Università
Ca'Foscari
Venezia

Corso di Laurea magistrale

in Amministrazione, Finanza e Controllo

Tesi di Laurea

La "presenza economica significativa" e le sue declinazioni nel dibattito internazionale

Relatrice / Relatore
Ch. Prof. Ernesto Marco Bagarotto

Laureanda
Mariangela Zotto
Matricola 871834

Anno Accademico
2019 / 2020

Sommario

Introduzione 7

1 La stabile organizzazione 9

1.1 Principio di territorialità e reddito d'impresa 9

1.1.1 Tassazione dei residenti in Italia per redditi prodotti all'estero 10

1.1.2 Tassazione dei non residenti per i redditi prodotti in Italia 11

1.2 Cenni storici ed evoluzione normativa 12

1.3 La stabile organizzazione 15

1.3.1 La stabile organizzazione materiale 16

1.3.1.1 La sede d'affari 17

1.3.1.2 La stabilità della sede d'affari 17

1.3.1.3 La connessione tra la sede d'affari e l'attività dell'impresa non residente 18

1.3.1.4 L'idoneità produttiva 18

1.3.2 La *positive list* 19

1.3.2.1 La sede di direzione (*place of management*) 20

1.3.2.2 La succursale (*branch*) 20

1.3.2.3 L'ufficio (*office*) 21

1.3.2.4 L'officina e il laboratorio 21

1.3.2.5 Luoghi di estrazione di risorse naturali 21

1.3.3 Il cantiere 22

1.3.4 La *negative list* 23

1.3.5 La "*anti-fragmentation rule*" 27

1.3.6 La stabile organizzazione personale 28

1.3.6.1 L'agente dipendente 28
1.3.6.2 L'agente indipendente 30
1.3.7 *Anti single entity clause* 32
2 Evoluzione del concetto di stabile organizzazione: *Virtual Permanent Establishment* 35
2.1 *Key features* dell'economia digitale 35
2.1.1 Mobilità 36
2.1.1.1 Mobilità degli *asset* intangibili 37
2.1.1.2 Mobilità di utenti e clienti 37
2.1.1.3 Mobilità delle funzioni aziendali 37
2.1.2 Utilizzo massivo dei dati 38
2.1.3 *Network effects* 38
2.1.4 Modelli di *business multi-sided* 39
2.1.5 Tendenza al monopolio o all'oligopolio 39
2.1.6 Volatilità 39
2.2 Aspetti problematici della fiscalità nell'economia digitale 40
2.2.1 Limiti della stabile organizzazione tradizionale 42
2.3 Tentativi di superamento del concetto di stabile organizzazione 45
2.3.1 Evoluzione del concetto di stabile organizzazione 45
2.3.2 La V*irtual Permanent Establishment* 49
3 Le proposte dell'OCSE e della Commissione Europea 57
3.1 I primi passi in ambito OCSE 57
3.2 L'*Action Plan* dell'OCSE 62
3.2.1 Un nuovo *nexus*, la "presenza economica significativa" 64
3.2.1.1 Fattore basato sul fatturato 64
3.2.1.2 Fattori digitali 66

3.2.1.3 Fattori basati sugli utenti 67

3.2.1.4 Possibili combinazioni del fattore fatturato con gli altri fattori ... 68

3.2.1.5 Determinazione del reddito imputabile alla presenza economica significativa 68

3.2.2 Ritenuta sulle transazioni digitali 70

3.2.3 *Equalisation Levy* 72

3.2.4 Conclusioni relative all'*Action 1* 73

3.3 Sviluppi recenti in ambito OCSE 74

3.3.1 *The "User Participation" Proposal* 76

3.3.2 *The "Marketing Intangibles" Proposal* 77

3.3.3 *The "Significant Economic Presence" Proposal* 78

3.3.4 *The "Unified Approach"* 79

3.3.5 Critiche rispetto al lavoro dell'OCSE 80

3.4 La posizione dell'Unione Europea 82

3.4.1 Proposta di Direttiva relativa all'Imposta sui Servizi Digitali 84

3.4.2 Proposta di Direttiva in materia di Presenza Digitale Significativa 85

3.4.3 Riflessioni conclusive in merito alla Proposta di Direttiva in materia di Presenza Digitale Significativa 93

4 I provvedimenti interni ai singoli Stati 97

4.1 Misure di carattere antielusivo 97

4.1.1 Italia, La modifica all'art. 162 del TUIR *ex* L. 205/2017 97

4.1.2 Regno Unito e Australia, la *Diverted Profits Tax* 100

4.1.2.1 Regno Unito, la *Diverted Profit Tax* 101

4.1.2.2 Australia, la *Multinational Anti-Avoidance Law* e la *Diverted Profit Tax* 103

4.1.2.3 Analisi conclusiva 105

4.2 Misure che modificano il concetto di "stabile organizzazione" 106

4.2.1 Israele, la *Significant Digital Presence* 106

4.2.2 Kuwait e Arabia Saudita, la *Virtual Service Permanent Establishment*..... 109

4.2.3 India, la *Significant Economic Presence* 111

4.3 Imposte sui servizi digitali 115

4.3.1 L'*Equalisation Levy* indiano 116

4.3.2 L'Imposta sui Servizi Digitali italiana 119

5 Conclusioni 125

Bibliografia 129

Introduzione

Lo sviluppo dell'economia digitale ha determinato la nascita di nuovi modelli di *business*. Le imprese del digitale hanno la capacità di operare in ambito internazionale senza una *taxable presence*, in quanto il valore da loro generato dipende da beni e servizi principalmente immateriali. La normativa tributaria, al contrario, per assoggettare a tassazione le imprese estere, si basa essenzialmente su fattori fisici che collegano le imprese al territorio applicando il principio della stabile organizzazione. Ciò consente alle multinazionali del digitale di minimizzare l'imposizione sottraendo profitti dal luogo dove sono generati e trasferendoli in Paesi a fiscalità agevolata. Si calcola che circa la metà dell'utile delle multinazionali del digitale venga tassato in Paesi che prevedono aliquote basse o ampie detrazioni. Ciò ha consentito loro, complessivamente, solo tra il 2014 e il 2018, un risparmio di circa 49 miliardi di euro.[1] La costante crescita di questo fenomeno, che determina una rilevante erosione della base imponibile, ha destato notevole preoccupazione tra i governi dei Paesi più danneggiati da politiche fiscali aggressive delle multinazionali del digitale.

Negli ultimi anni, per tentare di trovare una soluzione al problema, L'OCSE ha formulato numerose proposte di modifica della fiscalità internazionale. Tuttavia, l'obiettivo dell'OCSE di ricercare il consenso di tutti i Paesi coinvolti, ha reso il processo estremamente complesso, impedendo l'effettiva individuazione di una soluzione preferibile. Nel contesto di incertezza dovuto alla difficoltà dell'OCSE di assumere decisioni di ampia portata, alcuni Paesi hanno introdotto misure unilaterali, con l'obiettivo di ottenere un'imposizione più equa del reddito prodotto dalle imprese del digitale.

Ebbene, il presente lavoro intende analizzare le proposte elaborate dalla dottrina internazionale, dall'OCSE e in sede europea, e fornire una panoramica delle azioni unilaterali intraprese dai singoli Stati per arginare il predetto fenomeno.

---

[1] Le imprese che rientrano nell'analisi sono le "multinazionali del *websoft*". Si tratta di 25 gruppi con fatturato superiore ad 8 miliardi di euro, che si occupano di *internet retailing*, produzione di *software*, *internet services*. Area Studi Mediobanca, *I giganti del Websoft, Software & Web companies*, 2019.

1 La stabile organizzazione

Con lo sviluppo del commercio a livello internazionale, i singoli Paesi hanno cominciato ad utilizzare un sistema combinato di imposizione che prevede, nella maggior parte dei casi, l'applicazione del principio di tassazione dell'utile mondiale per i residenti, mentre la tassazione dei soli redditi prodotti nel territorio dello Stato per i non residenti. Questo modello impositivo genera complesse problematiche relative al fenomeno della doppia imposizione internazionale. È in questo contesto che si è presentata l'esigenza di individuare una definizione universalmente accettata di stabile organizzazione, quale criterio di collegamento in ragione del quale un determinato Stato è legittimato a tassare i redditi prodotti nel proprio territorio da un'impresa estera. Il concetto di stabile organizzazione è stato sviluppato per la necessità di coordinare i sistemi fiscali dei singoli Stati e di fissare delle regole comuni con le quali i vari Paesi possano disciplinare la propria potestà impositiva.

1.1 Principio di territorialità e reddito d'impresa

Per affrontare il tema del principio di territorialità, è necessario partire dal concetto di sovranità territoriale, che determina "*il diritto di ciascuno Stato di esercitare il potere di governo in via generale ed esclusiva nel proprio ambito di competenza spaziale*".[2] A questo diritto, per ciascuno Stato, corrisponde il divieto di esercitare il proprio potere in territorio straniero, si tratta quindi di una sovranità che può essere fatta valere solamente entro i confini dello Stato. Questa immagine di sovranità "limitata" si estende, in ambito tributario, al concetto di sovranità impositiva, che dovrebbe intendersi anch'essa "territorialmente delimitata". Secondo alcuni autori, infatti, la coesistenza di Stati sovrani giustifica il principio di territorialità, in quanto l'esercizio da parte di un determinato Stato dei propri poteri impositivi nel territorio di un altro Stato è impedita da una norma generale di diritto

[2] Baggio R., *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Giuffrè Editore, 2009, p. 6.

internazionale.[3] In deroga a questo principio, esistono però norme che hanno efficacia anche all'esterno del territorio dello Stato in quanto regolano determinati fatti a prescindere dal luogo in cui si realizzano. Ciò in quanto, in linea teorica, ogni Stato è libero di esercitare la propria potestà impositiva anche oltre i propri confini, ma trova i limiti, giuridici e non, dovuti alla concorrenza della potestà impositiva degli altri Stati. Di fatto, la questione della potestà impositiva dipende dalla "*connessione giurisdizionale tra il potere di imporre un prelievo fiscale da parte di uno Stato ed un certo evento suscettibile di generare materia imponibile*".[4] La connessione giurisdizionale generalmente può essere di due tipi:

- un collegamento di tipo "geografico-oggettivo", che considera il rapporto tra il luogo ove si realizza il fatto impositivo e il territorio dello Stato (criterio territoriale);
- un collegamento di tipo "personale", che valuta il rapporto tra lo Stato e la persona che ha realizzato l'evento imponibile (criterio residenziale).

Il criterio di collegamento territoriale permette di assoggettare a tassazione solamente i redditi prodotti in un determinato territorio. Si tratta, quindi, di un tipo di tassazione geograficamente "limitata", anche detta della fonte o origine.
Il criterio di collegamento residenziale, invece, si basa principalmente sul luogo del domicilio o della residenza e permette di esercitare la cd. tassazione "illimitata", ovvero consente, una volta stabilita la connessione tra il soggetto passivo d'imposta e il territorio, di sottoporre a tassazione tutti i suoi redditi ovunque prodotti.

1.1.1 Tassazione dei residenti in Italia per redditi prodotti all'estero

In applicazione del criterio di collegamento personale, i residenti sono assoggettati a tassazione ai fini delle imposte dirette per i redditi ovunque prodotti.[5] Diretta conseguenza di questo principio è il rischio di incorrere nella doppia imposizione,

---

[3] Sacchetto C., *Princìpi di diritto tributario europeo e internazionale*, Giappichelli, 2011, p. 89.
[4] *Ivi*, p. 91.
[5] Si riporta il testo del comma 1 dell'art. 3 del TUIR: "*L'imposta si applica sul reddito complessivo del soggetto, formato per i residenti da tutti i redditi posseduti al netto degli oneri deducibili indicati nell'articolo 10 e per i non residenti soltanto da quelli prodotti nel territorio dello Stato".*

lo stesso reddito infatti potrebbe essere tassato sia nello Stato di residenza del contribuente, che nello Stato in cui il reddito viene prodotto, cioè lo Stato della fonte. Per evitare la doppia imposizione dei redditi prodotti all'estero, il legislatore ha inserito nel TUIR l'art. 165[6], che regola il credito d'imposta spettante ai residenti per le imposte pagate all'estero sui redditi ivi prodotti.

1.1.2 Tassazione dei non residenti per i redditi prodotti in Italia

Nel caso di redditi realizzati da non residenti, questi saranno tassati secondo il principio di territorialità, ovvero solamente per la quota prodotta in Italia.[7] Si rende quindi necessaria la determinazione di un criterio che permetta di localizzare i redditi prodotti e tassarli nello Stato di competenza. Altrimenti i redditi prodotti all'estero dall'impresa, secondo i criteri di collegamento sopra descritti, sarebbero suscettibili di tassazione sia nello Stato di residenza, che nello Stato della fonte (dove vengono effettivamente realizzati), rischiando di causare l'insorgenza di fenomeni di doppia imposizione che svantaggerebbero notevolmente le attività transnazionali. In ambito internazionale è stato elaborato il concetto di stabile organizzazione quale "*criterio distributivo necessario per delimitare le pretese fiscali avanzate dagli Stati sui redditi transnazionali prodotti dall'impresa*"[8], si tratta quindi di un parametro per valutare il grado di collegamento dell'impresa con il territorio in cui opera. Di conseguenza, nel caso in cui si configuri una stabile organizzazione, i redditi realizzati saranno tassati dallo Stato della fonte. Nell'ipotesi in cui invece non venga individuata, sarà lo Stato della residenza ad assoggettare a tassazione i redditi dell'impresa anche se prodotti all'estero.
L'art. 23 del TUIR stabilisce i criteri secondo i quali un reddito potrà considerarsi localizzato in Italia. In particolare, per quanto riguarda i redditi d'impresa, la lettera

---

[6] Si riporta il testo del comma 1 dell'art. 165 del TUIR: *"Se alla formazione del reddito complessivo concorrono redditi prodotti all'estero, le imposte ivi pagate a titolo definitivo su tali redditi sono ammesse in detrazione dall'imposta netta dovuta fino alla concorrenza della quota d'imposta corrispondente al rapporto tra i redditi prodotti all'estero ed il reddito complessivo al netto delle perdite di precedenti periodi d'imposta ammesse in diminuzione".*
[7] Cfr. nota n. 5.
[8] Sacchetto C., *Princìpi di diritto tributario europeo e internazionale*, op. cit., p. 126.

e) del primo comma dell'art. 23 del TUIR prevede che "*Ai fini dell'applicazione dell'imposta nei confronti dei non residenti si considerano prodotti nel territorio dello Stato: [...] e) i redditi d'impresa derivanti da attività esercitate nel territorio dello Stato mediante stabili organizzazioni"*.

1.2 Cenni storici ed evoluzione normativa

I primi accenni all'esigenza di individuare una sede fissa d'affari ("*a trade with a fixed place of business*") quale presupposto del potere impositivo al fine di evitare la doppia tassazione, si ritrova nei trattati intercomunali in Prussia nella metà del diciannovesimo secolo. La prima applicazione in ambito internazionale risale al 1899 nell'ambito del trattato di fiscalità internazionale tra Impero Austro-Ungarico e Prussia.[9] Concreti sviluppi si ebbero però solo con i lavori svolti dalla Società delle Nazioni con lo scopo di risolvere i conflitti riguardanti la potestà impositiva dei diversi Stati. In particolare, l'impegno della Società delle Nazioni in questo ambito iniziò nel 1921, quando affidò ad alcuni esperti il compito di preparare un rapporto individuando le cause dei fenomeni di doppia imposizione internazionale, e di studiare alcuni possibili rimedi. L'anno successivo la Società delle Nazioni costituì un Comitato di esperti per redigere un "progetto di convenzione" che si ponesse come soluzione di eventuali conflitti riguardanti la potestà impositiva tra diversi Stati. La prima bozza del Modello di Convenzione contro la doppia imposizione uscì nel 1927 e utilizzò per la prima volta il concetto di "*permanent establishment*". In particolare, l'art. 5, paragrafo 1, stabiliva che "*Il reddito derivante da qualsiasi impresa industriale, commerciale o agricola e da ogni altro commercio o professione deve essere soggetto ad imposizione nello Stato in cui le persone che controllano l'impresa o che svolgono il commercio o la professione possiedono stabili organizzazioni*". Negli anni successivi la Società delle Nazioni elaborò due nuove bozze di Modelli di Convenzione, a Città del Messico nel 1943 e a Londra nel 1946. All'interno delle diverse versioni l'ambito di applicazione del concetto di "stabile

[9] Hinnekens L., *Looking for an Appropriate Jurisdictional Framework for Source-State Taxation of International Electronic Commerce in the Twenty-first Century*, in *Intertax*, n. 26/1998, p. 196.

organizzazione" registrò una continua evoluzione, nonostante questo, nemmeno con l'ultima bozza del 1946 la Società delle Nazioni riuscì ad elaborare una definizione puntuale e universalmente accettata del termine.

I lavori in materia di doppia imposizione internazionale sono stati successivamente sviluppati dall'OECE (Organizzazione per la Cooperazione Economica Europea) e, dal 1961, dall'OCSE (Organizzazione Europea per la Cooperazione Economica). Il primo Modello di Convenzione elaborato dall'OCSE risale al 1963 e contiene una definizione puntuale di stabile organizzazione, che è stata universalmente accettata e si trova in tutti gli accordi stipulati tra Paesi sviluppati. Il Modello OCSE è stato modificato per la prima volta nel 1977, ma è in continua evoluzione: l'ultima versione del documento è del 2017.

In ambito nazionale l'espressione "stabile organizzazione" venne utilizzata per la prima volta nel DPR del 29 gennaio 1958, n. 645, che approvava il Testo Unico delle Imposte Dirette (TUID). L'art. 82, comma 2, lettera c), stabiliva che "*i redditi delle imprese commerciali operanti in Italia e all'estero si considerano prodotti nel territorio dello stato per la parte derivante dall'attività esercitata nel territorio stesso per mezzo della sede centrale, di succursali o di altre stabili organizzazioni*". Il terzo comma precisava che "*nei confronti delle imprese costituite nello Stato si considerano prodotti nel territorio di questo anche i redditi derivanti da attività esercitate all'estero senza una stabile organizzazione avente gestione e contabilità separate*". Inoltre, l'art. 145 del Testo, affermava che "*presupposto dell'imposta è il possesso di un patrimonio o di un reddito da parte di soggetti tassabili in base al bilancio nonché di società ed associazioni estere operanti in Italia mediante una stabile organizzazione, ancorché non tassabili in base al bilancio*". La stabile organizzazione rientra quindi, per la prima volta, tra i presupposti dell'obbligazione tributaria. Tuttavia, non veniva data alcuna definizione del termine, né il TUID rimandava a quella contenuta nel diritto convenzionale.

La funzione della stabile organizzazione fu configurata in maniera più completa nella riforma tributaria del 1973. Con questa riforma venne introdotto il principio dell'utile mondiale, che, nei confronti dei residenti, prevede la tassazione dei redditi ovunque prodotti (applicazione del "principio della residenza"), mentre, per i non

residenti, dispone che siano soggetti ad imposizione in Italia solo i redditi ivi prodotti (applicazione del "principio della fonte"). In questo caso, in particolare, sono assoggettati ad imposta in Italia solamente i redditi d'impresa prodotti tramite una stabile organizzazione per mezzo della quale l'impresa estera opera nel territorio. In seguito alla riforma tributaria, che tuttavia non delineava precisamente il concetto di stabile organizzazione, aumentarono significativamente le ipotesi in cui quest'ultima assunse rilevanza nel diritto interno. Venne infatti inserita anche nel contesto delle imposte indirette, in particolare, ai fini IVA, l'art. 7 del DPR 26 ottobre 1972, n. 633, poi rielaborato dall'art. 9 del DPR 31 marzo 1979, n. 94, ha disposto l'applicabilità del tributo alle prestazioni di servizi "*rese da stabili organizzazioni in Italia di soggetti domiciliati e residenti all'estero*", e l'esclusione dal tributo di quelle "*rese da stabili organizzazioni all'estero di soggetti domiciliati o residenti in Italia*".

Nemmeno con la successiva emanazione del DPR 22 dicembre 1986, n. 917, che approvava il Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR) venne data una definizione di stabile organizzazione. Fino al 2003 l'unico riferimento normativo utile all'interpretazione del concetto, si trovava nella circolare del Ministero delle Finanze 30 aprile 1977, n. 7/1496. La suddetta circolare stabiliva che, in mancanza di una puntuale previsione legislativa, la definizione di stabile organizzazione dovesse desumersi dall'art. 5 del Modello OCSE, elencandone i tratti essenziali così come delineati dallo stesso.[10]

Detta definizione venne introdotta, come già accennato, a seguito della riforma dell'IRES di cui al D.lgs. 12 dicembre 2003, n. 344. Nel nuovo TUIR è stato inserito l'art. 162, completamente dedicato alla disciplina della stabile organizzazione. La legge delega del 2003 stabiliva che la definizione dovesse essere sviluppata "*sulla base dei criteri desumibili dagli accordi internazionali contro le doppie imposizioni*".[11] Il testo, quindi, rimanda genericamente ai criteri ricavabili "*dagli accordi internazionali*". Pur in mancanza di uno specifico richiamo, l'art. 162 del TUIR è

[10] Pennesi M., *Stabile organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema*, Milano, 2012, p. 56.
[11] *Ibid.*

impostato allo stesso modo dell'art. 5 del Modello di Convenzione OCSE. Le differenze sono limitate ad alcune disposizioni di dettaglio.

1.3 La stabile organizzazione

Prima di analizzare nel dettaglio la definizione di stabile organizzazione, è necessario chiarire quale sia l'ambito applicativo delle due norme a cui si farà riferimento, ovvero l'art. 5 del Modello di Convenzione OCSE contro le doppie imposizioni e l'art. 162 del TUIR. Mentre il Modello OCSE funge, appunto, da modello per la redazione dei trattati contro le doppie imposizioni, ed è utilizzato nella maggior parte delle convenzioni bilaterali, la normativa domestica ha un impatto limitato. L'art. 162 del TUIR infatti, trova applicazione solamente nelle relazioni con soggetti con cui l'Italia non abbia stipulato una Convenzione contro le doppie imposizioni, oppure nel caso in cui, anche in presenza di una Convenzione, la normativa nazionale risulti più favorevole per il contribuente.

Un'ulteriore specificazione merita di essere fatta per quanto riguarda il Commentario al Modello OCSE, ovvero il documento che analizza le disposizioni di ogni articolo dello schema del trattato, chiarisce il significato dei termini utilizzati e fornisce importanti indicazioni per un'interpretazione della norma che sia il più corretta e uniforme possibile, al fine di evitare fraintendimenti tra i diversi Stati che scelgono di utilizzarla. Poiché il Modello OCSE costituisce uno schema per la stesura delle Convenzioni bilaterali, l'adozione del suo testo implica anche l'accettazione delle interpretazioni fornite dal Commentario.[12]

[12] Il dibattito riguardo la vincolatività o meno del Commentario quale fonte interpretativa delle Convenzioni redatte secondo il Modello OCSE non ha tutt'ora trovato una risposta univoca. Tuttavia, in ambito nazionale, la giurisprudenza italiana ha tradizionalmente ritenuto il Commentario uno strumento di interpretazione non vincolante, avente comunque funzione orientativa. In particolare, la sentenza della Cassazione n. 17206/2006, pronunciandosi in materia di stabile organizzazione, ha chiarito che il Commentario non ha valore normativo e deve considerarsi, quindi, privo di forma vincolante per il giudice nazionale. Più recentemente, la sentenza della Cassazione n. 23984/2016, pronunciandosi in tema di tassazione di redditi di artisti prodotti all'estero, ha ribadito che il Commentario non è fonte di diritto e non ha forza di legge. Precisa, però, che va considerato come "*elemento di conferma di una interpretazione assunta prima facie in base al testo, sulla base della considerazione che la stessa Convenzione di Vienna* – che disciplina l'interpretazione dei trattati – *privilegia l'approccio testuale e prevede il ricorso ad elementi contestuali per corroborare*

Come già detto, la normativa nazionale è sostanzialmente allineata alla disciplina convenzionale, pertanto nei successivi paragrafi verrà analizzata la definizione di stabile organizzazione seguendo la struttura dell'art. 5 del Modello OCSE ed evidenziando, di volta in volta, le differenze con il rispettivo art. 162 del TUIR.

Sia nella norma convenzionale che in quella domestica, la definizione di stabile organizzazione prevede due diverse fattispecie:

- la cd. "stabile organizzazione materiale" disciplinata dai primi quattro paragrafi, che rappresenta il criterio generale;
- la cd. "stabile organizzazione personale", di cui ai paragrafi 5 e 6.

Il Commentario stabilisce che la configurazione della "stabile organizzazione personale" è alternativa rispetto alla prima fattispecie[13], pertanto sarà necessario prima valutare l'esistenza di una stabile organizzazione materiale, e poi, in via residuale, si potrà procedere all'individuazione della previsione di cui ai paragrafi 5 e 6.

1.3.1 La stabile organizzazione materiale

Le caratteristiche principali che definiscono la stabile organizzazione vanno individuate nel primo paragrafo dell'art. 5 del Modello OCSE, secondo il quale "*l'espressione 'stabile organizzazione' designa una sede fissa di affari in cui l'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività*".[14] Dalla lettura di questa definizione si

---

un'interpretazione assunta in base al significato proprio del testo". Inoltre, la sentenza in oggetto ricorda come all'interno della giurisprudenza italiana vi siano numerosi richiami al Commentario in funzione interpretativa. Un esempio tra tutti è rappresentato dalla sentenza della Cassazione n. 3368/2002 sul caso *Philip Morris*, la quale ha esteso l'applicazione della nozione di stabile organizzazione anche ai fini dell'IVA, accogliendo le indicazioni fornite dal Commentario. Infine, nel 2017, la Cassazione deciso in merito all'esistenza o meno di una stabile organizzazione collegata ad un'impresa residente in Francia. Con la sentenza n. 4578, ha stabilito la sussistenza di tale stabile organizzazione in base alle precisazioni contenute all'interno del Commentario OCSE, confermando ulteriormente la sua valenza interpretativa.

[13] Commentario OCSE, 2017, paragrafo 100, p. 146.

[14] Si riporta il testo del paragrafo 1 dell'art. 5 del Modello OCSE: "*For the purposes of this Convention, the term "permanent establishment" means a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on.*"

evince che per configurare una stabile organizzazione *materiale* è necessario che sussistano tre elementi:

1. L'esistenza di una sede d'affari;
2. La stabilità dell'installazione;
3. L'esercizio dell'attività d'impresa attraverso la sede di affari;

nonché, secondo una parte della dottrina, sussiste un ulteriore presupposto,

4. l'idoneità produttiva.

1.3.1.1 La sede d'affari

Il termine "sede d'affari" (*place of business*) designa uno spazio circoscritto in cui viene esercitata l'attività d'impresa, e comprende qualunque immobile, locale, impianto o attrezzatura utilizzati, anche non in via esclusiva, per l'esercizio dell'attività d'impresa. Il titolo giuridico in base al quale l'impresa ha accesso a tale sede d'affari, è irrilevante. È infatti sufficiente che la sede sia a disposizione dell'impresa estera (*power of disposition*), anche in assenza di un contratto di acquisto o di locazione. Le modifiche apportate al Modello OCSE ed al relativo Commentario nel 2003, hanno ulteriormente chiarito "*che non è necessario alcun titolo legale formale che attribuisca il diritto ad utilizzare una determinata sede [...], ciò che assume decisivo rilievo è l'effettiva disponibilità dell'installazione*".[15] Il Commentario fornisce inoltre una lista di ipotesi esemplificative che potrebbero o meno configurare una stabile organizzazione, e, nel farlo, specifica che la mera presenza di un'impresa in un determinato luogo non implica che quest'ultimo sia a disposizione della stessa.

1.3.1.2 La stabilità della sede d'affari

Il requisito della *fissità* è da considerarsi sia nella sua accezione spaziale, connessa all'esistenza di un legame stabile con il territorio, sia in quella temporale, rappresentata dall'effettiva permanenza sul territorio.

[15] Valente P., Vinciguerra L., *Stabile Organizzazione*, Vicenza, Milano, 2018, p. 48.

Per quanto attiene al profilo della localizzazione, il requisito della *stabilità* può ritenersi soddisfatto quando sussiste un collegamento tra la sede d'affari e un determinato luogo geografico. Non è necessario che la sede sia effettivamente ancorata al terreno, infatti è possibile considerare stabili organizzazioni anche installazioni sotterranee o impianti petroliferi ancorati al fondale marino.
Nel chiarire la necessità che la sede d'affari si trovi su un *determinato* luogo geografico, il Commentario ha stabilito che, se la natura dell'attività prevede che sia mobile e venga svolta in luoghi limitrofi, si può configurare una sede d'affari se il territorio in cui l'attività si svolge può essere considerato come unitario sia dal punto di vista geografico che economico.[16]

Per quanto riguarda il requisito temporale, non configura stabile organizzazione un'installazione utilizzata con carattere saltuario, per periodi non estesi, che assuma quindi una mera natura temporanea. Il Commentario specifica che, nel caso in cui la natura dell'attività si presti ad essere svolta in brevi lassi di tempo, potrebbe configurarsi una stabile organizzazione anche dopo un ristretto periodo. Inoltre, il Commentario chiarisce che una temporanea interruzione dell'attività non compromette la configurazione della stabile organizzazione.

1.3.1.3 La connessione tra la sede d'affari e l'attività dell'impresa non residente

La definizione dell'art. 5 del Modello OCSE richiede, perché si possa stabilire l'esistenza di una stabile organizzazione, che tramite quest'ultima l'impresa estera svolga, in tutto o in parte, la sua attività. L'utilizzo dell'installazione può anche limitarsi ad ospitare una sola fase del processo economico dell'attività, ciò che rileva è che si tratti di una fase riconducibile al *core business* dell'impresa.

1.3.1.4 L'idoneità produttiva

Con il termine "idoneità produttiva" si fa riferimento alla capacità della stabile organizzazione di produrre un utile accertabile per l'intera impresa. La necessità della sussistenza dell'idoneità produttiva ai fini della configurabilità di una stabile organizzazione non è condivisa da tutta la dottrina. Le argomentazioni degli

[16] Commentario OCSE, op. cit., paragrafo 22, p. 121.

studiosi[17] a sostegno di questo quarto elemento sono principalmente due. La prima deriva dal paragrafo 3 dell'art. 5 del Modello OCSE, che verrà analizzato successivamente, che nella lista di fattispecie che non costituiscono stabile organizzazione include quelle incapaci di produrre autonomamente un reddito, in quanto attività di carattere ausiliario e preparatorio. La seconda argomentazione trova le sue basi nel paragrafo 2 dell'art. 7 del Modello OCSE, che stabilisce che sono attribuibili alla stabile organizzazione gli utili che si ritiene sarebbero stati da essa prodotti se fosse stata un'impresa indipendente.

1.3.2 La *positive list*

Il paragrafo 2 dell'art. 5 del Modello OCSE fornisce un elenco, non esaustivo, di fattispecie qualificabili come stabile organizzazione.

"*L'espressione "stabile organizzazione" comprende in particolare:*

a) una sede di direzione;

b) una succursale;

c) un ufficio;

d) un'officina:

e) un laboratorio;

f) una miniera, un pozzo di petrolio o di gas, una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali."[18]

---

[17] A. Lovisolo, *Il concetto di stabile organizzazione nel regime convenzionale contro la doppia imposizione*, in Dir. e Pratica Trib., n. 2/1983, pp. 1135-1136; A. Lovisolo, *La stabile organizzazione*, in AA.VV, *Corso di diritto tributario internazionale*, coordinato da V. Uckmar, Cedam, 1999, pp. 241-242; F. Tundo, *In tema di stabile organizzazione ed Iva*, in Dir. e Pratica Trib., 1992, II, p. 329; P. Steimle - G. Cugini, *I problemi relativi alla stabile organizzazione: confronto con esperienze straniere e suggerimenti operativi*, in AA.VV., *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, a cura di V. Uckmar e C. Garbarino, Milano, 1995, p. 99; E. Ceriana, *Stabile organizzazione e imposizione sul reddito*, in Dir. e Pratica Trib., 1995, I, p. 668; C. Garbarino, *La nozione di stabile organizzazione nell'imposta sul valore aggiunto*, in Dir. e Pratica Trib., 2002, II, p. 449, nota 31. Cit. in Pennesi M., *Stabile organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema*, op. cit., p. 16.

[18] Si riporta il testo del paragrafo 2 dell'art. 5 del Modello OCSE: "*The term "permanent establishment" includes especially:*

a) a place of management;
b) a branch;
c) an office;
d) a factory;
e) a workshop,

Secondo il Commentario OCSE le ipotesi elencate vanno in ogni caso valutate alla luce delle condizioni del primo paragrafo dell'articolo. Il solo fatto di rientrare nella "*positive list*" non è sufficiente per qualificare un'installazione come stabile organizzazione. Si tratta quindi di una presunzione relativa, da cui consegue una sostanziale inversione dell'onere della prova, spetta cioè all'impresa estera dimostrare che non si tratta di un'installazione che si qualifica come stabile organizzazione. Su questo punto l'interpretazione dell'Amministrazione finanziaria italiana differisce da quella del Commentario OCSE. Ritiene infatti che le ipotesi elencate al secondo comma dell'art. 162 del TUIR siano presunzioni assolute, a prescindere dall'esistenza dei requisiti di cui al primo comma del medesimo articolo.

1.3.2.1 La sede di direzione (place of management)

La sede di direzione rappresenta il luogo in cui viene svolta l'attività direttiva di tutta o di una parte dell'impresa. L'attività esercitata nella sede di direzione deve determinare l'assunzione di decisioni significative, che si possano considerare essenziali e strategiche per tutta l'impresa nel suo insieme.

1.3.2.2 La succursale (branch)

Il Commentario non dà alcun chiarimento sul significato del termine "succursale", e questo comporta non poche difficoltà interpretative. È necessario quindi affidarsi ai chiarimenti forniti dagli studiosi. In particolare, la definizione più accreditata a livello internazionale descrive la succursale come "*un ramo dell'impresa privo di autonomia giuridica e dipendente dall'impresa medesima; essa è dotata di un certo grado di indipendenza economica e commerciale, di una propria organizzazione con separate registrazioni contabili, e svolge attività non aventi carattere meramente preparatorio o ausiliario*".[19]

---

f) a mine, an oil or gas well, a quarry or any other place of extraction of natural resources."

[19] K. Vogel, *On double taxation conventions,* cit. in Pennesi M., *Stabile organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema*, op. cit., p. 20.

1.3.2.3 L'ufficio (office)

Nella fattispecie "ufficio" può rientrare un elevato numero di ipotesi, e, come per la succursale, il Commentario non dà delucidazioni in merito alla sua definizione. La dottrina ritiene che "*il termine "ufficio" indichi una struttura utilizzata per gestire l'amministrazione dell'impresa*" aggiunge inoltre che "*ciò non richiede né un particolare grado di indipendenza, né una particolare organizzazione interna*".[20]

1.3.2.4 L'officina e il laboratorio

A differenza dei termini precedenti, sia "officina" che "laboratorio" sono sufficientemente chiari nel loro significato comune. Il laboratorio è un locale all'interno del quale vengono svolte attività sperimentali, tecniche e produttive, mentre l'officina è un impianto nel quale vengono effettuate lavorazioni meccaniche. Entrambi sono caratterizzati dal fatto che al loro interno si svolgono i processi produttivi dell'attività d'impresa e soddisfano evidentemente i requisiti necessari per essere considerati stabili organizzazioni.

