

# RESIDENZA FISCALE E STABILE ORGANIZZAZIONE NELL'ERA DELLA *DIGITAL ECONOMY*

**Maria Assunta Icolari - Alessandro D'Amelio\* .**

*Abstract:* Il saggio osserva il fenomeno dell'impatto della fiscalità digitale sul sistema tributario moderno, partendo da un adeguamento dei criteri tradizionali di collegamento tra soggetto e territorio, in particolare dai tentativi di ampliamento della nozione di stabile organizzazione. Con riferimento a tali tentativi un ruolo fondamentale nell'analisi è quello operato dall'Ocse, il quale al fine di evitare erosioni delle basi imponibili o localizzazioni di attività economiche in paesi a fiscalità privilegiata, ha caldamente promosso la formulazione di un nuovo criterio di collegamento tra l'attività d'impresa digitale e lo Stato titolare della potestà impositiva. Sicuri che la tassazione di queste nuove forme di ricchezza non si esaurisce con la previsione di un nuovo *nexus* ma occorre la rivisitazione del sistema tributario nel suo complesso, al momento è l'assenza di un consenso unanime ad impedire un'equa ripartizione del carico fiscale tra i diversi paesi investiti dall'obbligazione tributaria. Anche se la proposta americana di istituire una *minimum global tax* potrebbe rappresentare una svolta anche per l'Europa, allentando la disparità che si è venuta a creare tra imprese del digitale e quelle di altri settori.

*Abstract:* The essay observes the phenomenon of the impact of digital taxation on the modern tax system, starting from an adaptation of the traditional connection criteria between the subject and the territory, in particular from attempts to expand the notion of permanent establishment. With reference to these attempts, a fundamental role in the analysis is that operated by the OECD, which in order to avoid erosion of tax bases or localization of economic activities in countries with privileged taxation, has strongly promoted the formulation of a new connection criterion between the digital business activity and the State holding the taxing authority. We are sure that the taxation of these new forms of wealth does not end with the provision of a new *nexus* but a review of the tax system as a whole is needed, at the moment it is the absence of a unanimous consensus that prevents an equitable distribution of the tax burden between the different countries affected by the tax obligation. Although the American proposal to establish a *minimum global tax* could also represent a turning point for Europe, easing the disparity that has arisen between digital companies and those of other sectors.

**SOMMARIO:** **1.** Introduzione - **2.** La difficoltà a reperire una valida nozione di stabile organizzazione nell'era della *digital economy* - **3.** Verso un nuovo modello internazionale di tassazione della *digital economy* - **4.** La *digital economy* nella prospettiva comunitaria - **5.** L'imposta italiana sui servizi digitali: un reale concetto innovativo di stabile organizzazione? - **6.** Conclusioni.

---

\* Il contenuto del saggio e' stato condiviso tra i due autori, alla Prof.ssa Icolari (associato di diritto tributario Università degli Studi Guglielmo Marconi di Roma) sono da attribuire i paragrafi 1,2,6; al dottor D'Amelio (dottorando di ricerca in Diritto ed Impresa - Luiss Guido Carli Roma) i paragrafi 3,4,5.

## 1. Introduzione.

All'indomani della Grande Guerra la scelta di incentivare il capitalismo, divenuto oggi un "capitalismo digitale", ha determinato un'aggregazione spontanea del mercato che negli anni ha dettato la prevalenza della *lex mercatoria* sulla sovranità nazionale, espressione, quest'ultima, di un diritto legato a un territorio circoscritto. In questa condizione di obsolescenza degli Stati nazionali l'avvento di *internet* ha modificato radicalmente il contesto in cui l'uomo vive, per cui, per dirla con Rodotà, accanto all'*habeas corpus* si è sviluppata un'attenzione peculiare anche per l'*habeas data*, ovvero per una dimensione economica dove i dati, le transazioni e gli altri beni immateriali acquistano un valore monetario di pregnante significato. Di fronte a questa nuova realtà dove la rete agisce persino sulla formazione del consenso democratico, mentre filosofi come Floridi si interrogano sull'infosfera e sul bisogno di assicurare la qualità dei processi e delle relazioni, collegando persino la salubrità ambientale alla digitalizzazione, il mercato digitale assume una posizione via via sempre più rilevante. Ciò, poiché, da quando *internet* ha modificato le nostre abitudini velocizzando le nostre relazioni in una realtà globalizzata, per cui all'*e-commerce* si sono aggiunti prima la digitalizzazione dell'informazione, poi i *social network* e il *business* dei Big Data, per arrivare ai *Bitcoin* e alla possibile scomparsa della moneta per come l'abbiamo sempre conosciuta<sup>1</sup>, l'importanza dei beni dematerializzati, anche all'interno dell'attività d'impresa, e delle transazioni digitali si è resa particolarmente significativa. Importanza che è divenuta ancora più densa di significato con il diffondersi del Covid-19 a livello mondiale<sup>2</sup>. Non a caso mentre l'inizio della pandemia aveva condotto gli studiosi a prospettare la crisi della globalizzazione ovvero la sua fine per il contrarsi delle relazioni economiche mondiali, con la decisione di ricorrere al *lockdown*, per evitare il dilagare del contagio, l'avanzare del processo economico virtuale è divenuto inarrestabile. Al di là dell'esigenza di un governo mondiale dell'economia, è facilmente intuibile che tutti questi nuovi modelli economici richiedano ora una disciplina globale che da un lato

---

1 Sulla fiscalità delle criptovalute si rinvia a M. PIERRO, *La qualificazione giuridica e il trattamento fiscale delle criptovalute*, in *Riv. dir. trib.*, n. 2/2020, p. 103 ss.

2 Sugli effetti della pandemia sul sistema tributario, in particolare sull'impatto che tale crisi sta provocando e sulle misure fiscali di contenimento, da ultimo v., A. CONTRINO e F. FARRI (a cura di), *Pandemia da Covid-19 e sistema tributario*, Pisa, Pacini, 2021, *passim*, anche se le riflessioni, almeno per quanto concerne la lettura interna delle molteplici problematiche e delle prospettive evolutive del sistema fiscale determinate dalla pandemia da Covid-19, non possono prescindere dalle critiche avanzate al sistema istituzionale, almeno per quanto concerne le categorie di atti scelti. Per una rilettura critica di tali fonti nello Stato di emergenza v., U. DE SIERVO, *Il contenimento del Covid: interpretazioni e Costituzione*, Modena, Mucchi editore, 2021, *passim*.

eviti la concorrenza sleale tra l'economia tradizionale e quella digitale, dall'altro consenta lo sviluppo umano sia nel rispetto del principio di eguaglianza che di un obbligo contributivo fondato sull'appartenenza a una comunità e non solo come altra faccia negativa del costo dei diritti, cioè indipendentemente dalla quota e dalla qualità di servizi pubblici ricevuti. Tutto questo allo scopo di porre fine ai casi di concorrenza sleale tra settori di attività e giurisdizioni tributarie, scongiurando il tal modo anche il monopolio del digitale, con parte della popolazione che vive in uno stato di grande sproporzione rispetto alle decisioni assunte dalle *digital enterprises*, fautrici per un certo verso dell'aumento della povertà a cui stiamo assistendo, ma soprattutto della disuguaglianza anche nella povertà<sup>3</sup>. In questa problematica che richiama il bisogno di fondo di realizzare la redistribuzione del reddito, in virtù di quella stretta interdipendenza che sussiste da sempre tra giustizia tributaria e giustizia sociale, la fiscalità oggi è in estrema sofferenza. Ago della bilancia tra il mercato e la concorrenza, nell'imputazione dei redditi, al di là della residua possibilità di tassarli nel luogo dove sorge la ricchezza, la scelta di puntare esclusivamente sul criterio dell'universalità, ovvero dell'attribuzione soggettiva di tutti i redditi del contribuente là dove egli risulti residente, non si è rivelata efficace, neppure dopo aver adeguato i criteri di collegamento tra l'attività economica digitale e lo Stato titolare del potere fiscale. Non è un caso, infatti, se nella tassazione societaria sacche di elusione, anche per via della distrazione del fatturato in paesi a fiscalità privilegiata, non si riescono a evitare. Ciò nonostante i tentativi di ampliare la nozione di stabile organizzazione ricomprendendovi anche elementi presuntivi virtuali di collegamento di una persona con il territorio. In tal verso, per l'imposizione diretta si annoverano il valore della produzione, il luogo dove si concludono i contratti di vendita ovvero i sistemi di pagamento<sup>4</sup>; per quella indiretta,

<sup>3</sup> Sul bisogno di un ritorno all'eguaglianza e di un governo mondiale dell'economia per fronteggiare l'aumento delle diseguaglianze e anche le ipotesi di sovranismo e di protezionismo nazionale che si profilano in un'ottica di uscire dalla stretta relazione che è venuta a determinarsi tra la globalizzazione economica e il nazionalismo, v. da ultimo A. POGGI, *Oltre la globalizzazione. Il bisogno di uguaglianza*, Modena, Mucchi editore, 2020, *passim*. Sempre in ordine ai fattori che spingono il mercato ad incidere sulla decisione politica e sull'attuale assetto della democrazia partecipativa anche se con un'attenzione precipua a come e fino a che punto le regole del mercato possono limitare il potere di imposizione fiscale degli Stati nazionali di fronte alle multinazionali v., F. GALLO, *Il futuro non è un vicolo cieco. Lo stato tra globalizzazione, decentramento ed economia digitale*, Palermo, Sellerio, 2019, *passim*.

<sup>4</sup> In diritto tributario la bibliografia sulla tassazione dell'economia è oramai abbastanza corposa, *ex multis*. A. CARINCI, *La fiscalità dell'economia digitale: dalla web tax alla (auspicabile) presa d'atto di nuovi valori da tassare*, in *Fisco*, n. 47/48 del 2019, p. 4507 ss.; L. DEL FEDERICO, *La digital economy ed il sistema tributario: considerazioni introduttive*, in AA.VV., *La digital economy nel sistema tributario italiano ed europea*, in L. DEL FEDERICO, C. RICCI (a cura di), Roma, 2015, *passim*; F. GALLO, *L'evoluzione*

invece, l'attribuzione del potere fiscale nel paese dove avviene la prestazione. A tal riguardo, è utile ricordare come, nonostante i provvedimenti dell'Ocse e della Commissione Europea, le multinazionali riescano, attraverso abusi del diritto, operazioni transfrontaliere di pianificazioni fiscali aggressive o le pratiche di arbitraggio, ad ottenere ancora sgravi fiscali che azzerano quasi del tutto il loro onere contributivo. In altri termini allo scopo di evitare l'ascesa dell'algocrazia, con meccanismi poco trasparenti e inegualitari, gli Stati nazionali insieme alle organizzazioni internazionali tentano di adattare la disciplina domestica ai fenomeni immateriali aggiornando i cosiddetti tre *asset*,<sup>5</sup>. Tentativo che è operato costantemente e che risulta incentrato su un rapporto dialogico tra tecnica e diritto, così come immaginato da Irti e da Severino<sup>6</sup>, ma che per disegnare con chiarezza lo scenario del mondo moderno, preconizzato anche da Schmitt nell'incontro simbolico tra terra e mare<sup>7</sup>, deve diventare un modello condiviso a livello mondiale e con criteri fiscali univoci<sup>8</sup>. Anzi deve puntare, all'interno di un ripensamento globale dei capisaldi della fiscalità a livello europeo e internazionale, a una condivisione politico-normativa volta a suddividere equamente il carico fiscale tra i paesi coinvolti dall'obbligo tributario.

