sin dall'inizio, quindi, tre sono fondamentalmente le tematiche (che talvolta si sovrappongono) cui è sottesa la più ampia questione inerente la spartizione del potere di tassazione tra Stato della fonte

e Stato di residenza nell'ambito delle imposte dirette applicabili al settore digitale:

- *nexus*: il continuo incremento di tecnologie digitali ed il progressivo discostamento dal requisito della presenza fisica al fine di poter porre in essere un'attività di impresa, unitamente al sempre maggior peso dei network e della conseguente interazione tra i consumatori, implica una necessaria modifica dei criteri attualmente in vigore;
- *data*: la digitalizzazione porta ovviamente seco una maggiore quantità ed un agevole accesso ai database contenenti dati degli utenti (diffusi a livello globale, si pensi, ad es., all'interno di un vasto gruppo di multinazionali), oltre che uno scambio di informazioni tale da poter «costituire entità» onde approfittare delle regole maggiormente favorevoli. Senza tralasciare, inoltre, la sempre più diffusa profilazione del consumatore e la presentazione di prodotti appositamente selezionati che comporterà sicuramente a breve ulteriori questioni da risolvere;
- *caratterizzazione/tipizzazione (characterisation)*: lo sviluppo di nuovi prodotti digitali oltre che la prestazione di diversi servizi crea incertezza in relazione alla tipizzazione dei pagamenti operati nel contesto di nuovi modelli d'impresa, in particolare in relazione al *cloud computing*.

La combinazione di tali elementi ha comportato l'insorgere di diversi modelli di imprese altamente digitalizzate²⁹ e, di conseguenza, questioni fiscali cui approcciarsi in senso strettamente tecnico. Tuttavia, le strutture imprenditoriali variano in ragione di una serie disparata di fattori, il che comporta, necessariamente, diverse prese di posizione da parte degli Stati.

La comunità internazionale è divisa sulle soluzioni da adottare: parte degli stati, più «conservatori» non ritiene necessario modificare il nucleo di tali principi, mentre un'altra parte ritiene, invece, essenziale aggiornarli per operare correttamente ed al passo coi tempi, evitando che la digitalizzazione si trasformi da risorsa qual è a mero strumento per l'aggiornamento delle norme tributarie.

²⁹ Per un'analisi approfondita, vedasi OECD, Interim Report, pagg. 169 e segg.

Il sistema tributario, tuttavia, deve, per sua natura, risultare coerente e continuare a basarsi su principi condivisi e cristallizzati nei singoli Stati membri: si auspica, quindi, un intervento armonizzato.

2.3. *Il quadro UE*

Per rispondere a tali esigenze ed in via sicuramente armonizzata, stante la scelta dello strumento «direttiva», si è attivata l'Unione europea che recentemente ha emanato due direttive aventi ad oggetto la fiscalità e la digitalizzazione.

La Commissione europea è, infatti, intervenuta a più riprese nel dibattito internazionale sulla tassazione dell'economia digitale.

Il 21 marzo 2018, la stessa ha presentato due proposte di direttiva relative alla tassazione dell'economia digitale che prevedono: (i) un intervento di tipo strutturale sulle regole in materia di individuazione e tassazione della stabile organizzazione, introducendo il concetto di «Presenza Digitale Significativa» [PDS], quale nesso di imponibilità del reddito prodotto in un determinato Paese e prevedendo regole per l'attribuzione del profitto a tale PDS; (ii) un intervento di tipo congiunturale e temporaneo, attraverso l'introduzione di una *digital tax* sui ricavi di taluni servizi digitali da pagare nel Paese in cui detti servizi vengono fruiti.

Entrambe le direttive euro-unitarie assumono che il valore generato dai servizi digitali è per la massima parte procurato dagli utenti, cioè da coloro (consumatori finali o imprese) che partecipano ad una attività digitale (cioè che accedono, navigano e utilizzano interfacce digitali come siti web, social network e applicazioni in genere) e ciò anche a prescindere dal fatto che essi paghino, o meno, un corrispettivo per accedere all'interfaccia digitale.

L'economia digitale (e i ricavi da essa generati), cioè, dipende da attività immateriali costituite dai dati degli utenti e da metodi avanzati di raccolta e trattamento degli stessi.

Si tratta di un approccio completamente innovativo che guarda, non già all'ubicazione delle strutture dell'impresa, materiali ed umane, dedicate alla produzione dei servizi digitali o al mantenimento dell'interfaccia digitale a cui accedono gli utenti, quanto al luogo in cui sono ubicati questi ultimi.

Ciò genera problematiche del tutto nuove e la cui soluzione sarà evidentemente oggetto di successive evoluzioni, con riguardo alla individuazione del luogo in cui gli utenti sono collocati quando accedono all'interfaccia digitale, come pure alla ripartizione territoriale del profitto dell'impresa in funzione di parametri quali il numero degli utenti, il grado di intensità e le modalità di accesso all'interfaccia digitale.

2.3.1. Proposta di Direttiva 2018/147/UE che stabilisce le norme per la tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa³⁰

La proposta di Direttiva 2018/147/UE stabilisce la tassazione in un determinato Paese del reddito ivi prodotto da una società residente in un altro Stato mediante una cd. «Presenza Digitale Significativa» [PDS], cioè la stabile organizzazione della società dell'economia digitale.

2.3.1.1. Presupposti soggettivi e territoriali

L'ambito di applicazione della Direttiva 2018/147/UE, in presenza di una PDS in uno Stato membro, ricomprende:

- società residenti in un altro Stato membro UE;
- società residenti in uno Stato extra UE con il quale non è in vigore una convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni;
- società residenti in uno Stato extra UE in presenza di una convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni, ma solo se la convenzione prevede regole simili a quelle previste dalla Direttiva.

2.3.1.2. Definizione di Servizi Digitali

L'individuazione dei servizi digitali è essenziale per comprendere l'ambito oggettivo della Direttiva in esame, poiché solo la fornitura di tali servizi da parte di una società costituisce il presupposto di applicazione delle regole impositive. Se, cioè, l'attività svolta dalla società in un de-

³⁰ Proposta di Direttiva del Consiglio che stabilisce norme per la tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa – {SWD(2018) 81 final} – {SWD(2018) 82 final} in <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/IT/COM-2018-147-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF>.

terminato paese non è costituita dalla fornitura di servizi digitali, le regole ivi contenute non saranno ad esse applicabili.

Un servizio digitale è un servizio fornito attraverso internet o attraverso una rete elettronica, la cui natura rende la prestazione essenzialmente automatizzata e richiede un intervento umano minimo³¹.

La semplice vendita di beni o servizi agevolata dal ricorso a internet o ad una rete elettronica non è considerata un servizio digitale³².

Tra gli altri, si considerano «servizi digitali»:

- la fornitura di prodotti digitali in generale, compreso il software;
- i servizi che veicolano o supportano la presenza di un soggetto su una rete elettronica, quali un sito o una pagina web;
- i servizi automaticamente generati da un computer attraverso internet o una rete elettronica, in risposta a dati specifici immessi dal destinatario;
- la concessione, a titolo oneroso, del diritto di mettere in vendita un bene o un servizio su un sito internet che operi come mercato online;
- le offerte forfetarie di servizi internet (*Internet service packages*, ISP) nelle quali la componente delle telecomunicazioni costituisce un elemento accessorio e subordinato.

Non rientrano, invece, nella definizione di servizi digitali, quelli indicati nell'allegato III alla Direttiva 147, tra cui, ad esempio, i servizi di tele-radiodiffusione, di telecomunicazione, ecc.

³¹ La definizione corrisponde alla definizione di «servizi prestati tramite mezzi elettronici» di cui all'art. 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, e comprende lo stesso tipo di servizi. Si considera che il servizio richieda un intervento umano minimo se comporta un intervento in tal senso da parte del fornitore, a prescindere dalla condotta dell'utente, concretizzandosi tale requisito qualora il fornitore predisponga un sistema e provveda alla sua manutenzione o riparazione regolari in caso di malfunzionamento.