1.3.2.5 Luoghi di estrazione di risorse naturali

Con riguardo alla lettera f) del secondo comma dell'art. 5 del Modello OCSE, è necessario fare una distinzione con la medesima previsione della normativa italiana. Mentre la normativa convenzionale comprende nell'elenco "*una miniera, un pozzo di petrolio o di gas, una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali*", la lettera f) del secondo comma dell'art. 162 del TUIR fa riferimento ad "*una miniera, un giacimento petrolifero o di gas naturale, una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali, anche in zone situate al di fuori delle acque territoriali in cui, in conformità al diritto internazionale consuetudinario ed alla legislazione nazionale relativa all'esplorazione ed allo sfruttamento di risorse naturali, lo Stato può esercitare diritti relativi al fondo del mare, al suo sottosuolo ed alle risorse naturali*". Questa ulteriore previsione inserita nel TUIR implica l'attrazione ad imposizione anche dei redditi prodotti fuori dalle acque territoriali. Si tratta quindi di una disposizione estensiva del principio di territorialità, che deroga implicitamente all'art. 23 del TUIR che, ai

[20] K. Vogel, *On double taxation conventions,* cit. in Valente P., Vinciguerra L., *Stabile Organizzazione*, op. cit., p. 58.

fini dell'applicazione dell'IRES, considera come prodotti nel territorio dello Stato "*i redditi d'impresa derivanti da attività esercitate nel territorio dello Stato mediante stabili organizzazioni*".[21]

Un ulteriore differenza tra la normativa convenzionale e quella domestica è stata introdotta dalla Legge di Bilancio del 2018. Nello specifico è stata aggiunta un'ipotesi alla lista del secondo comma dell'art. 162 del TUIR, la lettera *f-bis)*, che prevede che configuri una stabile organizzazione anche "*una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso*". Questa modifica, che introduce il concetto di "presenza economica", verrà approfondita al capitolo 4.

1.3.3 Il cantiere

Il terzo paragrafo dell'art. 5 del Modello OCSE stabilisce che "*un cantiere di costruzione o di montaggio è considerato stabile organizzazione solamente se ha una durata superiore ai dodici mesi*".[22] Il termine "cantiere" si riferisce alla costruzione di edifici e, più in generale, alla progettazione e alla realizzazione di tutte le infrastrutture come ponti, strade, ecc. La condizione temporale posta dall'art. 5 rappresenta una delle maggiori differenze tra la normativa convenzionale e quella nazionale, il terzo comma dell'art. 162 del TUIR prevede infatti che il limite minimo perché un cantiere possa essere qualificato come stabile organizzazione sia di soli tre mesi. Inoltre, la normativa italiana include esplicitamente tra le ipotesi che configurano una stabile organizzazione di cantiere, oltre alla costruzione, al montaggio e all'installazione, anche le attività di supervisione connesse.

[21] Pennesi M., *Stabile organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema*, op. cit., p. 58.
[22] Si riporta il testo del paragrafo 3 dell'art. 5 del Modello OCSE: "*A building site or construction or installation project constitutes a permanent establishment only if it lasts more than twelve months.*"

1.3.4 La *negative list*

Il paragrafo 4 dell'art. 5 del Modello OCSE individua alcune fattispecie che non sono qualificabili come stabili organizzazioni, anche nel caso in cui venga riscontrata la presenza di una sede fissa d'affari. Le ragioni alla base dell'introduzione della cd. *negative list* sono principalmente economiche, tutte le attività elencate infatti hanno carattere meramente preparatorio o ausiliario e non sono considerate suscettibili di produrre un reddito autonomo, pur contribuendo alla produttività dell'impresa. Inoltre, risulterebbe estremamente complicato determinare la quota di utile attribuibile a tali attività. Per quanto riguarda le fattispecie di uffici acquisti, magazzini di distribuzione e le altre ipotesi similari, la loro esclusione è mirata anche a favorire il commercio internazionale.

I casi considerati dal paragrafo 4 dell'art. 5 del Modello OCSE, ripresi in maniera analoga anche dal comma 4 dell'art. 162 del TUIR, sono quelli in cui:

a) "*si fa uso di una installazione ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di merci appartenenti alla impresa;*
b) *le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinate ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna;*
c) *le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinate ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa;*
d) *una sede fissa di affari è utilizzata ai soli fini di acquistare merci o di raccogliere informazioni per la impresa;*
e) *una sede fissa di affari svolga, per l'impresa, qualsiasi altra attività diversa da quelle espressamente elencate dalla lett. a) alla lett. d);*
f) *una sede fissa di affari è utilizzata unicamente per qualsiasi combinazione delle attività citate ai paragrafi da a) a e),*

purché le attività poste in essere sopra elencate o, nell'ipotesi di cui alla lett. f), il complesso delle attività, siano di carattere preparatorio o ausiliarie."[23]

[23] Si riporta il testo del paragrafo 4 dell'art. 5 del Modello OCSE: "*Notwithstanding the preceding provisions of this Article, the term "permanent establishment" shall be deemed not to include:*

L'ipotesi delineata alla lettera a) concerne il caso in cui un'impresa disponga di una struttura per immagazzinare, esporre o consegnare le proprie merci. Condizione esplicita per l'esclusione è che i beni e le merci appartengano all'impresa stessa. Non rientrano nella fattispecie i depositi gestiti per conto di terzi.

L'esempio di cui alla lettera b) riprende quanto previsto alla lettera a), specificando che l'impresa estera non fa uso dell'installazione. Significa quindi che il mantenimento di uno *stock* di beni e merci per i soli fini già enunciati, non viene considerato stabile organizzazione. Accreditata dottrina ritiene che la precisazione appena enunciata abbia "*valenza meramente dichiarativa in quanto lo stock di beni, che non configura, ex se, una sede d'affari, ma rappresenta il semplice oggetto dell'attività d'impresa, non soddisfa autonomamente i requisiti idonei alla configurazione di una stabile organizzazione*".[24]

La fattispecie menzionata alla lettera c) concerne il caso in cui i beni e le merci appartenenti all'impresa estera vengono depositate in un magazzino situato in uno Stato estero con la funzione di consentirne la trasformazione da parte di un'altra impresa in nome o per conto dell'impresa estera. Per attività di trasformazione si intende una fase della produzione durante la quale il bene subisce una modificazione delle sue caratteristiche qualitative e quantitative. Come per la lettera precedente, anche in questo caso si può ritenere superflua la dichiarazione, in quanto non è possibile considerare stabile organizzazione dell'impresa estera

---

a) the use of facilities solely for the purpose of storage, display or delivery of goods or merchandise belonging to the enterprise;
b) the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of storage, display or delivery;
c) the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of processing by another enterprise;
d) the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of purchasing goods or merchandise or of collecting information, for the enterprise;
e) the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of carrying on, for the enterprise, any other activity;
f) the maintenance of a fixed place of business solely for any combination of activities mentioned in subparagraphs a) to e),

provided that such activity or, in the case of subparagraph f), the overall activity of the fixed place of business, is of a preparatory or auxiliary character."

[24] K. Vogel, *On double taxation conventions,* cit. in Valente P., Vinciguerra L., *Stabile Organizzazione*, op. cit., p. 66.

l'installazione di un'altra impresa, e in quanto lo *stock* non può essere, come già detto, qualificabile *ex se* come stabile organizzazione.[25]

La lettera d) stabilisce che non configura stabile organizzazione una sede fissa d'affari utilizzata al solo fine di acquistare merci o per raccogliere informazioni per l'impresa. Questa previsione va interpretata anche in relazione al paragrafo 5 dell'art. 7 dello stesso Modello che stabilisce che nessun profitto è attribuibile ad una stabile organizzazione per il solo fatto che essa abbia acquistato beni o merci per conto della casa madre. Alla luce di questo, è chiaro come non possa essere considerato una stabile organizzazione un mero ufficio acquisti situato all'stero. Per quanto riguarda l'aspetto della raccolta di informazioni, il Commentario assimila l'acquisizione di notizie a quella di qualsiasi bene.

L'ipotesi indicata alla lettera e) considera la situazione in cui una sede fissa d'affari venga utilizzata per svolgere, per l'impresa, qualsiasi attività, non ancora prevista dalle lettere precedenti, che abbia carattere preparatorio o ausiliario. La previsione della lettera e) rende evidente che, al pari della *positive list*, anche l'elenco previsto dal paragrafo 4 non va ritenuto esaustivo. Sia la disposizione in oggetto che quella successiva, infatti, costituiscono delle "generalizzate eccezioni" alla definizione del primo paragrafo. A titolo esemplificativo, rientrano nella casistica di cui alla lett. e) le seguenti ipotesi: installazioni utilizzate esclusivamente per la pubblicità, per fornire informazioni, per effettuare ricerca scientifica.

Riguardo alla nozione di "attività preparatorie o ausiliarie", il Commentario fornisce una serie di indicazioni che permettono di comprendere meglio l'ambito di applicazione della norma. Innanzitutto, perché un'attività possa essere considerata "preparatoria o ausiliaria", è necessario che non rappresenti una parte essenziale e significativa dell'attività, unitariamente considerata, svolta dall'impresa madre. Tale valutazione va effettuata con riguardo sia all'aspetto qualitativo, considerando la natura dell'attività, che all'aspetto quantitativo, accertandosi che abbia un'importanza marginale rispetto al complesso dell'azienda. Un'attività ausiliaria, inoltre, generalmente corrisponde ad un'attività svolta per supportare quella

[25] *Ibid*.

essenziale e significativa dell'intera impresa, senza però farne parte. Il Commentario fornisce un'indicazione anche riguardo alla durata dell'attività, che deve avvenire "*during a relatively short period*"[26], ovvero in un periodo di tempo relativamente breve. L'ultimo importante criterio per l'identificazione della natura preparatoria e ausiliaria di un'attività, è che quest'ultima sia rivolta esclusivamente all'impresa. Il Commentario infatti chiarisce che, nel caso in cui l'attività venisse svolta a favore di soggetti terzi, anche nel caso in cui si trattasse di imprese appartenenti al gruppo della società madre, si configurerebbe una stabile organizzazione ("a *permanent establishment would therefore exist if such activities were performed on behalf of other enterprises at the same fixed place of business*"[27]).

Infine, la lettera f) del Modello OCSE esclude l'identificazione di una stabile organizzazione nel caso in cui una sede fissa d'affari venga utilizzata per l'esercizio combinato delle attività menzionate in precedenza. *Conditio sine qua non* ai fini dell'esclusione è che il complesso dell'attività "combinata" mantenga il carattere preparatorio e ausiliario che caratterizza tutta la lista delle eccezioni del paragrafo. È fondamentale quindi che la combinazione delle attività, nel suo insieme, non realizzi un ciclo della produzione autonomo rispetto al resto dell'impresa. Inoltre, la lettera f) fa riferimento esclusivamente alle attività previste dalla lettera a) alla lettera e) dello stesso comma, la combinazione delle operazioni svolte dall'attività quindi, non può in nessun modo comprendere attività suscettibili di produrre reddito. "*Difatti, lo svolgimento promiscuo di attività preparatorie e/o ausiliarie e attività che possono far configurare l'esistenza di una stabile organizzazione, comporta che tutta l'attività nel complesso sarà assoggettata al regime normativo prescritto per la stabile organizzazione*".[28]

[26] Commentario OCSE, op. cit., paragrafo 60, p. 133.
[27] *Ivi*, paragrafo 61, p. 133.
[28] Valente P., Vinciguerra L., *Stabile Organizzazione*, op. cit., p. 69.

1.3.5 La "*anti-fragmentation rule*"

Con l'ultimo aggiornamento del Modello OCSE del 2017, è stato introdotto il paragrafo 4.1, il quale contiene la cd. "*anti-fragmentation rule*". La ragione alla base dell'inserimento di questa disposizione viene chiarita nel paragrafo 79 del Commentario, che spiega come lo scopo sia quello di prevenire che un'impresa o un gruppo di imprese strettamente collegate tra loro ("*closely related")* possa "frammentare" un'attività dell'impresa in attività più piccole che le consentano di considerarle singolarmente come attività preparatorie e/o ausiliarie non idonee a configurare una stabile organizzazione. Si tratta quindi di una norma antielusiva, inserita nel Modello nel contesto dei lavori svolti dall'OCSE nell'ambito del Progetto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), di cui tratteremo in seguito.

Il paragrafo 4.1 stabilisce quindi che, nel caso di svolgimento di più attività, in un determinato Stato, da parte di una o più imprese strettamente collegate tra loro, si configurerà una stabile organizzazione nel caso in cui le diverse attività siano tra loro complementari e connesse.[29] Le condizioni da rispettare per l'applicazione del par. 4.1, sono, alternativamente:

a) la qualificazione come stabile organizzazione di uno dei luoghi dove l'impresa, o una delle imprese a essa collegata, svolge la sua attività;
b) l'attività complessiva, risultante dalla combinazione delle attività svolte dalle diverse imprese collegate nello stesso Stato, non abbia carattere meramente preparatorio o ausiliario.

[29] Si riporta il testo del paragrafo 4.1 dell'art. 5 del Modello OCSE: "*Paragraph 4 shall not apply to a fixed place of business that is used or maintained by an enterprise if the same enterprise or a closely related enterprise carries on business activities at the same place or at another place in the same Contracting State and*

a) that place or other place constitutes a permanent establishment for the enterprise or the closely related enterprise under the provisions of this Article, or
b) the overall activity resulting from the combination of the activities carried on by the two enterprises at the same place, or by the same enterprise or closely related enterprises at the two places, is not of a preparatory or auxiliary character,

provided that the business activities carried on by the two enterprises at the same place, or by the same enterprise or closely related enterprises at the two places, constitute complementary functions that are part of a cohesive business operation."

Per quanto attiene alle condizioni per l'identificazione del carattere preparatorio e ausiliario delle attività vale quanto chiarito dal Commentario per il paragrafo precedente.

Nel marzo 2018 l'OCSE ha pubblicato il *Report "Additional Guidance on the Attribution of Profits* to *Permanent Establishments, BEPS Action 7"*, il quale, relativamente alle modalità di attribuzione dei profitti alle stabili organizzazioni, precisa che la regola dell'"*anti-fragmentation rule"* si applica in due situazioni:

1. la prima riguarda il caso in cui un'impresa non residente ha una stabile organizzazione in uno Stato nel quale svolge anche un'attività che viene ritenuta come complementare a quella della stabile organizzazione, anche se di per sé sarebbe qualificabile come preparatoria o ausiliaria;
2. la seconda prevede l'ipotesi della combinazione di diverse attività svolte nello Stato da un'impresa e da società ad essa collegate. L'insieme delle singole attività determina la formazione di un'attività più articolata che, nel suo complesso, non può essere considerata come preparatoria o ausiliaria.

1.3.6 La stabile organizzazione personale

Le disposizioni contenute nei paragrafi 5 e 6 del Modello OCSE consentono di configurare una stabile organizzazione anche in assenza di una sede fissa d'affari, nel caso in cui una "*persona*" svolga determinate operazioni per conto di un'impresa estera. In particolare, il paragrafo 5 disciplina l'ipotesi dell'agente dipendente, mentre il paragrafo 6 la figura dell'agente indipendente.

1.3.6.1 L'agente dipendente

Il paragrafo 5 dispone che nonostante le previsioni del primo e del secondo paragrafo (che disciplinano la fattispecie della stabile organizzazione materiale), si configura una stabile organizzazione anche nel caso in cui una persona agisca per conto di un'impresa e, nell'esercizio della sua attività, stipuli abitualmente contratti, oppure vesta abitualmente un ruolo chiave nella conclusione di contratti, i quali

vengono normalmente stipulati senza sostanziali modifiche da parte dell'impresa. Per rientrare nelle previsioni dell'articolo, i contratti devono:

1. essere stipulati in nome dell'impresa;
2. avere ad oggetto il trasferimento della proprietà o il diritto di utilizzo, di beni posseduti dall'impresa, o che l'impresa ha il diritto di utilizzare;
3. riguardare la prestazione di servizi da parte dell'impresa.

L'ultima precisazione del paragrafo 5 riguarda la natura dell'attività svolta dall'agente dipendente, che non può rientrare tra quelle previste dal paragrafo 4 dello stesso articolo, ovvero tra le attività che hanno carattere preparatorio o ausiliario.[30]

Il termine "persona" utilizzato dal Modello include sia persone fisiche che enti collettivi e non è necessario che siano residenti o abbiano una sede d'affari nello stato in cui agiscono in nome dell'impresa.[31]

Perché la figura dell'agente dipendente possa essere equiparata alla fattispecie della stabile organizzazione, è necessario che soddisfi, congiuntamente, tre requisiti principali:

1. il rapporto di collaborazione deve essere esclusivo;
2. l'agente deve essere in un rapporto di subordinazione, sia economica che giuridica, con l'impresa;

---

[30] Si riporta il testo del paragrafo 5 dell'art. 5 del Modello OCSE: "*Notwithstanding the provisions of paragraphs 1 and 2 but subject to the provisions of paragraph 6, where a person is acting in a Contracting State on behalf of an enterprise and, in doing so, habitually concludes contracts, or habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts that are routinely concluded without material modification by the enterprise, and these contracts are*

a) in the name of the enterprise, or
b) for the transfer of the ownership of, or for the granting of the right to use, property owned by that enterprise or that the enterprise has the right to use, or
c) for the provision of services by that enterprise,

that enterprise shall be deemed to have a permanent establishment in that State in respect of any activities which that person undertakes for the enterprise, unless the activities of such person are limited to those mentioned in paragraph 4 which, if exercised through a fixed place of business (other than a fixed place of business to which paragraph 4.1 would apply), would not make this fixed place of business a permanent establishment under the provisions of that paragraph."

[31] Commentario OCSE, op. cit., paragrafo 83, p. 141.

3. deve avere la possibilità di stipulare contratti con evidenza giuridica per l'impresa estera, o deve quantomeno coprire un ruolo significativo ai fini della conclusione dei suddetti contratti, che vengono stipulati senza significative modifiche da parte dell'impresa.

La disposizione del paragrafo 5 include anche gli agenti che abbiano lo *status* di indipendenti, ma non mostrino autonomia in senso economico e non agiscano nel normale corso dei loro affari.[32]

La seconda parte dell'art. 5 del Modello OCSE individua, dunque, solamente due figure qualificabili come stabile organizzazione personale:

1. la prima è quella dell'agente che stipula abitualmente contratti, dei quali negozia tutti i dettagli e ha il potere di vincolare direttamente l'impresa;
2. la seconda è quella dell'agente che ricopre abitualmente il ruolo chiave nella negoziazione e quindi nella conclusione dei contratti, che non subiscono modifiche significanti da parte dell'impresa.

In entrambi i casi, i contratti devono riguardare l'attività principale dell'azienda ("*contracts relating to operations which constitute the business proper of the enterprise"*), ed essere rivolti al mercato.

Un altro requisito da soddisfare è quello dell'*abitualità* nello svolgimento dell'attività, ciò quindi esclude la possibilità che la conclusione di un solo contratto possa qualificare una stabile organizzazione personale.

Infine, la norma non richiede che ci sia un particolare collegamento con il territorio, né che l'attività sia svolta sempre dalla medesima persona, ciò che rileva infatti, è che il ruolo di agente sia costante all'interno dell'attività d'impresa.

1.3.6.2 L'agente indipendente

Il paragrafo 6 disciplina la figura dell'agente indipendente, in particolare dispone che il paragrafo precedente, riguardante la definizione di agente dipendente, non si applica nel caso in cui la persona che svolge la sua attività per conto di un'impresa

[32] *Ivi*, paragrafo 106, p. 147.

estera, lo faccia in qualità di agente indipendente che agisce nell'ambito della propria ordinaria attività. Il paragrafo 6 dispone, inoltre, che nel caso in cui una persona agisca esclusivamente, o quasi, per conto di una o più imprese alle quali è strettamente collegata, va esclusa l'ipotesi che possa trattarsi di un agente indipendente.[33]

Il paragrafo 5 dunque non trova applicazione nel caso in cui l'intermediario ricopra una posizione di assoluta indipendenza rispetto all'impresa estera, sia in ambito giuridico che economico.

Per valutare l'indipendenza dal punto di vista *giuridico*, è necessario analizzare il contratto stipulato tra l'agente e l'impresa non residente. Questo per verificare l'estensione degli obblighi assunti dall'agente e l'inclusione nel contratto di eventuali condizioni che limitino la sua libertà di agire. Il Commentario chiarisce che un agente indipendente è tipicamente responsabile nei confronti dell'impresa solo per quanto concerne i risultati del suo lavoro, e non è soggetto ad uno stretto controllo sulle modalità in cui opera, né deve sottostare ad istruzioni particolarmente dettagliate. Inoltre, il fatto che l'impresa faccia affidamento sulle sue specifiche competenze e conoscenze, è un indicatore di indipendenza.[34]

Per quanto riguarda l'aspetto *economico*, perché il rapporto di lavoro possa essere considerato indipendente:

1. il rischio d'impresa deve ricadere esclusivamente sull'impresa estera;
2. l'operato dell'agente deve essere remunerato;
3. il rapporto con l'impresa estera non deve essere esclusivo, e non deve nemmeno rappresentare il maggiore cliente nel portafoglio dell'intermediario.

---

[33] Si riporta il testo del paragrafo 6 dell'art. 5 del Modello OCSE: "*Paragraph 5 shall not apply where the person acting in a Contracting State on behalf of an enterprise of the other Contracting State carries on business in the first mentioned State as an independent agent and acts for the enterprise in the ordinary course of that business. Where, however, a person acts exclusively or almost exclusively on behalf of one or more enterprises to which it is closely related, that person shall not be considered to be an independent agent within the meaning of this paragraph with respect to any such enterprise.*"

[34] Commentario OCSE, op. cit., paragrafo 106, p. 147.

Inoltre, è importante sottolineare che, perché non trovi applicazione il paragrafo 5, l'agente deve essere indipendente e agire nell'ambito della propria ordinaria attività. Tale requisito non viene soddisfatto nel momento in cui l'agente conclude transazioni che esulano dalle sue normali attività.[35]

La Legge di Bilancio 2018 ha modificato la definizione di stabile organizzazione contenuta nell'art. 162 del TUIR, in modo da recepire nel nostro ordinamento le modifiche al Modello OCSE apportate dall'*Action 7* del progetto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting Project*). In particolare, sono stati radicalmente modificati i commi 6 e 7, che ora riprendono i paragrafi 5 e 6 del Modello OCSE.

Il comma 8 dell'art. 162 però, in materia di stabile organizzazione personale, contiene una specificazione che non è prevista dall'art. 5 del Modello: "*Nonostante quanto previsto dal comma 7* [che delinea la figura dell'agente indipendente] *non costituisce stabile organizzazione dell'impresa il solo fatto che la stessa eserciti nel territorio dello Stato la propria attività per mezzo di un raccomandatario marittimo di cui alla legge 4 aprile 1977, n. 135, o di un mediatore marittimo di cui alla legge 12 marzo 1968, n. 478, che abbia i poteri per la gestione commerciale o operativa delle navi dell'impresa, anche in via continuativa"*. Di conseguenza, con riguardo alle figure del raccomandatario marittimo e del mediatore marittimo, è esclusa per espressa volontà del legislatore la possibilità che possano configurare una stabile organizzazione personale, a prescindere dalle caratteristiche effettive dell'attività svolta, e anche nel caso in cui agiscano al di fuori della propria ordinaria attività.

1.3.7 *Anti single entity clause*

Il paragrafo 7 del Modello OCSE stabilisce che la circostanza per la quale una società di uno Stato contraente controlli o sia controllata da una società residente dell'altro Stato contraente, non costituisce, *ex se*, motivo sufficiente per considerare una stabile organizzazione dell'altra.[36] Tale disposizione "*si limita a chiarire il principio*

[35] *Ivi*, paragrafo 110, p. 148.
[36] Si riporta il testo del paragrafo 7 dell'art. 5 del Modello OCSE: "*The fact that a company which is a resident of a Contracting State controls or is controlled by a company which is a resident of the other*

"generalmente accettato" secondo il quale le situazioni di controllo societario non sono di per sé rilevanti ai fini della configurabilità di una stabile organizzazione".[37]

Detta previsione trova giustificazione nel fatto che la società controllata costituisce, dal punto di vista legale, un soggetto giuridico autonomo, e di conseguenza, indipendente. Il vincolo di dipendenza che consentirebbe di configurare una stabile organizzazione, deve essere dimostrato dalla sussistenza di altri elementi (ad esempio il fatto che abbiano il medesimo consiglio di amministrazione, o l'esistenza di un contratto tra le due parti che privi di potere decisionale la controllata).

Contracting State, or which carries on business in that other State (whether through a permanent establishment or otherwise), shall not of itself constitute either company a permanent establishment of the other."

[37] Pennesi M., *Stabile organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema*, op. cit., p. 42.

2 Evoluzione del concetto di stabile organizzazione: *Virtual Permanent Establishment*

Negli ultimi due decenni l'*information and communication technology* è diventata parte integrante della società, ha invaso la vita di tutti i giorni e portato con sé una crescente globalizzazione, l'integrazione dei mercati e nuovi modi di fare impresa. Per molte imprese è stato possibile spostare le proprie attività da Paesi ad alta tassazione a Paesi a bassa tassazione, sfruttando le lacune che possono sorgere dall'interazione di diversi sistemi impositivi, riducendo al minimo il proprio carico fiscale. La nuova sfida degli Stati è quindi quella di impedire alle imprese di eludere le imposte, elaborando meccanismi atti a consentire loro di tassare i profitti realizzati con l'utilizzo delle risorse del loro territorio. Il concetto di "stabile organizzazione", che era stato elaborato con il medesimo obiettivo per contrastare l'aumento delle imprese multinazionali, è diventato obsoleto con l'avvento dell'economia digitale, le cui caratteristiche la differenziano dalle tradizionali modalità di impresa.

2.1 *Key features* dell'economia digitale

Lo sviluppo tecnologico ha consentito a un numero sempre maggiore di multinazionali di mettere in atto strategie di pianificazione fiscale che, sfruttando le lacune generate dall'interazione di diversi sistemi di tassazione, riducono la propria base imponibile e spostano i propri profitti in Paesi a bassa tassazione. Ciò anche senza in tali ultimi Stati venga svolta una parte, anche minima, dell'attività economica. Nel 2015, in risposta alla preoccupazione derivante da queste pratiche fiscali, l'OCSE, su richiesta del G20, ha pubblicato un *Action Plan* sulle strategie di *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS). Il report è composto da 15 azioni volte ad analizzare il fenomeno. La prima di queste, *Action 1 – Addressing the tax challenges of the digital economy*, si focalizza sulle sfide poste dallo sviluppo della *digital economy*. All'interno dell'*Action 1,* l'OCSE ha delineato i tratti che caratterizzano

l'economia digitale, individuato le strategie messe in atto dalle imprese per ridurre la propria tassazione ed elaborato alcune proposte con cui affrontare il problema. Il termine "*digital economy*" identifica tutti i processi economici, le transazioni, le interazioni e le attività che sono basate sulle tecnologie digitali. Un'importante società di consulenza, Deloitte Spa, definisce l'economia digitale come "*l'attività economica risultante da miliardi di connessioni quotidiane tra persone, imprese, devices, dati e processi*".[38]

Secondo l'OCSE le caratteristiche principali dell'economia digitale sono le seguenti:

1. Mobilità, con riferimento ai beni immateriali, agli utenti e alle attività del *business*;
2. Utilizzo dei dati;
3. *Network effects*, in relazione alla partecipazione degli utenti, all'integrazione e alle sinergie;
4. Utilizzo di modelli di *business* nei quali le controparti si trovano in paesi diversi;
5. Tendenza verso il monopolio o l'oligopolio di alcuni modelli di business che dipendono fortemente dall'"effetto rete";
6. Volatilità dovuta alle basse barriere d'ingresso e alla tecnologia in rapida evoluzione.[39]

2.1.1 Mobilità

La mobilità è l'aspetto che più caratterizza l'economia digitale. L'OCSE parla di mobilità riferendosi agli intangibili, agli utenti e alle funzioni dell'attività economica.[40]

---

[38] Si riporta il testo in lingua originale: *"So, what is the digital economy? It's the economic activity that results from billions of everyday online connections among people, businesses, devices, data, and processes",* Deloitte Spa, *What is digital economy?*.
[39] OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, 2015, p. 64-65.
[40] *Ivi* p. 64, paragrafo 151.

2.1.1.1 Mobilità degli asset intangibili

Lo sfruttamento e lo sviluppo di beni immateriali è un aspetto fondamentale della creazione di valore e della crescita economica nelle aziende della *digital economy*. Questa forte dipendenza dagli asset intangibili può essere presente anche nel caso in cui la tecnologia venga utilizzata in un modello di *business* che gestisce principalmente risorse materiali. Amazon, ad esempio, utilizza una piattaforma *online* per rivendere beni fisici. In base alle correnti regole fiscali, le proprietà su questi *asset* possono facilmente essere trasferite tra consociate, con il risultato che la proprietà legale degli stessi può essere facilmente separata dalle attività che li hanno generati.[41]

2.1.1.2 Mobilità di utenti e clienti

Conseguenza diretta della maggiore connettività che caratterizza la *digital economy* è la capacità dei clienti di svolgere attività commerciali da remoto mentre si spostano attraverso i confini. L'aspetto problematico della mobilità degli utenti è accentuato nel momento in cui questi utilizzano reti personali che, intenzionalmente o meno, nascondono l'ubicazione in cui avvengono le transazioni commerciali.[42]

2.1.1.3 Mobilità delle funzioni aziendali

Lo sviluppo della tecnologia ha ridotto significativamente i costi di organizzazione e coordinazione di attività anche complesse. Le aziende sono sempre più in grado di gestire le proprie operazioni internazionali da un unico "quartier generale", geograficamente anche molto distante dal luogo in cui si trovano fornitori e clienti. Inoltre, i progressi tecnologici rendono sempre più facile alle imprese svolgere le loro operazioni, e crescere economicamente, con un utilizzo minimo di personale. La capacità di gestire le attività da remoto consente una notevole flessibilità nella localizzazione delle diverse funzioni aziendali, per cui le imprese non hanno difficoltà ad operare in diversi Paesi.[43] Lo sviluppo della tecnologia

[41] *Ivi* p. 65, paragrafo 153.
[42] *Ivi* p. 65, paragrafo 154.
[43] *Ivi* p. 67, paragrafo 159.

dell'informazione e della comunicazione ha reso accessibili i mercati internazionali non solo alle grandi aziende, ma anche per le piccole e medie imprese.

2.1.2 Utilizzo massivo dei dati

È comune nell'economia digitale che le imprese raccolgano dati, non solo anagrafici, sui propri clienti, utenti e fornitori. Vengono processati dati che derivano da ricerche effettuate in rete, preferenze e opinioni, abitudini di consumo, ecc. Sebbene le aziende abbiano sempre utilizzato le informazioni tratte dalle loro interazioni con i clienti per migliorare le loro offerte, la tecnologia, l'utilizzo dei *social network* e lo sviluppo della "cultura della condivisione" hanno notevolmente aumentato la capacità di un'impresa di acquisire informazioni, sfruttarle e monetizzarle.[44]

2.1.3 *Network effects*

Un bene o un prodotto presenta effetti di rete, o esternalità di rete, se la sua domanda aumenta proporzionalmente al numero di persone che lo acquistano. Il valore di un prodotto, quindi, dipende dal numero di utenti che lo utilizzano. I *network effects* sono un aspetto importante per molte aziende del digitale. Possono derivare dall'utilità marginale reciproca dei clienti, come ad esempio nel caso dei *social network*, nei quali i vantaggi dei consumatori aumentano se aumenta il numero di utenti. Oppure possono derivare dall'integrazione verticale, ovvero dalle sinergie che si realizzano tra diversi livelli della filiera o settori produttivi.[45] Così un'*app* avrà tanto più valore quanto più saranno i *devices* compatibili e quindi gli utenti che la stessa potrà raggiungere.

[44] *Ivi* p. 67, paragrafo 164.
[45] *Ivi* p. 71, paragrafo 172.

2.1.4 Modelli di *business multi-sided*

Un modello di *business multi-sided* è quello che si basa su un mercato in cui gruppi distinti di persone interagiscono attraverso un intermediario o una piattaforma. Le decisioni prese da ogni gruppo di persone possono avere un'influenza positiva o negativa sugli altri gruppi di utenti. Ad esempio, ogni volta che un utente clicca sulla prima inserzione offerta da una piattaforma di ricerca online, aumenta il valore del posizionamento degli annunci per le aziende. La crescita dell'economia digitale ha reso questo modello di *business* prevalente in un contesto transfrontaliero. Ciò in quanto le due caratteristiche principali dei modelli di *business multi-sided* sono la flessibilità, e quindi l'adattabilità, ai diversi mercati, e la copertura, ovvero la capacità di connettere più facilmente le parti senza vincoli di tipo geografico.[46]

2.1.5 Tendenza al monopolio o all'oligopolio

Se un'azienda riesce a conquistare un nuovo mercato, le esternalità di rete combinate con i bassi costi incrementali possono consentire all'azienda di raggiungere una posizione dominante in brevissimo tempo.[47] Questo processo può essere facilitato se l'impresa è in possesso di un brevetto, o un altro diritto di proprietà intellettuale, che le consente di mantenere la sua posizione di *leadership* nel mercato.

2.1.6 Volatilità

Nonostante quanto detto sopra, il mercato della *digital economy* è estremamente volatile. Il basso costo delle barriere all'entrata e la costante innovazione contribuiscono a creare un ambiente nel quale si sviluppano continuamente nuovi modelli di *business*. Di conseguenza, società che sembravano controllare una parte sostanziale del mercato e godevano di una posizione dominante si sono ritrovate rapidamente a perdere quote di mercato a causa di concorrenti che hanno basato le

[46] *Ivi* p. 72, paragrafo 176.
[47] *Ivi* p. 73, paragrafo 178.

loro attività su tecnologie più potenti, proposte di valore più interessanti o modelli di *business* più sostenibili.[48]

2.2 Aspetti problematici della fiscalità nell'economia digitale

Di norma le imprese contribuiscono alla spesa pubblica non solo con l'imposta sul reddito, ma anche tramite numerose altre tasse, come ad esempio imposte ambientali, sui dipendenti, sulla proprietà, o con l'imposta sul valore aggiunto. Lo sviluppo delle tecnologie digitali consente alle aziende di operare in modo da eliminare o ridurre in modo significativo la loro responsabilità d'imposta. Ciò mina fortemente l'integrità del sistema fiscale e compromette il raggiungimento degli obiettivi di gettito previsti dai singoli Stati. Per compensare la perdita di entrate, i governi sono costretti ad aumentare la pressione fiscale su un numero minore di contribuenti. In questo modo le attività di erosione della base imponibile (BEPS) distorcono la concorrenza, in quanto le società che operano solo sul mercato domestico sopportano uno svantaggio competitivo rispetto alle imprese multinazionali che sono in grado di evitare o ridurre le tasse spostando i propri profitti oltreconfine.