Prima di approfondire le dinamiche delle connessioni tra economia digitale e diritto tributario, osservando nello specifico i criteri di collegamento territoriale e adeguando il novero degli elementi che identificano il rapporto della persona giuridica con il territorio, va evidenziato che in passato il criterio prevalente di ripartizione della potestà tributaria era quello della fonte e non quello della personalità. Poi in seguito agli eventi terroristici del 2001 lo scopo della repressione

---

*del sistema tributario e il principio di capacità contributiva*, in *Rass. trib.*, n. 3/2013, p. 499 ss.; A. GIOVANNINI, *Ripensare la capacità contributiva*, in *Dir. prat. trib.*, n.1/2016, p. 15 ss.; A.M. JMENEZ, *BEPS, the Digital(ized) Economy and the Taxation of Services and Royalties*, in *Intertax*, n. 8/9 del 2018, p. 46 ss.; A. URICCHIO, *Intelligenza artificiale e diritto - robot tax: modelli di prelievo e prospettive di riforma*, in *Giur. it.*, n. 7/2019, p. 1657 ss.; Id., *Dematerializzazione della ricchezza, globalizzazione e nuovi indici di misurazione della ricchezza: le sfide dell'imposizione all'inizio del nuovo millennio*, in AA.VV., *Dal diritto finanziario al diritto tributario - Studio in onore di Andrea Amatucci*, Bogota - Napoli, Jovene, 2011, 3, III, p. 107 ss.

<sup>5</sup> In particolare, puntando prima sul ritrovamento di qualche elemento materiale di contatto tra reddito e territorio per poi passare a contemplare il momento del valore economico, in particolare dove esso si è manifestato e in quale forma (reddito, consumo ecc).

<sup>6</sup> N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, La Terza, 2001, *passim*.

<sup>7</sup> C. SCHIMTT, *Terra e mare*, Milano, Adelphi, trad. 2002, *passim*.

<sup>8</sup> Sicuro che la fiscalità digitale abbia fatto emergere la necessità di un ripensamento del sistema tributario nel suo complesso è anche F. PEPE, *Dal diritto tributario alla diplomazia fiscale. Prospettive di regolazione giuridica delle relazioni fiscali internazionali*, Milano, Cedam, 2020, in particolare p. 19 ss.

del riciclaggio determinò che il Legislatore tributario rispondesse sin dall'inizio con una disciplina basata sulla collaborazione e sullo scambio di informazioni per imputare i redditi all'effettivo percettore e per questo motivo il criterio della residenza del soggetto passivo, valida a assicurare il rispetto della tassazione del reddito mondiale, sostituì quello del luogo dove sorgeva la ricchezza. Nel corso degli anni, però, la difficoltà a stabilire una connessione dei soggetti passivi d'imposta con il territorio ha stimolato la ricerca di un criterio di collegamento anche in base ad un'altra lettura della cittadinanza, diversa da quella tradizionale, incentrata sulla nozione di appartenenza. In questa prospettiva, confortati dalla giurisprudenza che riconosce l'appartenenza a un territorio anche in virtù dell'esistenza di legami affettivi e non solo quando ricorrono interessi economici stabili in quel contesto<sup>9</sup>, anche l'imputazione dei redditi può essere giustificata dal riscontro di tali legami. Criterio utile a assicurare la giustizia tributaria quando manca il fatto fisico a stabilire l'obbligo contributivo, i paragrafi che seguono analizzano le scelte della politica fiscale internazionale di collegare fiscalmente situazioni economiche rilevanti con un territorio, nel senso di attribuirle a una comunità statale. Tale ricostruzione, operata in una chiave storico-problematica, approda purtroppo a evidenziare l'incompletezza del sistema tributario, fermo al riconoscimento delle nuove forme di ricchezza che spostano risorse economiche da un luogo a un altro con grande velocità, sottolineando nell'analisi l'importanza degli atti di *soft law* allorché questi conducano alla trasformazione del fatto in una nuova categoria giuridica.

## **2. La difficoltà a reperire una valida nozione di stabile organizzazione nell'era della *digital economy*.**

Come abbiamo già tratteggiato, nella *digital economy* la questione problematica più importante è sicuramente quella di determinare a quale giurisdizione compete esercitare la sovranità tributaria. Ciò per la difficoltà a imputare correttamente i redditi di una persona, fisica o giuridica, presente nello Stato non solo quando ricorre profonda discrepanza tra il luogo di residenza della società e quello in cui quest'ultima può operare, ma in particolar modo quando tale assegnazione risulti impossibilitata, poiché connotata dall'immaterialità che non consente di stabilire dove nascono le operazioni economiche messe in vita da siffatti soggetti giuridici, né il momento in cui esse sorgono. Tale incertezza, oltre a comportare che le nozioni comuni di *residenza* e di *stabile organizzazione* create per il mercato tradizionale entrino

---

<sup>9</sup> In merito v., Comm. trib. regionale Lombardia, sez. II, sent. n. 1865 del 2017.

in crisi, spostano anche il fuoco del confronto rispetto all'analisi di un'attività economica diversa intorno alle domande: chi detiene il potere impositivo? chi è il soggetto passivo? e quanto è il debito d'imposta?

Premessa una situazione più complicata di quella della riconduzione alle ipotesi di elusione anche internazionale, per l'assenza della previsione legislativa rispetto a interi settori produttivi che vanno dal commercio alla pubblicità e che riguarda non solo le transazioni bensì anche i benefici fiscali da accordare, va evidenziato come il concetto di residenza fiscale prima di essere non bastevole per il digitale, non sia neppure mai stato definito in maniera uniforme a livello internazionale. Nel rapporto tra mercato globale e fiscalità l'assenza di tale uniformità e il rispetto del brocardo della doppia imposizione hanno imposto che la potestà tributaria sui soggetti fiscalmente residenti da sempre risulti suddivisa tra due principi: il *worldwide taxation principle* e il *territorial taxation principle*. Nel primo, il prelievo avviene avendo come riferimento il reddito complessivo del soggetto passivo, ovunque questi sia stato generato. Nel secondo caso, invece, il potere impositivo è esercitato unicamente nel luogo ove sorge la ricchezza tassabile, investendo la totalità dei redditi generati nel corso di attività svolte nel territorio nazionale. Quanto ai soggetti non residenti, fattispecie più vicina al nostro tema di indagine, occorre sottolineare come le imprese multinazionali da sempre esercitino la propria attività economica in diversi paesi per il tramite di "stabili organizzazioni". All'interno delle multinazionali quelle digitali, invece, ricorrendo a metodi innovativi e per lo più immateriali, possono decidere di non creare alcuna sede fissa di affari, abbattendo in tal modo fortemente anche le barriere all'entrata dei mercati.

Pure se l'impresa digitale può non ricorrervi, in via preliminare va detto che la nozione di stabile organizzazione ("*permanent establishment*" o "PE")<sup>10</sup> risponde all'esigenza di individuare un criterio di ripartizione del potere impositivo tra diverse giurisdizioni fiscali allorché un soggetto residente in uno Stato produca redditi d'impresa in un altro Stato, in modo tale da allocare correttamente il reddito nei diversi Stati in cui opera la società multinazionale e eliminare le forme di doppia imposizione che gravano sui flussi di reddito transfrontalieri. In altri termini, la

---

<sup>10</sup> La nozione di "stabile organizzazione" appare nei documenti ufficiali per la prima volta nel 1927, anno in cui la "Società delle Nazioni" la introdusse per la prima volta al paragrafo 1 dell'articolo 5 del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni. Attraverso la nozione di S.O. si individua un criterio di ripartizione del potere impositivo tra diverse giurisdizioni fiscali, in modo tale da allocare correttamente il reddito nei diversi Stati in cui opera la società multinazionale, riconducendo la rispettiva titolarità impositiva ad un paese diverso da quello di residenza ed eliminando la doppia imposizione che si può realizzare sui flussi di reddito transfrontalieri.

stabile organizzazione rappresenta la soglia minima su cui si poggia la ripartizione convenzionale del potere impositivo tra lo Stato della fonte, in cui il reddito d'impresa è prodotto, e lo Stato della sua residenza fiscale. Affinché sia assicurato un corretto svolgimento della potestà impositiva l'impresa non residente deve però essere effettivamente radicata nel sistema economico dello Stato fonte, ovvero per assoggettare a tassazione i redditi prodotti devono esserci profitti e fatturato<sup>11</sup>.

Tutto questo è avvenuto pacificamente sino a quando accanto al mercato tradizionale non è comparso quello digitale.

Allorquando la digitalizzazione dell'economia e l'avvento dell'imprenditoria *high tech* hanno determinato il mutamento della struttura dei gruppi societari, per cui essi svolgono attività digitali o multidimensionali con cui perseguono il loro oggetto sociale senza necessitare di una presenza fisica, il dato di non riuscire esattamente ad attribuire in uno Stato profitti e fatturato ha contribuito a mettere in discussione i principi alla base dell'istituto della stabile organizzazione. Anzi, il dato materiale che numerose imprese digitali abbiano utenti e o clienti in un paese senza esservi presenti fisicamente e che dall'interazione con i dati e con i contributi degli stessi si generi un valore economico notevole insinua il dubbio se abbia ancora un senso cercare di adattare la nozione di stabile organizzazione all'immaterialità.

In un'economia globalizzata ma ancora troppo sbilanciata sull'ordine contrattuale privato il dilemma di questa nuova forma di mercato che sfugge alle regole precostituite è sicuramente quello di contribuire all'aumento delle diseguaglianze. Ciò ha suscitato un ampio dibattito internazionale. I vari Stati, infatti, oltre al bisogno di armonizzare la contrattualistica, anche in materia fiscale avvertono ormai la necessità di rinvenire soluzioni a livello sovranazionale per trovare il giusto connubio tra lo sfruttamento dei vantaggi derivanti dall'economia 4.0 e l'equa ripartizione del gettito fiscale.