³² Ad esempio: dare accesso (verso corrispettivo) ad un mercato digitale per l'acquisto e la vendita di autovetture è un servizio digitale, ma la vendita di un'automobile attraverso un sito internet non lo è.

2.3.1.3. *La presenza digitale significativa: definizione e condizioni*

L'art. 4 Direttiva 2018/147/UE individua gli elementi e le condizioni per l'esistenza, in uno Stato, di una PDS e, dunque, affinché si configuri l'esercizio delle attività da parte di una società estera mediante una stabile organizzazione in tale Stato.

Tendenzialmente, infatti, le norme proposte per stabilire un nesso imponibile di un'impresa digitale in uno Stato membro sono basate sui ricavi derivanti dalla fornitura di servizi digitali, sul numero di utenti che ne usufruiscono o sul numero di contratti sottoscritti (per un servizio digitale). Tali criteri sono variabili *proxy* che consentono di determinare l'«impronta digitale» di un'impresa in una specifica giurisdizione sulla base di determinati indicatori di attività economica. Questi dovrebbero tener conto della relazione tra l'impresa digitale ed il bacino di utenti, dalla partecipazione di utenti e dai loro apporti, nonché dal valore creato dagli utenti per tali imprese. I criteri dovrebbero adeguarsi ai vari tipi di modelli di impresa³³ e garantire un trattamento comparabile nei vari Stati membri, a prescindere dalle loro dimensioni ed escludere i casi di scarso rilievo.

Per i suddetti tre criteri basati sull'utente (ricavi, numero di utenti e numero di contratti) vengono stabilite le rispettive soglie applicabili.

Si configura una PDS quando l'attività svolta dalla società in uno Stato membro è costituita, in tutto o in parte, dalla fornitura di «servizi digitali» (presupposto oggettivo) e risulta soddisfatta almeno una delle seguenti condizioni riguardanti la significatività dell'attività:

1. ricavi derivanti da servizi digitali resi ad utenti situati nello Stato membro superiori a € 7 mio nel periodo di imposta;
2. numero di utenti (privati o imprese) dei servizi digitali situati nello Stato membro superiore a 100mila nel periodo di imposta;
3. numero di contratti commerciali (cioè conclusi con imprese dello Stato membro) per la fornitura di servizi digitali superiore a 3mila nel periodo di imposta.

³³ Quelli basati su un numero di utenti più limitato possono – tuttavia – contare su contributi significativi degli utenti, se ogni utente apporta un contributo di valore elevato.

Ai fini della verifica delle prime due condizioni, l'utente si considera situato in un determinato Stato membro se utilizza un dispositivo in tale Stato membro per accedere all'interfaccia digitale mediante la quale sono forniti i servizi digitali. Lo Stato in cui il dispositivo è utilizzato si determina con riguardo all'indirizzo di protocollo internet del dispositivo (oppure in base ad altro metodo di geolocalizzazione, se più accurato).

Appare essenziale che ogni soglia sia fissata ad un livello sufficientemente elevato da escludere i casi di scarso rilievo nei quali gli utili attribuibili a una presenza digitale non coprirebbero neppure i costi di conformità fiscale di una stabile organizzazione, in modo da garantire la proporzionalità della misura quando si applicano le predette tre soglie alternative. La soglia applicabile ai ricavi è fissata in modo da coprire i costi stimati di conformità per la gestione di una stabile organizzazione aggiuntiva, anche a tassi poco elevati. La soglia applicabile al numero di utenti dovrebbe riflettere un valore equivalente in termini monetari basato sui ricavi medi per utente, mentre quella relativa al numero di contratti commerciali dovrebbe permettere di tener conto unicamente dei contratti tra imprese, in quanto il valore rappresentato da tali contratti sarà probabilmente più elevato di quello dei contratti conclusi con persone fisiche. Pertanto, una soglia relativa al numero di contratti tra imprese dovrebbe essere nettamente inferiore a una soglia basata sugli utenti.

2.3.1.4. Regole per l'attribuzione del profitto alla PDS e conseguente tassazione

In linea con quanto generalmente previsto per l'attribuzione degli utili alle stabili organizzazioni, è opportuno attribuire ad una PDS gli utili che essa avrebbe realizzato attraverso determinate attività economiche rilevanti svolte tramite un'interfaccia digitale, in particolare nelle sue relazioni con altre parti dell'impresa, se fosse stata un'impresa separata ed indipendente che esercita attività simili o identiche in condizioni simili o identiche, tenendo conto degli attivi utilizzati, delle funzioni esercitate e dei rischi assunti. Il metodo per determinare l'attribuzione di profitto della PDS è il *profit split*³⁴; è, però, consentito l'utilizzo di un altro meto-

³⁴ Il metodo del profit split o della ripartizione dell'utile, delineato nell'ambito della di-

do, tra quelli accettati a livello internazionale, laddove si dimostri che esso è più appropriato.

Ciò premesso, il quadro deve, comunque, essere adattato in modo coerente al fine di tener conto del modo in cui il valore è creato nelle attività digitali. In effetti, nell'analisi funzionale della stabile organizzazione, il criterio delle funzioni rilevanti svolte dal personale pertinenti per l'assunzione del rischio e la proprietà economica degli attivi nel contesto delle attività digitali non è sufficiente a garantire un'attribuzione degli utili alla PDS che rifletta la creazione di valore. Tale situazione si verifica quando una PDS opera attraverso un'interfaccia digitale senza presenza fisica in una data giurisdizione o quando nella giurisdizione della presenza digitale significativa non vengono svolte funzioni rilevanti da parte del personale.

Le attività realizzate dall'impresa attraverso un'interfaccia digitale in relazione ai dati e agli utenti dovrebbero essere considerate funzioni economicamente rilevanti pertinenti per l'attribuzione della proprietà economica degli attivi e dei rischi alla presenza digitale significativa. L'attribuzione degli utili dovrebbe tenere in considerazione lo sviluppo, il potenziamento, il mantenimento, la protezione e lo sfruttamento di attivi immateriali nell'esercizio di attività economicamente rilevanti da parte della presenza digitale, anche se queste non sono collegate a funzioni svolte dal personale nello stesso Stato membro³⁵.

sciplina del *Transfer pricing*, si fonda sull'analisi della suddivisione degli utili netti effettuata da un'entità collegata per transazioni infragruppo e sul conseguente confronto con l'utile che soggetti indipendenti avrebbero ottenuto per operazioni analoghe. Nel caso della PDS, i fattori di ripartizione dell'utile complessivo da utilizzare sono le spese sostenute per la ricerca, lo sviluppo e la commercializzazione, nonché il numero di utenti e i dati raccolti in ciascuno Stato membro.

³⁵ 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 PDS 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 ad un prezzo maggiorato spazi pubblicitari personalizzati in funzione degli interessi degli utenti.

Ne consegue che le funzioni connesse allo sviluppo, al potenziamento, al mantenimento, alla protezione ed allo sfruttamento di attività immateriali uniche sarebbero tipiche di una PDS. Ciascuna delle attività economicamente rilevanti contribuisce in modo unico alla creazione di valore nei modelli d'impresa digitali ed è parte integrante di tali modelli. Pertanto, il metodo di ripartizione dell'utile sarebbe spesso considerato il più idoneo per attribuire gli utili alla PDS. In tale contesto, i fattori di ripartizione potrebbero, per l'appunto, comprendere le spese sostenute per la ricerca, lo sviluppo e la commercializzazione nonché il numero di utenti in uno Stato membro e i dati raccolti per Stato membro.

2.3.2. Proposta di Direttiva 2018/148/UE relativa al sistema comune d'imposta sui servizi digitali applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali

Alla PDS si affianca un altro intervento euro-unitario, ossia la Direttiva 2018/148/UE prevedendo l'introduzione di un'*Imposta sui Servizi Digitali* [ISD] da applicare, nella misura del 3%, sui ricavi derivanti da servizi digitali forniti da società di grandi dimensioni.