Tradizionalmente, perché le aziende potessero ampliare la propria attività all'estero, era necessaria la presenza fisica locale per la gestione della produzione, della commercializzazione o della distribuzione, che innescavano a loro volta un indotto di attività localizzate sul territorio come appalti, gestione dell'inventario, *marketing* locale, ecc. Queste operazioni svolte all'interno del Paese estero avrebbero prodotto un reddito soggetto ad imposta nel territorio in cui si svolge effettivamente l'attività. I progressi della tecnologia, combinati con la liberalizzazione delle politiche commerciali, hanno permesso alle imprese di gestire in modo centralizzato molte funzioni che in precedenza richiedevano la presenza *in loco*. L'economia digitale ha così portato ad un progressivo superamento dei criteri tradizionalmente utilizzati per assoggettare a tassazione le imprese non residenti. Il fatto che una presenza fisica, e quindi una stabile organizzazione, non sia più

[48] *Ivi* p. 73, paragrafo 179.

indispensabile per effettuare operazioni e transazioni commerciali, anche di notevoli dimensioni, crea nuove sfide per la fiscalità internazionale.

Un ulteriore aspetto dell'economia digitale che i *policy makers* si trovano a dover affrontare è la crescente dipendenza dei nuovi modelli di *business* dai dati. Nell'interazione tra utenti e imprese dell'economia digitale vengono, come detto, forniti e acquisiti innumerevoli dati utilizzati dalle imprese stesse con finalità economiche. Inoltre, l'economia digitale ha creato nuovi flussi di ricavi difficilmente riconducibili alle tradizionali categorie, causando problemi di inquadramento giuridico di determinate transazioni.

Tali problematiche sono espressamente prese in considerazione dall'OCSE che nell'*Action 1* ha analizzato quali sono le sfide principali da affrontare per i *policy makers*, sia riguardo all'imposizione diretta, che all'imposizione indiretta.

Suddivide infatti le principali questioni sollevate dall'economia digitale nell'ambito della fiscalità diretta in tre categorie:

1. **Capacità di operare in un Paese senza la necessità di un "*nexus*" fisico**: il continuo aumento del potenziale delle tecnologie digitali e la ridotta necessità di un'ampia presenza fisica in un territorio per intraprendervi un *business*, combinati con l'importanza crescente delle esternalità di rete generate dalle interazioni tra i clienti, evidenzia l'inadeguatezza delle attuali regole di tassazione nel determinare il collegamento (*nexus*) tra la giurisdizione di mercato e l'impresa straniera che vi opera.[49]
2. **Attribuzione del valore creato dalla generazione di dati**: l'utilizzo sempre maggiore delle tecnologie dell'informazione ha permesso alle aziende dell'economia digitale di raccogliere e utilizzare i dati generati dagli utenti, anche all'estero, a un livello senza precedenti. Questo aspetto costringe i *policy makers* ad interrogarsi sulle possibili modalità di attribuzione del valore creato dalla generazione di dati attraverso prodotti e servizi digitali, e sulla caratterizzazione a fini fiscali delle transazioni che

[49] Singh M. K., *Taxation of Digital Economy: An Indian Perspective*, in *Intertax*, n. 45/2017, p. 470.

hanno ad oggetto la fornitura di dati di una persona o di un'entità, ad esempio come fornitura gratuita di un bene, come forma di baratto, ecc.[50]

3. **Caratterizzazione dei redditi prodotti dai nuovi modelli di *business***: lo sviluppo di nuove modalità di fare impresa evidenzia l'esigenza di individuare la corretta caratterizzazione dei redditi che derivano dalle transazioni e dai pagamenti effettuati nel nuovo contesto digitale.[51]

L'economia digitale costringe i governi a ripensare anche al sistema dell'imposta sul valore aggiunto, in particolare qualora consumatori privati acquistino beni e servizi, tangibili o meno, da fornitori esteri. Ciò è in parte dovuto all'assenza di una struttura a livello internazionale che garantisca la riscossione dell'IVA nella giurisdizione di consumo. Soprattutto per le piccole e medie imprese che non possono affrontare le difficoltà e i costi elevati determinati dall'assenza di un sistema internazionale che si occupi della riscossione, della raccolta e della remissione dell'imposta, ad un numero potenzialmente molto elevato di amministrazioni fiscali. Dal punto di vista dei governi, c'è un elevata probabilità di perdita di gettito e di distorsioni commerciali. C'è anche il rischio che la gestione di passività fiscali relative a un elevato volume di transazioni di basso valore, possa generare oneri amministrativi considerevoli, ma entrate marginali.

2.2.1 Limiti della stabile organizzazione tradizionale

Tra le problematiche esaminate, particolare attenzione merita, ai fini del presente elaborato, l'esistenza di un collegamento (*nexus*) tra l'impresa non residente e il Paese dove viene svolta l'attività.

Lo sviluppo tecnologico ha reso la distanza non più un ostacolo al commercio, quanto un'opportunità, moltiplicando il numero di potenziali clienti che possono essere raggiunti. Inoltre, alcuni processi che precedentemente necessitavano del supporto di personale locale, possono ora essere eseguiti da apparecchiature automatiche o da personale che opera da remoto. Grazie a questi cambiamenti, la

[50] *Ibid.*
[51] *Ibid.*

creazione di una clientela in un determinato Paese non sempre richiede il livello di infrastrutture e di personale *in loco* che sarebbero stati necessari in un'epoca pre-digitale.

Le leggi della maggior parte dei Paesi richiedono un certo grado di presenza fisica perché gli utili generati nel Paese da soggetti non residenti siano soggetti a tassazione. Ai sensi degli articoli 5 e 7 del Modello di Convezione OCSE, un'impresa è soggetta ad imposta sui suoi profitti commerciali in un Paese in cui non è residente solo se ha una stabile organizzazione in quel Paese. Il fatto quindi che sia possibile eseguire operazioni e transazioni di notevoli dimensioni senza che si realizzi il presupposto normalmente richiesto per l'imposizione fiscale evidenzia l'attuale inadeguatezza delle regole correnti al fine di regolare fiscalmente i profitti realizzati nel contesto dell'economia digitale.

L'aspetto più problematico è senza dubbio quello che riguarda il concetto di stabile organizzazione, o *permanent establishment*, e le relative norme di attribuzione del profitto. Nel capitolo 1 del presente elaborato si è visto come la definizione corrente di stabile organizzazione si riferisca, nella prima parte dell'articolo, alla stabile organizzazione materiale, che richiede quindi una sede d'affari nel territorio, e nella seconda parte alla stabile organizzazione personale, rappresentata dalla presenza nel Paese straniero di un agente dipendente. Oggi è possibile che un'impresa sia fortemente coinvolta nella vita economica di un altro Paese, senza che in quest'ultimo abbia né una "*sede fissa d'affari*"[52], né un agente dipendente, superando la tradizionale definizione di stabile organizzazione.

Ad esempio, per quanto riguarda la stabile organizzazione personale, al giorno d'oggi le imprese sono in grado di concludere contratti da remoto, tramite strumenti informatici, senza il coinvolgimento di agenti o di dipendenti nel Paese in cui risiede e agisce il cliente.

Il cambiamento delle modalità di conduzione delle imprese influisce anche sulla considerazione delle attività preparatorie e ausiliarie, che secondo le vigenti regole dell'imposizione fiscale, sono escluse dalla definizione di stabile organizzazione.

[52] OCSE, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, art. 5.

Nell'ambito dell'economia digitale, invece, tali attività potrebbero rappresentare un aspetto significativo del *business*. Così, ad esempio, se per Amazon la necessità di una consegna rapida ai clienti è un elemento chiave del suo modello di *business*, l'esistenza di un deposito locale costituirà un'attività fondamentale.

In alcuni modelli di *business* tipici dell'economia digitale i clienti hanno rapporti molto frequenti con i fornitori dei servizi, e questa interazione genera esternalità di rete che fanno aumentare il valore di una particolare attività per altri utenti. Ad esempio, nel caso di un'attività di vendita al dettaglio gestita tramite un sito *web* che fornisce una piattaforma nella quale i clienti possono recensire e valutare i prodotti, le interazioni di tali utenti con il sito possono aumentare il valore del sito *web* per altri clienti, consentendo loro di effettuare scelte più informate sui prodotti e per trovare prodotti che siano più rilevanti per i loro interessi. Allo stesso modo, gli utenti di un *social network* contribuiscono ai contenuti creati dagli utenti, con il risultato che il valore del sito per gli utenti esistenti migliora quando nuovi utenti si uniscono e contribuiscono. Nella maggior parte dei casi, gli utenti non sono direttamente remunerati per il contributo dato al sito, mentre l'azienda può monetizzare i contenuti generati dagli utenti attraverso la pubblicità, le sottoscrizioni o la concessione di licenze a terzi. In alternativa, il valore generato da contributi degli utenti può riflettersi nel valore stesso dell'attività, che viene monetizzato tramite il prezzo di vendita. Valore che, pur essendo creato con il contributo degli utenti residenti in un determinato Paese, prescinde completamente da una qualsiasi presenza dell'azienda digitale in quel Paese e quindi sfugge ad ogni ipotesi di tassazione alla fonte.

Alla luce di quanto detto, si rende necessario modificare le regole di tassazione internazionale. Ciò sia nell'ambito dei trattati internazionali che all'interno delle leggi domestiche che, comunque, per assoggettare a tassazione le imprese non residenti richiedono l'esistenza di un collegamento tradizionalmente identificato in una certa presenza fisica. Nel considerare la modifica alle regole di tassazione, tuttavia, occorre tener conto del potenziale impatto sui metodi tradizionali di *business*, al fine di mantenere la coerenza nella politica fiscale transfrontaliera.

Il documento prodotto dall'OCSE nell'ambito della conferenza tenutasi a Turku, in Finlandia, nel 1997, "*Dismantling the Barriers to Global Commerce*" esplicita i principi da applicare alla tassazione del commercio elettronico nei seguenti termini: "*Qualunque sia la soluzione adottata, la tassazione del commercio elettronico dovrebbe essere relativamente semplice, dovrebbe facilitare l'adesione volontaria, non dovrebbe avvantaggiare o svantaggiare artificialmente il commercio elettronico rispetto al commercio tradizionale, e non dovrebbe ostacolare lo sviluppo del commercio elettronico*". Sottolinea inoltre la necessità di proteggere la base imponibile e di ricercare accordi internazionali.[53]

2.3 Tentativi di superamento del concetto di stabile organizzazione

2.3.1 Evoluzione del concetto di stabile organizzazione

L'idea originale alla base del concetto di stabile organizzazione era quella di esprimere la "fedeltà economica" (*economic allegiance*) secondo il criterio sviluppato nel 1892 da Georg von Schanz[54] e ripreso nel 1937 da Allix[55] in Francia: chiunque tragga benefici economici da una comunità dovrebbe pagare le tasse a quella comunità. Il criterio della stabile organizzazione ha garantito per lungo tempo la piena tassazione nello stato della fonte, ma più le attività sono diventate tecnologicamente avanzate e quindi mobili, più il requisito di una "sede fissa d'affari" è diventato un limite al conseguimento di una giusta tassazione.

---

[53] Si riporta il testo in lingua originale: "*Whatever the solution adopted, the taxation of e-commerce should be relatively simple, should facilitate voluntary compliance, should not artificially advantage or disadvantage e-commerce' over comparable traditional commerce, and should not necessarily hinder the development of e—commerce*" cit. in Hinnekens L., *Looking for an Appropriate Jurisdictional Framework for Source-State Taxation of International Electronic Commerce in the Twenty-first Century*, op. cit., p. 192.

[54] Von Schanz G., *Permanent Establishment, Erosion of a Tax Treaty Principle,* Series on International Taxation, vol. 13, Kluwer, 1991, cit. in Hinnekens L., *Looking for an Appropriate Jurisdictional Framework for Source-State Taxation of International Electronic Commerce in the Twenty-first Century*, op. cit., p. 196.

[55] Allix, *La Condition des Errangers au Point de vue fiscal*, 61 RdC 541, 1937, cit. in Hinnekens L., *Looking for an Appropriate Jurisdictional Framework for Source-State Taxation of International Electronic Commerce in the Twenty-first Century*, op. cit., p. 196.

Dall'introduzione del concetto di stabile organizzazione ci sono stati diversi segnali che hanno evidenziato una costante revisione del concetto e una progressiva erosione dello stesso.[56] In alcuni trattati, ad esempio, come in quello tra Regno Unito e Norvegia, è stato introdotto un articolo che riguarda la tassazione dei profitti delle aziende petrolifere *offshore*.[57] In particolare, viene ritenuta l'esistenza di una stabile organizzazione qualora l'attività commerciale correlata agli idrocarburi venga svolta sulla piattaforma continentale. In tale ipotesi, il concetto di stabile organizzazione prescinde da una precisa localizzazione e quindi dal requisito della sede fissa d'affari nel territorio dello Stato.[58]

Un altro esempio di come l'interpretazione del concetto di *permanent establishment* sia diventato sempre più flessibile è rappresentato dal caso di un gasdotto[59] sotterraneo di proprietà di una società olandese, utilizzato per il trasporto di petrolio greggio e prodotti petroliferi di proprietà di terzi. Il gasdotto si trovava in territorio olandese e tedesco, e veniva utilizzato da remoto dall'Olanda, senza che l'impresa avesse alcun dipendente in Germania. La Sezione Tributaria della Corte Federale Tedesca stabilì che, poiché il trasporto del petrolio greggio e dei prodotti petroliferi costituiva l'attività principale dell'azienda olandese, detta attività non poteva essere considerata ausiliaria ai fini dell'individuazione della stabile organizzazione in Germania. Di conseguenza, la parte di gasdotto che si trovava in territorio tedesco costituiva una stabile organizzazione per l'impresa olandese. Dal punto di vista della Corte Federale, perché si potesse configurare una stabile

---

[56] Il concetto di erosione del principio di stabile organizzazione è stato elaborato da Skaar. Si tratta del processo messo in atto dai Paesi che, negli ultimi 20 anni, hanno interpretato il principio di stabile organizzazione in maniera sempre più estensiva, con l'obiettivo di aumentare la tassazione nello Stato della fonte delle imprese non residenti. Tale processo ha subito una notevole accelerazione con la diffusione del commercio elettronico, tanto che Skaar lo ha recentemente definito "*a principle in decline in particular for new industries*", cit. in Kluwer Law International, *The Ongoing Erosion of the PE Principle: Interview Between Kluwer and Arvid Skaar*, 21 luglio 2020.

[57] Si riporta il testo del primo e del secondo paragrafo dell'articolo 21 della Convenzione tra Regno Unito e Norvegia contro le doppie imposizioni: *"2. In this Article the term "offshore activities" means activities which are carried on offshore in a Contracting State in connection with the exploration or exploitation of the seabed and subsoil and their natural resources situated in that State. 3. An enterprise of a Contracting State which carries on offshore activities in the other Contracting State shall, subject to paragraphs 4 and 5 be deemed to be carrying on business in that other State through a permanent establishment situated therein."*

[58] Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, Thirteenth Session, *Proposed Guidance on Permanent Establishment in the Extractive Industries*, New York, 2016, p. 34.

[59] Corte Federale Tedesca, No. IIR 12/92 del 30/10/1996, *Pipeline Case*.

organizzazione non era necessario che il gasdotto operasse grazie alla presenza di personale *in loco*, anche una installazione completamente automatizzata può essere considerata come stabile organizzazione.[60]

Alla luce dell'evidente processo di erosione del principio di stabile organizzazione, il report dell'OCSE redatto in seguito alla conferenza di Turku nel 1997 sottolinea la necessità di rivederlo ai fini della tassazione dei profitti del commercio elettronico e suggerisce la possibilità che i siti *web* o i *server* vengano considerati stabili organizzazioni. In particolare, dichiara che "*i concetti giurisdizionali basati sulla geografia fisica, come (...) la stabile organizzazione, possono richiedere modifiche per adattarsi al mondo del commercio elettronico (...). Di conseguenza, i server o i siti web potrebbero dover essere inclusi nella definizione di stabile organizzazione*".[61]

Nel 2003 l'OCSE ha incluso nel Commentario all'art. 5 del Modello di Convenzione la possibilità che i *server* vengano considerati come stabili organizzazioni, ma non i siti *web*. Secondo il paragrafo 123 del Commentario, infatti, un sito *web* non può essere considerato come una "sede fissa d'affari" in quanto, essendo una combinazione di *software* e dati, non è per natura un *asset* tangibile che ha la capacità di collegare un'impresa ad una specifica area geografica. L'accordo stipulato con l'*Internet Services Provider* per ospitare un sito su un *server* non è sufficiente per dimostrare che quest'ultimo è una *location* a disposizione dell'impresa, anche nel caso in cui questa sia nota.[62] Tuttavia, un *server* può costituire una stabile organizzazione se è una parte essenziale e significativa dell'attività dell'impresa nel suo complesso, o nel caso in cui le attività principali dell'impresa siano svolte attraverso apparecchiature informatiche.[63]

---

[60] Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, op. cit., p. 32.
[61] Si riporta il testo in lingua originale: "*Jurisdictional concepts based on physical geography, such as (...) permanent establishment, may require modifications to fit the world of electronic commerce (...) Consequently, computer servers or websites may have to be included in the notion of 'what constitutes a permanent establishment*", cit. in Hinnekens L., *Looking for an Appropriate Jurisdictional Framework for Source-State Taxation of International Electronic Commerce in the Twenty-first Century*, op. cit., p. 197.
[62] Commentario OCSE, op. cit., paragrafo 123, p. 204.
[63] *Ivi* paragrafo 129, p. 207.

Diversi autori[64] hanno criticato questa nuova categoria di stabile organizzazione in quanto non è in grado di collegare in modo accurato il luogo con le attività che generano ricavi, e può essere facilmente manipolato. In particolare, è stato affermato che il luogo in cui si trova il *server* è un fattore del tutto irrilevante, e non può in alcun modo portare ad una tassazione accurata del commercio elettronico, in quanto molto spesso non c'è alcuna connessione tra la *location* del *server* e quella di produzione del reddito. Inoltre, è stato dichiarato che i *server* non dovrebbero in nessun modo costituire stabili organizzazioni, principalmente perché il luogo in cui si trova il *server* non necessita di alcuna connessione con le attività che creano reddito, e di conseguenza possono essere trasferiti in un Paese diverso da quello in cui si trova l'impresa, o da quello in cui i beni e i servizi vengono venduti.[65]

Alla luce di quanto detto, va condivisa l'affermazione di Arvid Skaar, esperto di tassazione internazionale e studioso del processo di erosione del principio della stabile organizzazione, che conclude il suo articolo "*Erosion of the Concept of Permanent Establishment: Electronic Commerce*" dichiarando che: "*la risposta alla domanda se il concetto di stabile organizzazione sia utile o meno al fine di tassare il commercio elettronico sembra essere negativa. […] più mobile diventa il commercio internazionale, meno adeguate sono le regole che richiedono una presenza fisica di qualche tipo in un determinato luogo geografico per un determinato periodo di tempo*".[66]

---

[64] Azam R., *E-commerce Taxation and Cyberspace Law: The Integrative Adaptation Model*, Virginia Journal Of Law & Technology, University of Virginia, cit. in Vaca Bohórquez Á. C., *Virtual Permanent Establishment: An Approach to the Taxation of Electronic Commerce Transactions*, in Revista de Derecho Fiscal, n. 8/2016, p. 93.

[65] Cockfield, A., *Reforming the Permanent Establishment Principle through a Quantitative Economic Presence Test*, cit. in Vaca Bohórquez Á. C., *Virtual Permanent Establishment: An Approach to the Taxation of Electronic Commerce Transactions*, op. cit., p. 93.

[66] Si riporta il testo in lingua originale: "*The answer to the question of whether or not the present concept of PE is useful for the purpose of taxing electronic commerce seems to be negative. The attempt to deal with electronic commerce by means of the conventional notion of PE seems to confirm this author's conclusions in previous writings, i.e. that the more mobile international business becomes, the less adequate are rules which require a physical presence of some sort t a specific geographical spot for a certain period of time*", Skaar A., *Erosion of the Concept of Permanent Establishment: Electronic Commerce*, in *Intertax*, n. 28/2000, p. 194.

2.3.2 La V*irtual Permanent Establishment*

Una proposta formulata nel 1998 con l'obiettivo di risolvere il problema della stabile organizzazione introduce il concetto di "*virtual permanent establishment"*. Nel suo articolo "*Looking for an Appropriate Jurisdictional Framework for Source-State Taxation of International Electronic Commerce*", Luc Hinnekens analizza brevemente una serie di possibili soluzioni, per poi concentrarsi su quello che lui definisce un "*potential approach"*. Dice infatti che per definire la sua teoria, è preferibile parlare di approccio piuttosto che di proposta, in quanto nella fase ancora iniziale dell'analisi ogni soluzione richiede ulteriori studi.

Il concetto di stabile organizzazione virtuale proposto da Hinnekens per la tassazione alla fonte dei redditi derivanti dall'economia digitale richiede una presenza fisica di molto inferiore rispetto a quella della stabile organizzazione tradizionale. Si tratterebbe, addirittura, di una stabile organizzazione "fasulla" (*PE fiction*) perché non richiederebbe una sede fissa d'affari. Hinnekens afferma l'opportunità di una modifica del testo del trattato che elimini o indebolisca la sede fissa d'affari e ridefinisca l'elenco delle esenzioni in quanto attività preparatorie e ausiliare. Suggerisce di estendere la definizione di stabile organizzazione dell'art. 5 del Modello OCSE fino ad includere espressamente quella di stabile organizzazione virtuale. In alternativa, propone di introdurre nei trattati esistenti un nuovo articolo specifico che permetta di assicurare il diritto alla tassazione sui profitti derivanti dalle attività condotte via internet allo stato di origine anche in assenza di una presenza fisica imponibile, allo stesso modo in cui l'art. 17 del Modello OCSE prevede la tassazione di artisti e sportivi che, pur non avendo una stabile organizzazione in un determinato Stato, possono essere soggetti a tassazione fintanto che esercitano la loro attività nel territorio.[67]

[67] Si riporta il testo del primo paragrafo dell'art. 17 del Modello OCSE: *"Notwithstanding the provisions of Articles 14 and 15, income derived by a resident of a Contracting State as an entertainer, such as a theatre, motion picture, radio or television artiste, or a musician, or as a sportsperson, from his personal activities as such exercised in the other Contracting State, may be taxed in that other State*".

Si potrebbe sostenere che l'applicazione di tale concetto non richiederebbe la modifica del testo dei trattati, in quanto potrebbe risultare da un'interpretazione del criterio esistente secondo la sua *ratio* originale e i suoi obiettivi pratici.

Parte della dottrina[68] evidenzia come l'evoluzione storica del concetto di stabile organizzazione abbia dimostrato che non c'è nulla di sacro (*nothing sacred*) con riguardo all'idea di stabile organizzazione come "sede fissa d'affari".
Secondo l'autore, in ogni caso, lo stesso concetto deve essere rivisto per:

1. applicare al commercio elettronico internazionale l'idea originale della tassazione sulla base della fedeltà economica e dell'equivalenza;
2. prevedere criteri comuni per distinguere l'attività commerciale principale da quelle ausiliarie, rendendo il nuovo principio di tassazione alla fonte accettabile per le autorità fiscali, come compromesso tra gli interessi degli Stati importatori ed esportatori.

Il nuovo "*nexus*" quindi, che stabilisce la presenza di una stabile organizzazione virtuale, deve essere in grado di collegare efficacemente l'attività d'impresa al territorio dello Stato della fonte, senza richiedere una "sede fissa d'affari".
Parte della dottrina[69] definisce questo *nexus* come l'individuazione di un'attività d'impresa continua e commercialmente significativa ("*continuous commercially significant business activity"*).[70] Tale attività deve essere condotta nello Stato della fonte e va considerata come *virtual permanent establishment* nonostante il suo utilizzo dei mezzi elettronici evidenzi una connessione meno fisica ("*bricks and mortar*") e più immateriale ("*bit and bytes*") rispetto alle tradizionali modalità di fare impresa.[71]

Inoltre, per determinare se venga soddisfatto il *nexus*, Hinnekens propone lo sviluppo di criteri qualitativi e quantitativi, quali il fatturato o il numero di transazioni, in quanto offrono chiarezza e sicurezza. Sostiene che vendite

---

[68] Hinnekens L., *Looking for an Appropriate Jurisdictional Framework for Source-State Taxation of International Electronic Commerce in the Twenty-first Century*, op. cit., p. 197.
[69] *Ibid*.
[70] *Ibid*.
[71] *Ibid*.

occasionali *online* non dovrebbero significare che l'azienda svolga un'attività continua e sistematica, come anche elevati volumi di vendita non dovrebbero automaticamente soddisfare il requisito della stabile organizzazione virtuale. Infatti, Hinnekens descrive la ricerca del *nexus* adatto come "*more than a simple counting exercise, the finding of nexus would be made part and parcel of bundled facts-and-circumstances determination*". L'individuazione del cd. nesso quindi, richiederebbe un'analisi approfondita, non solo dei dati relativi ad una determinata impresa, ma anche delle circostanze e del contesto considerati nel loro complesso.

L'autore, per l'individuazione del *nexus*, prende come riferimento il criterio utilizzato dai tribunali americani nell'ambito delle imposte locali sulle vendite e sulle imposte d'uso. Secondo la Costituzione Federale, il diritto di uno Stato federato di tassare le imprese residenti in un altro Stato che svolgono attività di vendita nel proprio territorio, richiede la presenza dei requisiti imposti dalla *"Due Process Clause"*. Secondo la sentenza della Corte Suprema "*Quill Corp vs North Dakota*", l'azienda *Quill Corp* soddisfaceva la "*Due Process Clause*" in quanto le sue attività di vendita erano "sufficientemente e intenzionalmente" (*sufficiently and intentionally*) orientate ai residenti dello Stato del *North Dakota*, e poiché sussisteva una correlazione logica tra la tassa imposta e i vantaggi di cui beneficiava l'impresa grazie allo svolgimento delle sue attività nello Stato. Si configura il *nexus*, pertanto, qualora:

1. il contribuente si avvalga intenzionalmente dei vantaggi dello Stato in cui svolge la sua attività;
2. la condotta e le operazioni del contribuente nello Stato assumano un livello tale da far ritenere ragionevolmente la possibilità di dover rispondere alle autorità locali;
3. le attività del contribuente nello Stato siano continue e rappresentino una parte significativa della sua attività complessiva. [72]

Verificando la sussistenza di queste condizioni, la Corte Suprema degli Stati Uniti è in grado di determinare se le leggi locali che regolano le imposte sull'uso e sulle

[72] *Ivi*, p. 198.

vendite, rispettino i requisiti costituzionali richiesti dalla tassazione delle imprese *out-of-state*.[73]

La giurisprudenza americana relativa alle imposte d'uso e di vendita è stata a lungo criticata come disordinata. Ciò sia a causa dell'assenza di linee guida unitarie che permettessero di trattare in modo coerente i casi singoli, sia per la tendenza ad ampliare il *range* di ipotesi che costituiscono una presenza sufficiente per la tassazione.

Dal punto di vista della politica fiscale, si evidenzia la necessità di ancorare la pretesa impositiva dello Stato della fonte, nel caso di vendite *online*, ad un *nexus* legato alla commercializzazione di beni e servizi in modo mirato e sistematico mediante l'utilizzo delle modalità dell'economia digitale, con il risultato che l'impresa estera raggiunge un vasto numero di clienti nel Paese. Dopo aver verificato che l'impresa svolge un'attività commerciale continuativa nell'altro Stato, è necessario determinare, altresì, se tale attività sia tassabile o costituisca invece un'attività ausiliaria o preparatoria.

L'utilizzo di canali informatici per la vendita e la capacità di utilizzarli per l'esecuzione dell'intero rapporto contrattuale rende incerta la tradizionale distinzione tra attività ausiliarie e attività principali svolte *online*, e richiede quindi di rideterminare le relative nozioni.

Una volta ridefinito il *nexus* fiscale, la sfida successiva diventa quella di determinare l'ammontare dei profitti attribuibili alla stabile organizzazione virtuale ai sensi dell'art. 7 del Modello di Convenzione OCSE. L'applicazione dell'*arm's length principle* previsto dal suddetto articolo è particolarmente complessa nel contesto dell'economia digitale. Tale principio, infatti, prevede che i profitti tra imprese collegate vengano allocati allo stesso modo in cui sarebbero ripartiti nel caso in cui le imprese fossero perfettamente indipendenti. Nell'ambito del commercio elettronico vi è una stretta integrazione verticale delle attività e, inoltre, è difficile trovare situazioni confrontabili da utilizzare quali parametro di giudizio. L'autore

[73] Vaca Bohórquez Á. C., *Virtual Permanent Establishment: An Approach to the Taxation of Electronic Commerce Transactions*, op. cit., p. 94.

sostiene, quindi, che il metodo da applicare per l'allocazione dei profitti debba essere individuato in base alle caratteristiche del singolo caso.

Secondo Hinnekens, l'approccio della stabile organizzazione virtuale è relativamente neutrale in termini di concorrenza per l'acquirente o l'utente nel mercato. Questo poiché la tassazione alla fonte sarebbe più equa rispetto alla tassazione basata esclusivamente sulla residenza. Inoltre, l'approccio di Hinnekens riconosce un'ampia tassabilità in base alla fedeltà economica, ed è soggetto a limiti. Ciò consente quindi un'equa suddivisione della base imponibile e potrebbe diventare il fondamento di un accordo internazionale che soddisfi sia gli Stati importatori del commercio elettronico sia gli Stati esportatori. Detto approccio sarebbe efficace anche in quanto stabilisce un collegamento tra il *business online* e i suoi clienti nel Paese della fonte. Grazie a questo collegamento, il *nexus* può essere un criterio giurisdizionale più affidabile rispetto al luogo di stabilimento dell'impresa estera, in quanto si tratta molto spesso di un'impresa virtuale residente in un paradiso fiscale. L'autore, inoltre, sostiene che tale approccio non possa essere raggirato tramite accordi formali, ad esempio tramite la costituzione di una sussidiaria locale che si occupi della compravendita e che paghi, e quindi deduca, le *royalties* alla casa madre che detiene la proprietà delle attività immateriali. Ciò in quanto il *nexus* e l'allocazione dei profitti si basano su un presupposto giuridico sostanziale, e non meramente formale. Infine, l'approccio di Hinnekens si porrebbe in linea con la tendenza delle leggi domestiche ad erodere il concetto di stabile organizzazione in modo da poter estendere la loro proprietà impositiva anche oltre la nozione tradizionale.

L'approccio della stabile organizzazione virtuale presenta, tuttavia, alcune debolezze, che sono individuate dallo stesso Hinnekens nel suo articolo. Prima fra tutte, costringe ad abbandonare un principio saldamente consolidato nell'ambito della tassazione internazionale. Inoltre, il fatto che reinventi il collegamento che determina l'assoggettamento a tassazione e il metodo di attribuzione dei profitti, solleva numerose incertezze. Queste ultime, nell'ottica dell'autore, dovranno essere risolte dalla giurisprudenza, dalla pratica amministrativa e dalle parti nell'ambito

degli accordi internazionali, seguendo le linee guida sviluppate dal Comitato per gli Affari Fiscali dell'OCSE.

Altri autori hanno criticato la validità di tale proposta. Altra parte della dottrina[74], ad esempio, ha sottolineato come un collegamento che si basa sulla presenza economica in termini qualitativi non sia efficiente, in quanto introduce un criterio soggettivo di difficile determinazione cui le imprese tenderebbero a non adeguarsi. Inoltre, la concreta applicazione degli oneri fiscali presenta aspetti altamente problematici in mancanza di un'autorità internazionale designata a farlo. Infine, Cockfield sottolinea come le autorità fiscali e i tribunali in tutto il mondo svilupperanno le proprie interpretazioni riguardo a ciò che soddisfa i requisiti per la tassazione alla fonte. Le nazioni importatrici di capitali tenderanno a interpretarli in senso ampio per garantire un maggiore gettito, mentre i Paesi che esportano capitali tenderanno a interpretarli in modo più restrittivo.[75]

Hinnekens termina il suo articolo nel 1998 con alcune considerazioni tutt'ora estremamente valide. Sostiene infatti che, nonostante gli interrogativi riguardo la tassazione del commercio elettronico internazionale, ci siano delle certezze, che definisce "scommesse sicure":

1. "*Il commercio elettronico è destinato a restare.*
2. *Così come la tassazione.*
3. *Così come l'applicazione simultanea e condivisa dei principi di tassazione basati sulla residenza e sulla fonte. Ma l'equilibrio tra questi cambierà in un modo o nell'altro.*
4. *La stabile organizzazione diventerà un concetto diverso nell'etere: volens nolens*".[76]

---

[74] Cockfield, A., *Reforming the Permanent Establishment Principle through a Quantitative Economic Presence Test*, cit. in Vaca Bohórquez Á. C., *Virtual Permanent Establishment: An Approach to the Taxation of Electronic Commerce Transactions*, op. cit., p.95.
[75] *Ibid.*
[76] Si riporta il testo in lingua originale:
1. *"Electronic commerce is here to stay.*
2. *So is taxation.*
3. *So is the concurrent and shared application of residence-based as well as source-based taxation principles. But the balancing of taxing authority will change in one way or another.*
4. *Permanent establishment becomes a different concept in Cyberspace: volens nolens".*

Infine, dichiara che sulla questione della tassazione del commercio elettronico sarebbe altamente auspicabile un accordo a livello internazionale. Secondo la Commissione per gli Affari Fiscali dell'OCSE, addirittura, "*questo consenso potrebbe, nella pratica, essere più importante delle decisioni sulle regole attuali*".[77] L'OCSE è secondo Hinnekens l'organizzazione internazionale nella posizione migliore per coordinare il lavoro su tali questioni.

Hinnekens L., *Looking for an Appropriate Jurisdictional Framework for Source-State Taxation of International Electronic Commerce in the Twenty-first Century*, op. cit., p. 200.

[77] Si riporta il testo in lingua originale: "*this consensus could in practice be more important than decisions on the actual rules"*, Hinnekens L., *Looking for an Appropriate Jurisdictional Framework for Source-State Taxation of International Electronic Commerce in the Twenty-first Century*, op. cit., p. 200.

3 Le proposte dell'OCSE e della Commissione Europea

3.1 I primi passi in ambito OCSE

Il lavoro dell'OCSE di analisi del fenomeno del commercio elettronico e di ricerca di possibili soluzioni ai problemi di tassazione internazionale posti dall'economia digitale è iniziato nel 1998 alla Conferenza Ministeriale sul Commercio Elettronico di Ottawa.[78] In tale sede sono stati definiti i principi che dovrebbero guidare lo sviluppo delle regole di tassazione internazionale in materia di commercio elettronico. Nonostante allora non esistesse la maggior parte dei *business models* che oggi creano problemi di elusione fiscale, i principi individuati alla Conferenza di Ottawa sono tutt'ora validi.