In un sistema che anela alla costruzione di un diritto amministrativo globale che va oltre la compenetrazione con la giurisprudenza, con tutti i dubbi che concernono i punti di contatto con gli ordinamenti nazionali e l'esercizio della loro sovranità nazionale, l'ordinamento tributario vede nella gestione in maniera efficace ed efficiente dei moderni e volatili sistemi di *business model* e dei relativi ricavi la maggiore sfida da affrontare. Partendo dal presupposto che la necessità di una scelta fiscale globale non può però fermarsi ad assicurare solo l'efficacia e l'efficienza a scapito dell'eguaglianza, essa è dettata sia dalla grande mobilità delle transazioni che avvengono in *internet*, che dal fatto che gli elementi di reddito possono essere

<sup>11</sup> Per una disamina più approfondita, si rinvia a A. SFRONDINI, *La stabile organizzazione*, in A. DRAGONETTI - A. SFRONDINI - V. PIACENTINI, *Manuale di fiscalità internazionale*, (a cura di), Milano, IPSOA, 2019, pp. 1177-1228.

generati da remoto, senza che quindi sia necessaria la presenza di una stabile organizzazione. Come abbiamo già ampiamente profilato la prima e immediata contrapposizione tra il mercato tradizionale e quello digitale è sicuramente l'inadeguatezza degli strumenti tradizionali di diritto tributario internazionale a regolare gli attuali modelli economici e di organizzazione imprenditoriale. In altri termini i concetti di Stato della fonte e di Stato di residenza mal si conciliano con i concetti chiave di mobilità e di volatilità che rappresentano i tratti distintivi della *digital economy*, allo stesso modo la tradizionale nozione di Stato di residenza risulta obsoleta, considerato che per le imprese digitali si identifica anche con il luogo fisico di origine della proprietà intellettuale e non più unicamente con il luogo di direzione effettiva dell'impresa<sup>12</sup>.

## **2. Verso un nuovo modello internazionale di tassazione della *digital economy*.**

Premesso che sinora si sono affrontate questioni fondamentali che richiamano il rapporto con il territorio sia di persone fisiche che giuridiche e il dovere di solidarietà economica<sup>13</sup>, la principale difficoltà a declinare un nuovo sistema internazionale di

---

12 E' evidente come la *digital economy* poco si attagli con la tradizionale nozione di residenza fiscale, rendendo più difficoltosa la verifica della sussistenza dei criteri di riferimento previsti dal diritto tributario (sede amministrativa, sede legale, luogo di effettivo svolgimento dell'oggetto principale della società). Affinché vi sia una connessione deve, infatti, sussistere un criterio di collegamento territoriale della potestà impositiva e occorre definire un legame ragionevole tra la capacità contributiva manifestata dal presupposto e l'ordinamento di cui fa parte la norma che disciplina il tributo, delimitando in tal modo anche la sfera di applicazione del tributo nazionale. A tal riguardo si ravvisano, però, criticità nell'individuazione:

- dell'oggetto principale dell'attività, ovvero del luogo in cui si svolge in misura prevalente l'attività essenziale per la realizzazione dei principali scopi sociali;

- del luogo di direzione effettiva, dal momento che la direzione dell'attività di impresa non necessita di una "cabina di regia" fisica, ma può certamente essere esercitata da remoto. Ne consegue la difficoltà di identificare la giurisdizione nella quale viene a determinarsi una componente reddituale tassabile e quindi competente ad esercitare la propria sovranità tributaria. Le vigenti norme in materia tributaria, predisposte all'inizio del XX secolo, sono state dettate per le imprese tradizionali e non prendono in considerazione l'impatto mondiale delle attività digitali che non necessitano di una presenza fisica per poter fornire servizi digitali e che svolgono attività a distanza grazie al contributo degli stessi utenti finali, mediante lo sfruttamento di attività immateriali.

13 Dovere questo alla base dell'esercizio della funzione fiscale ma anche del vivere sociale. Com'è noto a tutti l'esercizio del dovere tributario implica un obbligo fondamentale per lo sviluppo e il regolare funzionamento del paese. In questi termini interesse fiscale da un lato e capacità contributiva dall'altro identificano sia le forme di partecipazione alle spese pubbliche sia l'elemento di redistribuzione delle ricchezze, secondo i principi costituzionali che presiedono la giustizia distributiva.

tassazione della *digital economy*, capace anche di ridisegnare i principi della fiscalità internazionale in funzione dei nuovi equilibri geo-economici, è rappresentata dalla necessità di elaborare un valido criterio di collegamento per assoggettare a tassazione i redditi prodotti dai moderni modelli di *business* nel territorio in cui essi sono effettivamente generati. In un discorso che dovrebbe tendere a contemperare l'aumento delle diseguaglianze, l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (di seguito "OCSE") si è impegnata attivamente per ricercare soluzioni mirate alle problematiche poste dagli *standard* impositivi tradizionali in tema di tassazione della *digital economy*. Nonostante gli sforzi profusi a cercare di garantire validi e adeguati criteri di allocazione dei redditi prodotti dalle imprese digitali, l'assenza di una reale volontà politica non ha ancora determinato una posizione realmente risolutiva a livello internazionale, su cui ridisegnare il consenso globale intorno a quel nucleo di valori che richiamano la stretta connessione tra primato della persona e giustizia distributiva.

Partendo dal presupposto che attualmente il fuoco del confronto è tra l'istituzione di un'imposta digitale o la tassazione del reddito societario di queste imprese diverse dalle tradizionali, inizialmente però il campo di indagine dell'OCSE si è incentrato solo sul concetto di stabile organizzazione con diversi tentativi di modificare la sua nozione, seppur senza risolvere definitivamente il problema. Non a caso pur dopo aver esteso la declinazione all'accezione virtuale, il nervo scoperto della tassazione dell'economia digitale rimane sicuramente quello della mancata corrispondenza tra le fattispecie messe in vita dalle società diverse da quelle tradizionali e le relative imposte. Invero il requisito costituito da una S.O. è stato elemento cardine delle convenzioni fiscali fin dall'inizio delle prime bozze di modelli da parte della Lega delle Nazioni e, come dimostra l'iniziativa BEPS, è ancora fattore scatenante di numerose controversie a livello internazionale.

Rinviando l'analisi del modello BEPS al prosieguo e rifacendosi ad un discorso più storico-ricostruttivo del fenomeno fiscale digitale, occorre puntualizzare come questa tipologia di attività economica, caratterizzata da un centro di interessi non fisso né inglobato in un territorio, sia stata oggetto di attenzione da parte dell'OCSE sin dall'inizio degli anni 90, a seguito della diffusione dell'*e-commerce*. Siffatto organismo, infatti, nell'osservare l'insieme delle transazioni commerciali volte alla fornitura di prodotti e servizi attraverso un comune *browser* di pagine *web*, percepì sin da subito la sua reale portata innovativa e pur in presenza di oggettive difficoltà, incominciò a riflettere in merito a come applicare i capisaldi dei sistemi di imposizione tradizionale ai fenomeni delle transazioni telematiche. All'interno dei lavori del Congresso di Ottawa del 1998 emerse chiaramente come l'intenzione

dell'organizzazione internazionale non fosse quella di individuare nuove regole specificatamente rivolte al commercio elettronico, bensì di adattare in via interpretativa la definizione tradizionale dell'istituto contenuta nell'articolo 5 del "Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni" (di seguito, "Modello OCSE") o meglio di adeguare il concetto di stabile organizzazione alla luce delle nuove casistiche, figlie dell'era tecnologica<sup>14</sup>.

Di seguito, nel 1999, l'OCSE nel delegare *il Working Party n. 1* di ricercare soluzioni interpretative e consentire la coerente applicazione del principio tradizionale anche in ambito di *e-commerce*, approvò solo alcuni limitati cambiamenti al Commentario del Modello<sup>15</sup>, contribuendo in tal modo ad attribuirgli anche natura ermeneutica. Sulla base di tale natura esso divenne applicabile a tutte le convenzioni in vigore che

---

14 L'OCSE, percepita l'influenza del commercio elettronico sulla nozione di stabile organizzazione, aveva elaborato un documento presentato a Ottawa nel 1988 nel quale veniva ribadita l'applicabilità dei principi delineati nell'articolo 5 del Modello OCSE al commercio elettronico. Decisa a adattare la definizione di stabile organizzazione, anche alla *digital economy*, l'organizzazione internazionale istituì un gruppo di lavoro per valutare l'idoneità della normativa allora vigente in materia di *e-commerce* e, eventualmente, aggiornarla. In merito, il cosiddetto "*Ottawa Taxation Framework*" osservò in particolare che i tradizionali principi fiscali internazionali dovessero essere applicati al nuovo ambiente commerciale promosso da *Internet* relativo a beni e servizi digitali. Di seguito, nel 1999, l'OCSE delegò *il Working Party n. 1* di ricercare soluzioni interpretative e consentire la coerente applicazione del principio tradizionale che individuava la stabile organizzazione anche in ambito di *e-commerce*. Attribuita la natura ermeneutica al Commentario, rendendolo applicabile a tutte le convenzioni in vigore che riprendono dal modello OCSE la definizione di stabile organizzazione. Sempre a riprova dell'intenzione dell'OCSE di adattare la nozione si può citare l'art. 7, il quale prevede che gli utili che un residente di uno Stato contraente consegue dallo svolgimento di una attività commerciale in altro Stato contraente sono assoggettabili ad imposta solo se vengono prodotti attraverso una stabile organizzazione. In altri termini, gli utili che un residente di uno Stato contraente consegue dallo svolgimento di una attività commerciale in altro Stato contraente sono assoggettabili ad imposta solo se vengono prodotti attraverso una S.O. Siffatto principio fu introdotto per la prima volta nel 1997 a Turku in Finlandia, all'interno di un programma dell'OCSE sulle sfide fiscali del commercio digitale transfrontaliero.

15 Il modello OCSE è corredato da un Commentario, redatto dagli esperti del Comitato Affari Fiscali (*OECD Committee on Fiscal Affairs - "CFA"*), che è divenuto una guida comunemente accettata per l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni dei trattati vigenti. Nonostante la natura giuridica del Commentario non sia in realtà unanimemente riconosciuta, esso potrebbe essere fatto rientrare come elemento integrativo dei Trattati stipulati in base all'articolo 3 paragrafo 2 del Modello secondo cui "*per l'applicazione della Convenzione da parte di uno Stato contraente in qualsiasi momento, i termini ivi non definiti hanno il significato che ad essi è in quel momento attribuito dalla legislazione di detto Stato relativa alle imposte alle quali si applica la Convenzione, a meno che il contesto non richieda una diversa interpretazione, fermo restando che il significato attribuito dalle leggi fiscali prevarrà rispetto al significato attribuito da altre leggi dello Stato*".

ancora oggi riprendono la definizione di stabile organizzazione<sup>16</sup>, senza che fosse quindi necessario procedere alla modifica dei trattati già ratificati.

Successivamente, in occasione del *Forum on Electronic Commerce* di Parigi, il Comitato Affari Fiscali propose una prima versione abbozzata del Commentario, con modifiche specifiche che si incentravano segnatamente sulla possibilità di qualificare come stabile organizzazione il sito *web* e il *server* in base all'articolo 5 del Modello OCSE<sup>17</sup>.