Si ribadisce, infatti, come le norme attualmente vigenti siano state adottate all'inizio del ventesimo secolo, studiate per le imprese di impostazione tradizionale, basandosi sul principio in ragione del quale gli utili dovrebbero essere tassati nel luogo in cui è creato il valore, incentrando l'intero sistema – come si è detto – sul requisito della presenza fisica in un determinato paese, avvalendosi, pertanto, dell'istituto della stabile organizzazione. Tali norme, tuttavia, non tengono in considerazione la portata mondiale delle attività digitali, per le quali la presenza fisica non è più un requisito per poter fornire servizi di tale tenore. Inoltre, le imprese digitali presentano caratteristiche diverse da quelle delle imprese tradizionali per quanto riguarda il modo in cui è creato il valore a fronte di una serie di fattori, quali la capacità di svolgere attività a distanza, il contributo degli utenti finali per la rispettiva creazione di valore, l'importanza delle attività immateriali e la tendenza verso strutture di monopolio ovvero oligopolio.

L'applicazione delle norme attuali in materia di imposta sulle società all'economia digitale ha portato alla creazione di un'asimmetria tra il

luogo dove gli utili sono tassati e quello dove è creato il valore, soprattutto nel caso di modelli imprenditoriali che dipendono fortemente dalla partecipazione degli utenti. Sul piano fiscale questa situazione presenta una duplice sfida. In primo luogo, i contributi che un'impresa ottiene dagli utenti, che di fatto costituisce la creazione di valore per l'impresa, potrebbero provenire da una giurisdizione fiscale in cui l'impresa che esercita un'attività digitale non è fisicamente stabilita (e, quindi, non è stabilita a fini fiscali conformemente alle norme vigenti) e dove, quindi, i ricavi generati da tali attività non possono essere tassati. In secondo luogo, anche qualora un'impresa abbia una stabile organizzazione nella giurisdizione in cui si trovano gli utenti, il valore creato attraverso la partecipazione degli utenti non viene preso in considerazione ai fini della determinazione della quota dell'imposta che dovrebbe essere versata in ciascun paese. Inoltre, questa situazione, come si è detto, ha delle conseguenze in termini di rischio di elusione delle norme relative alla stabile organizzazione, crea una distorsione della concorrenza tra i soggetti del mercato digitale e incide negativamente sui ricavi.

Anche in tale contesto, la Commissione, di concerto con l'OCSE, sostiene l'elaborazione di una soluzione internazionale: la stessa ha coerentemente riconosciuto che l'approccio ideale consisterebbe nel trovare soluzioni multilaterali e internazionali per tassare l'economia digitale, considerata la portata globale di questa sfida, sicché lavora a stretto contatto con l'OCSE per sostenere l'elaborazione di una soluzione internazionale. Tuttavia, come si è visto, i progressi a livello internazionale sono difficili, a causa della natura complessa del problema e della vasta gamma di problemi da affrontare, e raggiungere un consenso internazionale potrebbe richiedere tempo.

Pertanto, la Commissione stessa ha deciso di agire e propone di adeguare le norme attuali sulla tassazione delle imprese digitali e di raccomandare agli Stati membri di applicare questa soluzione globale alle rispettive convenzioni in materia di doppia tassazione anche con i paesi terzi.

In attesa di trovare una soluzione globale, la cui adozione ed attuazione richiedono tempo, gli Stati membri subiscono pressioni per intervenire sul problema, tenuto conto del rischio di una progressiva erosione significativa delle loro basi imponibili per l'imposta sulle società e del fatto

che la situazione attuale viene percepita come iniqua. Per quanto in dieci Stati membri³⁶ siano in atto misure unilaterali volte a risolvere il problema in maniera limitata, questa tendenza si sta intensificando e le misure adottate risultano molto differenti in termini di ambito di applicazione e di principi sottostanti³⁷. Tuttavia, 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.

2.3.2.1. *L'imposta sui Servizi Digitali [ISD]*

A tal fine, in via presumibilmente provvisoria, è stata – per l'appunto – proposta l'ISD. Si tratta di un'imposta che verrebbe applicata sui ricavi generati dalla fornitura di determinati servizi digitali caratterizzati dalla creazione di valore da parte degli utenti: ossia, quei servizi per i quali la partecipazione degli utenti costituisce un contributo fondamentale per l'impresa che svolge tale attività e che le permette di ottenerne ricavi. Si tratta di quei modelli imprenditoriali che non potrebbero esistere nella loro forma attuale in assenza della partecipazione degli utenti. Il ruolo svolto da questi ultimi è unico e più complesso rispetto a quello tradizionalmente svolto dai clienti. Infatti, tali servizi possono essere forniti a distanza, senza che il fornitore dei servizi sia necessariamente stabilito fisicamente nella giurisdizione in cui si trovano gli utenti e dove è creato il valore. Di conseguenza, tali modelli imprenditoriali sono alla base del divario maggiore tra il luogo dove i ricavi vengono tassati ed il luogo in cui è creato il valore. Si tenga, tuttavia, conto che l'elemento soggetto a

³⁶ RAFFAELE PETRUZZI & VASILIKI KOUKOULIOTI, The European Commission's Proposal on Corporate Taxation and Significant Digital Presence: A preliminary assessment, in: *European Taxation*, September 2018, pagg. 391-400; YARIV BRAUNER & PASQUALE PISTONE, Adapting Current International Taxation to New Business Models: Two Proposals for the European Union, in: *71 Bulletin for International Taxation*, 12 (2017), Journals IBFD; OECD, Interim Report, pagg. 177 e segg.

³⁷ Vedasi *supra*; LEE A. SHEPPARD, *supra*, n. 28; PETRUZZI & KOUKOULIOTI, *supra*, n. 36.

tassazione sono i ricavi ottenuti dalla monetizzazione del contributo degli utenti e non la mera partecipazione degli stessi³⁸.

A seconda della modalità di partecipazione degli utenti, i ricavi che rientrano nell'ambito dell'applicazione dell'imposta (ricavi imponibili) sono quelli generati dalla fornitura di uno dei servizi imponibili³⁹: (i) servizi consistenti nella collocazione su un'interfaccia digitale di pubblicità mirata agli utenti di tale interfaccia, la trasmissione di dati raccolti sugli utenti e generati dalle attività degli utenti sulle interfacce digitali; (ii) servizi consistenti nella messa a disposizione degli utenti di interfacce digitali multilaterali, che possono essere definiti anche come «servizi di intermediazione», che permettono agli utenti di trovare altri utenti e di interagire con essi e che possono anche agevolare le corrispondenti cessioni di beni o prestazioni di servizi direttamente tra gli utenti.

Per quanto attiene alla prima categoria, la fornitura di servizi pubblicitari consistenti nella collocazione su un'interfaccia digitale di pubblicità mirata agli utenti è definita in senso lato, in linea con i modelli imprenditoriali *de quo*. La presentazione di tale pubblicità, infatti, in un contesto digitale monetizza il traffico degli utenti e i dati degli utenti utilizzati per studiare ed inserire la predetta pubblicità. La definizione del servizio non tiene conto del fatto che il fornitore del servizio pubblicitario sia proprietario dell'interfaccia digitale sulla quale figura l'annuncio⁴⁰.

³⁸ Vi sono diversi modi in cui la partecipazione degli utenti può contribuire al valore di un'impresa. Ad esempio, le imprese digitali possono ricavare dati relativi alle attività degli utenti sulle interfacce digitali, cosa che di norma serve a fornire pubblicità mirate a tali utenti o possono trasmetterli a terzi a titolo oneroso. Un altro modo consiste nella partecipazione attiva e continuativa degli utenti sulle interfacce digitali multilaterali, che si basano sugli effetti di rete in cui, in generale, il valore del servizio aumenta in funzione del numero di utenti che utilizzano l'interfaccia. Il valore di tali interfacce risiede nei collegamenti tra gli utenti e nelle interazioni tra di essi, nel corso dei quali gli utenti spesso caricano e condividono informazioni all'interno della rete. Tali interfacce digitali multilaterali possono anche agevolare le corrispondenti cessioni di beni o prestazioni di servizi direttamente tra gli utenti, il che costituisce un'altra chiara forma di partecipazione degli utenti.