- Neutralità: la tassazione dovrebbe essere neutrale, così da ridurre al minimo il vantaggio o lo svantaggio di determinate scelte economiche, ed equa per le diverse tipologie di *business*. Una tassa neutra contribuisce all'efficienza consentendo un'allocazione ottimale dei mezzi di produzione che non risenta di delocalizzazioni a fini elusivi. Una distorsione, e la corrispondente perdita di gettito, si può verificare nel momento in cui una variazione di prezzo determinata da un'imposizione iniqua innesca modificazioni della domanda e dell'offerta diverse da quelle che si verificherebbero in assenza di imposte. Ciò implica che gli stessi principi di tassazione si dovrebbero applicare a tutte le forme di impresa, tenendo comunque in considerazione quelle caratteristiche specifiche che potrebbero determinare distorsioni.

[78] "*A fine anni Novanta si sono tenute tre conferenze di rilievo in materia di tassazione dell'economia digitale. Nella Conferenza di Turku del novembre 1997, gli Stati sono stati invitati a individuare principi di tassazione generalmente accettati per il commercio elettronico. Nell'ottobre 1998, ad Ottawa è stato deciso di applicare i principi del diritto tributario tradizionale, anche tenendo conto della peculiarità del commercio elettronico. Inoltre, è stata auspicata l'instaurazione di forme di cooperazione tra le autorità fiscali nazionali al fine di attuare una revisione della normativa VAT per assoggettare a tassazione le transazioni elettroniche nel luogo del consumo finale. Da ultimo, si è tenuta, ad ottobre 1999, la conferenza di Parigi, nella quale è stata rimarcata l'importanza di instaurare forme di cooperazione a livello internazionale, mediante un intervento globale nel settore del commercio elettronico*." Leo M., *Quale tassazione per l'economia digitale*, in il fisco, n. 21/2018, p. 2009.

- Efficienza: i costi sostenute dalle imprese per conformarsi alla legislazione fiscale e i costi amministrativi di imposizione e riscossione sostenuti dai governi dovrebbero essere ridotti al minimo.
- Certezza e semplicità: le regole fiscali dovrebbero essere chiare e semplici da capire. Un sistema fiscale semplice rende più facile per i singoli e le imprese la comprensione di diritti e doveri. Di conseguenza, le imprese avrebbero maggiori probabilità di prendere decisioni ottimali. Inoltre, la complessità favorisce una pianificazione fiscale aggressiva da parte delle imprese, che determina perdite di gettito per l'amministrazione fiscale.
- Efficacia ed equità: la tassazione dovrebbe essere equa, e il sistema fiscale dovrebbe riuscire ad evitare sia la doppia imposizione che la non imposizione. L'evasione e l'elusione potenziali dovrebbero essere ridotti al minimo. La valutazione dell'applicabilità delle norme fiscali è un aspetto importante della progettazione del sistema di tassazione. Un'imposta inapplicabile verrebbe considerata ingiusta ed inefficace e di fatto non riscossa. L'applicabilità è quindi fondamentale per garantire l'efficienza del sistema fiscale.
- Flessibilità: i sistemi di tassazione dovrebbero essere abbastanza flessibili da riuscire a stare al passo con gli sviluppi tecnologici e commerciali. È importante che un sistema fiscale sia sufficientemente dinamico da soddisfare le esigenze di gettito dei governi, adattandosi al tempo stesso ai cambiamenti del sistema economico. Questo significa che le caratteristiche strutturali dell'apparato fiscale devono essere stabili, per essere in grado di fronteggiare i cambiamenti politici, ma abbastanza flessibili, per consentire ai governi di rispondere efficacemente e stare al passo con gli sviluppi tecnologici e commerciali.[79]

Dopo la Conferenza di Ottawa, la Commissione per gli Affari Fiscali ha costituito una serie di gruppi tecnici e consultivi per portare avanti il programma di lavoro sul commercio elettronico. Tra questi, il *Technical Advisory Group on Monitoring the*

[79] OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1*, op. cit., pag. 20-21, paragrafo 10.

Application of Existing Treaty Norms for Taxing Business Profits, aveva l'obiettivo di fornire consulenza riguardo l'applicazione delle esistenti disposizioni dei trattati in materia di tassazione degli utili delle imprese all'*e-commerce* e, nel caso in cui fossero risultate inadeguate, di esaminare proposte per lo sviluppo di regole alternative da applicare alla tassazione del commercio elettronico.

Nel 2005, il Gruppo tecnico e consultivo sui profitti aziendali ha pubblicato il suo *report* conclusivo: "*Are The Current Treaty Rules for Taxing Bsiness Profits Appropriate for E-Commerce?*". Tale report ha evidenziato come alcune norme di tassazione internazionale creavano problemi se applicate a transazioni nell'ambito dell'*e-commerce*. L'aspetto più problematico è stato individuato nella capacità di fornire beni e servizi senza presenza fisica nel territorio, implicando la mancata tassazione alla fonte degli utili conseguiti dall'impresa utilizzando l'infrastruttura legale ed economica del Paese. La relazione proponeva diverse soluzioni con l'obiettivo di fare fronte a questo problema. Tutte le alternative erano in ogni caso basate sull'idea che non fosse corretto, né tantomeno possibile, progettare norme specifiche per la tassazione del commercio elettronico che fossero diverse dalle norme già esistenti per il commercio tradizionale.

Tra le diverse proposte, l'ultima analizzata nel *report* riguarda l'aggiunta di un nuovo *nexus* per la "*electronic (virtual) permanent establishment*", da applicare alle operazioni dell'*e-commerce*. L'implementazione di tale nesso richiedeva una modifica della tradizionale definizione di stabile organizzazione, o almeno l'aggiunta di una nuova disposizione nei trattati. Tra le varie possibilità di attuazione di questa regola, la relazione del 2005 ne proponeva tre:

1. estendere la definizione di "sede fissa d'affari" per includere la "sede fissa d'affari virtuale" tramite cui l'impresa svolge la sua attività, affermando l'esistenza di una stabile organizzazione nello stato della fonte per un'impresa straniera che svolge la propria attività attraverso un sito *web* su un *server* situato in quello Stato. Ciò comporterebbe per l'impresa l'eliminazione della necessità di avere nel Paese della fonte proprietà tangibili a sua disposizione;

2. estendere la definizione di agente dipendente a "agenzia virtuale", ovvero equiparare un sito *web* gestito nello stato della fonte da un'impresa straniera, ad un "agente dipendente" di tale impresa, indipendentemente dalla posizione del *server* che ospita tale sito *web*, se tramite questo i residenti dello Stato concludono abitualmente contratti con l'impresa straniera;
3. introdurre un nuovo *nexus* di "presenza commerciale *in loco*" (che comprenderebbe la presenza "virtuale") che garantirebbe la tassazione alla fonte dell'impresa straniera nel caso in cui questa soddisfacesse dei criteri minimi in quello Stato, indipendentemente dal fatto che tale impresa abbia una presenza fisica nello Stato interessato. Tale alternativa, quindi, mira a quantificare la presenza economica dell'impresa, utilizzando soglie minime che possono essere temporali, economiche, o relative al tipo di attività svolta.[80]

Ogni modalità ha i propri limiti. Nella prima opzione, il presupposto di riscossione dell'imposta è comunque legato alla presenza del *server* – e, quindi, di un bene materiale – nello Stato della fonte. Questo aspetto rende tale approccio facilmente eludibile. Sarebbe sufficiente, infatti, localizzare il *server* all'estero per non rientrare nella definizione di "sede fissa d'affari virtuale".[81]

La seconda modalità genererebbe sicuramente difficoltà nella determinazione del luogo in cui vengono conclusi i contratti *online.*

La terza opzione risponde effettivamente all'esigenza di tassare la creazione di valore alla fonte. Le soglie basate sull'attività economica rendono più efficace la tassazione e più difficile sfruttare le lacune del sistema fiscale corrente. Tuttavia, la presenza di criteri quantitativi o temporali richiesti per configurare la stabile organizzazione virtuale potrebbe incentivare la frammentazione delle attività in diverse giurisdizioni.[82] Inoltre, l'approccio della stabile organizzazione virtuale, a

---

[80] OCSE, *Are the Current Treaty Rules for Taxing Business Profits Adequate for E-Commerce? – Final Report*, 2005, p. 65-66, paragrafo 322.
[81] Unnikrishnan A., *Nagappan M., Virtual Permanent Establishments: Indian Law and Practice*, in *Intertax*, n. 46/2018, p. 522.
[82] OCSE, *Are the Current Treaty Rules for Taxing Business Profits Adequate for E-Commerce?*, op. cit., p. 70, paragrafo 342.

prescindere dalle modalità con cui potrebbe venire implementato, costringerebbe alla riconsiderazione delle attuali regole per l'allocazione dei profitti, e alla reinterpretazione dell'*arm's lenght principle*. Ciò in quanto il principio di libera concorrenza determina l'allocazione di un profitto tassabile sulla base delle attività svolte in un determinato Paese considerando i tradizionali *asset* e i rischi assunti.[83] Nel contesto dell'economia digitale, per garantire una corretta attribuzione dei profitti, andrebbero ridefinite le nozioni di attività, *asset* e assunzioni di rischi, introducendo quelli virtuali.

Il *report* del 2005 si concluse con la raccomandazione di non apportare modifiche sostanziali al regime fiscale internazionale, in quanto non c'erano prove concrete che il commercio elettronico avesse eroso significativamente le basi imponibili dei vari Stati: "*at this stage, e-commerce and other business models resulting from new communication technologies would not, by themselves, justify a dramatic departure from the current rules*".[84] Inoltre, secondo il Gruppo Tecnico e Consultivo, l'impianto normativo di tassazione internazionale andrebbe modificato solo qualora le

---

[83] La disposizione fondamentale per la determinazione dell'attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione secondo l'OCSE, è rappresentata dall'art. 7 del Modello di Convenzione. Il primo paragrafo dell'articolo stabilisce che *"The profits of an enterprise of a Contracting State shall be tax¬able only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein"*. L'articolo 7 è stato aggiornato nel 2010 sulla base dell'AOA (*Authorized Oecd Approach*). Secondo questo approccio, i profitti da attribuire alla stabile organizzazione *"sono quelli che essa avrebbe realizzato sul libero mercato, in particolare nelle transazioni con altre parti dell'impresa, se fosse stata un'impresa distinta e indipendente che svolge attività identiche o simili, in condizioni uguali o simili, tenendo conto delle funzioni svolte, dei beni utilizzati e dei rischi assunti dall'impresa attraverso la stabile organizzazione o le altre parti dell'impresa, in base a quello che viene definito il 'functionally separate entity approach'"* (Pennesi M., *Stabile organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema*, Milano, 2012, pag. 68). L'"approccio dell'entità funzionalmente separata", comporta l'attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione sulla base dei suoi risultati economici, in maniera indipendente dal risultato complessivo dell'impresa non residente. Tale approccio riprende l'*arm's length principle*, ovvero il principio di libera concorrenza, previsto dall'art. 9 del Modello di Convenzione OCSE per la determinazione dei prezzi di trasferimento. L'AOA dispone un'analisi articolata in due fasi. Inizialmente va effettuata un'analisi funzionale e fattuale che permetta di identificare le attività economicamente significative e le responsabilità assunte dalla stabile organizzazione. L'analisi funzionale deve individuare anzitutto: le funzioni svolte dal personale della stabile organizzazione; la proprietà delle attività gestite dalla stabile organizzazione; i rischi e gli obblighi derivanti dallo svolgimento dell'attività, per la quota di competenza. La seconda fase consente di determinare il prezzo di mercato delle transazioni riconosciute, tramite un'analisi di comparabilità o un altro metodo considerato più adeguato. Questo meccanismo permette una ragionevole attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione, considerando sia i rapporti tra consociate, che quelli con imprese terze.

[84] OCSE, *Are the Current Treaty Rules for Taxing Business Profits Adequate for E-Commerce?*, op. cit.,, p. 72, paragrafo 350.

modifiche venissero ampiamente riconosciute migliorative delle regole fiscali correnti, caratteristica che non hanno le modifiche proposte nel *report*.[85]

3.2 L'*Action Plan* dell'OCSE

Con lo sviluppo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, è cresciuto anche l'interesse a livello internazionale per la tassazione delle multinazionali. Le perdite di gettito causate nell'ultimo decennio dalla pianificazione fiscale aggressiva delle imprese sono diventate sempre più evidenti. Tale fenomeno ha determinato la formazione, su richiesta del G20, della *Task Force* sull'Economia Digitale, un organo ausiliario della Commissione per gli Affari Fiscali, istituito nel 2013 con l'obiettivo di sviluppare un *report* che identificasse le problematiche sollevate dall'economia digitale, e alcune opzioni per affrontarle. La *Task Force* ha pubblicato un primo *report* con alcune proposte nel 2014, e nel 2015, in seguito a numerose consultazioni, nell'ambito del *Base Erosion and Profit Shifting Project*, ha pubblicato la versione finale di un *Action Plan* composto di 15 "Azioni", con lo scopo di contrastare le condotte elusive attuate dalle imprese per ridurre la propria base imponibile, o trasferire i profitti in Stati con livelli di tassazione inferiori.[86] Le 15 *Actions* sono state sviluppate seguendo tre obiettivi principali: migliorare la coerenza tra le norme nazionali che riguardano le attività transfrontaliere, rafforzare i requisiti sostanziali negli standard internazionali esistenti e aumentare la trasparenza e la sicurezza.[87] In particolare, come già si è detto nel secondo capitolo del presente elaborato, l'*Action 1* "*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*", è interamente dedicata all'analisi delle sfide fiscali poste dall'economia digitale. In questo report l'OCSE analizza il fenomeno dell'economia

[85] Vaca Bohórquez Á. C., *Virtual Permanent Establishment: An Approach to the Taxation of Electronic Commerce Transactions*, op. cit., p. 97.
[86] L'obiettivo principale dell'OCSE è, da sempre, "*quello di salvaguardare le pretese impositive di ciascuno Stato, attraverso la corretta e ordinata allocazione dei redditi prodotti dalle imprese digitali, che, in virtù della modalità peculiare con cui conducono la propria attività d'impresa, riescono ad affermare la propria presenza nelle economie di una molteplicità di Stati, senza che a ciò consegua, tuttavia, l'emersione di alcuna consistenza fisica, operando da remoto.*" Di Tanno T., Marchetti F. (a cura di), *La tassazione dell'economia digitale, Position paper*, Fondazione Bruno Visentini, 2019.
[87] OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1*, op. cit., p. 3.

digitale, ne studia le caratteristiche e fa un elenco dei nuovi modelli di *business* nati grazie all'uso della tecnologia. Inoltre, evidenzia quali sono le problematiche in materia di tassazione tipiche di queste nuove modalità di fare impresa. Infine, l'OCSE formula alcune proposte che potrebbero risolvere le lacune nella tassazione internazionale.

Le problematiche tipiche dell'economia digitale individuate dall'OCSE sono, come già detto, principalmente tre: l'assenza di una presenza fisica imponibile, la monetizzazione dei dati raccolti, la difficoltà di incasellare i profitti dell'economia digitale nelle categorie tradizionali.

Nell'ambito del suo lavoro, la Task Force sull'Economia Digitale ha ricevuto e discusso diverse proposte di potenziali soluzioni alle sfide fiscali sollevate dall'economia digitale. Poiché esiste una sostanziale sovrapposizione tra le problematiche evidenziate, l'OCSE ha ritenuto che qualsiasi proposta dovrebbe affrontare i problemi in modo unitario.[88]

Le opzioni analizzate dalla *Task Force* nel 2014 includevano:

1. modifiche alle eccezioni previste dalla definizione di stabile organizzazione;
2. alternative al concetto tradizionale di stabile organizzazione;
3. una ritenuta alla fonte sulle transazioni digitali;
4. un'imposta sull'utilizzo della banda larga.

La prima proposta è stata analizzata in maniera più approfondita nel contesto dei lavori per l'*Action 7* dello stesso *Action Plan*. L'*Action 7 – Preventing the Artificial Avoidance of the Permanent Establishment Status*, ha valutato l'opportunità di modificare la definizione di attività preparatorie o ausiliarie che rientrano tra le eccezioni alla definizione di stabile organizzazione di cui all'art. 5 del Modello di Convenzione OCSE.[89] Questo perché tali attività potrebbero assumere carattere non

[88] OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1*, op.cit., p. 106, paragrafo 273.
[89] Si veda il paragrafo 1.3.4.

più marginale, ma essenziale, per le imprese non residenti.[90] Le modifiche proposte nell'ambito dell'*Action 7* sono state approvate e recepite tramite la *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, pubblicata nel 2016 e sottoscritta nel 2017.

Le rimanenti opzioni sono state sviluppate dettagliatamente all'interno dell'*Action 1*, e sono state concepite in modo da essere combinate in un'unica opzione o applicate individualmente.[91]

3.2.1 Un nuovo *nexus*, la "presenza economica significativa"

Il nuovo *nexus* proposto dall'OCSE ha l'obiettivo principale di ridurre le differenze tra transazioni fisiche e digitali per quanto riguarda il trattamento fiscale, tentando di renderlo uniforme. Si vuole configurare una base imponibile nel caso in cui un'impresa non residente assuma una presenza economica significativa in un Paese. Tale presenza viene individuata analizzando una serie di fattori che evidenziano un'interazione mirata e duratura con l'economia di quel Paese, portata avanti tramite l'utilizzo di tecnologie e strumenti digitali. L'OCSE individua tre ordini di fattori da considerare: fatturato; fattori digitali; criteri basati sugli utenti.

3.2.1.1 Fattore basato sul fatturato

In linea di principio, i ricavi generati in modo duraturo all'interno di un Paese sono senza dubbio l'indicatore più lampante dell'esistenza di una presenza economica significativa. Tuttavia, è evidente che non possono essere l'unico fattore di collegamento tra l'impresa estera e il Paese, per questo andrebbero combinati con altri criteri di diversa origine.[92]

Un possibile approccio per la definizione del fattore basato sul fatturato considera i soli ricavi generati dalle transazioni concluse con i clienti residenti mediante

[90] I modelli di *business* sono cambiati molto rispetto al contesto in cui è stata prevista l'elencazione delle attività individuate come "preparatorie e ausiliarie". Di conseguenza, attività che venivano considerate meramente preparatorie o ausiliarie, oggi potrebbero rappresentare il *core business* dell'impresa.
[91] OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1*, op. cit., p. 107, paragrafo 276.
[92] *Ivi*, p. 107, paragrafo 278.

l'utilizzo della piattaforma digitale dell'impresa.[93] Principalmente, quindi, i contratti di compravendita di beni e servizi conclusi tramite i sistemi automatizzati del sito *web* dell'impresa. Il limite di questo approccio potrebbe essere quello di escludere dalla nozione le transazioni effettuate da remoto utilizzando strumenti come l'e-mail o il telefono. Nonostante sia difficile che le imprese riescano a generare un quantitativo significativo di ricavi tramite queste modalità, tale approccio fornirebbe comunque un notevole incentivo all'utilizzo di mezzi non ricompresi nella definizione. Le aziende potrebbero sfruttare il sito *web* per raggiungere i clienti, ma poi indirizzarli ad esempio ai *call center* per l'acquisto finale. Di conseguenza, sarebbe preferibile definire il criterio in modo da ricomprendere i ricavi generati da tutte le transazioni concluse da remoto dall'impresa non residente.

Un'altra caratteristica che dovrebbe avere il criterio basato sul fatturato, è la fissazione un limite minimo. Tale soglia sarebbe necessaria in quanto permetterebbe di escludere dalla tassazione quelle imprese che concludono un volume relativamente basso di transazioni, e che garantirebbero delle entrate fiscali trascurabili. Secondo l'OCSE il limite minimo dovrebbe essere sufficientemente elevato, per ridurre gli oneri di conformità delle amministrazioni fiscali.[94] La soglia potrebbe essere definita in base alle dimensioni del mercato, e dovrebbe essere individuata in termini assoluti e in valuta locale, in modo da minimizzare il rischio di manipolazione da parte delle imprese.

La corretta applicazione del fattore basato sul fatturato dipende dalla capacità dell'amministrazione fiscale di "misurare" le attività di vendita da remoto dell'impresa non residente.[95]

---

[93] Gillio D., *La nuova definizione di stabile organizzazione nel TUIR. La "significativa e continuativa presenza economica" – art. 162, comma 2, lett. f-bis) TUIR*, 2018.
[94] OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1*, op.cit., p. 108, paragrafo 278.
[95] "*In ogni caso, il criterio di collegamento con detto Stato sussiste allorché le Amministrazioni finanziarie siano capaci di identificare e misurare le vendite a distanza*", Di Tanno T., Marchetti F. (a cura di), *La tassazione dell'economia digitale,* op.cit.

3.2.1.2 Fattori digitali

Nell'economia digitale, la capacità di stabilire una relazione importante e duratura con utenti o clienti in un determinato Paese tramite una piattaforma *online* dipende da una serie di fattori simili a quelli tipici anche dell'impresa tradizionale: la localizzazione del sito, le attività di *marketing* locale e di pubblicità e le opzioni di pagamento.[96] Pertanto, gli elementi che l'OCSE considera come fattori digitali che danno luogo ad una presenza economica significativa sono tre.

- Un nome di dominio locale, ovvero l'equivalente di un negozio all'interno del territorio dello Stato. Il nome di dominio "generale" di una multinazionale tendenzialmente è ".com", mentre il sito *web* che mira ai consumatori di un determinato Paese molto probabilmente sarà rappresentativo di quello Stato, ad esempio ".it" nel caso in cui il sito si trovi in Italia. Le imprese generalmente acquistano i nomi di dominio locali con l'obiettivo di proteggere i loro marchi.
- Un sito *web* indirizzato ai consumatori di un determinato Paese. Le piattaforme locali sono generalmente nella lingua ufficiale di quello Stato. Inoltre, utilizzano metodi di promozione specificatamente indirizzati a quella popolazione, studiandone la cultura e le abitudini di consumo. Sviluppano quindi operazioni di *marketing*, pubblicizzazione, scontistica, estremamente mirate e calibrate a seconda del contesto. Tuttavia, il raggio d'azione dei siti *web* non sempre corrisponde a linee politiche di confine.[97]
- Opzioni di pagamento locali, ovvero l'indicazione dei prezzi in valuta locale, con il calcolo automatico delle imposte dovute e delle commissioni. Inoltre, è fondamentale che il sito dia l'opportunità di utilizzare forme di pagamento locali. Garantire questo servizio è di norma molto oneroso, pertanto, se un'impresa lo fornisce, significa che ha degli interessi economici rilevanti all'interno del Paese.[98]

---

[96] Singh M. K., *Taxation of Digital Economy: An Indian Perspective*, op. cit., p. 474.
[97] OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1*, op.cit., p. 109, paragrafo 279.
[98] *"Integration of local forms of payment into a site's commercial features is a complicated technical, commercial and legal exercise requiring substantial resources and hence, an enterprise will not*

3.2.1.3 Fattori basati sugli utenti

Data l'importanza delle esternalità di rete nell'economia digitale, l'OCSE riconosce nella *user base* e nella raccolta dei dati forniti dagli utenti, dei validi indicatori di una presenza economica significativa.[99] Vi sono alcuni esempi di quali potrebbero essere tali fattori.

- Primo fra tutti, il numero di utenti attivi mensilmente (MAU, *Monthly Active Users*) sulla piattaforma digitale. Tale criterio si riferisce agli utenti registrati, residenti in un determinato Paese, che hanno effettuato l'accesso e visitato il sito *web* dell'impresa almeno una volta nei trenta giorni precedenti la rilevazione.[100] L'OCSE riconosce che per poter utilizzare concretamente tale criterio sarebbe necessario sviluppare sistemi più affidabili di identificazione degli utenti e delle loro attività all'interno del sito. Questo anche per escludere dalla misurazione account multipli, account falsi, "*bot*".[101]
- Un altro fattore che indica il livello di partecipazione di un'impresa alla vita economica di un paese è la regolare conclusione di contratti. La stipulazione di contratti non sempre implica la vendita di un bene o un servizio a pagamento. Ad esempio, alcuni siti che offrono servizi gratuiti ai propri utenti, spesso per consentire l'accesso fanno accettare all'utente i termini di servizio, cosa che comporta, di fatto, la conclusione di un accordo giuridicamente vincolante.
- L'ultimo fattore digitale considerato dall'OCSE riguarda il volume di dati raccolti attraverso il sito. Tale fattore è rilevante in base al luogo in cui i dati vengono raccolti, e in base alla residenza degli utenti, a prescindere dal fatto che questi dati poi vengano memorizzati ed elaborati in un altro Stato.[102] Non

---

undertake it unless it wishes to substantially interact with the local economy", Singh M. K., *Taxation of Digital Economy: An Indian Perspective*, op. cit., p. 474.

[99] OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1*, op.cit., p. 110, paragrafo 280.

[100] "*The term MAU refers to registered user who logged in and visited a company's digital platform in the 30-day period ending on the date of measurement*", Singh M. K., *Taxation of Digital Economy: An Indian Perspective*, op. cit., p. 474.

[101] Un *bot* è un *software* in grado di compiere azioni su internet in maniera autonoma.

[102] Teoricamente, vi sono tre diversi luoghi nei quali il valore generato dai dati può essere considerato come localizzato. I dati vengono inizialmente raccolti in un determinato luogo, dopodiché possono essere "immagazzinati" e processati in un altro e, un terzo luogo che potrebbe essere considerato, è quello in cui sono stati sviluppati gli algoritmi che hanno permesso l'analisi dei dati. Sinnig J., *The*

solo i dati personali, ma anche i contenuti creati dagli utenti e la cronologia delle ricerche. La misurazione di tale criterio è particolarmente problematica in quanto il volume dei dati raccolti non riflette necessariamente un effettivo volume di profitti generati dall'impresa. Il valore dei dati grezzi è, infatti, difficile da stabilire e particolarmente volatile.

3.2.1.4 Possibili combinazioni del fattore fatturato con gli altri fattori

L'OCSE ritiene che, per quanto il fattore basato sul fatturato sia senza dubbio il più indicato per dimostrare la partecipazione di un'impresa estera alla vita economica di un Paese, esso non sia di per sé sufficiente ad individuare una presenza economica significativa.

Per creare una definizione appropriata della presenza economica significativa, il fattore basato sul fatturato andrebbe combinato con altri fattori tra quelli elencati.[103] Andrebbe quindi creata una nozione di presenza economica significativa che preveda la sussistenza congiunta di diversi criteri. La scelta dei fattori che dovrebbero essere combinati con il fattore basato sul fatturato dovrebbe essere effettuata in base alle specifiche caratteristiche di ogni mercato (dimensione, lingua locale, valuta, sistema bancario).[104]

3.2.1.5 Determinazione del reddito imputabile alla presenza economica significativa

L'allocazione dei profitti è una considerazione fondamentale nello sviluppo di un *nexus* basato sulla presenza economica significativa. Pertanto, l'OCSE ha analizzato anche quali modifiche andrebbero apportate alle attuali regole di attribuzione dei profitti nel caso in cui venisse applicata l'opzione proposta. Un'impresa che manifesti un collegamento con lo Stato in virtù di una presenza economica significativa e quindi con una minima, o addirittura nulla, presenza fisica nel territorio, svolge le sue attività con modalità non tradizionali, pertanto, a meno che

---

Reflection of Data-Driven Value Creation in the 2018 OECD and EU Proposals, in *EC Tax Review*, n. 6/2018, p. 328.

[103] OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1,* op. cit., p. 111, paragrafo 282.

[104] *Ibid.*

non vengano fatti adeguamenti significativi alle regole vigenti, non sarebbe possibile assegnare un reddito alle imprese che non hanno una stabile organizzazione.

È importante che, nell'adattare i principi di allocazione dei profitti, venga garantita la parità di trattamento tra le imprese soggette a tassazione in forza al nuovo *nexus*, e le imprese il cui reddito viene attribuito alla stabile organizzazione.[105]

L'OCSE, all'interno dell'analisi dell'*Action 1*, propone diversi metodi.

i. Metodi basati sull'allocazione frazionata (*methods based on fractional apportionment*).[106] Prevedono di allocare i profitti dell'intera impresa alla *digital presence* sulla base di una formula predeterminata, o sulla base di fattori variabili da determinarsi per ogni singolo caso. L'implementazione di un metodo basato sull'allocazione frazionata richiede una preventiva definizione della base imponibile da allocare, la determinazione dei fattori di ripartizione e la definizione dei pesi da assegnare a ciascuno.[107]
ii. Metodi presuntivi (*modified deemed profit methods*). Considerando la presenza economica significativa come equivalente alla presenza fisica, un possibile approccio potrebbe prevedere la determinazione di un reddito netto stimato tramite l'applicazione di una frazione di costi presunti ai ricavi dell'impresa estera guadagnati da transazioni concluse con clienti residenti. La determinazione della frazione di costi appropriata dipende da diversi

[105] Gillio D., *La nuova definizione di stabile organizzazione nel TUIR*, op. cit.
[106] OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1*, op. cit., p. 112, paragrafo 287.
[107] Va segnalato che l'applicazione del metodo dell'allocazione frazionata non è stata perseguita ulteriormente. Ciò in quanto l'individuazione dei criteri di ripartizione potrebbe risultare estremamente complessa, determinando risultati differenti a seconda della tipologia di modello di *business* con cui viene svolta l'attività d'impresa. I criteri di ripartizione potrebbero essere rappresentati dal numero di dipendenti, il valore degli *asset*, il numero delle vendite e il numero degli utenti. Questi valori differiscono molto, a parità di volume d'affari in un determinato Paese, a seconda del modello di *business* dell'impresa. Un'impresa tradizionale potrebbe svolgere la sua attività mediante molti dipendenti, mentre un'impresa che opera nel digitale, a parità di volume d'affari nel Paese, potrebbe non averne del tutto. Ciò rende evidente la necessità di strutturare i criteri di ripartizione così da ponderare le diverse caratteristiche dei modelli di *business*. Un parametro adatto per l'attribuzione dei profitti ad un'impresa del digitale potrebbe essere il calcolo del numero degli utenti. Tuttavia, tale criterio è estremamente difficile da quantificare. Innanzitutto, la definizione di "utente" si presta a diverse distorsioni, inoltre, anche quando questo dato è quantificabile, è in possesso dell'impresa. L'Amministrazione Finanziaria, pertanto, non ha a disposizione dati sufficienti per garantire la corretta applicazione del metodo dell'allocazione frazionata. Tale metodo, per risultare efficace, andrebbe accompagnato con misure volte ad incentivare la trasparenza e la collaborazione delle imprese con l'Amministrazione Finanziaria.

fattori, quali il settore industriale interessato, il livello di integrazione dell'impresa, e il tipo di prodotti e servizi forniti.[108] Questo metodo presenta un limite principale, ovvero la difficoltà di stima dei margini di profitto presunti nel caso di imprese operanti in diversi settori e in diversi Paesi, con il rischio di attribuire profitti laddove invece sono state generate perdite.[109]

Le opzioni di allocazione dei profitti valutate nell'ambito del concetto di presenza economica significativa dall'*Action 1* dell'OCSE non sono sufficientemente specificate per poter trovare concreta applicazione e andrebbero analizzate nell'ambito di un programma di lavoro più strutturato.

3.2.2 Ritenuta sulle transazioni digitali

La seconda opzione per la tassazione dell'economia digitale individuata nell'*Action 1* ipotizza una ritenuta alla fonte sui pagamenti effettuati dai residenti di un Paese per l'acquisto *online* di beni e servizi da fornitori non residenti. Tale ritenuta potrebbe essere applicata alternativamente:

- come un'imposta autonoma su base lorda applicata su alcuni pagamenti effettuati a fornitori di beni e servizi *online* non residenti;
- come meccanismo di raccolta primaria e strumento di sostegno all'applicazione del *nexus* basato sulla presenza economica significativa.[110]

Nella prima ipotesi, la ritenuta potrebbe essere applicata alle transazioni riguardanti beni e servizi ordinati *online*, oppure a tutte le vendite concluse da remoto da imprese non residenti. Nella seconda opzione, invece, l'imposta non sarebbe definitiva, e verrebbe utilizzata come strumento di supporto per la tassazione basata sul nuovo nesso. In questo caso, si potrebbe valutare la sua applicazione a tutte le transazioni da remoto, e l'imposta così trattenuta potrebbe essere utilizzata per sopperire a qualsiasi obbligo fiscale dovuto in base all'accertamento di una presenza economica significativa oppure, nel caso in cui non

[108] OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1*, op. cit., p. 112, paragrafo 290.
[109] Gillio D., *La nuova definizione di stabile organizzazione nel TUIR*, op. cit.
[110] OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1*, op. cit., p. 113, paragrafo 292.

venga accertata una sufficiente presenza economica, potrebbe essere rivendicata dal contribuente.

In ogni caso, l'ambito di applicazione dell'imposta dovrebbe essere il più possibile definito, per evitare inutili controversie e difficoltà di interpretazione. La necessità di chiarezza e semplicità deve essere ponderata con l'esigenza di garantire che tipologie simili di transazioni vengano tassate allo stesso modo, al fine di evitare che alcune transazioni siano avvantaggiate dal regime fiscale.[111]

Tuttavia, un'elencazione dettagliata delle operazioni soggette a ritenuta, per quanto fornisca chiarezza per l'applicazione dell'imposta, potrebbe, allo stesso tempo, creare problemi di adattamento e flessibilità, in quanto la tecnologia continua ad evolvere i modelli di *business*. Per queste ragioni, una definizione più generale delle transazioni coinvolte risulterebbe, secondo l'OCSE, più appropriata.[112]

Nella proposta OCSE la responsabilità di pagare il tributo viene spostata dall'impresa non residente ad un intermediario locale. Perché un meccanismo di questo tipo sia efficace, l'intermediario responsabile della ritenuta deve però avere accesso alle informazioni sulle transazioni.[113]

Nel caso delle transazioni *business-to-business*, le imprese residenti nel Paese di origine potrebbero essere considerate gli intermediari responsabili della raccolta della ritenuta. Per quanto riguarda, invece, le transazioni *business-to-consumer*, risulta più difficile onerare i consumatori finali della raccolta dell'imposta. Inoltre, la raccolta di piccole quantità di imposta da parte di un gran numero di consumatori privati comporterebbe notevoli costi amministrativi.[114] Una possibile soluzione potrebbe essere quella di richiedere agli intermediari che elaborano il pagamento di trattenere l'imposta. A livello pratico, però, questo presenterebbe alcune notevoli problematiche tecniche di accesso alle informazioni.

Un ulteriore problema di tale proposta riguarda il fatto che venga imposta sulla base lorda. Pertanto, l'OCSE suggerisce che l'importo di tale ritenuta dovrebbe essere

---

[111] Singh M. K., *Taxation of Digital Economy: An Indian Perspective*, op. cit., p. 475.
[112] OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1*, op. cit., p. 113, paragrafo 294.
[113] *Ivi,* p. 114, paragrafo 295.
[114] Singh M. K., *Taxation of Digital Economy: An Indian Perspective*, op. cit., p. 475.

sufficientemente basso, in modo da non incidere eccessivamente sui margini di profitto.[115]

Infine, la legislazione europea impone l'obbligo di non discriminazione tra le imprese residenti e quelle non residenti, pertanto non consentirebbe l'applicazione di una ritenuta alla fonte solo a fornitori non residenti.