Senza dilungarci ulteriormente nel percorso storico, negli anni gli sforzi

---

16 Con il termine "stabile organizzazione", l'articolo 5 del Modello OCSE identifica una "sede fissa di affari in cui l'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività" ("*fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on*"). Gli elementi caratteristici sono pertanto due: l'esistenza di una installazione fissa in senso tecnico (es. locali, attrezzature, etc.) e lo svolgimento, per mezzo di tale struttura, di un'attività economica. Per una disamina più dettagliata in merito, si rinvia a P. VALENTE - G. IANNI - F. ROCCATAGLIATA, *Economia digitale e commercio elettronico*, IPSOA, Milano, 2015, pp. 164-168. Trattasi quindi di quella "proiezione economica" di un'impresa in un diverso territorio e, in base al suddetto art. 5, si configura una S.O. quando un'impresa ha una sede fissa di affari in uno Stato diverso da quello della propria residenza fiscale, attraverso la quale l'impresa esercita in tutto o in parte la propria attività ("materiale") o un soggetto che opera svolgendo attività imputabili al non residente ("personale"). Quanto alla prima tipologia di S.O., la stabile organizzazione c.d. materiale (S.O.M.), l'art. 5 del Modello OCSE fa riferimento a tre principali requisiti:

1) Requisito oggettivo, il quale si declina principalmente in due seguenti caratteristiche tipiche:

a) L'esistenza di una sede d'affari. Con questa espressione, si indica l'insieme dei locali utilizzati per l'esercizio dell'attività d'impresa, indipendentemente dal fatto che siano utilizzati esclusivamente per tale scopo. Inoltre, come indicato nel Commentario OCSE, il possesso di un bene immobile, sia esso in locazione o di proprietà, non rappresenta un requisito per rilevare tout court la presenza di una sede d'affari. Nel caso dei server che ospitano siti web, il Commentario precisa che la presenza o l'intervento di personale non è richiesto affinché il server sia considerato una sede d'affari;

b) Stabilità della sede. Si intende l'esistenza di un certo grado di permanenza tra la sede e il luogo in cui essa si trova, cioè una struttura che presenti un sufficiente grado di stabilità. Il legame in questione deve sussistere affinché possa crearsi il collegamento minimo necessario tale da legittimare l'imposizione dello Stato sui redditi che ne scaturiscono. Il requisito della stabilità necessita che vi sia il requisito della "stabilità fisica", nel senso di un legame geografico tra il luogo d'affari e un territorio, nonché la stabilità temporale. Secondo l'OCSE, un server può configurare una S.O.M. secondo i principi generali previsti dall'art. 5.1 del Modello di Convenzione contro le Doppie Imposizioni, poiché da solo può costituire una sede fissa di affari. In particolare, le condizioni di "stabilità" sono soddisfatte quando il server: (i) non subisce spostamenti; (ii) è nella piena disponibilità dell'impresa non residente (l'impresa non residente è proprietaria o locataria del server e lo gestisce direttamente); (iii) genera attività significative ed essenziali in rapporto al *core business* dell'impresa non residente.

2) Requisito soggettivo, il quale afferisce ai rapporti che permettono di ricollegare la sede fissa d'affari al soggetto-impresa non residente. Ci si riferisce quindi alla relazione

dell'organismo in parola per trovare una soluzione alla tematica della tassazione della *digital economy* non si sono mai arrestati fino ad arrivare alla definizione di stabile organizzazione virtuale<sup>18</sup>.

Pur se ancorato alla fissità della sede, in seguito alla crisi finanziaria del 2007 e ai problemi di bilancio e di riduzione del gettito fiscale che hanno coinvolto un gran numero di paesi, i Legislatori fiscali iniziarono a pensare a una legislazione per contrastare l'elusione fiscale internazionale e l'evasione *offshore*. In quel contesto l'accento fu puntato anche sulla tassazione delle grandi imprese del digitale, uniche a

---

tra la sede fissa di affari e il soggetto non residente.

Infatti, la semplice esistenza di una sede fissa di affari non è sufficiente a costituire una S.O., ma il soggetto non residente deve avere la sede a propria disposizione. Non è necessario che l'impresa che possa potenzialmente configurarsi quale S.O. abbia un diritto di natura formale (diritto legale acquisito per legge, contratto o altro accordo legalmente formalizzato sotto la forma di proprietà, locazione, deposito, pegno o altro) per utilizzare il luogo in questione. Inoltre, sempre relativamente al requisito soggettivo, rileva l'intenzione del soggetto non residente: se l'impresa prevede di esercitare le sue operazioni attraverso la sede fissa d'affari per un periodo potenzialmente indefinito, esiste una S.O.M. anche se *de facto* tali intenzioni non si realizzano.

3) Requisito funzionale, con il quale si fa riferimento allo svolgimento nella sede di un'attività economica connessa all'attività principale dell'imprenditore. Da una parte, le operazioni effettuate della sede devono corrispondere ad una attività imprenditoriale o commerciale; dall'altra deve sussistere un collegamento tra l'attività svolta e il luogo nel quale è situata.

L'articolo 5 prevede anche delle esclusioni, come le attività preparatorie o accessorie. Esempi sono le strutture con il solo scopo di immagazzinare o gli uffici di collegamento che si limitano a pubblicizzare o raccogliere informazioni commerciali. Quanto invece alla S.O. c.d. personale (S.O.P.), in assenza di una sede fissa d'affari, una S.O. può essere caratterizzata dalla presenza di un agente che rappresenta l'impresa in un altro Stato. Tale agente, sia esso una persona fisica o una persona giuridica, gestisce i contratti a nome dell'impresa.

In sostanza, questa seconda tipologia di figura ricondotta sotto il *nomen* di S.O. è fondata sul presupposto che la casa madre possa svolgere la propria attività all'estero (Stato della fonte) in maniera indiretta, avvalendosi in loco di un rappresentante, che, a determinate condizioni, viene qualificato come S.O. anche se non rappresenta una sede fissa attraverso cui opera la casa madre. Il Modello OCSE, all'art. 5, commi 5 e 6, adotta una definizione negativa della nozione di "dipendenza" e stabilisce che un agente è indipendente quando agisce in nome proprio e non ha alcuna relazione subordinata con l'impresa, sia giuridica che economica. Per S.O.P. si intende quindi la persona (fisica o giuridica) che, anche in assenza di alcuna struttura materiale nel territorio dello Stato, svolge abitualmente un ruolo decisivo nella conclusione di contratti in nome e per conto di una impresa non residente, senza agire quale agente indipendente che opera nell'ambito della propria ordinaria attività.

17 Precisato che le attività svolte mediante server non devono essere limitate ad attività preparatorie o ausiliarie perché si possa qualificare quale stabile organizzazione e risulta necessario valutare caso per caso se tali apparecchiature configurano una stabile organizzazione. A tal riguardo, il Commentario specifica che «un sito *Internet*, che è una combinazione di *software* e dati elettronici, non può di per sé costituire una proprietà tangibile. Non ha una posizione che può costituire una "sede di attività" in quanto non

trarre margini altissimi di profitti senza avere alcuna presenza fisica in molti paesi del mondo. Per questo motivo e per evitare l'elusione dettata dall'aggiramento della nozione di stabile organizzazione, nel 2012 il G20 messicano a Los Cabos diede mandato esplicito all'OCSE di approfondire i fenomeni di *Base Erosion and Profit Shifting* (di seguito "BEPS"), mentre a quello russo tenutosi a San Pietroburgo nel 2013, l'organo presentò il rapporto *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* individuando un piano d'azione, articolato in 15 misure, volto ad analizzare e affrontare su scala internazionale le criticità della *digital economy*.<sup>19</sup>

In particolare, con l'*Action 1*<sup>20</sup> dopo aver preso coscienza del fatto che l'economia digitale non può essere circoscritta e separata dal resto del mercato, vista la sua rilevanza, e dell'incapacità dell'attuale sistema di regole fiscali nazionali e internazionali di intercettare e tassare tutti redditi prodotti dalle grandi multinazionali digitali si predispone la qualificazione di un *nexus* alternativo a quello tradizionale basato sulla presenza fisica. A tal riguardo, per avallare tributi caratterizzati da fatti imponibili che prescindono dalla presenza di una *taxable presence* (identificata con una stabile organizzazione) nel territorio degli Stati in cui

---

esiste "struttura come sede o, in alcuni casi, macchinari o attrezzature». Invece, «il server su cui il sito web è memorizzato e attraverso il quale è accessibile è un pezzo di equipaggiamento avendo una posizione fisica e tale ubicazione può quindi costituire una "sede fissa di attività" dell'azienda che gestisce quel server».

18 Pur rimanendo al passo con il processo di evoluzione digitale che investe maggiori settori dell'economia alla luce di un contesto economico sempre più globalizzato essendo la S.O. un «*fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on*», l'OCSE in principio non aveva accolto un differente principio di S.O. "virtuale" essenzialmente per due motivi:

- la considerazione che non fossero necessari nuovi strumenti per affrontare le nuove problematiche fiscali relative alla *digital economy*, essendo quindi sufficienti le vigenti disposizioni in materia di S.O.;
- la mancanza di un riscontro che testimoniassero la sussistenza di un nesso causale diretto fra la generazione di redditi mediante strumenti telematici e la sostanziale riduzione delle entrate fiscali in alcuni paesi.

19 Il BEPS Action Plan comprende nuovi standard minimi in materia di scambio di informazioni tra paesi, affrontando numerose e rilevanti problematiche fiscali, fra cui l'abuso dei trattati, le pratiche fiscali dannose, lo scambio automatico di informazioni in sede di accordi fiscali tra multinazionali e paesi. Il Rapporto "Piano d'Azione" su "Erosione della Base imponibile e spostamento dei profitti" (BEPS), ha suddiviso il proprio programma in 15 misure per affrontare la questione a livello internazionale. Un primo pacchetto di misure del report BEPS è stato presentato il 16 settembre 2014, mentre il 5 ottobre, nel G20 di Lima, sono stati pubblicati i risultati finali del progetto BEPS. Quest'ultimo è volto a limitare le pratiche fiscali dannose, incentivare lo scambio automatico di informazioni, rivedere le linee guida dei prezzi di trasferimento e ridefinire il concetto di stabile organizzazione per porre fine alle pratiche di erosione della base imponibile.

20 Introdurre specifiche norme fiscali sull'economia digitale riguardanti le imposte dirette ed indirette al fine di affrontare le relative problematiche fiscali.

operano, si è ricorso all'ausilio della "significant digital presence" ovvero alla "stabile organizzazione virtuale". Inoltre, seguendo questa scia un'ulteriore possibilità di tassare i redditi del digitale potrebbe consistere nel suddividere i profitti di un gruppo fra i diversi Stati alla luce dei fattori che contribuiscono a determinarne la ricchezza<sup>21</sup>.

Sempre per evitare l'aggiramento della stabile organizzazione anche il *Final Report* dell'Action 7 "Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status" si è rilevato di particolare importanza, soprattutto per quanto concerne l'attuale definizione di stabile organizzazione c.d. "personale" e la nozione di "attività preparatorie ed ausiliarie"<sup>22</sup>. Volte a evitare l'elusione, tali modifiche, per il tramite del paragrafo 4 dell'articolo 5 del Modello OCSE, statuiscono che ricorre la stabile organizzazione solo qualora una sede di affari venga utilizzata per lo svolgimento delle attività tassativamente indicate nella lista ivi contenuta<sup>23</sup>.