³⁹ Art. 3, §1 Direttiva 2018/148/UE.

⁴⁰ All'art. 3, §3 Direttiva 2018/148/UE, si chiarisce che nei casi in cui il fornitore del servizio pubblicitario ed il proprietario dell'interfaccia digitale sono entità distinte, si considera che quest'ultimo non abbia fornito un servizio imponibile rientrante nel-

I servizi di intermediazione⁴¹ si riferiscono a interfacce digitali multilaterali che permettono agli utenti di trovare altri utenti e di interagire con essi. La capacità di tali interfacce di creare collegamenti tra gli utenti è l'elemento che distingue i servizi di intermediazione da altri servizi che possono essere anche considerati promotori dell'interazione tra utenti, ma in cui questi ultimi non possono entrare in contatto se non hanno già stabilito un contatto in altro modo, ad esempio, tramite servizi di messaggistica istantanea. La creazione di valore per questi altri servizi, che possono essere generalmente definiti come servizi di comunicazione o di pagamento, risiede nell'elaborazione e nella vendita del software di supporto che permette lo svolgimento dell'interazione e dipende in misura ridotta dalla partecipazione degli utenti.

La fornitura di contenuto digitale agli utenti da parte di un'entità mediante un'interfaccia digitale, che costituisce un servizio escluso dall'ambito di applicazione dell'ISD, va distinta dalla messa a disposizione di un'interfaccia digitale multilaterale attraverso la quale gli utenti possono caricare e condividere contenuti digitali con altri utenti o di un'interfaccia che facilita la corrispondente fornitura di contenuto digitale direttamente tra utenti. Questi ultimi servizi costituiscono un servizio di intermediazione prestato dall'entità che mette a disposizione l'interfaccia digitale multilaterale e, quindi, rientrano nell'ambito di applicazione dell'ISD, indipendentemente dalla natura dell'operazione corrispondente.

Per le fattispecie di interfacce digitali multilaterali, invece, che facilitano la corrispondente cessione di beni o prestazione di servizi direttamente tra gli utenti dell'interfaccia, i ricavi ottenuti dagli utenti mediante tali operazioni sono esclusi dall'ambito di applicazione dell'imposta. Anche i ricavi derivanti dalle attività al dettaglio consistenti nella vendita di beni o servizi ordinati online attraverso il sito web del fornitore di tali beni e servizi (che possono comportare ciò che è generalmente noto come

l'ambito di applicazione dell'art. 3, par. 1, lett. a). Ciò per evitare possibili effetti a cascata o la doppia imposizione degli stessi ricavi (una parte dei ricavi ottenuti dall'entità responsabile per la collocazione della pubblicità di un cliente sarà versata al proprietario dell'interfaccia digitale sulla quale comparirà l'annuncio, in cambio dell'affitto di uno spazio digitale su tale interfaccia).

⁴¹ Definiti all'art. 3, §1, lett. b) Direttiva 2018/148/UE.

«commercio elettronico») sono esclusi dall'ambito di applicazione dell'ISD perché la creazione di valore per il dettagliante consiste nei beni o nei servizi forniti, mentre l'interfaccia digitale viene usata semplicemente come mezzo di comunicazione.

Non vanno, invece, ricompresi nello spettro applicativo dell'ISD quei servizi forniti agli utenti da un'entità mediante un'interfaccia digitale e che consistono nella fornitura di contenuto digitale quali video, audio o testo, di proprietà di tale entità o di cui quest'ultima ha acquistato i diritti di distribuzione, essendo meno certa la misura in cui la partecipazione degli utenti è fondamentale per la creazione di valore per l'impresa⁴².

I servizi imponibili consistenti nella trasmissione dei dati raccolti sugli utenti vengono individuati avuto riguardo alle attività degli utenti sulle interfacce digitali (tracciate e raccolte): i servizi che rientrano nell'ambito di applicazione dell'ISD sono quelli che utilizzano le interfacce digitali come metodo per generare il contributo degli utenti e non i servizi che utilizzano le interfacce come metodo per trasmettere i dati generati in altro modo. L'ISD non è, quindi, un'imposta sulla raccolta di dati o sull'uso dei dati raccolti da un'impresa per i fini interni della stessa, né sulla condivisione dei dati raccolti da un'impresa con altre parti a titolo gratuito, ma riguarda la trasmissione a titolo oneroso dei dati ottenuti da un'attività molto specifica, ossia le attività degli utenti sulle interfacce digitali.

2.3.2.2. *I soggetti passivi della ISD*

L'ISD viene riscossa sui ricavi lordi di un'impresa provenienti dalla fornitura di servizi che rientrano nell'ambito di applicazione dell'imposta, al netto di IVA e imposte analoghe⁴³.

⁴² Taluni fornitori di contenuto digitale mediante una piattaforma digitale possono consentire una qualche interazione tra i destinatari di tale contenuto ed essere, quindi, considerati rientrare nella definizione di interfacce digitali multilaterali che forniscono servizi di intermediazione. Tuttavia, in tali casi l'interazione tra utenti rimane secondaria rispetto alla fornitura del contenuto digitale, in cui il fine esclusivo o principale per l'utente è ricevere il contenuto digitale dell'entità che mette a disposizione l'interfaccia digitale.

⁴³ I ricavi derivanti dalla fornitura di servizi imponibili tra entità appartenenti ad un gruppo consolidato ai fini di contabilità finanziaria non sono considerati ricavi imponibili. Se un'entità appartenente ad un gruppo consolidato a fini di contabilità finan-

L'ISD si applica solo alle società di rilevante dimensione. In particolare, quelle per le quali, nel periodo di imposta, siano verificate entrambe le seguenti condizioni:

- importo totale dei ricavi a livello mondiale superiore a 750 mio di euro;
- importo totale dei ricavi imponibili nell'UE superiore a 50 mio di euro.

La prima soglia (importo totale annuo a livello mondiale) limita l'applicazione dell'ISD alle imprese di determinate dimensioni, che sono quelle che detengono posizioni di mercato consolidate grazie alle quali beneficiano maggiormente degli effetti e sfruttano i megadati, fondando, quindi, i loro modelli imprenditoriali sulla partecipazione degli utenti. Tali modelli, che comportano – come si diceva – il divario maggiore tra il luogo in cui viene imposta la tassazione e il luogo dove è creato il valore, sono quelli che rientrano nell'ambito di applicazione dell'imposta. La capacità economica delle imprese che si configurano come soggetti passivi deve essere considerata come indice della loro capacità di attirare un elevato numero di utenti, requisito necessario affinché tali modelli imprenditoriali siano redditizi. Peraltro, sono le imprese più grandi quelle che hanno maggiori possibilità di praticare la pianificazione fiscale aggressiva⁴⁴.

La seconda soglia (importo annuale dei ricavi imponibili nell'Unione) dovrebbe, invece, limitare l'applicazione dell'imposta ai casi in cui vi sia un'impronta digitale significativa a livello UE in relazione ai ricavi oggetto dell'ISD. Questa soglia è stata definita in via armonizzata dal-

ziaria fornisce un servizio imponibile a terzi, ma il compenso per tale servizio viene riscosso da un'altra entità del gruppo, tale compenso è considerato ottenuto dall'entità che ha fornito il servizio. Tale disposizione costituisce una misura di tutela finalizzata ad impedire ad un'entità che fornisce servizi imponibili e ottiene i ricavi derivanti da tali servizi mediante un'altra entità dello stesso gruppo di eludere l'ISD dovuta.

⁴⁴ Per tale motivo, la stessa soglia è stata proposta in altre iniziative dell'Unione, come la CCCTB. Inoltre, tale soglia intende conferire certezza giuridica, permettendo alle imprese e alle autorità fiscali di stabilire più facilmente e a minor costo se un'entità è debitrice dell'ISD, soprattutto considerato che alcune di esse potrebbero non tenere una contabilità separata dei ricavi ottenuti dalle attività che rientrano nell'ambito di applicazione di questa imposta. Dovrebbe, ancora, escludere le piccole imprese e le start up, per le quali gli oneri messi in conformità con la nuova imposta rischierebbe di avere un effetto sproporzionato.

l'Unione onde evitare un'eventuale discriminazione basate sulle differenti dimensioni dei mercati nazionali.