3.2.3 *Equalisation Levy*

L'ultima proposta dell'OCSE riguarda l'*equalisation levy*. Questo approccio è stato utilizzato da alcuni Paesi al fine di garantire l'equo trattamento di fornitori stranieri e nazionali. Ad esempio, nel settore delle assicurazioni, alcuni paesi hanno adottato un *equalisation levy* sotto forma di accise basate sull'ammontare dei premi lordi pagati a fornitori *offshore*. Tale prelievo è volto a risolvere la disparità tra le società nazionali impegnate in attività di assicurazione e totalmente tassabili sui relativi profitti, e le società straniere in grado di vendere un'assicurazione senza essere soggette all'imposta sul reddito, né nello stato in cui sono stati pagati i premi, né nello stato di residenza.[116]

Tale imposta potrebbe essere strutturata in diversi modi a seconda dell'obiettivo finale. Se la priorità è tassare le transazioni di vendita concluse da remoto, una possibilità è quella di applicare il prelievo a tutte le transazioni concluse a distanza dai clienti all'interno del Paese. Invece, per orientare maggiormente la portata del prelievo alla situazione in cui l'impresa stabilisce e mantiene "*a purposeful and sustained interaction*" con utenti o clienti in un Paese specifico tramite una presenza *online*, il prelievo verrebbe applicato solo dove l'azienda mantiene una presenza economica significativa.[117]

---

[115] Basak S., *Equalization Levy: A New Perspective of E-Commerce Taxation*, in *Intertax*, n. 44/2016, p. 847.
[116] OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1*, op. cit., p. 115, paragrafo 302.
[117] Singh M. K., *Taxation of Digital Economy: An Indian Perspective*, op. cit., p. 475.

L'imposta andrebbe applicata sul valore lordo dei beni o servizi pagati dai clienti residenti, e raccolta dall'impresa estera tramite un regime di registrazione semplificato o da un intermediario locale.[118]

Potrebbe anche essere applicata sui dati e sugli altri contenuti forniti dagli utenti.[119] A tal fine, la tassa potrebbe essere determinata sul numero medio di utenti mensili o, in alternativa, sul volume dei dati raccolti. Tuttavia, in entrambi i casi, il valore di tali fattori è estremamente incerto, di conseguenza potrebbe non essere un indicatore affidabile del valore effettivamente generato.

Come nel caso della ritenuta, un'imposta applicata solo alle imprese non residenti potrebbe creare problemi a livello legislativo comunitario.[120] Pertanto, andrebbero analizzate delle alternative che garantiscano parità di trattamento tra imprese residenti e imprese estere.

Tuttavia, il vantaggio principale dell'*equalisation levy*, secondo l'OCSE, è il fatto che la sua applicazione non necessiterebbe della modifica delle regole di allocazione dei profitti.

3.2.4 Conclusioni relative all'*Action 1*

Nonostante quanto analizzato, l'OCSE ha concluso il suo *report* del 2015 senza raccomandare l'adozione di alcuna proposta tra quelle formulate nell'ambito dell'*Action 1*. Questo per tre motivi principali:

- l'OCSE ritiene che le proposte sviluppate dagli altri *report* dell'*Action Plan* avranno un impatto sostanziale sulla tassazione internazionale, pertanto ritiene possibile che alcune delle problematiche individuate verranno comunque risolte, almeno parzialmente, nel breve termine;

---

[118] Sul punto, Della Valle "*Quanto alla misura dell'eventuale prelievo ipotizzato, l'aliquota dovrebbe essere fissata in misura tale da tener conto del fatto che la ritenuta si applica sui corrispettivi e quindi al lordo dei costi di produzione così eguagliando l'incidenza "effettiva" delle imposte sul reddito gravanti sulle medesime attività laddove le stesse fossero svolte per il tramite di una stabile organizzazione."* Della Valle E., *Web tax europea, un modello che punta alla ritenuta sui ricavi*, in Il Sole 24 Ore, 12 settembre 2017.
[119] OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1*, op. cit., p. 116, paragrafo 305.
[120] *Ivi*, p. 116, paragrafo 306.

- le opzioni analizzate dall'*Action 1* richiedono modifiche sostanziali delle regole fiscali tradizionali, quindi, per poterle implementare in maniera efficace, richiederebbero numerosi ulteriori studi e un'analisi più dettagliata del loro potenziale inserimento nel contesto internazionale;
- nonostante appaia in contraddizione con quanto detto finora, l'OCSE ha ritenuto che non fosse ancora chiaro se le nuove modalità di fare *business* e i cambiamenti generati dalle nuove tecnologie, giustificassero delle modifiche sostanziali del sistema fiscale internazionale.

Pur non raccomandando l'adozione delle tre proposte, l'OCSE ritiene che queste potrebbero essere introdotte nella legislazione domestica dai singoli Paesi, con l'obiettivo di fornire una garanzia supplementare alle problematiche di erosione della base imponibile e spostamento dei profitti messe in atto dalle multinazionali. Inoltre, i singoli Paesi potrebbero accordarsi, bilateralmente, per includere le proposte nei loro trattati fiscali.

In ogni caso, l'adozione, a livello nazionale, di una delle opzioni proposte richiederebbe uno studio più approfondito, per chiarirne i dettagli e garantirne la compatibilità con i trattati internazionali esistenti.

Nonostante la mancata raccomandazione delle opzioni, l'*Action 1* invita ad una prosecuzione del lavoro, con il monitoraggio degli sviluppi in materia di digitalizzazione dell'economia, e l'impatto che avranno le misure applicate nell'ambito del BEPS *Project*. Fissa, inoltre, l'obiettivo di formulare un nuovo *report* nel 2020.

3.3 Sviluppi recenti in ambito OCSE

Nel 2017, le crescenti preoccupazioni dovute alla rapida digitalizzazione dell'economia e ai risvolti fiscali che ne conseguono, ha portato i Ministri delle Finanze del G20 a dare mandato all'*Inclusive Framework* (una struttura che riunisce

132 Paesi per collaborare all'implementazione del BEPS *Project*[121]) di redigere un *report ad interim* sulle implicazioni fiscali della digitalizzazione dell'economia.[122]

La relazione "*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report*" è stata consegnata al G20 nel marzo 2018. Tale *report* illustra i progressi compiuti successivamente alla pubblicazione dell'*Action 1* dalla *Task Force on Digital Economy*.[123]

Dopo l'*Interim Report* i membri dell'*Inclusive Framework* hanno continuato il loro lavoro con l'obiettivo di redigere un aggiornamento nel 2019, e un *report* finale nel 2020.[124]

Nel contesto dei lavori preparatori per il *report*, numerosi membri della *Task Force* hanno avanzato varie proposte riguardo alle direzioni da seguire per cercare di risolvere le problematiche di tassazione internazionale.[125]

Il risultato delle diverse consultazioni svolte dall'*Inclusive Framework* è una serie di documenti che analizzano varie questioni, di volta in volta più nel dettaglio. A febbraio 2019 è stato pubblicato il "*Public Consultation Document – Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*", che individua alcune proposte che potrebbero fare parte di una soluzione di lungo termine dei problemi fiscali legati all'economia digitale, e cerca opinioni e suggerimenti da parte degli stakeholders.[126]

Queste proposte sono state raggruppate in due *pillars* (pilastri):

- il primo affronta le sfide poste dalla digitalizzazione dell'economia e individua tre possibili modi per modificare il *nexus* esistente e l'allocazione dei profitti;

---

[121] OCSE, *Members of the Inclusive Framework on BEPS,* 2019, cit. in Castro A. S., *Administrative Capability Analysis of OECD Proposals from the Perspective of Developing Countries*, in *Intertax*, n. 48/2020, p. 221.
[122] OCSE, *Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, 2019, pag. 5, paragrafo 5.
[123] OCSE, *Addressing the Tax Challenges Arising from Digitalisation – Public Consultation Document*, 2019, p. 5, paragrafo 2.
[124] Gillio D., *La nuova definizione di stabile organizzazione nel TUIR,* op. cit.
[125] OCSE, *Addressing the Tax Challenges Arising from Digitalisation – Public Consultation Document*, op. cit., p. 7, paragrafo 6.
[126] OCSE, *Secretariat Proposal for a "Unified Approach" under Pillar One - Public consultation document*, 2019, p. 3, paragrafo 5.

- il secondo si concentra su altre problematiche di erosione della base imponibile e spostamento dei profitti e sviluppa alcune regole che darebbero alle amministrazioni fiscali il diritto tassare i profitti altrimenti soggetti ad aliquote molto basse.[127]

Poiché le proposte dell'OCSE hanno l'ambizione di essere adottate da tutti i Paesi rappresentati nell'*Inclusive Framework*, è necessario che siano misure coordinate a livello globale, piuttosto che mere proposte che potrebbero venire recepite da singoli Stati.[128] Ciò in quanto, maggiore è il numero di governi che mette in atto misure unilaterali, maggiore è il rischio che aumentino significativamente gli oneri amministrativi per le aziende, la doppia tassazione, e l'incertezza.[129] Di conseguenza, la capacità di essere accettata a livello globale è una caratteristica chiave di ogni proposta formulata.

Nell'ambito del primo pilastro il Documento di Consultazione Pubblica analizza tre proposte con l'obiettivo di modificare le norme di allocazione dei profitti e di *nexus.*

3.3.1 *The "User Participation" Proposal*

"*The User Participation Proposal*", si concentra sul valore creato da alcune attività altamente digitalizzate attraverso lo sviluppo di una *user base* ampia e attiva alla quale richiede dati e contenuti.[130] Tale proposta si basa sull'idea che ottenere una partecipazione degli utenti duratura e attiva sia una componente fondamentale di alcuni modelli di *business* altamente digitalizzati. In questi casi, infatti, la partecipazione degli utenti contribuisce alla creazione del *brand*, alla generazione di dati di valore e allo sviluppo di una *user base* più ampia che consente all'azienda di guadagnare una posizione di rilievo nel mercato.[131] Come già ampiamente detto, il valore prodotto dalla *user participation* non è soggetto a tassazione nello Stato in cui

[127] Castro A. S., *Administrative Capability Analysis of OECD Proposals from the Perspective of Developing Countries*, op. cit., p. 221.
[128] *Ibid*.
[129] Báez Moreno A., Brauner Y., *Taxing the Digital Economy Post BEPS… Seriously*, University of Florida Levin College of Law, *Research Paper* n. 19-16/2019, p. 162.
[130] OCSE, *Addressing the Tax Challenges Arising from Digitalisation – Public Consultation Document*, op. cit., p. 9, paragrafo 17.
[131] *Ivi,* p. 9, paragrafo 18.

viene prodotto poiché le regole vigenti tassano il valore generato nel territorio tramite attività fisiche.[132] Pertanto, tale proposta tenta di modificare le regole di allocazione dei profitti per includere le attività di creazione di valore delle *user base* e, inoltre, si propone di modificare le regole che consentono di individuare il *nexus*.[133]

3.3.2 *The "Marketing Intangibles" Proposal*

La seconda proposta in discussione si basa sul concetto di *marketing intangibles*, ovvero su beni immateriali che si riferiscono ad attività di commercializzazione (ad esempio marchi, portafoglio clienti, rapporti con la clientela, ecc.). A differenza della *User Participation Proposal* questa non si riferisce esclusivamente ad imprese altamente digitalizzate, pertanto potrebbe avere un impatto maggiore sull'economia digitale.[134]

La *Marketing Intangible Proposal* si applicherebbe nel caso in cui una multinazionale riuscisse a "raggiungere" un determinato territorio estero, da remoto o tramite una presenza locale minima, e vi sviluppasse una base clienti e altri beni immateriali.[135]

La ragione alla base di tale criterio di collegamento per l'imposta riguarda il fatto che il valore di alcuni beni immateriali, come ad esempio il marchio, si riflette nelle "menti" dei consumatori, pertanto si può dire che sia stato creato lì.[136] Inoltre, altri

---

[132] "*[…] in times of interconnected mobile users and dark web services, it is unlikely that every tax authority in the world, and certainly not tax authorities in developing countries, can develop the capacities to trace the user identity, location, and value added in each transaction in which an individual is engaged*", Castro A. S., *Administrative Capability Analysis of OECD Proposals from the Perspective of Developing Countries*, op. cit., p. 222.

[133] "*After having attributed a routine profit according to the classic rules of transfer pricing, the residual profit would be allocated to the user jurisdictions on the basis of quantitative elements, such as revenues*", Ceriani V., Ricotti G., *The international coordination of corporate taxation: old solutions for new challenges?*, LUISS Guido Carli, *Working Paper* n. 5/2019, p. 23.

[134] Ceriani V., Ricotti G., *The international coordination of corporate taxation: old solutions for new challenges?*, op. cit., p. 23.

[135] OCSE, *Addressing the Tax Challenges Arising from Digitalisation – Public Consultation Document*, op. cit., p. 12, paragrafo 30.

[136] "*In this case, the nexus with the foreign jurisdiction would be represented by the existence of marketing intangibles5 in the jurisdiction where the goods or services are sold: the value creation in a jurisdiction would be due to the investment that the company makes in a jurisdiction to increase the demand for its products*", Ceriani V., Ricotti G., *The international coordination of corporate taxation: old solutions for new challenges?*, op. cit., p. 23.

beni immateriali, quali il portafoglio clienti e la *customer relationship*, derivano da attività mirate ai clienti di quel determinato territorio, pertanto è lì che si presume che siano creati.[137]

3.3.3 *The "Significant Economic Presence" Proposal*

L'ultima delle opzioni esplorate riguarda la "presenza economica significativa", già analizzata nell'ambito dell'*Action 1*. Secondo questa proposta, si configura una *taxable presence* nel caso in cui l'impresa mantenga con il territorio dello Stato una connessione significativa e duratura utilizzando tecnologie digitali.[138] Tale connessione risulta rilevante ai fini della "presenza economica significativa" quando, oltre ad un determinato volume di fatturato generato all'interno del Paese, l'impresa estera soddisfa anche alcuni dei seguenti requisiti:

1. l'esistenza di una *user base* e dei relativi dati da loro forniti;
2. un determinato volume di contenuti digitali prodotti nel territorio;
3. incasso e fatturazione in valuta locale;
4. un sito *web* in lingua locale;
5. responsabilità della consegna finale dei beni, o offerta di meccanismi di supporto post-vendita;
6. attività di promozione e commercializzazione durature, sia *online* che con altri metodi.[139]

Tale proposta prevede che l'allocazione dei profitti alla presenza economica significativa venga effettuata con il metodo dell'allocazione frazionata, o con il metodo dei ricavi presunti, già introdotti nell'ambito dell'*Action 1*.[140]

---

[137] OCSE, *Addressing the Tax Challenges Arising from Digitalisation – Public Consultation Document*, op. cit., p. 12, paragrafo 31.
[138] "*Some comments received by the OECD support the SEP proposal for 'not creating artificial distinctions between different types of business, like ring fencing*", Castro A. S., *Administrative Capability Analysis of OECD Proposals from the Perspective of Developing Countries*, op. cit., p. 225.
[139] OCSE, *Addressing the Tax Challenges Arising from Digitalisation – Public Consultation Document*, op. cit., p. 16, paragrafo 51.
[140] Si veda il paragrafo 3.2.1.5. *Determinazione del reddito imputabile alla presenza economica significativa.*

Infine, in linea con quanto analizzato dall'*Action 1*, la proposta considera la possibilità di una ritenuta alla fonte come strumento di raccolta dell'imposta.[141]

3.3.4 *The "Unified Approach"*

Nel maggio 2019, i membri dell'*Inclusive Framework* hanno adottato un Programma di Lavoro che analizza le caratteristiche comuni delle tre proposte del *first pillar*, evidenziando la necessità di giungere ad una soluzione comune, soprattutto in vista dell'obiettivo di ottenere il consenso internazionale entro la fine del 2020.[142]

Le tre proposte contenute nel *Pillar One* presentano alcune caratteristiche comuni. Tutte hanno lo stesso scopo, ovvero spostare il diritto alla tassazione dal Paese di residenza al Paese di origine, garantendo in ogni caso un'imposizione adeguata e semplice, e lo fanno studiando nuovi nessi imponibili che prescindono dalla presenza fisica. Inoltre, tutte tentano di superare il principio di libera concorrenza nell'attribuzione dei profitti.[143]

Basandosi su tali caratteristiche comuni, il Segretariato OCSE, a ottobre 2019, ha pubblicato un *Public Consultation Document* nel quale ha sviluppato una nuova proposta che prevede di assoggettare a imposizione le attività altamente digitalizzate, con un'attenzione particolare per le attività che si rivolgono direttamente ai consumatori.

Coerentemente con le proposte precedenti, anche quella del Segretariato include la definizione di un nuovo nesso imponibile. Il *nexus* sarebbe applicabile in tutti i casi in cui un'attività dimostra "*a sustained and significant involvement in the economy of a market jurisdiction*", a prescindere dalla presenza fisica. Il metodo più semplice per stabilire il nesso è la fissazione di un limite minimo di fatturato che, secondo il Segretariato, dovrebbe tenere in considerazione anche le attività, come ad esempio

---

[141] Chand V., *Allocation of Taxing Rights in the Digitalized Economy: Assessment of Potential Policy Solutions and Recommendation for a Simplified Residual Split Method*, in Intertax, n. 47/2019, p. 1031.
[142] OCSE, *Secretariat Proposal for a "Unified Approach" under Pillar One - Public consultation document*, op. cit., p. 3-4, paragrafo 6-7.
[143] *Ivi*, p. 4, paragrafo 10.

la fornitura di pubblicità *online*, dirette ad utenti che si trovano in località differenti rispetto a quelle in cui viene generato il fatturato. La proposta dell'*Unified Approach* prevede che il *nexus* venga introdotto come norma a sé stante, in aggiunta alle disposizioni che disciplinano la stabile organizzazione.

Da ciò deriva la necessità di rivedere le regole sull'allocazione degli utili, in quanto quelle vigenti non attribuirebbero profitti ad imprese il cui nesso impositivo non fosse basato sulla presenza fisica, invalidando così di fatto le modifiche alla tassazione. Per questo viene previsto un nuovo approccio che mantiene il principio di libera concorrenza come base, per le situazioni in cui risulta adeguato, ma lo integra con alcune disposizioni efficaci nei casi in cui l'*arm's lenght principle* risulta obsoleto. Si tratta di un meccanismo a tre livelli:

- il primo livello (*Amount A*) prevede che una quota dell'utile presunto venga attribuito al mercato della fonte utilizzando una formula predefinita;
- il secondo livello (*Amount* B) assegna una remunerazione fissa alle attività di base di *marketing* e distribuzione che si svolgono nel mercato della fonte;
- il terzo livello (*Amount* C) introduce meccanismi vincolanti ed efficaci di prevenzione e risoluzione delle controversie *(binding and effective dispute prevention and resolution mechanisms)*. In questa previsione sono inclusi anche quei casi in cui nel mercato della fonte sono presenti più attività di quelle considerate dalla tassazione del secondo livello (*Amount* B), e lo Stato tenta di assoggettarle ad imposta. I profitti derivanti da queste attività "extra" verrebbero attribuiti all'impresa nello Stato della fonte sulla base del principio di libera concorrenza.[144]

3.3.5 Critiche rispetto al lavoro dell'OCSE

L'OCSE è senza dubbio l'organizzazione internazionale che più ha analizzato il problema della tassazione dell'economia digitale. Ha contribuito a mantenere alta l'attenzione dell'opinione pubblica sul tema, ed i suoi studi hanno favorito

[144] Dourado A. P., *The OECD 'Unified Approach' and the New International Tax System: A Half-Way Solution*, in *Intertax*, n. 48/2020, p. 5.

l'implementazione di una serie di misure che tentano di arginare il problema. Tuttavia, vi sono una serie di critiche che possono essere mosse al lavoro dell'OCSE. Innanzitutto, l'obiettivo principale del programma è di raggiungere il consenso internazionale intorno ad una proposta comune. Ciononostante, non sono stati compiuti passi in avanti significativi in questo senso: "*over seven years from the start of the BEPS project it is still unclear whether the stakeholders are in agreement over the precise purpose of the work on the taxation of the digital economy*.[145] Secondo Brauner, il fatto che l'obiettivo principale dell'OCSE sia raggiungere il consenso internazionale, è la causa del continuo "rimbalzo" da una proposta all'altra, e dell'incapacità di prendere decisioni difficili nel tentativo di guadagnare massima approvazione. Conseguenza diretta di questo meccanismo è l'assenza di una proposta chiara e coerente.[146]

Secondo alcuni autori[147], le proposte del *Pillar One* hanno in comune tra loro la complessità di applicazione. La concreta implementazione delle opzioni, infatti, si basa su dati a cui le Amministrazioni non hanno accesso, e che devono quindi essere forniti dalle imprese stesse.

Per quanto la proposta dell'*Unified Approach* appaia "coraggiosa" nelle sue intenzioni di abbandonare il nesso basato sulla presenza fisica e il principio di libera concorrenza nell'attribuzione dei profitti, secondo Parte della dottrina, tale proposta "*is not a proposal at all, but a vague statement admitting the insufficiency of the current legal framework*".[148] Inoltre, con questa proposta, è limitata a una parte dell'economia digitale, contro le stesse linee guida delineate dall'OCSE.[149]

---

[145] Brauner Y., *Lost in Construction: What Is the Direction of the Work on the Taxation of the Digital Economy?*, in Intertax, n. 48/2020, p. 271.

[146] Si riporta il testo in lingua originale: "*The outcome of this approach is the continuous leap of the OECD from one proposal to another (as demonstrated above) and the refrain from making hard choices in the attempt to gain maximum consensus. The immediate consequence is the lack of a clear and coherent proposal".* Brauner Y., *Lost in Construction: What Is the Direction of the Work on the Taxation of the Digital Economy?*, op. cit., p. 271.

[147] Ceriani V., Ricotti G., *The international coordination of corporate taxation: old solutions for new challenges?*, op. cit., p. 26.

[148] Brauner Y., *Lost in Construction: What Is the Direction of the Work on the Taxation of the Digital Economy?*, op. cit., p. 271.

[149] "*As digital technology is adopted across the economy, segmenting the digital economy is increasingly difficult. In other words, because the digital economy is increasingly becoming the economy itself, it would be difficult, if not impossible, to ring-fence the digital economy from the rest of the economy.*

L'ambito di applicazione dell'*Unified Approach* è incerto, i dettagli del funzionamento del nuovo nesso non sono spiegati e, per quanto dichiari di voler abbandonare le regole tradizionali di tassazione dei profitti, di fatto non da spiegazioni sufficientemente chiare. Brauner sostiene infatti che, per quanto la modificazione delle regole di attribuzione dei profitti dichiari di voler aumentare la certezza della tassazione, il meccanismo a tre livelli descritto è, ironicamente, la parte meno chiara di tutta la proposta.[150]

3.4 La posizione dell'Unione Europea

Parallelamente all'OCSE, anche l'Unione Europea ha lavorato sul tema della crescente digitalizzazione dell'economia. Nel 2014, il *report* del Gruppo di Esperti della Commissione sulla Tassazione dell'Economia Digitale, ha raccomandato una revisione per la tassazione delle giovani imprese, specialmente del digitale, ed ha, allo stesso tempo, introdotto il conetto di "*digital taxable presence*". Tuttavia, non ha ritenuto, in quell'occasione, che ci fosse la necessità di apportare modifiche così sostanziali al sistema di tassazione.[151] Alla riunione dell'ECOFIN tenutosi a Tallinn a settembre 2017, Francia, Germania, Spagna, Italia e altri sei Paesi dell'Unione Europea proposero l'introduzione di un *equalisation levy* sul fatturato generato in Europa dalle imprese del digitale. Al *meeting* di Tallinn, alcuni Stati membri sollevarono perplessità e si opposero al cambiamento del regime fiscale per tassare l'economia digitale. Altri, invece, allo stesso fine, suggerirono l'adozione di un approccio globale che si basasse sul cambiamento delle regole tradizionali di

---

Attempting to isolate the digital economy as a separate sector would inevitably require arbitrary lines to be drawn between what is digital and what is not. As a result, the tax challenges and base erosion and profit shifting (BEPS) concerns raised by the digital economy are better identified and addressed by analysing existing structures adopted by MNEs together with new business models and by focusing on the key features of the digital economy and determining which of those features raise or exacerbate tax challenges or BEPS concerns, and developing approaches to address those challenges or concerns." OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1,* op. cit., 2015.

[150] "*Finally, the proposal argues that it would add certainty by developing a three-tier profit allocation mechanism, which by now is widely acknowledged, ironically, as the least clear part of the proposal.*" Brauner Y., *Lost in Construction: What Is the Direction of the Work on the Taxation of the Digital Economy?*, op. cit., p. 271.

[151] Kofler G., Sinnig J., *Equalization Taxes and the EU's 'Digital Services Tax'*, in *Intertax*, n. 47/2019, p. 180.

tassazione. L'approccio da tali Stati proposto richiederebbe una ricalibrazione del *nexus* richiesto per l'imposizione nello Stato dell'origine e, di conseguenza, una modifica del concetto di stabile organizzazione.[152]

Parallelamente, nel settembre dello stesso anno, la Commissione ha presentato una Comunicazione "*A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market*" (COM(2017)-547), che definisce le questioni e gli obiettivi fondamentali con riguardo alla tassazione dell'economia digitale.

Proseguendo nel lavoro, nel marzo 2018, la Commissione ha redatto una nuova Comunicazione "*E' giunto il momento di istituire norme fiscali moderne, eque ed efficaci per l'economia digitale*" (COM(2018)-146). Con questa, la Commissione dichiara la sua intenzione di presentare nuove "*proposte volte a istituire norme moderne, eque ed efficaci per l'economia digitale in risposta agli inviti del Consiglio europeo e del Consiglio ECOFIN, che hanno sottolineato la necessità di un 'regime fiscale efficace ed equo, adeguato all'era digitale'*".[153] La Commissione afferma che farà del "*mercato unico digitale una delle sue priorità fondamentali*"[154], in quanto potrebbe apportare all'economia dell'Unione Europea un contributo di 415 miliardi di euro.[155] La Commissione sostiene inoltre che *"una tassazione equa ed efficace è essenziale per sostenere il mercato unico digitale affinché esso realizzi il suo potenziale. È importante prevedere un contesto fiscale aggiornato in cui sia riconosciuto il pieno valore delle attività digitali e in cui le imprese orientate al digitale possano crescere beneficiando di un contesto imprenditoriale prevedibile ed equo*".[156] Infine, ribadisce l'importanza che la soluzione venga trovata a livello mondiale in quanto la digitalizzazione dell'economia è un fenomeno globale, e si impegna a collaborare con l'OCSE per la ricerca di un accordo internazionale. Tuttavia, poiché appare estremamente difficile individuare una soluzione su scala mondiale, la

---

[152] *Ibid.*
[153] *Communication From The Commission To The European Parliament And The Council, Time to establish a modern, fair and efficient taxation standard for the digital economy*, COM(2018)146, p. 1.
[154] *Ibid.*
[155] *Ibid.*
[156] *Ivi*, p. 3.

Commissione ha comunque deciso di muoversi a livello comunitario proponendo alcune opzioni di tassazione dell'economia digitale.[157]

Le soluzioni ipotizzate dalla Commissione nella Comunicazione del marzo 2018 si sono concretizzate in due Proposte di Direttive:

- Proposta di Direttiva del Consiglio relativa al sistema comune d'imposta sui servizi digitali applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali, COM(2018)148;
- Proposta di Direttiva del Consiglio che stabilisce norme per la tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa, COM(2018)147.

3.4.1 Proposta di Direttiva relativa all'Imposta sui Servizi Digitali

La Proposta di Direttiva 148/2018 prevede un intervento "*congiunturale e temporaneo"* di tassazione di servizi digitali.[158] L'imposta, nella misura del 3%, si applicherebbe ai ricavi generati dalla fornitura di servizi digitali da parte di grandi aziende. L'obiettivo della ISD è quello di tassare, nel Paese della fonte, i ricavi derivati da servizi digitali per i quali il contributo degli utenti è fondamentale per la creazione del valore che viene tassato.[159] Secondo l'art. 3, comma 1, della Proposta di Direttiva, l'Imposta sui Servizi Digitali "*dovrebbe applicarsi ai ricavi (al netto dell'IVA e delle altre imposte similari) che derivino esclusivamente da tre fonti:*

i. immissione di pubblicità su un'interfaccia digitale (es. Google);
ii. messa a disposizione degli utenti di una piattaforma digitale, che consenta agli stessi di scambiarsi beni o servizi (es. Uber, Airbnb);
iii. trasmissione dei dati raccolti direttamente dagli utenti e da essi immessi nel sistema digitale (es. Facebook e altri social network)".[160]

[157] *Ivi*, p. 6.
[158] Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *La fiscalità nell'economia digitale. Problematiche e scenari possibili*, 2018, p. 8.
[159] *Ivi*, p. 11.
[160] Leo M., *Quale tassazione per l'economia digitale*, in il fisco, op. cit., p. 2012.

I soggetti passivi individuati dall'art. 4 della Proposta sono le società di dimensioni rilevanti. In particolare quelle che, nel periodo d'imposta, soddisfino due condizioni:

1. l'importo totale dei ricavi dichiarati a livello mondiale dev'essere superiore a 750 milioni di euro;
2. l'importo totale dei ricavi imponibili nell'Unione Europea dev'essere superiore a 50 milioni di euro.[161]

3.4.2 Proposta di Direttiva in materia di Presenza Digitale Significativa

Questa Proposta si pone come una soluzione di lungo termine. Prevede, infatti, "*un intervento di tipo strutturale*".[162] La proposta della presenza digitale significativa ha l'obiettivo di risolvere le problematiche sollevate dall'economia digitale ponendosi come soluzione globale per la ridefinizione delle imposte sui redditi delle società vigenti nei singoli Stati membri. La direttiva stabilisce le norme e i criteri con cui configurare un nesso imponibile per le imprese non residenti che operano a livello transfrontaliero e hanno una presenza digitale significativa. Definisce, inoltre, i principi per l'attribuzione dei profitti alle imprese digitali.

Qualora fossero recepite da tutti gli Stati membri, le disposizioni della direttiva sarebbero applicabili alle attività digitali transfrontaliere che si svolgono nell'ambito dell'Unione Europea anche nel caso in cui le convenzioni in materia di doppia imposizione non venissero aggiornate di conseguenza. Al di fuori degli Stati membri, invece, nel caso in cui l'impresa che svolge attività digitali fosse residente

---

[161] Si riporta il testo del primo comma dell'art. 4 della Proposta di Direttiva 148: "*Si intende per «soggetto passivo», con riguardo a un periodo d'imposta, qualsiasi entità che soddisfa entrambe le condizioni seguenti:*

(a) l'importo totale dei ricavi a livello mondiale dichiarati dall'entità per l'esercizio finanziario pertinente supera 750 000 000 EUR;

(b) *l'importo totale dei ricavi imponibili ottenuti dall'entità nell'Unione durante l'esercizio finanziario pertinente supera 50 000 000 EUR."*

[162] Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *La fiscalità nell'economia digitale. Problematiche e scenari possibili*, op. cit., p. 8.

in uno Stato terzo, la norma si applicherebbe solo qualora tra i due Stati non fosse in vigore una convenzione in materia di doppia imposizione.[163]

Nell'illustrare la direttiva, la Commissione Europea afferma che tale proposta è "*necessaria, adeguata e appropriata*" per conseguire le problematiche sollevate dall'economia digitale. La Direttiva non richiede l'armonizzazione delle aliquote d'imposta sulle società applicate nei singoli Stati e, quindi, lascia liberi gli Stati membri di determinare il gettito fiscale che intende ricevere dalla tassazione delle imprese dell'economia digitale.

L'articolo 3 della Proposta di Direttiva individua e definisce i concetti necessari per comprendere ed applicare la norma. È di particolare importanza la definizione di servizi digitali, in quanto solo la fornitura di tali servizi è considerata presupposto per la configurazione di una presenza economica significativa.[164] I servizi digitali sono definiti come "*i servizi forniti attraverso internet o una rete elettronica, la cui*

---

[163] Si riporta il testo dell'art. 2 della Proposta di Direttiva 147: "1. *La presente direttiva si applica alle entità, a prescindere dal luogo in cui risiedono ai fini dell'imposta sulle società, che sia in uno Stato membro o in un paese terzo. 2. Tuttavia, nel caso di entità residenti ai fini dell'imposta sulle società in un paese terzo con il quale lo Stato membro in questione ha concluso una convenzione diretta a evitare la doppia imposizione, la presente direttiva si applica solo se tale convenzione contiene disposizioni simili agli articoli 4 e 5 della presente direttiva in relazione al paese terzo e se tali disposizioni sono in vigore*".

[164] Si riporta il testo integrale dell'art. 3, comma 5, della Proposta di Direttiva 147: "*Ai fini della presente direttiva si applicano le seguenti definizioni: [...] (5) "servizi digitali": i servizi forniti attraverso internet o una rete elettronica, la cui natura rende la prestazione essenzialmente automatizzata e richiede un intervento umano minimo, impossibili da garantire in assenza della tecnologia dell'informazione, e segnatamente:*

a) la fornitura di prodotti digitali in generale, compresi software, loro modifiche e aggiornamenti;
b) i servizi che veicolano o supportano la presenza di un'azienda o di un privato su una rete elettronica, quali un sito o una pagina web;
c) i servizi automaticamente generati da un computer attraverso internet o una rete elettronica, in risposta a dati specifici immessi dal destinatario;
d) 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, in cui i potenziali acquirenti fanno offerte attraverso un procedimento automatizzato e in cui le parti sono avvertite di una vendita attraverso posta elettronica generata automaticamente da un computer;
e) le offerte forfettarie di servizi internet (Internet service packages, ISP) nelle quali la componente delle telecomunicazioni costituisce un elemento accessorio e subordinato (in altre parole, il forfait va oltre il semplice accesso a internet e comprende altri elementi, quali pagine con contenuto che danno accesso a notizie di attualità, informazioni meteorologiche o turistiche, spazi di gioco, hosting di siti, accessi a dibattiti online, o qualsiasi altro elemento simile);
f) i servizi elencati nell'allegato II.

I servizi digitali non comprendono i servizi elencati nell'allegato III o la vendita di beni o di altri servizi agevolata dal ricorso a internet o a una rete elettronica".

natura rende la prestazione essenzialmente automatizzata e richiede un intervento umano minimo, impossibili da garantire in assenza della tecnologia dell'informazione [...]".[165] La Commissione chiarisce che "*si considera che il servizio richieda un intervento umano minimo se comporta un intervento umano minimo da parte del fornitore, a prescindere dal livello di intervento umano da parte dell'utente. Si considera che un servizio richieda unicamente un intervento umano minimo quando il fornitore predispone un sistema e provvede alla sua manutenzione o riparazione regolari in caso di malfunzionamento*".[166]

L'articolo 3 si riferisce, quindi, principalmente a quelle attività che esistono grazie all'utilizzo dei mezzi della tecnologia moderna. L'articolo elenca poi alcuni servizi digitali inclusi nella definizione, quali:

a) la fornitura di prodotti digitali in generale;
b) i servizi che permettono la presenza di un'impresa su una rete elettronica;
c) i servizi generati in modo automatico, utilizzando internet, da un computer in risposta a determinate azioni compiute dall'utente;
d) la concessione, a titolo oneroso, del diritto di mettere in vendita un bene o un servizio su una piattaforma digitale;
e) le offerte forfettarie di servizi internet (*Internet Service Packages, ISP*);
f) i servizi elencati nell'allegato II della proposta.[167]

---

[165] Tale definizione coincide con quella di "servizi prestati tramite mezzi elettronici" di cui all'art. 7 del regolamento di esecuzione (UE) n. 282/211 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.