Allo stesso modo, l'OCSE ha inteso trovare una soluzione alle pratiche delle imprese volte ad aggirare le previsioni convenzionali sulla stabile organizzazione personale, sostituendo, ai sensi dell'attuale art. 5 Modello Ocse, ai tradizionali modelli di *business*, incentrati su soggetti "distributori" controllati direttamente dall'impresa non residente, i rapporti contrattuali di commissione.<sup>24</sup> Oppure alla

---

21 L'OCSE ha segnalato che la *digital economy* non ha contribuito a creare nuove e insormontabili criticità di erosione della base imponibile e spostamento degli utili, ma ha esasperato le modalità con cui le multinazionali cercano di perseguire tali finalità. Pertanto, l'OCSE resta fiduciosa che, in attesa di una soluzione specifica, questi meccanismi elusivi e nocivi posti in essere dalle multinazionali possano essere quanto meno arginati, attraverso le misure contemplate in altre Action. Si ricordano in tal senso l'Action 3<sup>35</sup> (relativa alla rivisitazione della disciplina delle *controlled foreign companies* - "CFC"), l'Action 7 (sul contrasto all'utilizzo artificioso della stabile organizzazione) e le Action 8-10 (destinate ad assicurare che i risultati dell'analisi sui prezzi di trasferimento siano effettivamente conformi con la creazione della catena di valore).

22 V. CIRIMBILLI - M. MASI, *La nuova definizione di stabile organizzazione "personale" contenuta nell'Action 7 del Progetto Beps*, in *Rivista delle operazioni straordinarie*, 2017, pp. 42-55.

23 Il fine è quello di prevenire l'applicazione automatica di tali esenzioni restringendo l'attività svolta (formalmente) a carattere ausiliario ovvero preparatorio. Inoltre, il *Report* finale sull'Action 7 del Progetto BEPS mira ad evitare illegittime forme di elusione della tassazione nello Stato della fonte, rendendo più semplice la configurazione della stabile organizzazione c.d. "personale".

24 Tali contratti sono contraibili dalla persona fisica o giuridica che, pur senza porre in essere alcuna struttura materiale nel territorio dello Stato, li conclude abitualmente in nome e per conto di una impresa non residente, senza agire quale agente indipendente che opera nell'ambito della propria ordinaria attività. Si definisce invece "accordo di commissione" il contratto con il quale una parte, detta commissionario, si obbliga ad acquistare o a vendere beni in nome proprio e per conto di un'altra parte detta società committente. Per esercizio abituale dell'attività principale che porta alla conclusione di contratti, è necessario fare riferimento all'attività di convincimento di una parte di un

difficile qualificazione della persona che abitualmente conclude contratti quale “agente indipendente” dall’impresa estera, a cui secondo il paragrafo 6 dell’articolo 5 del Modello OCSE, non sarebbe riconducibile l’esistenza di una stabile organizzazione.

Con riferimento a queste pratiche, di sovente elusive della definizione di stabile organizzazione, il *Final Report* dell’Action 7 cerca di risolvere le questioni dubbie affermando il principio secondo il quale vi sarebbe un collegamento fra un’impresa e uno Stato, tale da assoggettarla ad imposizione, qualora un intermediario svolga la propria attività in uno Stato e concluda dei contratti per cui sarebbe l’impresa non residente in questione a doverne dare esecuzione.

A questo punto viene spontaneo chiedersi cosa significhi esattamente agire “*on behalf of an enterprise*”, ovvero “per conto di un’impresa”. L’OCSE nel nuovo paragrafo 32.3 del Commentario conferisce una risposta nel potere dell’agente di porre in essere comportamenti giuridicamente rilevanti che contribuiscano in maniera rilevante a coinvolgere l’impresa nell’ambito delle attività svolte nell’altro Stato. Tali attività sarebbero in grado di far sorgere diritti e obblighi direttamente in capo all’impresa non residente, senza che invece sorga alcun obbligo sorga in capo all’agente. A titolo esemplificativo, il livello minimo di coinvolgimento è assimilabile all’attività di un socio o dell’amministratore che agisce per la società.

Al di fuori di siffatte specificazioni utili a fare chiarezza intorno alla nozione e alla ricorrenza della stabile organizzazione, in seguito alle modifiche al paragrafo 5 dell’articolo 5 del Modello OCSE, il presupposto della spendita del nome dell’impresa estera non rappresenta più connotato distintivo per identificarla. Al contrario, siffatta riforma ha introdotto due ulteriori fattispecie idonee a configurarla:

- contratti sottoscritti dall’agente dipendente volti a trasferire la proprietà o il diritto di uso di beni sui quali l’impresa non residente ha il diritto di proprietà o il diritto di uso;

---

soggetto a entrare in un rapporto contrattuale con l’impresa; la semplice attività promozionale, invece, non rileva. Per comprendere in maniera più chiara tale concetto, il Commentario specifica quanto avviene ai rappresentanti delle imprese farmaceutiche, i quali illustrano il prodotto ai medici, che prescrivono successivamente quel prodotto ai pazienti. La conclusione del contratto con il paziente non può essere concretamente ricondotta all’attività dell’impresa nel territorio dello Stato, sicché il rappresentante non costituisce una stabile organizzazione personale dell’impresa farmaceutica. Al riguardo va rimarcato *Final Report* dell’Action 7 fa notare che, attraverso gli accordi di commissione, un’impresa può vendere i propri prodotti in un altro Stato senza configurare una stabile organizzazione a cui sarebbero imputati i relativi ricavi di vendita, con conseguente tassazione di questi ultimi. Sarebbe soggetta a tassazione solamente la remunerazione ricevuta.

– contratti sottoscritti dall’agente dipendente finalizzati alla prestazione di servizi da parte dell’impresa non residente<sup>25</sup>.

Pur costituendo strumenti di *soft law* giuridicamente non vincolanti, di fronte a questa situazione di fatturati stratosferici che sfuggono alla tassazione ci si aspetta che i Paesi che hanno partecipato alla loro elaborazione curino la concreta attuazione dei principi sviluppati dall’OCSE ovvero predispongano una soluzione finale per la tassazione della *digital economy*<sup>26</sup>.

#### **4. La *digital economy* nella prospettiva comunitaria.**

In data 21 marzo 2018, la Commissione Europea ha formulato due Proposte di Direttiva in materia di tassazione della *digital economy*. In particolare, la prima è volta a stabilire una normativa per la tassazione delle società che hanno una “presenza digitale significativa” (COM (2018) 147), mentre la seconda ha per oggetto l’introduzione di una imposta transitoria relativa al sistema comune d’imposta sui servizi digitali applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali (COM (2018) 148)<sup>27</sup>. Si sottolinea che le citate proposte di Direttiva, in aggiunta alla

---

25 Si ricorda tuttavia che, ai sensi del paragrafo 4 dell'articolo 5, le attività svolte da un soggetto per conto di un'impresa non residente non configurerebbero una “stabile organizzazione materiale” qualora fossero riferibili esclusivamente ad attività a carattere preparatorio o ausiliario, pur se esercitate attraverso un base fissa di affari. Pertanto, in seguito alle modifiche apportate all'articolo 5 del Modello OCSE, il commissionario che agisce senza spendere il nome dell'impresa non residente potrà configurare una stabile organizzazione personale dell'impresa medesima se svolge abitualmente un ruolo decisivo per stipulare i contratti che vengono poi sottoscritti dalla impresa non residente per il trasferimento di beni. Resta inteso che l'impresa dovrà in tal modo mantenere una presenza abituale nello Stato estero affinché si possa parlare di stabile organizzazione, con conseguente assoggettamento a tassazione dei redditi generati.

26 In quest’ottica, nella riunione dell’OCSE/G20 *Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting* tenutasi a Fukuoka 28 e 29 maggio 2019 e approvata dai ministri delle Finanze e dai leader del G20 nel mese di giugno 2019, In questo documento vengono pertanto individuati due pilastri ma non vengono proposte soluzioni specifiche. I due principi generali sono:

- 1) il riesame delle regole alla base dell’allocazione dei profitti nei diversi Stati e il “nesso” tra presenza economica di un’impresa in un paese anche in assenza di presenza fisica (vista la presenza fisica ridotta o persino inesistente dell’impresa non residente) e il diritto da parte di questo a tassarne i redditi;
- 2) progettazione di un sistema internazionale volto a garantire che le multinazionali, in particolare quelle operanti nell’economia digitale, siano assoggettate a un livello minimo di tassazione, contrastando le possibilità di possibilità di *profit shifting*.

27 Pur non prettamente riferibile al tema di stabile organizzazione, si intendono comunque fornire brevi cenni in merito alla Proposta di Direttiva (COM (2018) 148). Precisamente viene proposta l’introduzione di un’imposta sui ricavi generati dalla

Raccomandazione C (2018) 1650 del 21 marzo 2018, sono state illustrate dalla Commissione Europea nell'ambito della Comunicazione del 21 marzo 2018 (in tema di elaborazione di proposte del pacchetto per la tassazione equa dell'economia digitale) ma nonostante ciò non hanno ancora trovato attuazione a causa del mancato raggiungimento dell'unanimità tra gli Stati membri dell'Unione Europea.

La presente trattazione, incentrandosi sulla tematica della residenza fiscale e della stabile organizzazione nella *digital economy*, analizzerà la direttiva COM (2018) 147. Nel delineare l'attuale contesto, dopo aver sottolineato come le norme vigenti in materia di imposta sulle società «*si basano sul principio che gli utili dovrebbero essere tassati nel luogo in cui è creato il valore*», la proposta di Direttiva riconosce l'inadeguatezza delle norme tradizionali rispetto al fenomeno digitale, in quanto essendo state concepite per settori tradizionali legati a una presenza fisica in un paese, non potevano prevedere l'influenza travolgente che i servizi digitali avrebbero avuto sul mondo economico e imprenditoriale.

Alla luce di ciò si è ravvisata la necessità di nuovi indicatori per superare la nozione di "stabile organizzazione" cioè per assoggettare ad imposta persone non residenti ai fini fiscali, tenuto conto che una riflessione su tale tematica migliorerebbe anche «*la resilienza del mercato interno nel suo complesso, al fine di rispondere alle sfide della tassazione dell'economia digitale*». Tale obiettivo, però, non può essere conseguito in maniera adeguata mediante l'azione individuale di ciascun Stato Membro poiché le imprese digitali possono operare a livello transfrontaliero senza avere alcuna presenza fisica in una giurisdizione, ma approcci unilaterali e divergenti da parte dei singoli Stati membri potrebbero portare alla frammentazione del mercato unico.