A prescindere dal fatto che sia stabilita in uno Stato membro o in una giurisdizione terza, un'impresa che soddisfa entrambe le condizioni di cui sopra si configura come un soggetto passivo. In funzione del luogo di stabilimento, le fattispecie che danno luogo all'ISD possono comprendere (i) un soggetto passivo stabilito in una giurisdizione terza debitore dell'ISD in uno Stato membro, (ii) un soggetto passivo stabilito in uno Stato membro debitore dall'ISD in un altro Stato membro, o (iii) un soggetto passivo stabilito in uno Stato membro debitore dell'ISD in quello stesso Stato membro.

2.3.2.3. *Ricavi imponibili e luogo di tassazione*

Il luogo di assoggettamento dei ricavi imponibili segue le regole generali indicate nella Direttiva 2018/147/UE.

Conformemente al concetto di creazione del valore da parte degli utenti, base dell'ambito oggettivo di applicazione dell'ISD, l'imposta è dovuta nello Stato membro o negli Stati membri in cui si trovano gli utenti del servizio.

Questa imposizione si fonda sul principio secondo cui è la partecipazione dell'utente alle attività digitali dell'impresa che genera il valore per l'impresa stessa, che non sempre comporta un pagamento da parte dell'utente⁴⁵ o che può comportare un pagamento da parte di alcuni utenti soltanto⁴⁶.

Di conseguenza, è lo Stato membro in cui si trova l'utente quello con diritto di imposizione per l'ISD, indipendentemente dal fatto che l'utente abbia contribuito finanziariamente alla generazione di ricavi per l'impresa⁴⁷.

⁴⁵ Ad esempio, gli utenti che visualizzano un annuncio pubblicitario su un'interfaccia digitale.

⁴⁶ Ad esempio, le interfacce digitali multilaterali dove solo alcuni utenti devono pagare per accedere all'interfaccia, mentre altri possono accedervi gratuitamente.

⁴⁷ Sono previste disposizioni speciali per stabilire quando si ritiene che un utente si trovi in uno Stato membro.

I ricavi imponibili derivanti dalla fornitura di un servizio imponibile devono essere considerati ottenuti in uno Stato membro in un periodo di imposta se si ritiene che gli utenti di tale servizio si trovino in tale Stato membro in detto periodo d'imposta⁴⁸.

Qualora gli utenti coinvolti in un servizio imponibile si trovino in Stati membri diversi o in giurisdizioni terze, i ricavi imponibili ottenuti da un'entità dalla fornitura di tale servizio dovrebbero essere distribuiti a ciascun Paese in modo proporzionale e in base ai diversi parametri di assegnazione delineati in riferimento ad ogni tipo di servizio imponibile.

Ai fini della determinazione del luogo di imposizione, non si deve prendere in considerazione il luogo in cui è effettuato il pagamento per i servizi imponibili⁴⁹.

Si considera che gli utenti si trovano nello Stato membro corrispondente all'indirizzo di protocollo internet (IP) del dispositivo da loro utilizzato o, se più accurato, a qualsiasi altro metodo di geolocalizzazione. L'indirizzo IP è un indicatore semplice ed efficace per localizzare l'utente. Inoltre, se un soggetto passivo è a conoscenza, mediante altri mezzi di geolocalizzazione, che l'utente non si trova nello Stato membro corrispondente all'IP, tale soggetto passivo potrebbe comunque utilizzare questo altro metodo per stabilire il luogo di imposizione⁵⁰.

⁴⁸ Art. 5, §2 Direttiva 2018/148/UE.

⁴⁹ Anche per i casi che riguardano la fornitura di beni o servizi direttamente tra utenti di un'interfaccia digitale multilaterale non si tiene conto del luogo in cui si svolgono tali operazioni corrispondenti.

⁵⁰ Una siffatta impostazione, tuttavia, non può non lasciar sorgere dubbi di compatibilità tra la struttura dell'ISD basata sull'utilizzo di sistemi di geolocalizzazione, tesi a monitorare il luogo in cui l'utente si trova al momento della fruizione del servizio con il diritto alla tutela della privacy. Infatti, ciò implica necessariamente un controllo costante delle attività dei singoli che usufruiscono dei servizi offerti sulla rete violando in maniera anche importante la sfera privata del soggetto interessato. Tale profilo non potrà essere tralasciato nel corso del processo di sviluppo e di eventuale adozione della direttiva a maggior ragione se contestualizzato nello scenario attuale a fronte della recente adozione della disciplina GDPR (Reg. UE 2016/679).

2.3.2.4. *Modalità applicative*

Sui ricavi imponibili, come sopra definiti, si applica l'ISD nella misura del 3%. L'ISD diventa esigibile dal primo giorno lavorativo successivo alla chiusura di ciascun periodo d'imposta.

Responsabile per il pagamento della ISD è lo stesso soggetto passivo che fornisce i servizi da cui si generano i ricavi imponibili. In un gruppo è, peraltro, consentito designare un'unica società quale responsabile del pagamento dell'imposta per tutto il gruppo.

Il soggetto passivo deve identificarsi nello Stato membro in cui produce i ricavi imponibili (che certamente potrebbe essere differente dallo Stato in cui risiede ai fini dell'imposta sulle società) e in tale Stato, attraverso uno sportello unico, presenterà la dichiarazione e verserà l'imposta. Se il soggetto passivo produce ricavi in più Stati membri (e deve conseguentemente versare l'ISD a più Stati) adempirà agli obblighi (dichiarazione e versamento) nel solo Stato membro di identificazione. Questo Stato trasmetterà le informazioni agli altri Stati membri.

2.4. *Prime conclusioni*

Chiaramente gli interventi euro-unitari e, in particolare, l'introduzione del concetto di PSD, costituiscono un rilevantissimo step nell'*iter* evolutiva del diritto tributario internazionale, affiancando al tradizionale concetto di stabile organizzazione una nuova definizione più moderna e, di conseguenza, vicina ai neo-coniati modelli imprenditoriali.

Tale proposta, tuttavia, si presenta come assai problematica dal momento che, (i) pur ponendosi quale soluzione temporanea finirà con l'aver un notevole impatto anche a lungo termine e (ii) risultando circoscritta a determinate imprese digitalizzate, piuttosto che delineata in via più estesa, si svelerà non idonea a fornire una soluzione valevole in via generale. Anche la struttura tramite la previsione di soglie è destinata a diventare ben presto obsoleta o, comunque, inidonea a sofferire alle funzioni per le quali era stata ideata.

Ancora, l'attenzione dedicata al valore creato dagli utenti necessiterà di un'analisi maggiormente dettagliata ed approfondita, in modo da adeguare l'eventuale normativa alle diverse strutture imprenditoriali, le quali – co-

me esplicitato nel Report OCSE, ad es. – possono gestire ed avvalersi di tali dati in maniera differente.

Un altro aspetto destinato ad acquisire sempre maggiore rilevanza attiene alla problematica che verrà sollevata a fronte dell'attribuzione della potestà impositiva allo Stato in cui si trovano i clienti, fruitori del servizio: ciò, infatti, costituendo un criterio non flessibile, potrebbe favorire una dislocazione artificiosa delle attività, non arginando, quindi, il fenomeno, ma ottenendo l'effetto contrario. Tale fenomeno potrebbe altresì aggravarsi a fronte di una non appropriata considerazione di tutti i fattori che entrano in gioco, oltre al valore generato dagli utenti, le soglie e le tipologie di attività.