[166] Proposta di Direttiva del Consiglio che stabilisce norme per la tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa, COM(2018)147, p. 8.

[167] Si riporta l'elenco dei servizi di cui all'articolo 3, paragrafo 5, lettera f), riportato nell'allegato II:

a) "*hosting di siti web e di pagine web,*
b) *manutenzione automatica di programmi, remota e online,*
c) *amministrazione remota di sistemi,*
d) *conservazione (warehousing) dei dati online, quando dati specifici sono conservati e recuperati elettronicamente,*
e) *fornitura online di spazio sul disco in funzione delle richieste,*
f) *accesso o scaricamento di software, tra cui programmi di aggiudicazione/contabilità, software antivirus e loro aggiornamenti,*
g) *bannerblocker, ossia software per bloccare la comparsa di banner pubblicitari,*
h) *driver di scaricamento, come il software di interfaccia tra computer e periferiche quali le stampanti,*
i) *installazione automatica online di filtri per i siti web,*

Sono esplicitamente esclusi dalla nozione alcuni servizi, esplicitamente indicati nell'allegato III della direttiva, quali i servizi di diffusione radiotelevisiva, la vendita di beni materiali facilitata dall'utilizzo di internet, ecc. Tale previsione mira ad assicurarsi che la presenza digitale significativa non costituisca un nesso meramente basato sul luogo di consumo. "*Ad esempio, il fatto di dare accesso (dietro compenso) a un mercato digitale per l'acquisto e la vendita di autovetture è un servizio digitale, ma la vendita di un'automobile attraverso un tale sito internet non lo è*".[168]

Una volta individuate le operazioni cui si riferisce la norma, è necessario definire il concetto di presenza digitale significativa. Il primo comma dell'art. 4 della Proposta di Direttiva prevede che "*Ai fini dell'imposta sulle società, si considera che sussista una stabile organizzazione se esiste una presenza digitale significativa attraverso la quale è esercitata, in tutto o in parte, un'attività*." Pertanto, la presenza digitale significativa va considerata come un'estensione dell'attuale concetto di stabile organizzazione.

---

j) installazione automatica online di sbarramenti (firewalls),
k) accesso o scaricamento di temi dell'interfaccia grafica,
l) accesso o scaricamento di fotografie e immagini o salvaschermi,
m) contenuto digitalizzato di libri e altre pubblicazioni elettroniche,
n) abbonamento a giornali o riviste online,
o) siti personali (weblog) e statistiche relative ai siti web,
p) notizie, informazioni sul traffico e previsioni meteorologiche online,
q) informazioni online generate automaticamente da software sulla base di immissioni di dati specifici da parte del cliente, come dati di tipo giuridico o finanziario, compresi dati sui mercati azionari ad aggiornamento continuo,
r) fornitura di spazio pubblicitario, compresi banner pubblicitari su una pagina o un sito web,
s) utilizzo di motori di ricerca e di elenchi su internet,
t) accesso o scaricamento di musica su computer e su telefoni cellulari,
u) accesso o scaricamento di sigle o brani musicali, suonerie o altri suoni,
v) accesso o scaricamento di film,
w) scaricamento di giochi su computer e su telefoni cellulari,
x) accesso a giochi online automatici dipendenti da internet o da reti elettroniche analoghe, nei quali i giocatori sono geograficamente lontani gli uni dagli altri,
y) tutte le forme di insegnamento a distanza automatizzato impartito attraverso internet o reti elettroniche analoghe, la cui fornitura richiede un intervento umano limitato o nullo, incluse le classi virtuali, ad eccezione dei casi in cui internet o una rete elettronica analoga sono utilizzati semplicemente come strumento di comunicazione tra il docente e lo studente,
z) *libri di esercizi completati dagli studenti online e corretti e valutati automaticamente, senza intervento umano".*

[168] Proposta di Direttiva del Consiglio che stabilisce norme per la tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa, COM(2018)147, p. 8.

La definizione di presenza digitale significativa è contenuta al comma 3 dell'art. 4: "*Si considera che esista una "presenza digitale significativa" in uno Stato membro nel corso di un periodo d'imposta se l'attività svolta attraverso di essa consiste interamente o in parte nella fornitura di servizi digitali tramite un'interfaccia digitale*".[169] Inoltre, per configurare una presenza digitale significativa, è necessario che vengano soddisfatti anche dei criteri quantitativi. Tali criteri dovrebbero consentire di determinare l'influenza economica di un'impresa in un determinato territorio. Essi dovrebbero riuscire a considerare la "*dipendenza delle imprese digitali da un'ampia base di utenti, dalla partecipazione degli utenti e dai loro contributi, nonché del valore creato dagli utenti per tali imprese*.[170] Dovrebbero, inoltre, essere sufficientemente elastici, in modo da potersi adattare a diversi modelli di *business* e, di conseguenza, garantire un giusto livello di tassazione anche tra le attività che creano il loro valore in modi diversi (ad esempio un'ampia base di utenti che genera un valore individuale limitato, o un numero inferiore di utenti che fornisce grandi contributi).

Sulla base di queste considerazioni, il terzo comma dell'articolo 4, dunque, stabilisce che si configura una presenza digitale significativa "*se sono soddisfatte una o più delle seguenti condizioni per quanto riguarda la fornitura di tali servizi da parte dell'entità che esercita l'attività, considerata congiuntamente alla fornitura di tali servizi tramite un'interfaccia digitale da parte di ciascuna delle imprese associate di tale entità a livello aggregato:*

a) la parte dei ricavi[171] totali ottenuti nel corso di tale periodo d'imposta e derivanti dalla fornitura di tali servizi digitali a utenti situati nello Stato

---

[169] La definizione di "interfaccia digitale" ai sensi dell'art. 3 della Proposta di Direttiva 147 è: "*qualsiasi software, compresi i siti web o parte di essi e le applicazioni, anche mobili, accessibili agli utenti*".

[170] Proposta di Direttiva del Consiglio che stabilisce norme per la tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa, COM(2018)147, p. 8.

[171] La definizione di "ricavi" ai sensi dell'art. 3 della Proposta di Direttiva 147 è:*"i proventi della vendita e di altre operazioni, al netto dell'imposta sul valore aggiunto e di altri tributi e prelievi riscossi per conto delle agenzie governative, di natura monetaria o non, inclusi i proventi della cessione di attivi e diritti, gli interessi, i dividendi e altre distribuzioni di profitti, i proventi di liquidazioni, i canoni, i sussidi e le sovvenzioni, i doni ricevuti, le retribuzioni e le gratifiche. Tra i ricavi rientrano anche i doni di natura non monetaria effettuati da una società soggetta a imposta. Sono esclusi i capitali raccolti da una società soggetta a imposta (equity) o il debito a essa rimborsato".*

membro considerato nel corso di detto periodo d'imposta è superiore a 7 000 000 EUR;

b) *il numero di utenti*[172] *di uno o più di tali servizi digitali che sono situati nello Stato membro considerato nel corso di tale periodo d'imposta è superiore a 100 000;*

c) *il numero di contratti commerciali per la fornitura di servizi digitali che sono conclusi nel corso di tale periodo d'imposta da parte di utenti situati nello Stato membro considerato è superiore a 3 000*."

Si tratta quindi di criteri tra loro alternativi, e non cumulativi, pertanto, alcuni autori, ritengono che il limite minimo perché si configuri una presenza digitale significativa è basso.[173] Tuttavia, le singole soglie da applicare ai criteri sono sufficientemente elevate per evitare che gli utili delle imprese coinvolte non coprano nemmeno i costi di conformità fiscale. La soglia applicabile ai ricavi è studiata perché i costi stimati di conformità dovuti a causa dell'individuazione di una stabile organizzazione aggiuntiva non siano superiori agli utili. Per quanto riguarda il numero di utenti, invece, "*dovrebbe riflettere un valore equivalente in termini monetari basato sui ricavi medi per utente*".[174] La soglia applicabile al numero di contratti commerciali dovrebbe consentire di considerare solamente i contratti conclusi tra imprese, in quanto il loro valore è senza dubbio maggiore rispetto ai contratti conclusi con persone fisiche. È per questo motivo che il limite minimo di contratti è ampiamente inferiore rispetto al numero di utenti.

Ai fini della verifica delle prime due condizioni, il quarto comma dell'articolo 4 chiarisce che un utente si considera localizzato in uno Stato membro se, nel periodo d'imposta, utilizza un dispositivo situato in tale Stato per accedere al sito *web* tramite il quale vengono forniti i servizi digitali.[175] Tale definizione è, in parte, in

---

[172] La definizione di "utente" ai sensi dell'art. 3 della Proposta di Direttiva 147 è: "*qualsiasi persona o impresa".*

[173] Sinnig J., *The Reflection of Data-Driven Value Creation in the 2018 OECD and EU Proposals*, op. cit., p. 329.

[174] Proposta di Direttiva del Consiglio che stabilisce norme per la tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa, COM(2018)147, p. 9.

[175] Si riporta il testo del comma 4 dell'art. 4 della Proposta di Direttiva 147: "*Per quanto riguarda la fruizione di servizi digitali, si considera che un utente sia situato in uno Stato membro in un periodo*

contrasto con l'obiettivo della norma, in quanto è sufficiente che l'utente si colleghi all'"interfaccia digitale" una volta sola nel periodo d'imposta, perché venga conteggiato nella *user base* che crea valore per l'azienda. Questo implica che la definizione risulta particolarmente ampia, e comporterebbe, di conseguenza, che anche molto piccole possano venire considerate ai fini dell'applicazione fiscale. Ciò in contraddizione con la volontà espressa dalla Commissione di "proteggerle" nel rispetto del principio di proporzionalità. Una possibile soluzione potrebbe essere quella di prevedere una certa regolarità nelle attività degli utenti, o fissare quantomeno a due il numero di criteri necessari perché sia possibile configurare una presenza digitale significativa.[176]

Il comma 6 dell'art. 4 chiarisce che: "*lo Stato membro in cui è utilizzato un dispositivo dell'utente è determinato con riferimento all'indirizzo di protocollo internet (IP) del dispositivo o, se più accurato, a qualsiasi altro metodo di geolocalizzazione*". Ciò implica, pertanto, che ai fini della determinazione del presupposto imponibile rileverebbe anche l'attività di un turista, causando, nuovamente, un abbassamento eccessivo della soglia. Inoltre, poiché gli indirizzi IP sono spesso mobili non sempre corrispondono allo Stato in cui è localizzato l'utente.[177]

Per quanto riguarda la conclusione dei contratti commerciali, il comma 5 dell'art. 4 prevede che siano considerati ai fini dell'applicazione dell'imposta i contratti conclusi nello stato di residenza dell'utente firmatario.[178] Per quanto questa

---

d'imposta se l'utente utilizza un dispositivo in tale Stato membro nel corso di tale periodo d'imposta per accedere all'interfaccia digitale attraverso la quale sono forniti i servizi digitali".

[176] Sinnig J., *The Reflection of Data-Driven Value Creation in the 2018 OECD and EU Proposals*, op. cit., p. 329.

[177] Ceriani V., Ricotti G., *The international coordination of corporate taxation: old solutions for new challenges?*, op. cit., p. 26.

[178] Si riporta il testo del comma 5 dell'art. 4 della Proposta di Direttiva 147: "*Con riguardo alla conclusione di contratti per la fornitura di servizi digitali:*

a) si considera che un contratto sia un contratto commerciale se l'utente lo conclude nel corso di un'attività commerciale;

b) si considera che un utente si trovi in uno Stato membro in un periodo d'imposta se è residente ai fini dell'imposta sulle società in tale Stato membro in detto periodo d'imposta o se è residente ai fini dell'imposta sulle società in un paese terzo ma dispone di una stabile organizzazione in tale Stato membro in detto periodo d'imposta".

previsione non sia particolarmente coerente con le disposizioni dei primi due criteri, è senza dubbio di più facile applicazione.[179]

L'articolo 5 della Proposta di Direttiva 147 dispone sulle modalità di attribuzione degli utili alla presenza digitale significativa. Tali modalità sono basate sulla normativa applicabile alla stabile organizzazione. Infatti, il secondo comma dell'articolo prevede che "G*li utili attribuibili alla presenza digitale significativa o in relazione a essa sono quelli che la presenza digitale avrebbe realizzato se fosse stata un'impresa separata e indipendente che svolge attività identiche o analoghe in condizioni identiche o analoghe, in particolare nelle sue relazioni con altre parti dell'impresa, tenendo conto delle funzioni esercitate, degli attivi utilizzati e dei rischi assunti, attraverso un'interfaccia digitale*". Le attività relative a dati e utenti, quindi, dovrebbero essere considerate economicamente rilevanti per quanto riguarda l'attribuzione dei rischi e degli *asset*. Pertanto, il principio di attribuzione degli utili alla presenza digitale significativa rimane quello applicato dall'OCSE, l'"*Authorized OECD Approach*" (AOA). È comunque necessario che tale approccio venga modificato e adeguato per tenere conto delle modalità di creazione del valore dei modelli di *business*. A tal fine, il terzo comma specifica che, poiché la determinazione degli utili attribuibili si determina sulla base di un'analisi funzionale, è necessario che per determinare le funzioni rilevanti ai fini dell'attribuzione degli utili si tenga conto delle "*attività economicamente rilevanti*" che vengono svolte dall'impresa tramite un'interfaccia digitale. Infatti, il terzo comma stabilisce che "*le attività svolte dall'impresa attraverso un'interfaccia digitale relative a dati o utenti sono considerate attività economicamente rilevanti della presenza digitale significativa, che attribuiscono i rischi e la proprietà economica degli attivi a tale presenza*".

La Commissione ritiene che il metodo di ripartizione degli utili sia il più adatto per l'attribuzione degli utili alla presenza digitale significativa.[180] Inoltre, il comma 6 dell'art. 5 indica che "i *fattori di ripartizione possono comprendere le spese sostenute per la ricerca, lo sviluppo e la commercializzazione, nonché il numero di utenti e i dati*

[179] Sinnig J., *The Reflection of Data-Driven Value Creation in the 2018 OECD and EU Proposals*, op. cit., p. 329.
[180] Proposta di Direttiva del Consiglio che stabilisce norme per la tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa, COM(2018)147, p. 10.

raccolti per ciascuno Stato membro". Il metodo di ripartizione non sarebbe in ogni caso obbligatorio nel caso in cui il contribuente provasse che un metodo alternativo, basato su principi accettati a livello internazionale, sarebbe più appropriato.

3.4.3 Riflessioni conclusive in merito alla Proposta di Direttiva in materia di Presenza Digitale Significativa

Secondo alcuni autori[181], la Proposta della Commissione Europea "*goes in the right direction*". Alcuni autori sostengono che l'unico lato negativo sia il fatto che sarebbe applicata ai soli Stati membri dell'Unione Europea. Rappresenterebbe, in ogni caso, un importante miglioramento per l'Unione Europea e qualora, in seguito alla sua applicazione, si dimostrasse un'opzione valida, potrebbe essere il primo passo verso una soluzione più globale, che coinvolga anche gli accordi con i Paesi extra-UE. L'armonizzazione della base imponibile a livello Europeo "*porrebbe il mercato interno allo stesso piano dei mercati interni di stati federali (come, ad esempio, Stati Uniti e Canada), nei quali le transazioni tra Stati sono soggette all'allocazione frazionata, e non al principio di libera concorrenza come tra gli Stati europei*".[182]

Una critica mossa alla Proposta della Commissione riguarda la formulazione dei requisiti che consentono di individuare i soggetti passivi dell'imposta. Il fatto che siano previsti come tra loro alternativi implica, che la soglia minima di applicabilità resti molto bassa. Come già detto, questo aspetto è in contraddizione con il principio, indicato dalla stessa Commissione, secondo cui è necessario che le soglie siano sufficientemente elevate in modo da escludere dall'imposizione le piccole imprese. Questo creerebbe infatti un problema di proporzionalità. Il grande carico amministrativo necessario per adempiere agli obblighi previsti dai diversi Stati della

---

[181] Ceriani V., Ricotti G., *The international coordination of corporate taxation: old solutions for new challenges?*, op. cit., p. 4-5.

[182] Si riporta il testo in lingua originale: "*it would put the European internal market on an equal level playing field with other internal markets of federal states (such as those of the United States and Canada), where transactions between subjects residing in different states (or provinces) are subject to a system of formula apportionment, not to the transfer pricing criteria that instead is applied among EU member states".* Ceriani V., Ricotti G., *The international coordination of corporate taxation: old solutions for new challenges?*, op. cit., p. 5.

fonte inciderebbe maggiormente sulle piccole aziende, che, a differenza delle grandi imprese, non dispongono di strutture organizzative complesse.[183]

Inoltre, va rilevato che le definizioni utilizzate dalla norma per individuarne il campo di applicazione, si basano su aspetti qualitativi, come ad esempio le nozioni di servizi digitali o di interfaccia digitale. Questo aspetto può risultare problematico in quanto consente un'ampia discrezionalità nell'applicazione della direttiva.[184]

Un'ulteriore critica mossa alla proposta riguarda il fatto che le soglie minime per la determinazione della presenza digitale significativa sono espresse in numeri assoluti. Questo significa che tale modalità di tassazione pone tutti i Paesi membri sullo stesso piano, favorendo, nella raccolta dell'imposta, gli Stati di maggiori dimensioni.[185] Sotto questo aspetto sarebbe preferibile individuare dei criteri riferiti a determinati parametri economici o sociali relativi allo Stato in cui l'impresa svolge l'attività. Con il rischio di consentire che in alcuni Paesi vengano tassate anche imprese qualificabili in termini assoluti come imprese di piccole dimensioni.

Le direttive proposte dalla Commissione non sono state approvate in quanto hanno trovato l'opposizione di Irlanda, Lussemburgo, Malta e Cipro, ovvero dei Paesi che, in ambito UE, beneficiano dei comportamenti elusivi delle multinazionali del digitale.

Il 26 maggio 2020, con l'obiettivo di riparare ai danni economici e sociali causati dalla pandemia di coronavirus e nel tentativo di rilanciare la ripresa in Europa, la Commissione europea ha proposto un "Piano di ripresa dell'Europa". Tale piano, battezzato "*Next Generation EU*" prevede un'integrazione di 750 miliardi di euro al bilancio dell'Unione Europea, da utilizzare per sostenere programmi di ripresa economica e concedere prestiti agli Stati membri. Per finanziare tale piano di prevede l'emissione di obbligazioni sul mercato finanziario per conto dell'UE e, per aumentare le entrate, l'introduzione di nuove misure, tra le quali anche un'imposta

---

[183] Sinnig J., *The Reflection of Data-Driven Value Creation in the 2018 OECD and EU Proposals*, op. cit., p. 331.
[184] Ceriani V., Ricotti G., *The international coordination of corporate taxation: old solutions for new challenges?*, op. cit., p. 26.
[185] Sinnig J., *The Reflection of Data-Driven Value Creation in the 2018 OECD and EU Proposals*, op. cit., p. 331.

digitale sulle imprese con un fatturato annuo mondiale superiore a 750 milioni di euro, che, si stima, potrebbe generare fino a 1,3 miliardi di euro l'anno.[186]

L'impegno finanziario richiesto per riparare ai danni economici derivanti dalla pandemia potrebbe, quindi, costituire lo stimolo per giungere ad una conclusione del lavoro svolto dalla Commissione Europea per la tassazione dell'economia digitale.

[186] Commissione Europea, *Finanziare il piano di ripresa per l'Europa*, 2020.

4 I provvedimenti interni ai singoli Stati

L'incapacità di raggiungere il consenso a livello internazionale sulle misure da introdurre per contrastare il fenomeno dell'erosione della base imponibile da parte delle imprese della *digital economy* ha indotto i singoli Paesi ad adottare soluzioni unilaterali. Le misure intraprese sono varie, dipendono dagli obiettivi politici dei singoli governi e rispondono alle diverse caratteristiche dei Paesi. L'introduzione di soluzioni unilaterali crea inevitabilmente problemi di uniformità per il sistema fiscale internazionale, minacciandone la stabilità e sollevando problemi di doppia imposizione e difficoltà nella cooperazione tra Stati.

Di seguito fornirà una panoramica delle misure unilaterali introdotte dai singoli Paesi. L'elenco proposto non pretende di essere esaustivo. Saranno prese in esame sia misure con prevalente carattere antielusivo, sia misure che tendono effettivamente ad introdurre un nuovo *nexus* di collegamento, ed infine imposte sui servizi digitali. L'obiettivo dell'analisi è quello di individuare le soluzioni maggiormente significative ed evidenziarne vantaggi e svantaggi.

4.1 Misure di carattere antielusivo

4.1.1 Italia, La modifica all'art. 162 del TUIR *ex* L. 205/2017

L'art. 1, comma 1010, della Legge di bilancio 2018 (L. 205/2017) ha introdotto nell'art. 162 del TUIR, che disciplina la stabile organizzazione, una fattispecie che la dottrina definisce quale "stabile organizzazione virtuale", e che non trova una norma corrispondente nell'art. 5 del Modello di Convenzione OCSE. [187]

La riforma dispone l'aggiunta della lettera f-*bis*) alla *positive list* di cui al secondo comma dell'art. 162, che, come già detto nell'ambito del primo capitolo del presente elaborato[188], contiene un elenco di ipotesi che vengono qualificate come stabile

[187] Valente P., *Vinciguerra L., Stabile Organizzazione*, op. cit., p. 304.
[188] Si veda il paragrafo 1.3.2.

organizzazione materiale. In base alla lettera f-*bis*) si configura una stabile organizzazione qualora venga individuata "*una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso*".

La nuova previsione normativa sembra introdurre, quale collegamento con il territorio, un criterio inedito per la legislazione domestica, svincolato dalla condizione fisica necessaria per la tradizionale configurazione della stabile organizzazione. Dovrebbe, cioè, consentire di assoggettare ad imposta i profitti prodotti in Italia da un'impresa estera che vi opera in assenza di una presenza fisica, qualora questa abbia nel territorio una "*presenza economica significativa e continuativa*", consentita dagli strumenti forniti dall'economia digitale.

Una parte della dottrina[189] ritiene che, con l'introduzione di tale disposizione, il Parlamento italiano avesse l'intento di allineare la legislazione nazionale alle proposte individuate dall'OCSE nell'ambito dell'*Action 1.* In particolare, il riferimento è all'ipotesi di creazione di un *nexus* di collegamento, alternativo alla stabile organizzazione, che si basi sulla *significant economic presence.*[190] Secondo questa parte della dottrina, pertanto, la previsione di cui alla lettera f-*bis*), sarebbe sufficiente a costituire una nuova ipotesi di stabile organizzazione, individuata sulla base di criteri economici, e che prescinde dalla presenza fisica. Questa teoria trova il suo fondamento nell'assonanza di termini utilizzati sia nell'*Action 1* che nella Legge di bilancio 2018, e fa presupporre, pertanto, che per l'individuazione della specifica fattispecie si possano considerare i criteri proposti dall'OCSE, ovvero fattori basati sul fatturato, fattori digitali e fattori basati sull'utente. Tali criteri vengono individuati, in effetti, dalla circolare n. 1/2018 della Guardia di Finanza in materia di contrasto all'evasione e alle frodi fiscali.[191]

Altra parte della dottrina[192] ritiene, invece, che la disposizione introdotta abbia in realtà carattere antielusivo, finalizzato "*a contrastare comportamenti e situazioni di*

---

[189] Leo M., *Quale tassazione per l'economia digitale*, op. cit., p. 2011.
[190] Si veda il paragrafo 3.2.1.
[191] Leo M., *Quale tassazione per l'economia digitale*, op. cit., p. 2011.
[192] Conti D., *Stabile organizzazione occulta: nuovi strumenti per l'Erario o "molto rumore per nulla"?*, in Novità Fiscali, n. 7-8/2019, p. 340.

'abuso' caratterizzate da 'elementi di artificiosità' ovvero operazioni progettate per eludere la presenza di una stabile organizzazione materiale o personale nel territorio dello Stato".[193] La disposizione prevede che, per la configurazione di una stabile organizzazione "virtuale", l'impresa abbia pianificato una struttura organizzativa "*tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso*". Pertanto, può affermarsi che rimane una condizione imprescindibile per l'individuazione della stabile organizzazione, che, ai fini dell'applicazione della norma, deve essere stata "nascosta" in maniera artificiosa, con lo scopo di ottenere una riduzione dell'imposta. Sostegno a questa teoria è fornito dall'utilizzo del termine "*costruita*" riferito alla struttura commerciale che consente all'impresa estera di operare senza presenza fisica. Nella clausola generale antiabuso contenuta nella Raccomandazione n. 2012/772/UE[194] viene utilizzato, infatti, l'analogo termine "*costruzione*" per descrivere ipotesi di comportamenti adottati dall'impresa allo scopo di eludere l'imposizione.[195] La tesi interpretativa secondo cui la norma in oggetto ha natura antielusiva, è supportata da un ulteriore elemento, evidenziato dal confronto con la Proposta di Direttiva europea per la tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa. Questa prevede, infatti, una serie di requisiti legati al fatturato, agli utenti o a fattori digitali, che costituiscono il presupposto per l'individuazione della presenza digitale significativa e che mancano nella disposizione introdotta alla lettera f-*bis*) dell'art. 162 del TUIR.[196] La mancanza di specifiche e chiarimenti con riguardo agli elementi caratterizzanti la cd. "stabile organizzazione virtuale", esclude che la norma introdotta nel TUIR, come rilevato da Assonime nella circolare n. 15/2018, possa ritenersi idonea alla creazione di un nuovo *nexus* imponibile.[197]

Infine, anche il Dossier n. 560/2 del Servizio Studi del Senato promuove la seconda tesi interpretativa. Afferma, infatti, che "*il riferimento agli elementi della stabilità,*

---

[193] Gillio D., "*La nuova definizione di stabile organizzazione nel TUIR*, op. cit.
[194] Si riporta il testo del paragrafo 4.2 della Raccomandazione n. 2012/772/UE: "*Una costruzione di puro artificio o una serie artificiosa di costruzioni che sia stata posta in essere essenzialmente allo scopo di eludere l'imposizione e che comporti un vantaggio fiscale deve essere ignorata. Le autorità nazionali devono trattare tali costruzioni a fini fiscali facendo riferimento alla loro «sostanza economica»*".
[195] Conti D., *Stabile organizzazione occulta: nuovi strumenti per l'Erario o "molto rumore per nulla"?*, op. cit., p. 340.
[196] Si veda il paragrafo 3.4.2.
[197] Conti D., *Stabile organizzazione occulta: nuovi strumenti per l'Erario o "molto rumore per nulla"?*, op. cit., p. 340.

della ricorrenza e della dimensione economica dell'attività hanno la finalità dichiarata di impedire, ad opera dei contribuenti, manipolazioni che impediscano la qualificazione di stabile organizzazione".[198] Nello stesso documento, inoltre, viene chiarita la compatibilità della normativa con "*i trattati europei e gli accordi bilaterali per evitare doppie imposizioni*", in quanto, "*pur differenziandosi dalle loro prescrizioni, è volta a contrastare fenomeni di frode o di abuso del diritto*", confermando, ancora una volta, la natura antielusiva della previsione.

Alla luce di quanto detto, si può affermare che la modifica dell'art. 162 del TUIR non comporti l'introduzione di un nuovo *nexus* di collegamento basato sulla presenza economica significativa, come auspicato in sede OCSE. Di conseguenza, i profitti delle imprese che operano nell'economia digitale, che per definizione operano senza la necessità di avere una struttura fisica nel territorio, non rientreranno in tale previsione normativa.

4.1.2 Regno Unito e Australia, la *Diverted Profits Tax*

Le misure introdotte da Regno Unito e Australia hanno l'obiettivo di assoggettare ad imposta quelle attività che artificiosamente determinano la distrazione dei profitti dallo Stato della fonte. Tale aspetto le distingue, almeno in parte, dalle misure introdotte con l'obiettivo di una più corretta riallocazione dei profitti che rispecchi maggiormente, soprattutto per quanto riguarda le imprese della *digital economy*, il luogo di creazione del valore.[199] Per quanto lo scopo di queste imposte non sia colpire direttamente l'economia digitale, le stesse sono state progettate per assoggettare a tassazione strutture utilizzate, principalmente, dalle multinazionali americane del digitale.[200]

---

[198] Gillio D., "*La nuova definizione di stabile organizzazione nel TUIR,* op. cit.
[199] Unnikrishnan A., Nagappan M., *Virtual Permanent Establishments: Indian Law and Practice*, op. cit., p. 524.
[200] Báez Moreno A., Brauner Y., *Taxing the Digital Economy Post BEPS… Seriously*, op. cit., p. 164.

4.1.2.1 Regno Unito, la Diverted Profit Tax

Il Regno Unito, nel 2015, ha introdotto la *Diverted Profit Tax* (DPT). L'obiettivo principale di tale imposta è "*contrastare gli accordi artificiosi utilizzati dai grandi gruppi multinazionali che portano all'erosione della base imponibile nel Regno Unito*".[201] La DPT comprende due situazioni nelle quali potrebbe verificarsi una distrazione dei profitti: il caso in cui un'impresa estera eviti la creazione di una stabile organizzazione al fine di eludere l'imposta sul reddito delle società (*Avoidance of UK Permanent Establishment*); oppure il diverso caso in cui un'impresa residente, o un'impresa straniera con una stabile organizzazione nel Regno Unito, effettui transazioni infragruppo, caratterizzate da eccessive deduzioni o redditi sottostimati (*Lack of economic Substance*).[202]

Nel primo caso, vengono assoggettate ad imposta le imprese non residenti che hanno concluso accordi artificiosi per non configurare una stabile organizzazione nel Regno Unito. Questo aspetto della norma è stato progettato per colpire una struttura commerciale molto specifica: l'utilizzo da parte di un'impresa straniera di una società, tipicamente una controllata, che, tramite personale *in loco*, fornisce beni o servizi a consumatori finali attribuendo la vendita direttamente all'impresa straniera. In questo tipo di struttura, generalmente, i dipendenti locali sono coinvolti nella vendita dei prodotti ai clienti residenti nel territorio, ma i contratti di compravendita vengono stipulati dalla compagnia straniera. Non viene configurata, quindi, l'esistenza di una stabile organizzazione nel Paese di residenza del consumatore. Una tale organizzazione viene considerata elusiva nel momento in cui "*one of the main purposes*" dell'entità che opera nel Regno Unito risulta essere quello di evitare la creazione di una stabile organizzazione dell'impresa estera.[203]

Nella seconda ipotesi prevista dalla DPT, "*Lack of economic substance*", rientrano nell'ambito di applicazione dell'imposta le transazioni che soddisfano due requisiti:

---

[201] "*Counteract contrived arrangements used by large groups (typically multinational enterprises) that result in erosion of the UK tax base*", Basak S., *Equalization Levy: A New Perspective of E-Commerce Taxation*, op. cit., p. 849.
[202] Basak S., *Equalization Levy: A New Perspective of E-Commerce Taxation*, op. cit., p. 849.
[203] OCSE, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – 2018 Interim Report*, 2018, p. 149.

- *The effective tax mismatch outcome*, che si realizza qualora l'incremento del debito fiscale della società estera collegata per effetto della transazione infragruppo intercorsa con la società residente, sia inferiore nella misura dell'80% rispetto alla riduzione del debito fiscale dell'impresa residente.[204] Ovvero, i profitti trasferiti all'estero sono assoggettati ad un'imposta inferiore dell'80% rispetto a quella a cui sarebbe stata soggettata l'impresa residente qualora non fosse stata, per effetto della transazione, dedotta la spesa o distratto il reddito;
- *The insufficient of economic substance Test*, cioè deve assumersi come ragionevole che l'accordo sia stato pianificato col fine principale di ottenere il vantaggio fiscale, e che quest'ultimo sia superiore ad altri benefici (economie di scala, sinergie di gruppo, ecc.) ottenuti tramite l'operazione.[205]

La *Diverted Profits Tax* inglese prevede un'aliquota del 25% da applicarsi ai profitti che l'amministrazione finanziaria considera essere stati distratti dalla tassazione nel Regno Unito.[206] Lo scopo dell'imposta è tassare le grandi imprese multinazionali, pertanto è prevista una soglia minima di fatturato molto elevata. I profitti derivanti dalle vendite devono essere superiori a 10 milioni di sterline.[207]

Prima dell'applicazione dell'imposta, per determinare la base imponibile, l'amministrazione finanziaria attua, per un periodo di 12 mesi, un procedimento di revisione in contraddittorio con l'impresa multinazionale. Questo meccanismo ha lo scopo, che si pone in linea con l'obiettivo primario della DPT di agire da deterrente per l'elusione fiscale, di incentivare l'impresa multinazionale ad uniformarsi alle regole domestiche di imposizione. Inoltre, l'aliquota del 25% può essere sostituita, nell'ambito della revisione delle operazioni infragruppo ritenute elusive e della riconsiderazione del loro effettivo valore, con l'aliquota standard dell'imposta sul reddito delle società. Si tratta di un incentivo volto ad aumentare la trasparenza

[204] Basak S., *Equalization Levy: A New Perspective of E-Commerce Taxation*, op. cit., p. 849.
[205] OCSE, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – 2018 Interim Report*, op. cit., p. 150.
[206] Mayr S., Santacroce B. (a cura di), *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, Milano, 2016, p. 229.
[207] Basak S., *Equalization Levy: A New Perspective of E-Commerce Taxation*, op. cit., p. 849.

delle imprese, e portarle a riconsiderare autonomamente i prezzi di trasferimento affinché riflettano l'effettiva creazione del valore.[208]

4.1.2.2 Australia, la Multinational Anti-Avoidance Law e la Diverted Profit Tax

Anche l'Australia ha introdotto, nel 2015, una norma per contrastare le pratiche elusive delle multinazionali: la *Multinational Anti-Avoidance Law* (MAAL). Questa si applica alle multinazionali straniere che generano profitti in Australia, senza configurarvi una stabile organizzazione. La *Multinational Anti-Avoidance Law* "*intende contrastare l'erosione della base imponibile australiana da parte di entità multinazionali che utilizzano accordi artificiosi per evitare l'attribuzione degli utili d'impresa in Australia tramite una presenza imponibile*".[209]

La MAAL riprende diversi aspetti della *Diverted Profit Tax* britannica. In particolare, si basa sulla prima fattispecie disciplinata dalla DPT, ovvero l'elusione della configurazione della stabile organizzazione. Ha l'obiettivo di tassare le stesse strutture commerciali individuate nell'ambito della DPT inglese, cioè i casi in cui beni e servizi sono venduti dai dipendenti di un'impresa locale, ma i contratti sono conclusi da una multinazionale straniera che non ha, apparentemente, alcun collegamento con il territorio australiano. Queste strutture rientrano nell'ambito di applicazione dell'imposta se i profitti guadagnati non sono attribuibili ad una stabile organizzazione australiana, e il "*principal purpose*" di questi meccanismi è quello di ottenere un beneficio fiscale.[210] La MAAL permette di applicare una sanzione fino al 120% dell'imposta aggiuntiva individuata dall'amministrazione finanziaria.