A tal fine, l'articolo 1 della proposta di Direttiva in oggetto si prepone di ricercare norme che amplino il campo di applicazione della nozione di stabile organizzazione applicabile, così da includervi una "presenza digitale significativa" attraverso cui è esercitata una attività e i principi concepiti per attribuire degli utili a tale presenza

---

prestazione di alcune tipologie di servizi digitali (spazi pubblicitari resi disponibili su di una piattaforma digitale indirizzata agli utenti della medesima; le piattaforme digitali "*multi-sided*" che consentono agli utenti di trovare altri utenti ed interagire con gli stessi, e che possono facilitare la fornitura di beni e servizi direttamente tra gli stessi utenti; la vendita di dati grezzi, cioè informazioni che sono state raccolte ma non ulteriormente elaborate) e per soggetti passivi d'imposta individuati nelle società con ricavi totali superiori ad € 750 milioni a livello mondiale, e € 50 milioni di ricavi dai servizi digitali sopra indicati nell'Unione Europea. Il luogo di tassazione è da identificarsi nel luogo nel quale si trova l'utente al momento in cui l'imposta diventa esigibile, identificabile attraverso l'*indirizzo IP* dei dispositivi utilizzati per accedere ai servizi o ad altri strumenti di geolocalizzazione più affidabili; l'aliquota standard indicata nella proposta di Direttiva è del 3%, che si applica ai ricavi lordi generati da tutti i servizi sopra citati ma al netto dell'Imposta sul valore aggiunto e altre imposte analoghe.

digitale significativa.

Il campo di applicazione della proposta di Direttiva, invece, è definito dall'articolo 2, che si applica alle entità operanti a prescindere che il luogo di residenza ai fini dell'imposta sulle società sia in uno Stato membro o in uno Stato extra-UE. L'articolo 2, paragrafo 2 stabilisce però che la Direttiva si applichi a società residenti in un Paese terzo, con il quale lo Stato Membro ha concluso una Convenzione internazionale diretta ad evitare la doppia imposizione, unicamente se la Convenzione contro la doppia imposizione contiene disposizioni simili agli articoli 4 e 5 della Proposta (COM (2018) 147) che siano ancora in vigore.

L'articolo 4 della proposta di Direttiva si concentra sulla nozione di "presenza digitale significativa", che rappresenta il *core* della proposta volta a modernizzare a un principio tributario che poco risponde alla realtà digitale che permea ogni ambito del mercato. A tal riguardo, stabilito il criterio che ai fini dell'imposta sulle società si considera che ricorra la stabile organizzazione solo se esiste una presenza digitale significativa, attraverso la quale è esercitata, in tutto o in parte, un'attività, questi si aggiunge agli altri diretti a verificare l'esistenza di una stabile organizzazione in uno Stato Membro, avuto specifico riguardo alla fornitura di servizi digitali o di altro tipo<sup>28</sup>.

Dopo aver introdotto il concetto di stabile organizzazione virtuale come qualcosa legato a una presenza, la proposta di Direttiva coglie l'insieme degli aspetti che configurano siffatta presenza digitale significativa in uno Stato Membro, in un determinato periodo d'imposta<sup>68</sup>. Alla luce del Considerando n. 6, un'impresa digitale fa registrare una presenza digitale significativa quando è legata ad uno Stato Membro dalla sussistenza dei ricavi derivanti dalla fornitura di servizi digitali, del numero di utenti o del numero di contratti commerciali per servizi digitali. In questo discorso va detto che in via di principio la semplice vendita di beni o servizi attraverso la piattaforma di *internet* non è considerata un servizio digitale. Al contrario, secondo l'articolo 4, paragrafo 3, si considera esistente 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 e 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:

- la parte dei ricavi totali ottenuti nel corso di tale periodo d'imposta e derivanti

---

<sup>28</sup> Proposta di Direttiva (COM (2018) 147), articolo 4 paragrafo 2.

dalla fornitura di tali servizi digitali a utenti situati nello Stato Membro considerato nel detto periodo d'imposta sia superiore a € 7.000.000<sup>29</sup>;

- il numero di utenti di uno o più di tali servizi digitali - che sono situati nello Stato Membro considerato nel corso di tale periodo d'imposta da parte di utenti situati nello Stato Membro considerato - sia superiore a 100.000<sup>30</sup>.
- il numero di contratti commerciali per la fornitura di servizi digitali conclusi nel corso di tale periodo d'imposta, da parte di utenti situati nello Stato Membro considerato, sia superiore a 3.000.

Con riferimento alla conclusione di contratti per la fornitura di servizi digitali, ai sensi del paragrafo 5 è necessario considerare quanto in appresso:

- a) si considera che un contratto sia un contratto commerciale se l'utente che lo conclude esercita 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, sempre 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.

Con riferimento alla determinazione del reddito da attribuire alla stabile organizzazione digitale, il Considerando n. 7 stabilisce poi che la presenza digitale significativa di un'impresa può essere tassata in un'altra giurisdizione in conformità del relativo diritto interno in virtù delle regole sull'attribuzione degli utili. È infatti essenziale che i fattori di ripartizione degli utili mantengano una stretta correlazione con la creazione di valore. A tal riguardo, il paragrafo 1 dell'articolo 5 della proposta di Direttiva stabilisce che gli utili che sono attribuibili a una presenza digitale significativa in uno Stato membro sono soggetti unicamente al regime dell'imposta sulle società di tale Stato. Inoltre, il paragrafo 2 afferma che gli utili attribuibili alla presenza digitale significativa o in relazione ad essa sono quelli che la presenza

<sup>29</sup> Secondo quanto disposto dal paragrafo 7 dello stesso articolo 4, la parte dei ricavi totali viene determinata in proporzione al numero di volte in cui i dispositivi sono utilizzati nel corso di tale periodo d'imposta da parte di utenti situati in tutto il mondo per accedere all'interfaccia digitale attraverso la quale sono forniti i servizi digitali.

<sup>30</sup> Per quanto riguarda la fruizione di servizi digitali, ai sensi del paragrafo 4 dell'articolo 4 della Proposta (COM (2018) 147), si considera che un utente sia situato in uno Stato Membro in un periodo d'imposta se l'utente, nel corso di detto periodo di imposta, utilizza un dispositivo in tale Stato Membro per accedere all'interfaccia digitale attraverso la quale sono forniti i servizi digitali. Al paragrafo 6, infine, viene specificato come determinare lo Stato Membro in cui è utilizzato un dispositivo dell'utente: lo Stato viene determinato con riferimento all'indirizzo di protocollo *internet* (c.d. "*IP address*") del dispositivo o, se più accurato, a qualsiasi altro metodo di geolocalizzazione.

digitale ha realizzato tenendo conto delle funzioni esercitate, degli attivi utilizzati e dei rischi assunti attraverso un'interfaccia digitale. Continuando su questo punto, il paragrafo 3 dispone poi che la determinazione degli utili attribuibili alla presenza digitale significativa si deve basare su un'analisi funzionale.

Per determinare quindi le funzioni della presenza digitale significativa e attribuirvi la proprietà economica degli attivi e i rischi, si deve tener conto delle attività economicamente rilevanti svolte dall'impresa attraverso un'interfaccia digitale. In merito, le attività svolte dall'impresa attraverso un'interfaccia digitale relative a dati o utenti sono da considerare come attività economicamente rilevanti della presenza digitale significativa, che attribuiscono i rischi e la proprietà economica degli attivi a tale presenza.

Sempre in relazione all'identificazione di utili attribuibili alla presenza digitale significativa, il paragrafo 4 espone l'importanza di tenere debito conto delle attività economicamente rilevanti svolte dalla presenza digitale significativa che sono pertinenti per lo sviluppo, il potenziamento, il mantenimento, la protezione e lo sfruttamento delle attività immateriali dell'impresa. Il paragrafo 5 invece chiarisce il concetto di "attività economicamente rilevanti", facendo cenno di una serie di attività svolte dalla presenza digitale significativa attraverso un'interfaccia digitale, tra cui:

- a) la raccolta, l'archiviazione, il trattamento, l'analisi, la diffusione e la vendita di dati degli utenti;
- b) la raccolta, l'archiviazione, il trattamento e la visualizzazione dei contenuti generati dagli utenti;
- c) la vendita di spazi pubblicitari *online*;
- d) la messa a disposizione sul mercato digitale di contenuti creati da terzi;
- e) la fornitura di qualsiasi servizio digitale non elencato alle lettere da a) a d).

Al fine di determinare gli utili attribuibili, oltre agli articoli già enucleati, v'è poi il paragrafo 6, dove accanto al criterio della ripartizione degli utili, si prevede una deroga da esso rimettendo al contribuente la possibilità di ricorrere a un metodo alternativo basato su principi accettati a livello internazionale allorché questo risulti più appropriato anche con riferimento all'analisi funzionale. In questo discorso 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 raccolti per ciascuno Stato membro.

In conclusione, la proposta di Direttiva COM (2018) 147 contribuisce all'intenzione della Commissione di ampliare l'attuale concetto di stabile organizzazione applicabile ai fini delle imposte dirette attraverso un nesso imponible per tutte quelle imprese operanti a livello transfrontaliero nell'economia digitale che

dispongono di una significativamente presenza commerciale non fisica.

La nuova definizione di “presenza digitale significativa” costituisce, quindi, un’ipotesi integrativa rispetto alle disposizioni vigenti in tema di stabile organizzazione ai fini della tassazione dei redditi societari<sup>31</sup>, che prende in considerazione tre fattori caratterizzanti della *digital economy: scale without mass*<sup>32</sup>, importanza degli *asset* intangibili<sup>33</sup>, importanza dei dati e della partecipazione degli utenti (es. *social network*) nella creazione di valore.

In relazione, invece, al territorio di riferimento, il tratto distintivo sancito nella nuova impostazione è rappresentato proprio dal luogo in cui si reputa situato l’utente, ovvero il luogo registrato tramite all’indirizzo IP nel quale si trova il dispositivo utilizzato per giungere virtualmente alla piattaforma digitale con cui vengono forniti i servizi digitali.

Nonostante sia comunque stato fatto un passo in avanti attraverso queste modifiche, i limiti e i criteri riportati nella proposta di Direttiva potrebbero rivelarsi non pienamente adeguati a fronte delle continue innovazioni tecnologiche del settore digitale<sup>34</sup>. Potrebbe, in specie, risultare arduo identificare una presenza significativa digitale dal punto di vista pratico e creare delle forme specifiche di tipizzazione normativa in tal senso. Pertanto, si potrebbe introdurre un nesso basato sulla creazione di valore in uno Stato membro piuttosto che sull’esercizio di una particolare attività da parte di un’impresa.

Come già evidenziato, d’altronde, al fine di superare il limite “fisico” della nozione di stabile organizzazione, la proposta di Direttiva del Consiglio COM (2018) 147 introduce un concetto di stabile organizzazione “digitale” per identificare un innovativo criterio di collegamento territoriale per le imprese operanti nella *digital economy*, nonché criteri di determinazione del reddito imponibile e successiva allocazione tra i diversi Stati. Si specifica, però, che un’iniziativa unilaterale dell’Unione Europea potrebbe rappresentare un passo falso, giacché ipotizzare una

---

31 Viene quindi proposto un criterio di attribuzione dei poteri impositivi che tipizza un collegamento basato sulla localizzazione di dati e sulla partecipazione dei clienti, elementi fonte di valore per le imprese dell’economia digitale.