Con grande probabilità, ciò comporterà una modifica dei trattati bilaterali conclusi dai singoli Stati membri UE, in quanto la modifica (o estensione che dir si voglia) del concetto di stabile organizzazione e la modalità di attribuzione degli utili dovrà necessariamente essere oggetto di rinegoziazione. Per di più, si avrà la costituzione di un *level playing field* all'interno dei paesi UE, laddove la definizione di stabile organizzazione ricomprenderà anche quella virtuale, a fronte dei rapporti con i paesi extra-UE in cui probabilmente per un periodo indefinito (ma, con ogni probabilità, sicuramente maggiore rispetto a quello di adozione ed implementazione delle direttive *de quo*) la definizione di stabile resterà quella classica.

L'introduzione di trattati di tale tenore, con uno scopo più limitato, teso a cristallizzare l'estensione della potestà impositiva in un determinato numero di Stati della fonte, comporterà una frammentazione piuttosto che un'armonizzazione del mercato globale con probabili ripercussioni negative per il commercio internazionale e le attività di investimento. Al contempo, vi è il pericolo che, al fine di evitare l'applicazione della PDS e, di conseguenza, un aumento del loro carico fiscale, le multinazionali che abbiano un bacino di utenti nel mercato euro-unitario, potrebbero finire col ricorrere al *treaty-shopping* (collocando, ad es., fisicamente le proprie attività in un paese extra-UE che abbia sottoscritto trattati con almeno uno Stato membro UE). Così facendo, sarebbe possibile fornire servizi digitali ad utenti siti in territorio euro-unitario, evitando l'applicazione dell'istituto della PDS e la creazione di una stabile organizzazione

virtuale. Tali pratiche di pianificazione fiscale, basate sulla sussistenza o meno di specifici trattati, potrebbe tra l'altro aumentare il rischio di operazioni triangolari. Non è così lontano neppure l'ipotesi che, per evitare l'applicazione della PDS, alcune imprese altamente digitalizzate, oggi aventi sede in territorio euro-unitario, in paesi quali, ad es., Irlanda e Lussemburgo, migrino all'estero, dove la probabilità di applicazione di stabile organizzazione virtuale risulta ancora lontana. Tali nuove dinamiche potrebbero creare un «nuova» concorrenza fiscale atta ad attrarre le imprese in esame che sia indirizzata ad utenti siti nell'Unione europea, goda della tutela offerta dai trattati, ma riesca ad evitare l'applicazione della PDS⁵¹.

Un'altra problematica che tende ad essere sottovalutata attiene all'assenza di una valutazione d'impatto sulle altre disposizioni contenute nel Modello di Convenzione, fatta eccezione per l'art. 7 inerente all'attribuzione dei profitti. Infatti, come è noto, la definizione di stabile organizzazione impatta, oltre che sugli artt. 5 e 7, anche sugli artt. 6 (redditi immobiliari), 10 (dividendi), 11 (interessi), 12 (royalties), 13 (utili di capitale) e 15 (lavoro subordinato), come pure sugli artt. 22 (imposizione sul patrimonio) e 24, par. 3 (principio di non discriminazione applicato alla stabile organizzazione).

Ci si interroga in merito al futuro dei trattati sottoscritti dagli Stati Membri UE dopo l'adozione della PDS: inseriranno paragrafi aggiuntivi agli artt. 5 e 7 ovvero apporranno un'osservazione?

Un altro profilo da non sottovalutare attiene alla compatibilità del concetto di PDS con le libertà fondamentali dell'Unione europea e con gli obblighi derivanti dalla partecipazione alla *World Trade Organization* [WTO]. Infatti, la previsione di una misura che si basi sulla distinzione tra residenti e non residenti potrebbe porsi in contrasto con le libertà fondamentali di cui ai trattati e, in particolare, al Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea [TFUE]⁵² salvo che non sia giustificabile in

⁵¹ Alcuni autori suggeriscono di valutare l'attuazione di un siffatto fenomeno nel Regno Unito, post Brexit. Vedasi, PETRUZZI & KOUKOULIOTI, *supra*, n. 36.

⁵² Versione consolidata del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea – Trattato sull'Unione europea (versione consolidata) –

virtù di interessi pubblici ritenuti superiori. Nel caso di specie, la misura viene ad applicarsi nei confronti di non residenti, provenienti da paesi con cui è già stato sottoscritto un trattato di natura fiscale: tuttavia, visto che la PDS risulta in un trattamento più favorevole per i non residenti, potrebbe essere addotta la sua non contrarietà alla libertà di fornire i servizi. Ciò non esclude, tuttavia, l'applicabilità della disciplina degli aiuti di stato, qualora ricorra il criterio della selettività. Ad esempio, ciò accade nel momento in cui vengono imposti nuovi oneri che, unitamente a quelli preesistenti, comportino per determinate imprese un aggravio assai più ingente rispetto ad altre in condizioni identiche o similari. Trattandosi di una misura che – di fatto – è diretta solo ed esclusivamente alle imprese operanti nel settore digital, occorrerà vagliare attentamente la sussistenza, o meno, dei requisiti di cui all'art. 107 TFUE.

Infine, per quanto attiene il WTO e la sottoscrizione del *General Agreement on Trade and Services* [GATS], occorrerà vagliare la compatibilità della PDS con il principio della *most favoured nation* [MFN], il quale prevede che ogni paese sottoscrittore dell'accordo sia tenuto a garantire ad un altro Stato un trattamento che non sia meno favorevole rispetto a quello accordato ad uno Stato terzo (Art. II). Stante l'applicazione della PDS a soggetti non residenti che si trovino in un paese extra-UE potrebbe essere ravvisabile una discriminazione tra soggetti «stranieri» e, cioè, tra Stati non UE che abbiano sottoscritto trattati fiscali e coloro i quali ne siano privi.

Infine, un'ultima riflessione di più ampio spettro. Non è possibile tralasciare come l'adozione di una misura come la PDS non intacchi direttamente il mercato interno euro-unitario. Infatti, ciò comporterà necessariamente una redistribuzione della potestà impositiva tra i diversi Stati membri: seppur contestualizzata in una più vasta manovra tesa a ripristinare la correttezza e l'eguaglianza in tema di imposte dirette, si assisterà probabilmente ad uno slittamento della predetta potestà da paesi territo-

Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (versione consolidata) – Protocolli – Allegati – Dichiarazioni allegate all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007 – Tavole di corrispondenza consultabile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>.

rialmente più piccoli (si pensi, ad esempio, come già detto, ad Irlanda e Lussemburgo), ma dove si riscontra una elevata concentrazione di imprese digital, comportando una frammentazione del mercato unico.

Ciò costituirà indubbiamente uno dei maggiori ostacoli al raggiungimento del consenso unanime da parte degli Stati membri nel processo di adozione delle due proposte di Direttiva. Anche ammettendo, tuttavia, che si deroghi all'*iter* ordinario, optando, quindi, per la procedura di cooperazione rafforzata, questo non rappresenterà assolutamente un punto di forza per l'Unione europea, ma finirà con l'accrescere il divario sussistente tra i diversi Stati e, soprattutto, del mercato euro-unitario con conseguenze anche peggiori rispetto allo scenario attuale.

2.5. *Il quadro normativo svizzero e l'impatto della digitalizzazione*

La Svizzera, ponendosi quale piazza internazionale di rilievo, viene anch'essa ad essere toccata dalle sfide della digitalizzazione, sia in via diretta sia in via indiretta.

Dall'analisi svolta in sede OCSE, nell'*Interim Report*⁵³, condotta nell'arco temporale compreso tra il 2009 ed il 2017, la Confederazione si pone al secondo posto per quanto riguarda la percentuale di imprese con presenza digitale, seconda solo al Giappone.

Ciò implica necessariamente che le azioni predisposte a livello OCSE e, soprattutto, a livello euro-unitario verranno, in qualche modo, a tangere il quadro domestico.

Attualmente non sussiste in Svizzera alcuna normativa inerente la (potenziale) tassazione dei servizi digitali e, più in generale, della disciplina del commercio digitale.

2.5.1. Posizione della Svizzera ed eventuale impatto delle Direttive 2018/147/UE e 2018/148/UE

Entrambi gli istituti suesposti, l'ISD e la PDS, nel momento in cui entreranno in vigore, avranno sicuramente ripercussioni sul sistema fiscale ed economico svizzero.