La norma tende a cancellare il beneficio fiscale ottenuto dalla multinazionale, applicando l'imposta determinata mediante l'analisi di quella che sarebbe stata la tassazione se non fossero state messe in atto le strategie di pianificazione fiscale aggressiva colpite dalla disposizione stessa.[211] L'analisi fiscale condotta con finalità

---

[208] OCSE, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – 2018 Interim Report*, op. cit., p. 149-150.
[209] *"[MAAL] is intended to counter the erosion of the Australian tax base by multinational entities using artificial or contrived arrangements to avoid the attribution of business profits to Australia through a taxable presence in Australia*", Tax Laws Amendment, *Combating Multinational Tax Avoidance, Act 2015*, No. 170/2015.
[210] Basak S., *Equalization Levy: A New Perspective of E-Commerce Taxation*, op. cit., p. 849.
[211] OCSE, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – 2018 Interim Report*, op. cit., p. 153.

antielusive determina l'attribuzione del reddito ad una stabile organizzazione "presunta" dell'impresa estera nel territorio australiano. Sono tassabili, come nel caso della DPT britannica, solo le grandi multinazionali che superano una determinata soglia di fatturato. In questo caso, il totale dei ricavi, a livello globale, dell'impresa, dev'essere superiore ad un miliardo di dollari australiani, e l'impresa deve avere distratto una parte significativa dei suoi profitti verso Paesi a bassa tassazione.[212]

Oltre alla *Multinational Anti-Avoidance Law*, il governo australiano, nel 2017, ha introdotto una *Diverted Profit Tax* simile a quella già adottata dal Regno Unito. La DPT australiana rispecchia la seconda fattispecie affrontata dalla corrispettiva disciplina britannica, il criterio della "*Lack of Economic Substance*". Pertanto, l'imposta si applicherà qualora vengano effettuate transazioni che comportano eccessive deduzioni di costi, o sottovalutazione di profitti, nel caso in cui l'obiettivo principale di tali operazioni sia il vantaggio fiscale che ne deriva.

Come la MAAL, anche questa imposta prevede una soglia minima di fatturato. Pertanto, si applicherà sia alle multinazionali residenti che a quelle non residenti che hanno una stabile organizzazione in Australia, il cui volume d'affari supera, a livello globale, un miliardo di dollari australiani.[213] È, tuttavia, previsto un regime di esenzione nel caso in cui l'impresa dimostri di possedere almeno uno dei seguenti requisiti:

- il fatturato totale, compresi i profitti sottratti a tassazione in Australia, non supera i 25 milioni di dollari australiani;
- i profitti guadagnati da ogni entità coinvolta, relativamente all'accordo che si presume elusivo, siano adeguati, con criterio di ragionevolezza, alle attività effettivamente svolte nell'ambito dell'accordo.[214]

La base imponibile corrisponde al vantaggio fiscale di cui ha beneficiato l'impresa, mentre l'aliquota è del 40% sui profitti che vengono considerati sottratti

[212] Basak S., *Equalization Levy: A New Perspective of E-Commerce Taxation*, op. cit., p. 849.
[213] *Ibid.*
[214] OCSE, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – 2018 Interim Report*, op. cit., p. 155.

all'amministrazione finanziaria australiana. Quest'ultima, come la DPT britannica, ha la possibilità di sostituire l'importo dovuto in base alla DPT con l'imposta sul reddito delle società (la cui aliquota è del 30%) calcolata sulla nuova base imponibile. L'obiettivo del provvedimento è, infatti, quello di fungere da deterrente per l'elusione fiscale e incoraggiare le multinazionali a sistemare autonomamente le situazioni che generano vantaggi fiscali indebiti.[215]

4.1.2.3 Analisi conclusiva

Entrambe le DPT sollevano problematiche legali, principalmente legate alla compatibilità con i trattati fiscali. Determinano, anche, implicazioni politiche per l'effetto deterrente che possono avere nei confronti degli investimenti stranieri.[216]

Secondo una parte della dottrina, tali misure sono tutt'ora molto approssimative e presentano problemi tali da impedire loro di essere considerate quali possibili soluzioni a livello globale. Sarebbero, infatti, "*il prototipo di soluzione unilaterale che non tiene conto dell'impatto sugli altri Paesi, e che può essere imposta solamente dalle economie più potenti, che credono di poter sottoporre le multinazionali al loro controllo*".[217]

Un'altra parte della dottrina, sostiene che la *Diverted Profit Tax* potrebbe costituire l'elemento necessario per il definitivo superamento dei criteri tradizionali di collegamento a fini impositivi.[218] Questa, infatti, basa la sua applicazione sulla dimostrazione della sussistenza di una sorta di presenza economica significativa all'interno di un territorio, a prescindere dall'esistenza o meno di una stabile organizzazione tradizionale. L'applicabilità dell'imposta trova, infatti il suo presupposto nella sottrazione di profitti tassabili.

---

[215] *Ibid*.
[216] Báez Moreno A., Brauner Y., *Taxing the Digital Economy Post BEPS… Seriously*, op. cit., p. 164.
[217] "[DPT] *is the prototypical unilateral solution that disregards impact on other countries and a measure that could only be imposed, if at all, by the most powerful economies that believe they could unilaterally compel MNEs to subject themselves to their scrutiny*", Báez Moreno A., Brauner Y., *Taxing the Digital Economy Post BEPS… Seriously*, op. cit., p. 164.
[218] Gallo F., *Fisco ed economia digitale*, in Dir. Prat. Trib., n. 4/2015, p. 609, cit. in Mayr S., Santacroce B. (a cura di), *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, op. cit., p. 229.

4.2 Misure che modificano il concetto di "stabile organizzazione"

4.2.1 Israele, la *Significant Digital Presence*

Nell'aprile del 2016, le autorità fiscali israeliane hanno pubblicato la Circolare n. 4/2016, in cui si dichiara che Israele avrebbe interpretato il concetto di stabile organizzazione previsto dai suoi trattati in modo estensivo, includendo le imprese che svolgono le loro attività di *business* mediante una "presenza digitale significativa" nello Stato.[219]

Le Circolari delle autorità fiscali israeliane rappresentano linee guida interne, dirette principalmente ai dipendenti dell'autorità fiscale e, solo indirettamente, al pubblico. Tali linee guida rappresentano l'interpretazione data dall'amministrazione fiscale alle normative interne, ma non hanno in alcun modo forza di legge.[220]

La Circolare distingue tra imprese residenti in un Paese che ha stipulato un trattato fiscale con Israele, e imprese residenti in Paesi con cui non intercorrono Convenzioni internazionali.

Per quanto riguarda il primo gruppo di imprese, il diritto di imposizione di Israele dipende dalla configurazione di una stabile organizzazione individuata secondo l'art. 5 del Modello di Convenzione OCSE. Tuttavia, a differenza del Commentario OCSE, ove si stabilisce che un *server* sia considerato sede fissa d'affari in un determinato Paese qualora si trovi all'interno del suo territorio[221], la Circolare non accoglie tale previsione. Attribuisce, infatti, alla posizione fisica del *server*, ai fini della configurazione di una stabile organizzazione, un'importanza minore dando maggiore rilevanza al luogo di svolgimento delle attività di *marketing*, assistenza, sviluppo, e ad altre funzioni significative del *business*.[222] Tale approccio, per quanto

---

[219] Unnikrishnan A., Nagappan M., *Virtual Permanent Establishments: Indian Law and Practice,* op. cit., p. 524.
[220] PwC, Tax Insights from International Tax Services, *Israeli Tax Authority Releases First Guidance Related To E-Commerce*, 2016.
[221] Si veda il paragrafo 2.3.1.
[222] PwC, Tax Insights from International Tax Services, *Israeli Tax Authority Releases First Guidance Related To E-Commerce*, op. cit.

in contrasto con l'interpretazione fornita dal Commentario OCSE, è compatibile con la proposta della "presenza commerciale *in loco*" formulata dall'OCSE nel 2005.[223] La sua applicazione potrebbe, però, trovare alcune difficoltà, in quanto potrebbe essere interpretato come una violazione degli obblighi del trattato attuata mediante il diritto interno.[224]

Inoltre, nella Circolare, l'autorità fiscale israeliana stabilisce che, a causa delle peculiarità dell'economia digitale, un'impresa che ha una presenza digitale significativa in Israele e svolge lì la sua attività, potrebbe configurare una stabile organizzazione anche nel caso in cui l'attività svolta abbia carattere preparatorio o ausiliario.[225] A tal fine, sono considerati indicatori dell'esistenza di una presenza digitale significativa: un numero rilevante di contratti conclusi *online* con clienti residenti; l'utilizzo dei servizi digitali forniti dall'impresa effettuato da consumatori che si trovano in Israele; l'offerta di servizi *online* personalizzati per i clienti Israeliani (lingua e valuta locali, promozioni mirate, ecc.).[226]

Secondo una parte della dottrina[227], è improbabile che questo principio venga applicato dalla giurisprudenza israeliana in assenza di una modifica dei trattati fiscali contro le doppie convenzioni. È infatti poco verosimile che i tribunali, non avendo la circolare forza di legge, difendano l'interpretazione unilaterale dell'autorità fiscale israeliana in presenza di accordi bilaterali.

Per le imprese che, invece, sono residenti in Paesi con cui non è stato stipulato un trattato fiscale, il diritto di imposizione di Israele è basato sulla legge fiscale israeliana.[228] In particolare, viene individuata una base imponibile qualora il reddito venga generato da un'attività che viene svolta in Israele.

---

[223] Si veda il paragrafo 3.1.
[224] Unnikrishnan A., Nagappan M., *Virtual Permanent Establishments: Indian Law and Practice*, op. cit., p. 524.
[225] EY News, *Israeli Tax Authorities Publish Official Circular on Internet Activity of Foreign Companies in Israel*, 2016.
[226] PwC, Tax Insights from International Tax Services, *Israeli Tax Authority Releases First Guidance Related To E-Commerce*, op. cit.
[227] Requena J. Á. G., González S. M., *Adapting the Concept of Permanent Establishment to the Context of Digital Commerce: From Fixity to Significant Digital Economic Presence*, in *Intertax*, n. 45/2017, p. 738.
[228] PwC, Tax Insights from International Tax Services, *Israeli Tax Authority Releases First Guidance Related To E-Commerce*, op. cit.

Secondo la Circolare, la presenza digitale significativa può essere soddisfatta anche in assenza di una presenza fisica in Israele. In particolare, la sua configurazione dipende dalla sussistenza di alcuni fattori digitali, tra i quali:

- la conclusione di un numero significativo di contratti per servizi digitali tra l'impresa estera e i consumatori israeliani;
- un numero significativo di clienti che utilizzano i servizi digitali dell'impresa;
- la personalizzazione dei servizi digitali per gli utenti israeliani (lingua locale, valuta locale, promozioni locali, ecc.);
- un elevato traffico *internet* generato dagli utenti israeliani nel sito dell'impresa;
- una stretta correlazione tra i profitti generati dall'impresa e il volume di attività svolte *online* dagli utenti israeliani.[229]

Non viene definito in modo più dettagliato cosa si intenda per "numero significativo", o "elevato traffico". Pertanto, le previsioni della Circolare lasciano spazio ad una rilevante discrezionalità nell'interpretazione della norma.

La Circolare specifica che i fattori indicati possono essere presenti singolarmente o cumulativamente. Inoltre, non è prevista alcuna soglia minima di fatturato. Le imprese residenti in "*non-treaty countries*" saranno, pertanto, fortemente colpite da tale disposizione, in quanto anche una ridotta presenza dei fattori elencati potrebbe comportare la configurazione di una *taxable presence*.[230]

Per quanto riguarda l'attribuzione dei profitti, la Circolare stabilisce che nel caso di imprese residenti in Paesi con cui è stato stipulato un trattato, si applica il principio

---

[229] "*The circular provides criteria for a foreign company to be considered as having significant digital presence in Israel, such as:*
- *Significant amount of contracts for internet services with Israeli residents;*
- *Large number of Israeli customers utilizing the digital service;*
- *The online service is adjusted for Israeli users (e.g., use of Hebrew language, style, use of Israeli currency, etc.);*
- *High web traffic by Israeli users;*
- *Close correlation between the consideration paid to the foreign company and the level of internet usage of Israeli users*".

EY News, *Israeli Tax Authorities Publish Official Circular on Internet Activity of Foreign Companies in Israel*, op. cit.

[230] Báez Moreno A., Brauner Y., *Taxing the Digital Economy Post BEPS… Seriously*, op. cit., p. 165.

di libera concorrenza. Mentre, nel caso di imprese residenti in Paesi con i quali non è stato firmato alcuna Convenzione, i profitti vengono allocati sulla base dell'identificazione delle funzioni, degli *asset* e dei rischi delle attività svolte in Israele.

4.2.2 Kuwait e Arabia Saudita, la *Virtual Service Permanent Establishment*

Nel 2015, l'Arabia Saudita prima, e il Kuwait in seguito, hanno introdotto il concetto di "*virtual service permanent establishment*" nella loro legislazione fiscale nazionale. Secondo questa normativa, un'impresa non residente avrà una "*virtual service permanent establishment*" nel Paese della fonte qualora fornisca servizi a una persona residente per un periodo superiore a quello previsto dal trattato fiscale applicabile. Questo approccio tiene conto solo della durata del contratto stesso, piuttosto che delle attività effettivamente svolte dal fornitore di servizi.[231] La stabile organizzazione di servizi virtuale non considera necessaria la presenza fisica dei dipendenti per stabilire il nesso con lo Stato della fonte. Pertanto, qualsiasi servizio, fornito da un'entità residente in un Paese estero con cui è stato concluso un trattato fiscale ad un cliente residente nel Paese della fonte, per un periodo superiore rispetto a quello previsto dal trattato, configurerà una "*virtual service permanent establishment*", anche qualora non vi siano dipendenti presenti nel territorio e le attività vengano svolte interamente da remoto.

Le soluzioni adottate dal Kuwait e dall'Arabia Saudita traggono il loro fondamento da una diversa interpretazione del paragrafo 3 dell'art. 5 del Modello di Convenzione delle Nazioni Unite[232], che disciplina il principio della stabile organizzazione di servizi.[233] L'interpretazione prevalente della disposizione contenuta nell'art. 5 del

---

[231] EY Global Tax Alert, *Kuwait Tax Authorities Adopt 'Virtual Service PE'*, 2015.

[232] Il Modello di Convenzione delle Nazioni Unite contro la doppia imposizione è uno schema alternativo al Modello di Convenzione OCSE. Il Modello delle Nazioni Unite è molto simile al Modello OCSE, se non per alcune previsioni che tendono a favorire il Paese della fonte. Questo Modello, infatti, è utilizzato per la stipulazione dei trattati fiscali tra Paesi avanzati e Paesi in via di sviluppo.

[233] Si riporta il testo del paragrafo 3, lett. b) dell'art. 5 del Modello di Convenzione delle Nazioni Unite: "*The term "permanent establishment" also encompasses: [...]*
(b) The furnishing of services, including consultancy services, by an enterprise through employees or other personnel engaged by the enterprise for such purpose, but only if activities of that nature continue within a Contracting State for a period or periods aggregating more than 183 days in any 12-month

Modello delle Nazioni Unite ritiene che la stabile organizzazione di servizi si configuri nel luogo in cui i servizi forniti dall'impresa non residente vengono utilizzati, e che sia necessaria una *taxable presence* nello Stato della fonte, attraverso dipendenti o altro personale assunto dall'impresa non residente.[234]

In occasione di alcune Sessioni del Comitato di Esperti di Cooperazione Fiscale delle Nazioni Unite, tra il 2012 e il 2014, i rappresentanti di alcuni Paesi in via di sviluppo hanno privilegiato una diversa interpretazione della disposizione di cui al terzo paragrafo dell'art. 5. In particolare, i rappresentanti di una minoranza di Paesi, tra i quali anche Kuwait e Arabia Saudita, ritengono che, nell'applicazione del termine "*service permanent establishment*" definito nel Modello di Convenzione delle Nazioni Unite, non sia necessaria la sussistenza della presenza fisica nel territorio.[235]

Il motivo alla base di questa interpretazione risiede nel fatto che il Modello di Convenzione delle Nazioni Unite utilizza il termine "*furnishing of services*", che nella loro opinione si riferisce a servizi utilizzati o consumati nello Stato della fonte e che, pertanto, può includere anche servizi compiuti da remoto.[236]

Tale interpretazione, tuttavia, non è stata accettata dalla maggioranza dei rappresentanti degli altri Paesi, i quali hanno convenuto che, per renderla efficace, sarebbe necessario introdurre una modifica nei trattati bilaterali che sono stati stipulati.[237]

Un gran numero di esperti ha dichiarato che questa interpretazione comporterà un grado di incertezza "inaccettabile" per quanto riguarda la corretta interpretazione dei termini utilizzati nei trattati, e causerà notevoli difficoltà riguardo la loro applicazione a livello internazionale.[238] Inoltre, potrebbe comportare l'impossibilità di applicazione dell'esenzione fiscale sull'imposta sul reddito di cui le imprese che

---

period commencing or ending in the fiscal year concerned." Non è presente una norma analoga nel Modello di Convenzione OCSE. Tuttavia, il paragrafo 144, p. 157 del Commentario a tale Modello include, dal 2008, una previsione alternativa alla stabile organizzazione di servizi.

[234] OCSE, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – 2018 Interim Report*, op. cit., p. 138, paragrafo 353.

[235] EY Global Tax Alert, *Saudi Arabian tax authorities introduce Virtual Service PE concept*, 2015.

[236] OCSE, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – 2018 Interim Report*, op. cit., p. 138, paragrafo 353.

[237] EY Global Tax Alert, *Saudi Arabian tax authorities introduce Virtual Service PE concept*, op. cit.

[238] *Ibid*.

operano nel contesto transfrontaliero beneficerebbero in base ai trattati fiscali, generando, così, la doppia imposizione dei profitti derivanti dalla fornitura di servizi.[239]

Infine, è possibile affermare che le previsioni di Kuwait e Arabia Saudita comportino un "*treaty override*", ovvero che "scavalchino" le disposizioni del trattato, ignorando, di fatto, l'esigenza della sussistenza della presenza fisica per la configurazione di una stabile organizzazione di servizi.[240] La maggioranza dei trattati stipulati da questi due Paesi, infatti, contiene la disposizione riguardante la "*service permanent establishment*" che, secondo un'interpretazione letterale della norma, richiede che vi sia una presenza fisica nel Paese della fonte.

Sostanzialmente, mentre in futuro i trattati potranno essere conclusi includendo il concetto "*virtual service permanent establishment*", attualmente, la concreta applicazione della misura potrebbe causare numerose controversie, facendo sorgere, così, oneri significativi, sia per le autorità fiscali dei Paesi coinvolti, sia per le imprese che svolgono la loro attività nel contesto transfrontaliero.

4.2.3 India, la *Significant Economic Presence*

L'India è uno dei Paesi con il maggior numero di "consumatori digitali". Contava, nel 2018, 560 milioni di utenti, seconda solo alla Cina. Si tratta di un mercato in rapidissima espansione. Il numero di utilizzatori di internet, infatti, è più che raddoppiato dal 2014.[241] Secondo una ricerca del McKinsey Global Institute, su 17 Paesi analizzati l'India è quello in cui l'economia sta affrontando il processo di digitalizzazione più rapido, dopo l'Indonesia.[242] Ed è una crescita destinata ad aumentare sensibilmente in quanto attualmente solo il 40 percento della popolazione ha un abbonamento ad internet.

---

[239] EY Global Tax Alert, *Kuwait Tax Authorities Adopt 'Virtual Service PE'*, op. cit.
[240] EY Global Tax Alert, *Saudi Arabian tax authorities introduce Virtual Service PE concept*, op. cit.
[241] McKinsey Global Institute, *Digital India, Technology to transform a connected nation*, 2019.
[242] *Ibid*.

L'India ha adottato una combinazione di misure nel tentativo di affrontare le strategie di erosione della base imponibile e trasferimento dei profitti messe in atto dalle multinazionali del digitale. Nel 2016 ha introdotto un'*Equalisation Levy* sulla fornitura di servizi pubblicitari da imprese non residenti[243], mentre nel 2018 ha esteso la definizione di "*business connection*", utilizzata a livello domestico per individuare una presenza tassabile, in modo da ricomprendervi anche le imprese con una "presenza economica significativa".

Per quanto riguarda la seconda misura, nel 2017 l'India ha firmato la MLI (*Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*), che ha modificato i trattati fiscali sulla base di alcune proposte formulate dall'OCSE nell'ambito del BEPS *Project*. Inoltre, per aumentare la capacità dell'amministrazione fiscale di tassare i profitti nel luogo in cui vengono creati, il governo indiano, nel 2018, ha proposto anche l'introduzione del concetto di *significant economic presence.* Tale modifica, riprendendo in parte la soluzione proposta dall'OCSE nell'ambito dell'*Action Plan*[244], amplia la definizione di *business connection* in modo da consentire l'assoggettamento ad imposta delle imprese non residenti che operano nel territorio indiano in assenza di presenza fisica.[245] La previsione del *Finance Act* del 2018, modificata poi con il *Finance Act* del 2020, stabilisce che "*la presenza economica significativa di un'entità non residente in India dovrebbe costituire "business connection" in India*".[246] A tale scopo, un'impresa non residente configura una presenza economica significativa se svolge:

---

[243] L'*Equalisation Levy* indiano verrà approfondito al paragrafo 4.3.1.

[244] Si veda il paragrafo 3.2.1.

[245] "*La business connection secondo l'Income Tax Act è l'equivalente della stabile organizzazione secondo il diritto tributario internazionale. Pertanto, l'articolo 9, paragrafo 1, lettera i), dell'Income Tax Act tratta "tutti i redditi maturati o derivanti, direttamente o indirettamente, da qualsiasi business connection in India" come redditi maturati o sorti in India. Mentre l'espressione business connection non è stata definita all'interno dell'Income Tax Action, in CIT v. R.D. Aggarwal & Co, [1965] 46 ITR 20 (SC), la Corte Suprema ha spiegato il significato dell'espressione come il mantenimento di una relazione tra un'attività d'impresa svolta da un'impresa non residente che trae utili e delle operazioni svolte nel territorio che contribuiscono al guadagno di quegli utili*." Unnikrishnan A., Nagappan M., *Virtual Permanent Establishments: Indian Law and Practice*, op. cit., p. 529.

[246] Si riporta il testo in lingua inglese della modifica n. 4 alla Sezione n. 9 dell'*Income Tax Act*, contenuta nel *Finance Act* del 2020: "*Explanation 2A.: For the removal of doubts, it is hereby clarified that the significant economic presence of a non-resident in India shall constitute "business connection" in India and "significant economic presence" for this purpose, shall mean:*

- transazioni relative a qualsiasi bene in India, al di sopra di uno specifico valore, compresi i beni digitali;
- transazioni relative a qualsiasi servizio fornito in India, al di sopra di uno specifico valore, compresi i servizi digitali;
- transazioni relative a qualsiasi proprietà in India, al di sopra di uno specifico valore, inclusi il download di dati o software;
- richiesta continuativa e sistematica di affari dall'India, da uno specifico numero di utenti, attraverso mezzi digitali;
- coinvolgimento continuativo e sistematico, di uno specifico numero di utenti.[247]

Pertanto, perché si configuri una stabile organizzazione, è necessario che vengano soddisfatte una soglia minima di fatturato o, in alternativa, una soglia minima di utenti "coinvolti" dall'attività dell'impresa.[248]

Il governo indiano ha chiarito che, nel caso di disposizioni contrastanti, se i trattati contro le doppie imposizioni non verranno modificati di conseguenza, questi ultimi prevarranno sulla norma nazionale.[249] Pertanto, parte della dottrina[250] sostiene che l'introduzione di tale modifica non avrà un impatto significativo nel prossimo futuro. È infatti poco realistico pensare che i Paesi modificheranno bilateralmente i trattati

---

(a) transaction in respect of any goods, services or property carried out by a non-resident in India including provision of download of data or software in India, if the aggregate of payments arising from such transaction or transactions during the previous year exceeds such amount as may be prescribed; or

(b) systematic and continuous soliciting of business activities or engaging in interaction with such number of users in India, as may be prescribed:

Provided that the transactions or activities shall constitute significant economic presence in India, whether or not:

(i) the agreement for such transactions or activities is entered in India;

(ii) the non-resident has a residence or place of business in India; or

(iii) the non-resident renders services in India:

Provided further that only so much of income as is attributable to the transactions or activities referred to in clause (a) or clause (b) shall be deemed to accrue or arise in India".

[247] Unnikrishnan A., Nagappan M., *Virtual Permanent Establishments: Indian Law and Practice*, op. cit., p. 529.

[248] "*For its part, the Indian budget proposal defined SEP by, alternatively: (a) a mere revenue factor (on a transaction by transactions basis) or (b) a combination of a user-based factor and a totally undefined concept of 'continuous soliciting of business",* Báez Moreno A., Brauner Y., *Taxing the Digital Economy Post BEPS… Seriously*, op. cit., p. 170.

[249] OCSE, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – 2018 Interim Report*, op. cit., p. 138.

[250] Goel S., *Indian 2018 Budget: New Nexus to Tax Based on Virtual Presence*, Kluwer International Tax Blog, 2018.

stipulati con il governo indiano per incorporare le modifiche proposte da quest'ultimo. Almeno non fino a quando l'OCSE non avrà formulato, e raccomandato, delle proposte chiare ed adeguate alla risoluzione del problema.

Nel *Memorandum* che accompagna il *Finance Act* 2018 il governo indiano ha dichiarato che i "valori specifici" relativi alle soglie minime di fatturato e di utenti saranno decise in seguito alla consultazione con gli *stakeholders*.[251] Poiché in ambito OCSE le soglie minime per la configurazione della presenza economica significativa sono ancora in discussione, l'applicazione delle modifiche previste dal *Finance Bill* è stata rimandata all'anno 2022-2023.[252]

Un ulteriore aspetto che dovrà essere chiarito prima dell'introduzione di queste modifiche riguarda l'individuazione degli utenti che contribuiscono a configurare una presenza economica significativa. In particolare, andrebbe definito cosa si intende per "coinvolgimento" degli utenti, quindi andrebbe identificato il periodo di tempo minimo necessario per considerare tale coinvolgimento "*systematic and continuous"*. Inoltre, andrebbe chiarita la definizione di utente, per stabilire se è necessario essere "utenti paganti", o se è sufficiente utilizzare gratuitamente un sito *web*.[253] Si tratta di problematiche già sollevate in sede OCSE, che tuttavia non hanno trovato una soluzione definitiva.[254]

Infine, nel Memorandum si dispone che la base imponibile sia limitata ai profitti attribuibili alle transazioni o alle attività connesse alla presenza economica significativa.[255] Tuttavia, il *Finance Act* non suggerisce alcuna modifica alle regole tradizionali di attribuzione dei profitti, né chiarisce in che modo i profitti verrebbero

---

[251] "*The threshold of "revenue" and the "users" in India will be decided after consultation with the stakeholders*", *Memorandum of Objects and Reasons to the Finance Bill*, n. 4/2018. Ciò segna una differenza di approccio rispetto all'introduzione dell'*Equalisation Levy*, nell'ambito del quale non furono adeguatamente considerate le opinioni degli *stakeholders*,

[252] Sikarwar D,. *Government weaves tax net for internet's global biggies*, The Economic Times, 7 febbraio 2020.

[253] Unnikrishnan A., Nagappan M., *Virtual Permanent Establishments: Indian Law and Practice*, op. cit., p. 530.

[254] Si veda il paragrafo 3.2.1.3.

[255] *"It is further proposed to provide that only so much of income as is attributable to such transactions or activities shall be deemed to accrue or arise in India"*, *Memorandum of Objects and Reasons to the Finance Bill*, n. 4/2018.

ripartiti.[256] Pertanto, il gettito che si può ipotizzare di prevedere grazie a questa disposizione, non è significativo.[257]

Parte della dottrina[258] ha definito la proposta indiana come "vaga ed ambigua" ed ha posto una serie di questioni sollevate dalla definizione di presenza economica significativa. I dubbi riguardano la possibilità di concreta applicazione della norma. Andrebbero chiarite alcune nozioni, ad esempio quale sia l'ammontare minimo di "*systematic and continuous soliciting of business*", cosa si intenda per coinvolgimento dell'utente, come verranno calcolati i profitti rientranti nella previsione e, a questo proposito, è necessario capire se la disposizione includa anche le transazioni non digitali. [259]

4.3 Imposte sui servizi digitali

Alcuni Paesi hanno adottato misure che mirano ad assoggettare ad imposta specifiche transazioni digitali, utilizzando come base imponibile i ricavi derivanti da queste operazioni. Oltre alle imposte introdotte da India e Italia che verranno analizzate in seguito, vanno segnalate anche la *Advertisement Tax* ungherese, che si applica anche alla pubblicità *online*, e la *Digital Tax* francese che, come quella italiana, ricalca l'Imposta sui Servizi Digitali proposta dalla Commissione Europea.[260]

---

[256] OCSE, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – 2018 Interim Report*, op. cit., p. 138.
[257] Unnikrishnan A., Nagappan M., *Virtual Permanent Establishments: Indian Law and Practice*, op. cit., p. 530.
[258] Goel S., *Indian 2018 Budget: New Nexus to Tax Based on Virtual Presence*, op. cit.
[259] *"The definition of "significant economic presence" proposed to be inserted in the IT Act is vague and ambiguous. What amounts to "systematic and continuous" soliciting of business activities, or what is meant by "engaging in interaction" with users. How and on what basis will the revenue threshold be calculated (also, the proposed definition is not clear if it applies only to digital transactions)? How will profits be attributed to the virtual PE?"*, Goel S., *Indian 2018 Budget: New Nexus to Tax Based on Virtual Presence*, op. cit.
[260] Si veda il paragrafo 3.4.1.

4.3.1 L'*Equalisation Levy* indiano

Come già anticipato, l'India è stata il primo Paese ad introdurre un'*Equalisation Levy* che riprende, in larga parte, le caratteristiche previste dalla medesima imposta proposta dall'OCSE nell'ambito dell'*Action 1* nel 2015.[261] Si tratta, infatti, di un'imposta del 6% sull'importo lordo dei pagamenti effettuati per la fornitura di servizi di pubblicità digitale da imprese non residenti. A differenza della *Diverted Profit Tax* introdotta da Regno Unito e Australia, l'*Equalisation Levy* mira a colpire in particolare l'economia digitale.[262]

L'obiettivo dell'imposta è quello di tassare i pagamenti effettuati per servizi digitali ad imprese estere, poiché queste beneficiano di vantaggi ingiusti rispetto alle imprese indiane che forniscono lo stesso tipo di servizi, in modo da pareggiare il carico fiscale con quello delle imprese residenti che sono soggette all'imposta sul reddito in India.[263]

Nel corso della presentazione del "*Finance Bill*" del 2016, contenente anche l'*equalisation levy*, il Ministro delle Finanze indiano ha motivato così la sua introduzione: "*In order to tap tax on income accruing to foreign ecommerce companies from India, it is proposed that a person making payment to a non-resident, who does not have a permanent establishment, exceeding in aggregate 1 lakh in a year, as consideration for online advertisement, will withhold tax at 6% of gross amount paid, as Equalisation Levy".*[264]

La prima importante considerazione che si può trarre dal discorso del Ministro delle Finanze indiano riguarda la caratterizzazione dell'imposta. Quest'ultima viene presentata come imposta sul reddito, precisamente come una variante dell'imposta sul reddito delle società.[265] Tuttavia, non è classificata dal Governo Indiano come un'imposta sul reddito. Il capitolo che riguarda l'*Equalisation Levy* è, infatti, contenuto in un codice separato rispetto all'*Income Tax Act* del 1961 che, invece,

---

[261] Si veda il paragrafo 3.2.3.
[262] Basak S., *Equalization Levy: A New Perspective of E-Commerce Taxation*, op. cit., p. 850.
[263] Singh M. K., *Taxation of Digital Economy: An Indian Perspective*, op. cit., p. 477.
[264] *Ivi*, p. 476.
[265] *Ibid.*

contiene le disposizioni delle imposte sul reddito[266], e si applica, non al profitto, ma ai corrispettivi delle transazioni. Il fatto che non venga considerata imposta sul reddito rende l'*Equalisation Levy* incompatibile con i trattati fiscali, impedendo la previsione di un'esenzione per il pagamento delle imposte sul reddito dovute nel Paese di residenza dell'impresa, determinando, così, situazioni di doppia imposizione fiscale.[267]

Secondo l'articolo 165 del Capitolo VIII del *Finance Act* del 2016, l'imposta colpisce le transazioni che hanno ad oggetto "*specified services*" forniti da un ente non residente, e ricevuti da un'impresa residente in India, o da un'entità non residente che ha una stabile organizzazione in India.[268] Quanto detto evidenzia come il *nexus* imponibile, quindi, trovi il suo presupposto nel luogo di esecuzione del contratto, a prescindere dal luogo di residenza del consumatore.

Gli *specified services* utilizzati nella definizione sono definiti dall'art. 164 dello stesso testo come "*pubblicità online, qualsiasi fornitura di uno spazio pubblicitario digitale o qualsiasi altra struttura o servizio messo a disposizione con scopo pubblicitario*".[269] Tale elenco può, inoltre, essere esteso dal Governo Centrale Indiano.

L'*Equalisation Levy* si applica solamente alle transazioni *business-to-business*. La ragione di questa scelta sta nel fatto che le operazioni *business-to-consumer* coinvolgono un quantitativo inferiore di fatturato, sicché il costo della riscossione rischierebbe di superare l'ammontare dell'imposta[270], risultando, così, non solo inutile, ma addirittura controproducente. La responsabilità legale del pagamento

---

[266] Unnikrishnan A., Nagappan M., *Virtual Permanent Establishments: Indian Law and Practice*, op. cit., p. 528.
[267] Báez Moreno A., Brauner Y., *Taxing the Digital Economy Post BEPS… Seriously*, op. cit., p. 166.
[268] Si riporta il testo del primo comma dell'art. 165 del *Finance Act,* 2016: *"(1) On and from the date of commencement of this Chapter, there shall be charged an equalisation levy at the rate of six per cent. of the amount of consideration for any specified service received or receivable by a person, being a non-resident from (i) a person resident in India and carrying on business or profession; or (ii) a non-resident having a permanent establishment in India*".
[269] Si riporta il testo in lingua inglese dell'art. 164, lettera *i*, del *Finance Act,* 2016: "*specified service" means online advertisement, any provision for digital advertising space or any other facility or service for the purpose of online advertisement and includes any other service as may be notified by the Central Government in this behalf*".
[270] Singh M. K., *Taxation of Digital Economy: An Indian Perspective*, op. cit., p. 478.

dell'*Equalisation Levy* ricade sull'impresa non residente. Tuttavia, l'imposta viene raccolta dall'impresa residente che ha l'obbligo di rimetterla al governo centrale.[271]

Il secondo comma dell'articolo 164 elenca i casi di esenzione dal pagamento dell'*Equalisation Levy*.[272] Innanzitutto, non sono soggette all'imposta le operazioni di fornitura di servizi da parte di imprese non residenti che dichiarino di avere una stabile organizzazione in India, se quest'ultima è effettivamente connessa con i servizi in oggetto. Lo scopo di tale previsione è evitare la doppia imposizione, in quanto i redditi derivanti dalla stabile organizzazione sono tassabili in base alla Sezione 9 dell'*Income Tax Act* (1961).[273] Il governo indiano sembrerebbe addirittura preferire una soluzione negoziata con l'impresa non residente, piuttosto che imporre l'*Equalisation Levy*.[274] Le imprese sono esentate dal pagamento dell'imposta anche nel caso in cui le transazioni soggette alla stessa, effettuate nel periodo d'imposta, non superino, complessivamente, il valore di 100.000 rupie.[275] Viene così stabilita una soglia minima di fatturato per rientrare nel campo di applicazione della disposizione. Il limite è fissato sufficientemente alto, in modo da non colpire eccessivamente le piccole e medie imprese.[276]

Come già detto, l'introduzione dell'*Equalisation Levy* crea grosse problematiche di doppia imposizione. Innanzitutto, la tassa del 6% va versata in aggiunta all'imposta sul reddito delle società che le imprese che lavorano in un contesto transfrontaliero sono tenute a versare nel loro Paese di residenza. Inoltre, i servizi di pubblicità digitale rientrano sia tra gli "*specified services*" di cui all'art. 164 del *Finance Act*, sia tra gli "*OIDAR services*" (*online information and database access or retrieval services*),

---

[271] OCSE, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – 2018 Interim Report*, op. cit., p. 142.