32 A tal riguardo, la digitalizzazione dell’economia ha consentito alle imprese di distribuire le diverse fasi del proprio processo di produzione in diversi paesi e di entrare a far parte della vita economica di più giurisdizioni anche senza una effettiva presenza fisica.

33 Si fa presente infatti che per la maggior parte delle imprese digitali, il settore della proprietà intellettuale, nonché piattaforme digitali e siti web rappresentano un elemento rilevante del proprio modello di business.

34 Studio Legale e Fiscale Tremonti Romagnoli Piccardi e Associati, Osservazioni al Ministero delle Finanze nell’ambito della consultazione pubblica riguardante il pacchetto di proposte della Commissione per la tassazione dell’economia digitale, 22 giugno 2018.

possibile soluzione non previamente condivisa con gli altri Paesi della comunità internazionale per modificare la “stabile organizzazione convenzionale” senza modificare le Convenzioni contro le doppie imposizioni esistenti potrebbe far sorgere numerosi limiti applicativi.

Infatti, mentre il paragrafo 2 dell’articolo 2 della Proposta di Direttiva del Consiglio COM (2018) 147 sembra applicarsi alle entità operanti nella *digital economy* residenti ai fini fiscali in uno Stato membro o in un paese terzo, il paragrafo successivo ristabilisce i confini operativi. L’applicazione della Direttiva, 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, è prevista infatti solo se tale Convenzione include una nozione di stabile organizzazione digitale simile a quella contenuta nella Proposta oggetto del presente contributo.

La Proposta di Direttiva del Consiglio COM (2018) 147 sembra riferirsi alle entità che svolgono attività digitali intra UE, tra uno Stato Membro ed uno Stato terzo con cui il primo non ha stipulato una Convenzione contro le doppie imposizioni, tra uno Stato Membro UE ed uno Stato terzo con cui il primo ha stipulato una Convenzione contro le doppie imposizioni contenente una nozione di stabile organizzazione digitale simile a quella contenuta nella Proposta di Direttiva del Consiglio COM (2018) 147. Tale scenario risulta alquanto improbabile dal momento che nessuna Convenzione contro le doppie imposizioni contiene una previsione simile<sup>35</sup>.

Nonostante la favorevole convergenza tra gli orientamenti europei e quelli Ocse, sinora non si è ancora raggiunto un accordo su una proposta di Direttiva Europea, ciò sostanzialmente a causa dell’opposizione di alcuni Stati (tra cui Irlanda, Danimarca e Svezia). Anche se, in assenza del raggiungimento di una soluzione comune a livello OCSE che rimane quantomeno auspicabile<sup>36</sup>, una risposta europea sarebbe più efficace anche sul piano diplomatico, soprattutto alla luce del recente abbandono degli Stati Uniti dal tavolo della trattativa per l’instaurazione di un nuovo sistema di tassazione sui servizi digitali<sup>37</sup>.

---

35 Per una disamina maggiormente puntuale, vedi Sul punto vedi F. CIANI - A. LANOTTE, “*L’economia digitale e l’azione del progetto BEPS. La stabile organizzazione «virtuale» e il commercio elettronico: introduzione del concetto di «significativa presenza economica»*”, in *Boll. Trib.*, 2018, p. 1364 ss.

36 Sul punto, si rinvia a M. ANTONINI - E. TOSCHETTI, *Web tax e obsolescenza degli attuali sistemi impositivi*, in *Corr. Trib.*, n. 41/2017, p. 3177; M. CERRATO, *La procedura di cooperazione e collaborazione rafforzata in materia di stabile organizzazione (c.d. Web tax transitoria)*, in *Riv. dir. trib.*, n. 6/2017, p. 751 ss.

37 A. Rappeport - A. Swanson - J. Tankersley - L. Alderman, *U.S. Withdraws From Global Digital Tax Talks*, in *The New York Times*, 17 giugno 2020.

## 5. L'imposta italiana sui servizi digitali: un reale concetto innovativo di stabile organizzazione?

Alla luce del dibattito internazionale già illustrato, alcune giurisdizioni europee hanno elaborato proprie soluzioni normative in seguito alle conclusioni a cui è giunto il vertice informale Ecofin, tenutosi a Tallinn il 15 ed il 16 settembre 2017. In quella occasione, l'obiettivo evidente era quello di delineare una soluzione momentanea in attesa di quella elaborata a livello mondiale che implicherà la necessità di modificare le Convenzioni contro le doppie imposizioni al fine di assoggettare a tassazione i redditi nel luogo in cui le imprese hanno una significativa presenza digitale.

Il legislatore italiano, dopo aver già manifestato l'intenzione di voler assoggettare a tassazione le imprese multinazionali, ha novellato con la Legge di bilancio 2018<sup>38</sup> l'articolo 162 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (di seguito, "TUIR"), elaborando una propria definizione di presenza digitale significativa. Ha inoltre introdotto un'imposta sulle transazioni digitali (c.d. "web tax") a decorrere dal 1° gennaio 2020.

Quanto al primo aspetto, il novellato articolo 162 del TUIR ha introdotto nell'articolo del Testo Unico, al secondo comma, la lettera *f-bis*) che testualmente dispone: «l'espressione "stabile organizzazione" comprende [...] una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costituita in modo tale da non far risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso». La nuova previsione dell'articolo 162 del TUIR costituisce una nuova fattispecie suscettibile di configurare una stabile organizzazione, e, conseguentemente, di integrare la *taxable presence* di un'impresa estera. A primo impatto, il legislatore avrebbe concepito un singolare criterio di connessione che non prende in considerazione alcuna sede fissa di affari nell'ottica di una nuova geografia "virtuale". Secondo parte della dottrina<sup>39</sup>, la lettera *f-bis*) dell'articolo 162 del TUIR, avrebbe accolto nell'ordinamento interno l'*Action 1 – Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy* del progetto che ha l'obiettivo di individuare forme di tassazione diverse mediante parametri puntuali che prescindono dalla presenza di una "taxable presence", formulando un "nesso" con il territorio. Ne conseguirebbe che, in base al nuovo articolo 162 del TUIR, l'esistenza

38 Legge 27 dicembre 2017, n. 205: Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020.

39 Sul tema, si rinvia a M. ANTONINI – M. L. MARIELLA, *Stabile organizzazione: la parola ad Assonime*, in *Corr. Trib.*, n. 34/2018, p. 2593 ss.; F. PAPOTTI, *Stabile organizzazione: dogmi, gregari e rivoluzionari*, in *Corr. trib.*, n. 21/2018, p. 1676 ss.; D. AVOLIO, *La nuova definizione di stabile organizzazione*, in *Corr. Trib.*, n. 4/2018, p. 265 ss.

della stabile organizzazione può prescindere appunto dalla presenza di una sede fissa d'affari e numerose imprese non residenti operanti nella *digital economy* potrebbero essere assoggettati a tassazione in Italia<sup>40</sup>.

Secondo altra parte della dottrina<sup>41</sup>, invece, un esame più letterale del disposto legislativo non riconoscerebbe siffatto inedito criterio di connessione che prescinde dall'insediamento fisico dell'impresa non residente. Invero, una «*significativa e continuativa presenza economica*» nel territorio italiano non è sufficiente per integrare una stabile organizzazione. La predetta lettera *f-bis*) dell'articolo 162 del TUIR, infatti, fa riferimento a una significativa e continuativa presenza economica costruita «*in modo tale da non far risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso*». Difatti, l'insediamento stabile nel territorio dello Stato deve altresì essere stato pressoché "dissimulato", dando luogo a una diversa fattispecie rispetto all'effettiva realtà fattuale.

Quindi, il novellato articolo 162 del TUIR è formulato "in chiave antielusiva" e risulta finalizzato a contrastare il fenomeno dell'elusione fiscale generato dall'occultamento degli elementi sintomatici della presenza di una stabile organizzazione invece di ambire ad ampliare i criteri di collegamento che danno origine a una stabile organizzazione. Secondo questa impostazione ermeneutica "antiabuso", «*il riferimento agli elementi della stabilità, della ricorrenza e della dimensione economica dell'attività hanno la finalità dichiarata di impedire, ad opera dei contribuenti, manipolazioni che impediscano la qualificazione di stabile organizzazione*»<sup>42</sup>.

Quanto sopra rappresentato evidenzia come l'articolo 162 del TUIR non costituisca realmente un criterio di connessione innovativo. Si configura, infatti, una stabile organizzazione con la presenza materiale dell'impresa non residente nel territorio dello Stato e l'articolo 162 del TUIR non può rappresentare il fondamento giuridico per poter tassare arbitrariamente le multinazionali digitali. Sulla base di ciò il *leitmotiv* della riforma del 2017 era quello di riconoscere nell'ordinamento interno la validità dei principi antielusivi in materia di stabile organizzazione contenuti nella *Convenzione multilaterale per l'attuazione delle misure BEPS*. E, non solo, anche quello di assoggettare a tassazione i profitti di quelle multinazionali straniere che abbiano «*una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato*» ma che tentino di nascondere o far apparire alquanto irrilevante e trascurabile la presenza fisica per

---

40 Il legislatore italiano si riferisce ad una «*significativa e continuativa presenza economica*», riprendendo l'espressione «*significant economic presence*» utilizzata nei documenti OCSE e comunitari.

41 B. FERRONI, *Stabile organizzazione: la disciplina nazionale si adegua al BEPS e introduce la "continuativa presenza economica"*, in *Il fisco*, n. 7/2018, p. 632 ss.

42 *Dossier* n. 560/2 del Servizio Studi del Senato, p. 269.

mezzo della quale l'impresa non residente esercita, in tutto o in parte, la sua attività.

Quanto al secondo aspetto (introduzione dell'imposta sulle transazioni digitali), il fine del Legislatore è di assoggettare a tassazione i ricavi originati dai servizi digitali<sup>43</sup> resi agli utenti situati in Italia, identificati sulla base dell'indirizzo IP del dispositivo utilizzato o ad altro sistema di geo-localizzazione. In breve, l'imposta è pari al 3% dei ricavi realizzati in Italia e colpisce gli operatori economici che l'anno precedente a quello fiscalmente di riferimento abbiano ottenuto:

- ricavi totali a livello di gruppo  $\geq$  di € 750 milioni a livello di gruppo;
- ricavi  $\geq$  di € 5,5 milioni dalla fornitura di servizi digitali resi in Italia.

I soggetti passivi d'imposta devono tenere una apposita contabilità mensile per rilevare le informazioni sui ricavi dei servizi imponibili e le informazioni per il calcolo dell'imposta; al contrario, i soggetti passivi non residenti privi di una stabile organizzazione in Italia e localizzati in un paese extra-UE devono nominare un rappresentante fiscale per assolvere gli obblighi di dichiarazione e di pagamento dell'imposta.