⁵³ OECD, *Interim Report*, Fig. 1.1., pag. 14.

Infatti, per quanto attiene all'imposta sui servizi digitali, questa andrà ad impattare sui gruppi di società che operano cedendo beni e fornendo servizi digitali ad utenti situati negli Stati membri UE, a patto che vengano soddisfatte le condizioni e le soglie indicate dalla normativa *de quo*.

Diversamente – e probabilmente – maggiore rilievo avrà l'istituto della presenza digitale significativa. Le disposizioni non si applicano a quelle entità che sono residenti a fini fiscali in territori extra-UE, qual è il caso della Svizzera, con cui siano in vigore convenzioni contro la doppia imposizione con Stati membri a patto che la Convenzione non disponga specificamente in termini di PDS. Pertanto, ci si aspetta che – di fatto – la PDS impatterà sulle società svizzere solo in una prospettiva di lungo termine, nel momento in cui, rispettando le raccomandazioni della Commissione, verranno eventualmente rinegoziate le convenzioni contro le doppie imposizioni.

Di recente, in data 08 marzo 2018, la Segreteria di Stato per le questioni finanziarie internazionali (SFI) si è espressa in merito alla tassazione dell'economia digitale, rilevando anch'essa come le nozioni e le disposizioni utilizzate, anche a livello domestico, risultino oramai distanti dalla realtà⁵⁴.

La tematica della digitalizzazione, infatti, comporta la necessità di riammodernare i concetti base sinora utilizzati, disancorando il concetto di tassazione delle società e delle imprese da quello della presenza fisica: la presenza digitale o virtuale è ormai uno *standard* che si sta sempre più diffondendo, ponendosi come problematico sia in termini di definizione che di accertamento e, di conseguenza, di tassazione.

Le precisazioni – poche, ma puntuali – della SFI suggeriscono di mantenere un'imposizione degli utili nello Stato in cui viene prodotto il valore aggiunto, avendo cura – tuttavia – di non causare doppia imposizione fiscale ovvero un'imposizione eccessiva.

L'idea è quella di utilizzare e mantenere gli strumenti ricompresi nel campo di applicazione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni:

⁵⁴ Posizione della SFI sulla tassazione dell'economia digitale dell'8 marzo 2018, consultabile al link https://www.sif.admin.ch/sif/it/home/finanzmarktpolitik/digit_finanzsektor/best_digit_wirtschaft.html.

l'adozione di nuove misure dovrebbe avvenire per un breve termine, in modo mirato, strettamente correlate, applicabili sia ad aziende nazionali sia estere e devono avere una durata limitata (cd. clausola di caducità – *sunset clause*), onde evitare fenomeni di imposizione eccessiva o doppia imposizione e, di conseguenza, non penalizzare l'economia digitale, le start-up e le PMI.

Si propone l'eventuale tassa sulle tassazioni digitali, di carattere temporaneo, applicata unicamente alla pubblicità digitale di aziende con una cifra d'affari annua consolidata superiore a fr. 750 mio.

L'adozione di misure a lungo termine – si suggerisce – deve essere lasciata in mano alle raccomandazioni ed alle analisi elaborate a livello internazionale (nella specie, dall'OCSE).

2.5.2. Adozione di una misura temporanea, limiti internazionali e conseguenze

Qualora, tuttavia, si volesse analizzare una misura da implementare nel lungo termine, sulla scorta delle proposte delineate in sede BEPS, nella specie nel report relativo all'Azione 1 sulla digitalizzazione, sarebbe possibile intervenire su diversi profili, quali – come si è detto – (i) la rivisitazione della nozione di stabile organizzazione, ovvero (ii) una valutazione di idoneità delle norme in tema di *transfer pricing*.

Il primo profilo da tenere in considerazione – quantomeno – inizialmente è la nozione di stabile organizzazione con tutti i corollari che ne derivano.

2.5.2.1. Stabile organizzazione interna: lo stabilimento d'impresa

La nozione di stabile organizzazione, all'interno dell'ordinamento svizzero, prende il nome di stabilimento d'impresa.

Prima di addentrarsi nell'analisi dell'istituto, tuttavia, occorre precisare che si ravvisano due distinti profili: la nozione utilizzata nei rapporti internazionali e quella intercantonale.

2.5.2.1.1. Lo stabilimento d'impresa nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni ed ipotetiche modifiche

Il concetto di stabilimento d'impresa assume quale elemento fondamentale nell'ambito del diritto tributario internazionale in quanto stabilisce

l'imponibilità o meno di un'attività svolta da un'impresa in un Paese estero.

In linea con quanto disposto in sede OCSE, in presenza di una stabile organizzazione si avrà, di principio, la tassazione dei redditi prodotti dalla stabile organizzazione nello Stato di residenza e la conseguente esenzione nello Stato i cui si trova la sede della casa madre.

L'istituto rinviene le proprie basi normative nella Legge sull'Imposta Federale Diretta (LIFD), agli artt. 6⁵⁵ e 50⁵⁶.

In particolare, si prevede come le persone giuridiche risultino imponibili in Svizzera anche se non abbiano ivi né sede né amministrazione effettiva nella Confederazione a patto che – tra le altre condizioni – tengano uno stabilimento di impresa in Svizzera⁵⁷, dovendosi per essa intendere *«una sede fissa d'affari o di lavoro dove si svolge, in tutto o in parte, l'attività di un'impresa. Sono considerate tali, in particolare, le succursali, le officine, i laboratori, gli uffici di vendita, le rappresentanze permanenti, le miniere e ogni altro luogo di estrazione di risorse naturali, come anche i cantieri di costruzione o di montaggio la cui durata è di almeno dodici mesi»*⁵⁸.

Ictu oculi, si evince come la nozione ricalchi quanto stabilito in sede di Convenzione OCSE, di cui si è detto.

Unitamente a tale concetto si ravvisa la modalità di distribuzione dell'utile: un corretto riparto dell'imposta è fondamentale onde evitare il fenomeno della doppia imposizione dovuta all'eventuale dell'imposizione illimitata dell'azienda in uno Stato e l'imposizione limitata in uno o più Stati tramite una stabile organizzazione.

In proposito si rileva come gli artt. 6 e 50 LIFD limitino il diritto d'imposizione di principio illimitato secondo le regole interne. Trattasi di un vero e proprio divieto di imposizione che non soggiace a condizioni: non

⁵⁵ Art. 6 LIFD: L'assoggettamento in virtù dell'appartenenza personale è illimitato; esso non si estende tuttavia alle imprese, agli stabilimenti d'impresa e ai fondi siti all'estero.

⁵⁶ Art. 50 LIFD: Le persone giuridiche sono assoggettate all'imposta in virtù della loro appartenenza personale quando hanno sede o amministrazione effettive in Svizzera.

⁵⁷ Art. 51 cpv. 1 LIFD.

⁵⁸ Art. 51 cpv. 2 LIFD.

è quindi richiesta la prova del versamento delle imposte all'estero. Ne consegue che gli utili realizzati in stabili organizzazioni all'estero sono esenti da imposta in Svizzera a patto che, come noto, i redditi possano essere attribuiti alla stabile organizzazione⁵⁹.

Sostanzialmente, anche in Svizzera, sulla scorta del diritto domestico e delle Convenzioni, gli utili derivanti dalla succursale in uno Stato estero sono esenti: nel caso in cui la società svizzera ricevesse altri redditi provenienti dallo Stato di residenza della stabile, ma non imputabili a quest'ultima, gli stessi sarebbero di principio imponibili (per es., dividendi). Nel caso la stabile estera di una società svizzera ricevesse dividendi da uno Stato terzo, la Convenzione applicabile sarà quella tra la Svizzera e lo Stato di provenienza dei dividendi.

A livello intercantonale, invece, non è possibile ravvisare una propria nozione di stabilimento d'impresa: per i Cantoni, infatti, fa stato quanto disposto dal Tribunale federale. Molti di questi, tuttavia, hanno adottato quanto disposto dalla LIFD e dalla LAID in virtù del principio di armonizzazione verticale, modificando in tal senso la propria legislazione interna.