[272] Si riporta il testo del secondo comma dell'art. 164 del *Finance Act*, 2016: *"(2) The equalisation levy under sub-section (1) shall not be charged, where*

a) the non-resident providing the specified service has a permanent establishment in India and the specified service is effectively connected with such permanent establishment;

b) the aggregate amount of consideration for specified service received or receivable in a previous year by the non-resident from a person resident in India and carrying on business or profession, or from a non-resident having a permanent establishment in India, does not exceed one lakh rupees; or

c) *where the payment for the specified service by the person resident in India, or the permanent establishment in India is not for the purposes of carrying out business or profession".*

[273] Singh M. K., *Taxation of Digital Economy: An Indian Perspective*, op. cit., p. 478.

[274] Báez Moreno A., Brauner Y., *Taxing the Digital Economy Post BEPS… Seriously*, op. cit., p. 166.

[275] 100.000 rupie indiane corrispondono, approssimativamente, a 1.150 euro.

[276] Singh M. K., *Taxation of Digital Economy: An Indian Perspective*, op. cit., p. 478.

che sono tassati sulla base dell'imposta sui beni e servizi indiana.[277] Pertanto, i profitti derivanti dall'*online advertisement* saranno colpiti sia dall'*Equalisation Levy*, che dall'imposta su beni e servizi. Ciò aumenterà in modo significativo il costo delle attività commerciali, in particolare per le piccole e medie imprese, e avrà effetto anche sulle transazioni transfrontaliere.[278] Nell'ambito dell'*Action 1*, l'OCSE aveva raccomandato l'introduzione dell'*Equalisation Levy* "*only to situations in which the income would otherwise be untaxed or subject only to a very low rate of tax*".[279] Raccomandazione, questa, che sembra essere rimasta inascoltata con l'introduzione dell'imposta descritta.

L'azione unilaterale descritta, anche se a discapito del fenomeno della doppia imposizione, ha beneficiato il governo indiano, il quale ha dichiarato che, nel primo anno di applicazione dell'imposta (da giugno 2016 a marzo 2017), il gettito derivante dall'*Equalisation Levy* è stato pari a circa 3,4 miliardi di rupie.[280]

4.3.2 L'Imposta sui Servizi Digitali italiana

I commi da 1011 a 1019 dell'art. 1 della Legge di bilancio 2018 (L. 205/2017), che ha introdotto la modifica dell'art. 162 del TUIR precedentemente analizzata, prevedevano l'adozione di un'imposta sulle transazioni digitali, nota come *Web Tax*. Tale disposizione è stata abrogata dalla Legge di bilancio 2019 (L. 145/2018) che, ai commi da 35 a 50 dell'art. 1, ha introdotto l'Imposta sui Servizi Digitali, molto simile a quella proposta dalla Commissione Europea nel 2018.[281] L'entrata in vigore, prevista per l'anno d'imposta 2019, era subordinata all'approvazione di un decreto attuativo che non è mai stato emanato. La Legge di bilancio 2020 (comma 678, Art. 1, L. 160/2019) ha integrato la disciplina dell'Imposta sui Servizi Digitali, e ha abrogato la disposizione che prevedeva la necessità che la norma venisse attuata

[277] Unnikrishnan A., Nagappan M., *Virtual Permanent Establishments: Indian Law and Practice*, op. cit., p. 528.
[278] Unnikrishnan A., Nagappan M., *Virtual Permanent Establishments: Indian Law and Practice*, op. cit., p. 528.
[279] OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1* op. cit., p. 117, paragrafo 307.
[280] OCSE, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – 2018 Interim Report*, op. cit., p. 142.
[281] Si veda il paragrafo 3.4.1.

mediante apposito decreto, pertanto l'Imposta è entrata in vigore dal 1° gennaio 2020.[282] Si tratta della seconda imposta di questo tipo in ambito europeo, dopo quella, analoga, introdotta nell'ordinamento francese.[283] L'Imposta sui Servizi Digitali italiana prevede un prelievo del 3% sui ricavi (al netto dell'IVA) derivanti dalle transazioni digitali *business-to-business*.[284]

L'applicabilità dell'imposta è determinata dal luogo in cui è localizzato l'utente del servizio.[285] In merito, la disposizione stabilisce che il committente del servizio debba trovarsi su territorio italiano, ossia che il dispositivo su cui viene eseguito il servizio di intermediazione debba essere geolocalizzato in Italia, tramite l'indirizzo IP, o mediante sistemi di geolocalizzazione alternativi.[286]

---

[282] Confindustria, *Legge di bilancio 2020, Le principali misure fiscali di interesse per le imprese - Nota di aggiornamento*, 2019.

[283] Vi sono comunque delle differenze sostanziali con la norma francese. Innanzitutto, quest'ultima è retroattiva, è stata approvata a marzo 2019 ma produce effetti dal 1° gennaio dello stesso anno. Inoltre "*il requisito dimensionale di 750 milioni di euro di ricavi annui è riferito ai soli ricavi da servizi imponibili, ovunque forniti, circostanza che restringerebbe ulteriormente il novero dei soggetti passivi a discapito delle grandi imprese di origine statunitense*". Confindustria, *Legge di bilancio 2019, Le principali misure fiscali di interesse per le imprese - Nota di aggiornamento*, 2019.

[284] Si ritiene che l'imposta sia applicabile alle sole transazioni B2B per ragioni di semplicità applicativa, come già illustrato nell'ambito dell'*Equalisation Levy*, paragrafo 4.3.1 del presente elaborato.

[285] Si riporta il testo del comma 36 dell'art. 1 della L. 145/2018: "*Il periodo d'imposta coincide con l'anno solare. Un ricavo si considera tassabile in un determinato periodo d'imposta se l'utente di un servizio tassabile è localizzato nel territorio dello Stato in detto periodo. Un utente si considera localizzato nel territorio dello Stato se:*

- *a) nel caso di un servizio di cui al comma 37, lettera a), la pubblicità figura sul dispositivo dell'utente nel momento in cui il dispositivo è utilizzato nel territorio dello Stato in detto periodo d'imposta per accedere a un'interfaccia digitale;*
- *b) nel caso di un servizio di cui al comma 37, lettera b), se:*
  - *1) il servizio comporta un'interfaccia digitale multilaterale che facilita le corrispondenti cessioni di beni o prestazioni di servizi direttamente tra gli utenti, l'utente utilizza un dispositivo nel territorio dello Stato in detto periodo d'imposta per accedere all'interfaccia digitale e conclude un'operazione corrispondente su tale interfaccia in detto periodo d'imposta;*
  - *2) il servizio comporta un'interfaccia digitale multilaterale di un tipo che non rientra tra quelli di cui al numero 1), l'utente dispone di un conto per la totalità o una parte di tale periodo d'imposta che gli consente di accedere all'interfaccia digitale e tale conto è stato aperto utilizzando un dispositivo nel territorio dello Stato;*
- *c) nel caso di un servizio di cui al comma 37, lettera c), i dati generati dall'utente che ha utilizzato un dispositivo nel territorio dello Stato per accedere a un'interfaccia digitale, nel corso di tale periodo d'imposta o di un periodo d'imposta precedente, sono trasmessi in detto periodo d'imposta*".

[286] Si riporta il testo dell'art. 40-*bis* della L. 145/2018: "*Il dispositivo si considera localizzato nel territorio dello Stato con riferimento principalmente all'indirizzo di protocollo internet (IP) del dispositivo stesso o ad altro sistema di geolocalizzazione, nel rispetto delle regole relative al trattamento dei dati personali*".

I soggetti passivi sono tutte le imprese, residenti e non, che abbiano, complessivamente, un fatturato di gruppo superiore a 750 milioni di euro, dei quali almeno 5,5 derivanti dalla fornitura di servizi digitali nel territorio nazionale.[287] Ai fini dell'applicazione dell'imposta, è necessario che i due requisiti si presentino congiuntamente. Questo aspetto crea alcune difficoltà, in quanto prevede l'utilizzo di informazioni che difficilmente sono disponibili all'Amministrazione Finanziaria. "*Quale titolo ha, infatti, l'Agenzia delle Entrate per richiedere ad un operatore non residente e privo di stabile organizzazione in Italia informazioni sul Gruppo di appartenenza? Quale potere coercitivo può esercitare per costringere detto soggetto ad una sia pur minimale collaborazione?*".[288] Si ritiene che potrebbe essere preferibile individuare inizialmente quanto accertabile in Italia, come ad esempio il volume del fatturato, e, solo in seguito, richiedere al contribuente di fornire le informazioni necessarie per la verifica della sussistenza dei criteri di applicazione della ISD.[289]

Le transazioni che l'imposta si propone di colpire riguardano la vendita di spazi pubblicitari *online*, la messa a disposizione di una piattaforma digitale che consente la compravendita di beni e servizi (ad es. Amazon), e la trasmissione dei dati raccolti e generati dagli utenti.[290]

La definizione del campo di applicazione dell'imposta è "*straordinariamente contorta*", la normativa prevede, infatti, un lungo elenco di fattispecie escluse dalla disposizione, "*il che rende evidente il tentativo di colpire essenzialmente i cosiddetti*

---

[287] Si riporta il testo del comma 36 dell'art. 1 della L. 145/2018, modificato dal comma 678 dell'art. 1 della L. 160/2019: "*Sono soggetti passivi dell'imposta sui servizi digitali i soggetti esercenti attività d'impresa che, singolarmente o a livello di gruppo, nell'anno solare precedente a quello di cui al comma 35-bis, realizzano congiuntamente:*

a) un ammontare complessivo di ricavi ovunque realizzati non inferiore a euro 750.000.000;
b) *un ammontare di ricavi derivanti da servizi digitali, di cui al comma 37, realizzati nel territorio dello Stato non inferiore a euro 5.500.000*".

[288] Di Tanno T., Marchetti F. (a cura di), *La tassazione dell'economia digitale*, op. cit.

[289] *Ibid.*

[290] Si riporta il testo del comma 37 dell'art. 1 della L. 145/2018: "*L'imposta si applica ai ricavi derivanti dalla fornitura dei seguenti servizi:*

a) veicolazione su un'interfaccia digitale di pubblicità mirata agli utenti della medesima interfaccia;
b) messa a disposizione di un'interfaccia digitale multilaterale che consente agli utenti di esse e in contatto e di interagire tra loro, anche al fine di facilitare la fornitura diretta di beni o servizi;
c) *trasmissione di dati raccolti da utenti e generati dall'utilizzo di un'interfaccia digitale*".

GAFA (Google, Apple, Facebook e Amazon), tentativo che – tuttavia – *non sembra essere compiutamente riuscito"*.[291] Tale elenco è stato introdotto dalla Legge di bilancio 2020 con l'obiettivo di rendere la norma flessibile e fondata su principi generali.[292] Questo per risultare efficace anche di fronte alla continua evoluzione dell'economia digitale, e per riuscire ad assoggettare a tassazione anche le imprese non residenti in Italia, che sono regolate da norme diverse rispetto a quelle nazionali. Tuttavia, la lista di ipotesi esenti risulta rigida, e non sembra fornire un meccanismo in grado di ampliare il campo di applicazione come auspicato.[293]

Il comma 49-*bis*, introdotto dalla Legge di bilancio 2020, prevede una clausola di abrogazione delle norme che regolano l'Imposta sui Servizi Digitali qualora entrassero in vigore nuove disposizioni derivanti da accordi internazionali in

---

[291] Bonini B., Galli G., *La web tax italiana: prospettive e problemi*, Osservatorio sui Conti Pubblici Italiani, 25 gennaio 2020, p. 5.

[292] Si riporta il testo del comma 36 dell'art. 1 della L. 145/2018, introdotto dal comma 678 dell'art. 1 della L. 160/2019: "*Non si considerano servizi digitali di cui al comma 37:*

a) la fornitura diretta di beni e servizi, nell'ambito di un servizio di intermediazione digitale;

b) la fornitura di beni o servizi ordinati attraverso il sito web del fornitore di quei beni e servizi, quando il fornitore non svolge funzioni di intermediario;

c) la messa a disposizione di un'interfaccia digitale il cui scopo esclusivo o principale è quello della fornitura agli utenti dell'interfaccia da parte del soggetto che gestisce l'interfaccia stessa di: contenuti digitali, servizi di comunicazione o servizi di pagamento;

d) la messa a disposizione di un'interfaccia digitale utilizzata per gestire:
- *i sistemi dei regolamenti interbancari di cui al decreto legislativo l settembre 1993, n. 385 o di regolamento o di consegna di strumenti finanziari;*
- *le piattaforme di negoziazione o i sistemi di negoziazione degli internalizzatori sistematici di cui all'articolo l, comma 5-octies, lettera c), del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58;*
- *le attività di consultazione di investimenti partecipativi e, se facilitano la concessione di prestiti, i servizi di intermediazione nel finanziamento partecipativo;*
- *le sedi di negoziazione all'ingrosso di cui all'articolo 61, lettera e), del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58;*
- le controparti centrali di cui all'articolo l, comma l, lettera w-quinquies), del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58;
- *i depositari centrali di cui all'articolo l, comma l, lettera w-septies), del decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58; – gli altri sistemi di collegamento la cui attività è soggetta ad autorizzazione e l'esecuzione delle prestazioni dei servizi soggetta alla sorveglianza di una autorità di regolamentazione al fine di assicurare la sicurezza, la qualità e la trasparenza delle transazioni riguardanti strumenti finanziari, prodotti di risparmio o altre attività finanziarie;*

e) la cessione di dati da parte dei soggetti che forniscono i servizi indicati alla precedente lettera d);

f) lo svolgimento delle attività di organizzazione e gestione di piattaforme telematiche per lo scambio dell'energia elettrica, del gas, dei certificati ambientali e dei carburanti, nonché la trasmissione dei relativi dati ivi raccolti e ogni altra attività connessa".

[293] Confindustria, *Legge di bilancio 2020, Le principali misure fiscali di interesse per le imprese - Nota di aggiornamento*, 2019.

materia di tassazione dell'economia digitale.[294] Questa previsione è coerente con l'analoga imposta presentata in ambito europeo. La Commissione europea, nel 2018, ha, infatti, presentato due ipotesi di tassazione.[295] La prima, di lungo termine, che prevedeva l'introduzione di un nuovo *nexus* di collegamento basato sulla presenza digitale significativa, e la seconda, la *Digital Services Tax*, su cui si basa la norma introdotta in Italia, di carattere transitorio. La volontà del legislatore rimane quella di raggiungere un accordo a livello europeo e, ancora meglio, internazionale. Pertanto, l'Imposta sui Servizi Digitali, rappresenta una disposizione di carattere temporaneo, introdotta, come molte altre misure unilaterali, a causa della lentezza del processo decisionale in ambito OCSE.

Le maggiori criticità sollevate dalla ISD riguardano la possibilità che il costo possa essere scaricata sui consumatori, penalizzando, di fatto, le imprese italiane che nella fattispecie normativa sono il committente dei servizi digitali. L'ISD può anche determinare controversie politiche ed economiche con i Paesi che esportano maggiormente servizi digitali. Stati Uniti e Cina, infatti, hanno già dichiarato che, se le Imposte sui Servizi Digitali non verranno annullate, sono pronti ad introdurre ad introdurre dazi sui prodotti provenienti dall'Italia, dalla Francia, e dagli altri Paesi che introdurranno disposizioni analoghe.[296]

Poiché le imprese hanno margini di profitto diversi, l'applicazione dell'imposta sull'importo lordo delle transazioni potrebbe creare disparità tra le imprese, incidendo maggiormente su quelle che, a parità di ricavi, generano utili inferiori.

Inoltre, analogamente a quanto detto in merito all'*Equalisation Levy*, anche l'Imposta sui Servizi Digitali non è un'imposta sul reddito, pertanto non permette la compensazione dell'importo pagato con altre tasse sul reddito pagate in Italia o nel

---

[294] Si riporta il testo del comma 49-*bis* della L.145/2018, come introdotto dal comma 678, art. 1 della L. 160/2019: *"I commi da 35 a 49 dell'articolo I della legge 30 dicembre 2018, n. 145 sono abrogati al momento di entrata in vigore delle disposizioni che deriveranno da accordi raggiunti nelle sedi internazionali in materia di tassazione dell'economia digitale"*.
[295] Si veda il paragrafo 3.4.
[296] Bonini B., Galli G., *La web tax italiana: prospettive e problemi*, op. cit., p. 6.

Paese di residenza, in base a trattati internazionali, causando quindi problemi di doppia imposizione.[297]

Secondo la Relazione Tecnica al provvedimento, già a partire dal 2020, l'imposta dovrebbe generare entrate per 708 milioni.[298]

[297] Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *La fiscalità nell'economia digitale. Problematiche e scenari possibili*, op. cit., p. 15.
[298] Bonini B., Galli G., *La web tax italiana: prospettive e problemi*, op. cit., p. 6.

5 Conclusioni

La questione delle caratteristiche della *digital economy* e delle conseguenze del suo sviluppo sul sistema di tassazione internazionale è stata posta per la prima volta alla Conferenza di Ottawa nel 1998. Allora, non si riteneva che fosse necessario apportare cambiamenti sostanziali alle regole fiscali internazionali per affrontare il problema. La rapida crescita dell'economia digitale ha, però, costretto i *policy makers* a modificare la loro opinione in merito.

Al giorno d'oggi si ritiene prioritario trovare una soluzione condivisa per assoggettare a tassazione le multinazionali del digitale. L'OCSE è l'organizzazione che, in ambito internazionale, si è impegnata maggiormente nello studio della problematica, ed ha portato l'attenzione dei governi di tutto il mondo sull'argomento. Il lavoro di questi anni dell'OCSE ha stimolato il dibattito internazionale ed ha portato alla formulazione di diverse misure alternative da tenere in considerazione per la ricerca di una soluzione globale.

L'obiettivo primario dell'OCSE è, come dichiarato nell'ambito del BEPS *Project*, trovare una soluzione che metta d'accordo tutti i Paesi coinvolti. Questo aspetto è senza dubbio decisivo, in quanto, per essere funzionale allo scopo, la soluzione proposta dovrebbe essere recepita dalla comunità internazionale. Tuttavia, questa esigenza rappresenta anche il più grande limite del lavoro dell'OCSE, poiché, nonostante la formulazione di numerose ipotesi di lavoro, non è ancora stato raggiunto un accordo di massima su quale proposta sviluppare in concreto. La lentezza del processo decisionale dell'OCSE ha determinato la frustrazione di diversi Paesi che hanno la necessità di tassare le multinazionali del digitale. La difficoltà di assoggettare a tassazione nello Stato della fonte il valore generato utilizzando gli strumenti tecnologici infatti, crea grosse disparità rispetto alle imprese che operano tramite modelli di *business* tradizionali, con conseguenti problemi, non solo economici, ma anche politici.

La frustrazione dovuta all'indecisione manifestata a livello internazionale, ha portato singoli Paesi ad introdurre misure fiscali determinate in modo unilaterale.

Si tratta di provvedimenti tra loro eterogenei, la cui scelta è dipesa dagli obiettivi dei governi che le hanno introdotte, dalle caratteristiche delle economie dei diversi Paesi e dall'influenza politica di questi ultimi.

Nell'attesa di una soluzione che coinvolga tutti i Paesi, le misure unilaterali possono essere adottate per studiare gli effetti prodotti dai singoli provvedimenti, valutarne l'efficacia e le risposte delle imprese del digitale colpite dalle imposte. Sotto tale profilo possono, pertanto, essere utili ai fini dell'individuazione di una soluzione unitaria.

Tuttavia, il grosso limite delle misure unilaterali è la loro incompatibilità con i trattati fiscali internazionali. Nel caso delle Imposte sui Servizi Digitali tale incompatibilità può tradursi nel rischio di doppia imposizione, in quanto l'importo pagato da un'impresa sulla base di un'Imposta sui Servizi Digitali non può essere detratto dalle imposte sui redditi pagate nel Paese di residenza. Nel caso, invece, di modifiche introdotte unilateralmente al concetto di stabile organizzazione per colpire le imprese prive di presenza fisica nel Paese della fonte, l'incompatibilità con i trattati ne determina una loro efficacia residuale, limitata ai rapporti con gli Stati con cui non sono stati stipulati accordi internazionali.

L'aumento delle azioni unilaterali intraprese dai singoli Stati negli ultimi anni, destinato a crescere ulteriormente in assenza di provvedimenti più ampi, rischia di incrementare l'incertezza sulle regole di tassazione internazionale. Poiché è proprio la mancanza di norme certe e chiare a consentire alle grandi aziende di eludere i profitti, muovendosi tra le contraddizioni e le lacune delle leggi dei diversi Paesi, l'approccio individuale rischia di generare, di fatto, un risultato opposto a quello desiderato.

Questi aspetti rendono evidente come non sia opportuno perseguire il metodo delle iniziative unilaterali dei singoli Paesi, ma, piuttosto, sia necessario lavorare per impedirne la diffusione. Tuttavia, per quanto questo sia un principio accettato dalla maggioranza dei soggetti coinvolti, la necessità di trovare un accordo a livello internazionale rimane un ostacolo apparentemente insormontabile. È inevitabile che un qualsiasi accordo determinerebbe perdita di gettito per i Paesi che

“approfittando” delle carenze del sistema di tassazione internazionale, ottengono, dalle imprese digitali, grazie alla fissazione di aliquote molto basse, l’attribuzione dei profitti. I Paesi di “residenza” sarebbero, infatti, costretti a rinunciare a parte del loro gettito in conseguenza di una ridistribuzione del reddito a favore dei Paesi della fonte ove venisse riconosciuta una presenza virtuale. Questo aspetto si è manifestato in modo evidente nel caso dell’Unione Europea. Le due proposte avanzate dalla Commissione nel 2018 per tassare l’economia digitale, infatti, non sono state approvate per l’opposizione di alcuni Paesi, in particolare Irlanda, Lussemburgo, Malta e Cipro, che beneficiano di enormi vantaggi in quanto eletti, grazie alle loro aliquote agevolate e alle loro norme particolarmente permissive, a Paese di residenza di moltissime imprese dell’economia digitale.

Le due soluzioni presentate in ambito europeo, pur necessitando di alcune modifiche, sono state definite dalla dottrina come proposte valide. Si tratta, soprattutto per l’ipotesi di introduzione del nexus della presenza economica significativa tra le ipotesi di tassazione del reddito, della proposta più completa in ottica di risoluzione a lungo termine del problema. Nonostante la stessa sia incompatibile con i trattati internazionali, sarebbe in ogni caso applicabile in ambito europeo, assicurando quindi una buona incidenza in termini di gettito, ma anche di parità di trattamento tra le imprese tradizionali e quelle digitali. Poiché, inoltre, il mercato europeo è molto importante per le multinazionali del digitale, queste sarebbero costrette a modificare la loro struttura ed essere più trasparenti.

Questa soluzione risulta essere la più coerente con l’obiettivo principale di tassare il valore nel luogo in cui viene creato. Il nuovo *nexus* costringerebbe ad una ridefinizione del sistema fiscale internazionale, che andrebbe ripensato in modo da consentire il suo adattamento ai diversi modelli di business dell’economia digitale. Nonostante la proposta del nuovo *nexus* basato sulla presenza economica significativa sia oggetto di discussione da diversi anni, vi sono alcuni aspetti che meritano di essere approfonditi.

L’aspetto maggiormente controverso della proposta è la definizione dei fattori che permettono di configurare una presenza economica significativa. Ad eccezione dei fattori legati al fatturato, gli altri creano, come già ampiamente analizzato, non poche

problematiche, in quanto dipendono da aspetti difficilmente individuabili e quantificabili. Soprattutto i dati relativi all'interazione con gli utenti che nello Stato della fonte accedono alle piattaforme digitali, richiedono l'accesso ad informazioni che, non solo sono difficilmente ottenibili, ma, anche quando individuabili, non sono disponibili alle amministrazioni finanziarie. Questo aspetto richiede quindi un ulteriore approfondimento per l'esatta definizione dei criteri di identificazione della presenza economica significativa. Definizione che potrebbe essere accompagnata da politiche che abbiano l'obiettivo di incentivare le multinazionali alla trasparenza fiscale e, quindi, a fornire alle autorità fiscali i dati a loro disposizione.

Questo processo richiederà senza dubbio del tempo. Tuttavia, almeno in ambito europeo, a causa dei danni economici causati dalla pandemia di Coronavirus, si è ricominciato a parlare della necessità di introdurre, con urgenza, una misura che consenta di tassare efficacemente l'economia digitale. È stato detto, infatti, che è sicuramente un modo possibile per contribuire al finanziamento delle ingenti spese necessarie a superare questo momento di grande difficoltà sociale ed economica. Non è escluso, quindi, che nel prossimo futuro possa venire introdotta una misura simile alla Imposta sui Servizi Digitali proposta nel 2018, come misura di breve termine. Auspicando, comunque, la continuazione dei lavori in ambito OCSE per la definizione di una proposta che possa coinvolgere il maggior numero possibile di Paesi e che consenta di poter ritornare ad una tassazione che risponda ai principi di efficacia, equità e neutralità, che devono contraddistinguere, secondo quanto affermato dalle linee guida OCSE, ogni sistema fiscale.

Bibliografia

- Australian Taxation Office, *Combating Multinational Tax Avoidance – A Targeted Anti-Avoidance Law*, 2017;
- Australian Taxation Office, *Diverted Profits Tax,* 2019;
- Báez Moreno A., Brauner Y., *Taxing the Digital Economy Post BEPS… Seriously*, University of Florida Levin College of Law, *Research Paper* n. 19-16/2019;
- Baggio R., *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Giuffrè Editore, 2009;
- Basak S., *Equalization Levy: A New Perspective of E-Commerce Taxation*, in *Intertax*, n. 44/2016;
- Becker J., Englisch J., *Taxing Where Value Is Created: What's 'User Involvement' Got to Do with It?,* in *Intertax*, n. 47/2019;
- Bonini B., Galli G., *La web tax italiana: prospettive e problemi*, Osservatorio sui Conti Pubblici Italiani, 25 gennaio 2020, disponibile su: https://osservatoriocpi.unicatt.it/cpi-archivio-studi-e-analisi-la-web-tax-italiana-prospettive-e-problemi;
- Brauner Y., Pistone P., *Adapting Current International Taxation to New Business Models: Two Proposals for the European Union*, in *Bulletin for International Taxation*, n. 71/2017;
- Brauner Y., *Lost in Construction: What Is the Direction of the Work on the Taxation of the Digital Economy?*, in *Intertax,* n. 48/2020;
- Castro A. S., *Administrative Capability Analysis of OECD Proposals from the Perspective of Developing Countries,* in *Intertax*, n. 48/2020;
- Ceriani V., Ricotti G., *The international coordination of corporate taxation: old solutions for new challenges?*, LUISS Guido Carli, *Working Paper* n. 5/2019;
- Chand V., *Allocation of Taxing Rights in the Digitalized Economy: Assessment of Potential Policy Solutions and Recommendation for a Simplified Residual Split Method*, in *Intertax*, n. 47/2019;

- Comitato di esperti sulla cooperazione internazionale in materia fiscale, Tax Challenges in the Digitalized Economy*: Selected Issues for Possible Consideration*, E/C.18/2017/CRP.22, 2017;
- Commissione Europea, *Finanziare il piano di ripresa per l'Europa*, 2020;
- Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, Thirteenth Session, *Proposed Guidance on Permanent Establishment in the Extractive Industries*, New York, 2016;
- Confindustria, *Legge di bilancio 2020, Le principali misure fiscali di interesse per le imprese - Nota di aggiornamento*, 2019;
- Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *La fiscalità nell'economia digitale. Problematiche e scenari possibili*, 2018;
- Conti D., *Stabile organizzazione occulta: nuovi strumenti per l'Erario o "molto rumore per nulla"?*, in *Novità Fiscali*, n. 7-8/2019;
- De Luca A., Bampo A., *La stabile organizzazione in Italia*, Milano, 2009;
- Della Valle E., *Web tax europea, un modello che punta alla ritenuta sui ricavi*, in Il Sole 24 Ore, 12 settembre 2017, disponibile su: https://www.ilsole24ore.com/art/web-tax-europea-modello-che-punta-ritenuta-ricavi-AEzd6GRC;
- Deloitte Spa, *What is digital economy?*, disponibile su: https://www2.deloitte.com/mt/en/pages/technology/articles/mt-what-is-digital-economy.html;
- Di Tanno T., Marchetti F. (a cura di), *La tassazione dell'economia digitale*, *Position paper*, Fondazione Bruno Visentini, 2019;
- Dos Santos A. C., Lopes C. M., *Tax Sovereignty, Tax Competition and the Base Erosion and Profit Shifting Concept of Permanent Establishment*, in *EC Tax Review*, n. 5-6/2016;
- Dourado A. P., *The OECD 'Unified Approach' and the New International Tax System: A Half-Way Solution*, in *Intertax*, n. 48/2020;
- EY Global Tax Alert, *Saudi Arabian tax authorities introduce Virtual Service PE concept*, 2015;
- EY Global Tax Alert, *Kuwait Tax Authorities Adopt 'Virtual Service PE'*, 2015;

- EY News, *Israeli Tax Authorities Publish Official Circular on Internet Activity of Foreign Companies in Israel*, 2016;
- Gidirim V. A., *Taxation of Foreign Multinational Enterprises Conducting Business in and with Saudi Arabia*, in *Bulletin For International Taxation*, n. 70/2016;
- Gillio D., *La nuova definizione di stabile organizzazione nel TUIR. La "significativa e continuativa presenza economica" – art. 162, comma 2, lett. f-bis) TUIR*, 2018, disponibile su: www.odcec.roma.it;
- Goel S., *Indian 2018 Budget: New Nexus to Tax Based on Virtual Presence*, Kluwer International Tax Blog, 2018, disponibile su: http://kluwertaxblog.com/2018/02/05/indian-2018-budget-new-nexus-tax-based-virtual-presence/;
- Hinnekens L., *Looking for an Appropriate Jurisdictional Framework for Source-State Taxation of International Electronic Commerce in the Twenty-first Century*, in *Intertax*, n. 26/1998;
- Kofler G., Sinnig J., *Equalization Taxes and the EU's 'Digital Services Tax'*, in *Intertax*, n. 47/2019;
- Kluwer Law International, *The Ongoing Erosion of the PE Principle: Interview Between Kluwer and Arvid Skaar*, 21 luglio 2020, disponibile su: http://kluwertaxblog.com/2020/07/21/the-ongoing-erosion-of-the-pe-principle-interview-between-kluwer-and-arvid-skaar/;
- Leo M., *Quale tassazione per l'economia digitale*, in il fisco, n. 21/2018;
- López E. E., *An Opportunistic, and yet Appropriate, Revision of the Source Threshold for the Twenty-First Century Tax Treaties*, in *Intertax*, n. 43/2015;
- Mayr S., Santacroce B. (a cura di), *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali,* Milano, 2016;
- McKinsey Global Institute, *Digital India, Technology to transform a connected nation*, 2019, disponibile su: https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-digital/our-insights/digital-india-technology-to-transform-a-connected-nation#;
- Mediobanca, *I giganti del Websoft, Software & Web companies (2014-2019)*, Milano, 27 novembre 2019, disponibile su

https://www.mbres.it/sites/default/files/resources/rs_WebSoft2019_presentazione.pdf;
- OCSE, *Are the Current Treaty Rules for Taxing Business Profits Adequate for E-Commerce? – Final Report*, 2005;
- OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, *Action 1 – 2015 Final Report*, 2015;
- OCSE, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – 2018 Interim Report*, 2018;
- OCSE, *Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, 2019;
- OCSE, *Addressing the Tax Challenges Arising from Digitalisation – Public Consultation Document*, 2019;
- OCSE, *Secretariat Proposal for a "Unified Approach" under Pillar One - Public consultation document*, 2019;
- Pennesi M., *Stabile organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema,* Milano, 2012;
- Picciotto S., *The U.K.'s Diverted Profits Tax: An Admission of Defeat or a Pre-Emptive Strike?*, in *Tax Notes International*, n. 77/2015;
- Pinto D., *The Need to Reconceptualize the Permanent Establishment Threshold*, Curtin Business School, *Bulletin for International Taxation,* 2006;
- PwC, Tax Insights from International Tax Services, *Israeli Tax Authority Releases First Guidance Related To E-Commerce*, 2016;
- Requena J. Á. G., González S. M., *Adapting the Concept of Permanent Establishment to the Context of Digital Commerce: From Fixity to Significant Digital Economic Presence*, in *Intertax*, n. 45/2017;
- Sacchetto C., *Princìpi di diritto tributario europeo e internazionale*, G. Giappichelli Editore, 2011;
- Sikarwar D,. *Government weaves tax net for internet's global biggies*, The Economic Times, 7 febbraio 2020, disponibile su: https://economictimes.indiatimes.com/news/economy/policy/government-weaves-tax-net-for-internets-global-biggies/articleshow/73996836.cms;
- Singh M. K., *Taxation of Digital Economy: An Indian Perspective*, in *Intertax*, n. 45/2017;

- Sinnig J., *The Reflection of Data-Driven Value Creation in the 2018 OECD and EU Proposals*, in *EC Tax Review*, n. 6/2018;
- Skaar A., *Erosion of the Concept of Permanent Establishment: Electronic Commerce*, in *Intertax*, n. 28/2000;
- Spinosa L., Chand V., *A Long-Term Solution for Taxing Digitalized Business Models: Should the Permanent Establishment Definition Be Modified to Resolve the Issue or Should the Focus Be on a Shared Taxing Rights Mechanism?,* in *Intertax,* n. 46/2018;
- Turina A., *Which 'Source Taxation' for the Digital Economy?*, in *Intertax*, n. 46/2018;
- Unnikrishnan A., Nagappan M., *Virtual Permanent Establishments: Indian Law and Practice*, in *Intertax*, n. 46/2018;
- Vaca Bohórquez Á. C., *Virtual Permanent Establishment: An Approach to the Taxation of Electronic Commerce Transactions*, in *Revista de Derecho Fiscal,* n. 8/2016;
- Valente P., Vinciguerra L., *Stabile Organizzazione,* Milano, 2018.