In conclusione, appare assai difficoltoso prevedere con una *web tax* efficace solo entro i confini nazionali di un singolo paese, che penalizzerebbe le imprese residenti nei paesi che la applicano. Non rimane che auspicare una vera soluzione condivisa: una *web tax* a carattere internazionale o per lo meno europeo, dopo aver adottato un concetto di stabile organizzazione adeguato alle sfide alle sfide tributarie della *digital economy*.

## 6. Conclusioni.

A conclusione della riflessione sulle modifiche apportate alla nozione di stabile organizzazione per attrarre a tassazione in un paese i redditi prodotti da attività del tutto immateriali il bisogno di equità fiscale ha manifestato la necessità di una rivisitazione dei criteri di collegamento. In un quadro di incertezza che parte dalle regole fiscali valide per arrivare al futuro dell'Unione europea, l'attività economica digitale è oramai una realtà imprescindibile pur se connotata dall'assenza di uno *status* internazionale e da una situazione di stallo politico-normativa. Caratterizzata da un centro di interessi non fisso, né inglobato in un territorio essa presenta il

---

<sup>43</sup> Rientrano nella nozione di "servizi digitali": la veicolazione su un'interfaccia digitale di pubblicità mirata agli utenti della medesima interfaccia; la messa a disposizione di un'interfaccia multimediale che consenta agli utenti di entrare in contatto ed interagire tra di loro, anche al fine di facilitare la fornitura diretta di beni o servizi; la trasmissione di dati raccolti da utenti e generati dall'utilizzo di un'interfaccia digitale.

problema che i suoi proventi non sono imputabili ad una stabile organizzazione in un territorio nonostante il ricorso alla sua accezione virtuale incentrata sulla presenza digitale significativa. Declinata in una forma finalizzata a smascherare le localizzazioni occulte comprovando la presenza nello Stato anche per mezzo di quelle parti autonome che esprimono un *quid pluris* oltre l'azione umana del ciclo produttivo, sulla scorta del principio sancito dalla Cassazione nel caso *Philip Morris* nel lontano 2008, nervo scoperto della tassazione dell'economia digitale rimane sicuramente quello della mancata corrispondenza tra le fattispecie messe in vita dalle società diverse da quelle tradizionali e le relative imposte. In questo discorso, dove l'attenzione non può essere finalizzata solo sulle implicazioni etiche e sociali innescate dall'utilizzo di *internet*, ovvero sul bisogno di trasparenza e su come questi abbia modificato la produzione ma con essa anche il rapporto con la concorrenza e le altre libertà fondamentali, il bisogno di normare i prodromi di un diritto globale che nell'accezione tributaria contenga anche la tassazione dei profitti scaturenti da attività immateriali è oramai un'esigenza fortemente avvertita. Sinora invero una soluzione fiscale unitaria al fenomeno è stata impedita per un verso dalla differenza tra il diritto internazionale e le regole di politica economica; per altro verso dalla competizione che comunque persiste ancora tra i sistemi tributari statali. Nonostante l'individuazione di nuove ipotesi di criteri di collegamento abbia sollevato notevoli dibattiti internazionali, l'aver lasciato la prevalenza del criterio dell'imputazione soggettiva di tutti i redditi ha determinato che nell'economia digitale il fuoco del confronto risieda nel tassare l'operazione digitale, attraverso l'istituzione di un'imposta digitale, più che tassare il reddito societario di queste imprese diverse dalle tradizionali, magari con una formula che ripartisce la base imponibile tra i diversi paesi dove è sorta la ricchezza. Non è un caso se il Consiglio europeo di marzo ha ribadito la necessità di supportare la proposta della Commissione Europea di concertare entro il 2023 un prelievo europeo sul digitale. In relazione all'imposta digitale due sono essenzialmente i punti che sinora hanno inciso negativamente su di una sua riuscita. Il primo concerne sicuramente il dato del rapporto problematico con gli Usa per cui gli stessi hanno da sempre rivisto in un tal tipo di imposizione un dazio per alcune loro imprese, anche se al momento la proposta di una *Minimum global tax* fa propendere per una svolta completamente diversa anche a livello europeo<sup>44</sup>. Il secondo, invece, è legato alla struttura delle varie proposte di *digital tax*

---

44 Si tratta del progetto di tassare le imprese del digitale all'interno della riforma fiscale presentata dal nuovo governo Biden. Proiettata a evitare il fenomeno dell'erosione delle basi imponibili e la localizzazione di tali colossi nei paesi a fiscalità privilegiata per l'evidente disparità che si viene a creare tra le imprese con stabile organizzazione negli Usa e che vi riportano i profitti e quelle che spostano, anche in maniera occulta,

che si sono avvicinate<sup>45</sup>, le quali articolate per tassare il fatturato e non il profitto, vanno a incidere sul singolo contribuente e non sugli azionisti, prefigurando in tal modo una nuova tassazione sull'innovazione, che ne potrebbe rallentare anche lo sviluppo.

In tale prospettiva, dopo che accanto alla previsione di imposte ad *hoc* si è profilata anche l'ipotesi del metodo della sostituzione d'imposta, la tassazione della ricchezza digitale costituisce ad oggi uno dei nodi centrali nel dibattito sulle prospettive di riforma della fiscalità sia interna, sia internazionale nel tentativo di trovare una soluzione, equa, concretamente praticabile, efficiente ed efficace. Prima di concludere con l'auspicio della creazione di nuove forme di prelievo (ovvero di espansione delle modalità di quelle esistenti) dirette a colpire le diverse forme di ricchezza che le nuove tecnologie sono in grado di generare sembra doveroso fare un cenno alla considerazione del *web* come bene pubblico, riferimento in passato per la Commissione europea per proporre la cosiddetta *bit tax* magari questa volta nel segno della modifica dei valori che sono alla base della formulazione dell'art. 53 Cost. Nel passaggio dalla società dei patrimoni alla società della conoscenza, mutati i rapporti di valore tra beni e servizi per cui parte della ricchezza proviene solo da elementi immateriali la Commissione, in virtù della teoria del beneficio come

---

produzione e profitti all'estero, questa tassazione si inserisce all'interno di una riforma che da un lato promuove strumenti compensativi per la ricerca; dall'altro persegue l'obiettivo della giustizia fiscale ripristinando un'eguaglianza contributiva tra imprese americane e imprese americane operanti all'estero, in virtù di una tassazione minima comune sui profitti. Per un primo sguardo della riforma, con annesse le ricadute anche sull'UE v., O. FONTANA, A. MAIOCCHI, *Minimum global tax: una svolta anche per l'Europa*, in *Centro Studi sul federalismo*, reperibile dal sito [news@cspfederalismo.it](mailto:news@cspfederalismo.it), n. 218 del 6 maggio 2021.

45 In questo percorso tentativi di riorganizzare la materia da parte sia dei singoli Stati sia degli organi internazionali vi sono stati. Anche se tappe non risolutive si registra prima il Piano di Azione BEPS del G20, poi la proposta da parte della Commissione Europea a Tallin nel 2017 di un'imposta sulle transazioni digitali, *The digital single Market*, e dopo la direttiva sulle basi imponibili comuni. All'interno di essa la stessa Commissione ha presentato la proposta di Direttiva sulle norme relative all'imposizione societaria sulla base di una presenza digitale significativa. Sulla spinta di ciò in Italia l'articolo 1, comma 678, del Bilancio 2020 (legge n. 160/2019) contiene il via libera definitivo all'applicazione, al pari di altri Paesi, di un'imposta sui servizi digitali o *Digital service tax* (DST). Da ultimo v., M. LOGOZZO, *Tassazione della digital economy: l'imposta sui servizi digitali (ISD)*, in *Riv. trimestrale dir. trib.*, n. 4/2020, p. 805 ss. In realtà, la nuova normativa modifica in modo sostanziale la preesistente disciplina dell'imposta sui servizi digitali, peraltro già introdotta dalla precedente legge di bilancio ma mai entrata in vigore. Le nuove norme chiariscono in primo luogo le modalità applicative dell'imposta, che resta pari al 3%, con riferimento ai corrispettivi tassati, alle dichiarazioni e alla periodicità del prelievo. Sono altresì individuate le eventuali ipotesi di esclusione dall'imposta. Un'ulteriore condizione di novità riguarda l'introduzione dell'obbligo per i soggetti passivi non residenti di nomina di un rappresentante fiscale.

godimento totale, pensò di proporre un'imposizione simbolica su tutti i *byte* utilizzati. Lontana dalle ipotesi perseguite nei paesi europei di ritrovare il nesso di collegamento fisico, per così arginare pratiche elusive quali quella del “*profit shifting*” ovvero spostamento dei profitti nei paesi a fiscalità agevolata, o dell'azzeramento del reddito dei soci nello Stato di residenza tramite *shell companies*, sulla scia della *Diverted profits tax* inglese<sup>46</sup>, la proposta della Commissione europea si può rileggere come un primo tentativo di tassare le *new properties*.

---

46 Prevista dagli inglesi come clausola antiabuso, clausola che di fatto dovrebbe essere applicata da tutti i paesi, la *Diverted Profit tax* e' nata per evitare frodi e elusioni nel campo delle operazioni connotate dalla sola immaterialita'. A tal riguardo, per citare un caso di triangolazione elusiva nel campo dell'immaterialita' si puo' richiamare la famosa prassi elusiva del *Double Irish with Dutch Sandwich* con cui queste multinazionali del *web*, utilizzando la doppia esenzione, trasferiscono e mettono al sicuro gli utili esentasse in paesi a fiscalita' privilegiata. Non a caso, queste attraverso una serie concatenata di operazioni triangolari riescono a differire *sine die* la tassazione negli Usa, paese di residenza dell'ultimo livello della controllante del gruppo, per cui lo Stato fonte non ha gli strumenti giuridici per tassare i profitti mentre quello della residenza resta perennemente in attesa che il presupposto impositivo sorga dal rimpatrio di tali profitti. Operazioni tra di loro concatenate, unite dal filo rosso dell'elusione internazionale, questo sistema e' stato utilizzato per molti anni dalle grandi multinazionali, tipo *Google*, le quali approfittando della legislazione irlandese particolarmente favorevole dopo un accordo con l'Amministrazione finanziaria americana su un *transfer pricing* trasferivano i diritti di sfruttamento derivanti dall'uso della tecnologia a una societa' controllata irlandese residente in un paradiso fiscale. L'operazione con il fine di non far pagare le imposte sui redditi nei diversi paesi dove *Google* era presente, in quanto si avvaleva di strutture che allo stato attuale non integrano una stabile organizzazione, si realizzava per mezzo di una societa' partecipata olandese alla quale veniva ceduta la licenza della tecnologia e di una controllata irlandese verso la quale invece venivano trasferiti i ricavi. Quest'ultima societa', mero centro di fatturazione dei profitti conseguiti in tutto il mondo, applicando il regime particolarmente favorevole previsto dal sistema irlandese riusciva a dirottare la quasi totalita' dei profitti della multinazionale verso il paradiso fiscale senza alcun ritorno per gli Usa.