Sostanzialmente, quindi, la nozione di stabilimento d'impresa, parificabile alla stabile organizzazione delineata in sede internazionale, in linea con quanto disposto in sede di Convenzione OCSE, dovrà, presto o tardi, confrontarsi con la necessità di un'innovazione e di un discostamento importante dalla nozione di presenza fisica, con conseguente modifica delle modalità di tassazione degli utili, quantomeno nei rapporti con gli altri Paesi.

Nel momento in cui la comunità internazionale richiederà un adeguamento della normativa, probabilmente, anche la Svizzera dovrà venire a patti ed innovare il criterio inerente il *nexus* tra la stabile ed il paese in cui essa è locata, limitando, pertanto la necessità di una presenza fisica.

In ogni caso, la Confederazione dovrà, al pari degli altri Stati membri dell'OCSE, tenere conto di alcuni connaturati limiti.

⁵⁹ L'assegnazione degli utili allo Stato dove si trova la stabile organizzazione è obbligatorio, anche se la stabile non viene tassata nello Stato dove si trova. Tale regola è prevista in tutte le convenzioni contro le doppie imposizioni concluse dalla Svizzera.

3. Riflessioni conclusive

Qualora, infatti, i singoli Stati vogliano adottare misure temporanee ed a breve termine, come raccomandato in sede OCSE, non è possibile tralasciare le condizioni cui sottostare in quanto partecipe della comunità internazionale.

Infatti, tutti i Paesi devono tenere presente che la misura eventualmente prescelta dovrà (i) essere in linea con gli obblighi internazionali assunti dal paese medesimo, (ii) essere temporanea, (iii) selettiva, (iv) non comportare sovrattasse, (v) minimizzare l'impatto su particolari imprese quali start-up e PMI, (vi) mantenendo limiti ridotti di costi e complessità.

Innanzitutto, occorre che la misura eventualmente prescelta debba essere in linea (e non porsi in violazione) con gli obblighi internazionali dal paese interessato. Ciò implica che il dettame ed il tenore letterale delle convenzioni e dei trattati sottoscritti dovrà continuare ad essere rispettato, prestando particolare attenzione alle singole disposizioni nei rapporti bilaterali.

Poiché in molti trattati, tendenzialmente redatti sulla scorta del M-OCSE, gli utili d'impresa sono imponibili nello Stato di residenza, salvo che non abbia nell'altro Stato contraente una stabile organizzazione, risulta difficile ammettere l'applicazione di un'imposta agli utili di un'impresa non residente a fronte della cessione di beni e/o servizi digitali, qualora questa sia ricompresa nello spettro applicativo della convenzione medesima. Infatti, l'art. 2 M-OCSE prevede che la convenzione si applichi alle imposte sul reddito, indipendentemente dal *nomen iuris* attribuito loro e dalle modalità di riscossione⁶⁰. Come chiarito dal relativo Commentario, infatti, lo scopo di una tale disposizione è il conseguimento della massima estensione dell'applicazione delle convenzioni includendo, fin dove possibile, tutte le tipologie di imposte, anche quelle di matrice locale o regionale, evitando di dover sottoscrivere un nuovo trattato ogni qualvolta venga introdotto un nuovo tributo di tale tenore.

⁶⁰ A completezza, viene prevista l'estensione dello spettro applicativo a tutte le imposte che siano comunque similari a quelle elencate all'art. 2 M-OCSE.

La definizione è assai ampia e, in virtù di tale vaghezza, non è sempre agevole identificare quali imposte siano da considerare ricomprese. Ciò che distingue, tendenzialmente, le imposte sul reddito (o ad esse similari) rispetto alle altre è il fatto che, almeno da un punto di vista strettamente teorico, queste sono indirizzate al soggetto che percepisce il reddito, in ragione della sua capacità contributiva, piuttosto che sul contribuente che sia acquirente o usufruisca di un determinato servizio.

Affinché un'imposta sul reddito sia inclusa ai sensi dell'art. 2 M-OCSE, non rileva che venga imposto il reddito netto o lordo, né, tantomeno, che venga prelevata nella forma di ritenuta alla fonte o altrimenti.

A rigore, occorre precisare che ricadono nello spettro applicativo dell'art. 2 M-OCSE non solo le imposte sul reddito, ma anche tutte quelle imposte che vengano ad impattare su elementi di reddito. Ad es., una misura che venga applicata ad un elemento di reddito, tenendo in considerazione le caratteristiche e la situazione economica del destinatario interessato, quale potrebbe essere la redditività del fornitore, corre il rischio di essere ricompresa nella Convenzione. Diversamente, a ciò si potrebbe ovviare introducendo un tributo non tanto sul fornitore, ma imponendo il servizio in sé, avuto riguardo, sostanzialmente, alla natura ed al valore dello stesso.

Una valida alternativa alla non applicazione della Convenzione sarebbe quella di introdurre una sorta di accisa, *(i)* applicata sul servizio, *(ii)* ad un tasso fisso, calcolato sulla scorta del corrispettivo versato per quel servizio (senza alcune riferimento al reddito netto del fornitore né all'introito derivante dal servizio medesimo) e *(iii)* non sia riconosciuta quale compensativa rispetto ad altre imposte applicate sul reddito.

Altre problematiche che potrebbero insorgere attengono al rispetto del principio di non discriminazione. Nel momento in cui, infatti, viene imposta una misura destinata esclusivamente o prevalentemente a soggetti non residenti, quali le potenziali imprese *digital* in analisi, si potrebbe ravvisare una violazione di quanto disposto dall'art. 24 M-OCSE, il quale prevede, per l'appunto, il divieto di discriminazione in ragione della nazionalità garantendo, quindi, il principio della parità di trattamento.

Ancora, non è da sottovalutarsi il rapporto con il rispetto della privacy nel momento in cui il paese dell'utente-fruitori del servizio viene ad essere individuato tramite sistemi di geolocalizzazione: ci si chiede, infatti, se il monitorare la localizzazione dei singoli non venga a ledere la loro sfera individuale e la vita privata. Nonostante la risposta adottata sarebbe quasi sicuramente quella della prevalenza dell'interesse erariale ad un corretto accertamento e riscossione delle imposte, i dubbi restano.

Azzardando una conclusione, pertanto, è possibile prevedere che si assisterà ad una necessaria modifica ed innovazione nel sistema tributario internazionale avuto riguardo alla necessità di tutelare le entrate dei singoli Stati, i quali vedono progressivamente erodere le proprie basi imponibili a causa dell'economia digitale che – come si è detto – risulta innestata su principi ed istituti assai distanti dai tradizionali concetti utilizzati sino ad ora.

L'intervento euro-unitario sembra essere decisivo e probabilmente sarà il primo ad entrare in vigore, nonostante tutte le problematiche di cui si è detto che assolutamente non devono essere tralasciate e/o sottovalutate tra cui, in particolare, la potenziale frammentazione del mercato unico.

Ancora, ciò impatterà indubbiamente nelle relazioni con i paesi terzi che non avranno ancora introdotto una misura relativa alla «stabile organizzazione virtuale» e/o altra misura inerente l'economia digitale.

La rete di relazioni bilaterali andrà sicuramente rivista: ciò lascia, tuttavia, aperti una serie di quesiti di non scarso rilievo per i quali occorrerà vagliare progressivamente le soluzioni.

Nella specie, la Svizzera risulta ancor lontana dall'introduzione di una *digital tax* e dalla volontà di modificare il concetto di stabile organizzazione. Ciò potrebbe rivelarsi un'arma a doppio taglio: se, da un lato, si potrebbe, infatti, assistere ad uno spostamento in territorio elvetico di imprese altamente digitali sino ad ora site nell'Unione europea onde evitare l'applicazione del concetto di PDS, d'altra parte, la stessa potrebbe essere soggetta a pressioni da parte dell'OCSE, il cui obiettivo è quello di arginare il fenomeno di erosione della base imponibile a livello globale.