

Carlo Alberto Giusti

**È ANCORA RICHIESTA
“LA STABILE ORGANIZZAZIONE”?
IL CASO DELL’ECONOMIA DIGITALE**

Working Paper 8/2017

ISSN 2531-9728

Diritti comparati. Working paper [Online]

***Editore: Andrea Buratti, Giuseppe Martinico, Oreste Pollicino,
Giorgio Repetto, Raffaele Torino***

Coordinatore Editoriale: Serenella Quari

Sede: Via Roentgen, 1 – 20136 Milano

E-mail: submissions@diritticomparati.it

Data di pubblicazione: 21/11/2017

Carlo Alberto Giusti

**È ANCORA RICHIESTA “LA STABILE ORGANIZZAZIONE”?
IL CASO DELL’ECONOMIA DIGITALE**

Docente di Diritto Commerciale

SOMMARIO: 1. Premessa e cenni storici. – 2. *Digital economy*: caratteristiche e pratiche ricorrenti di pianificazione fiscale aggressiva. – 3. Criticità connesse alla residenza fiscale in “Rete”: il futuro è una presenza significativa “digitale”?

1. *Premessa e cenni storici.*

In un mondo in cui i modelli di business sono sempre più fondati sulle tecnologie innovative e le imprese possono interagire con i propri clienti ovunque essi si trovino senza per questo dover disporre di uno stabilimento fisico in ciascuno dei paesi in cui svolgono la propria attività, ha ancora senso parlare di “stabile organizzazione”? La “*physical presence*” è davvero un concetto attuale? Come dimostrano le recenti indagini svolte dalla Procura milanese sfociate nella stipula di accordi con Apple¹ prima e con Google² poi, la risposta sembrerebbe essere no. La nozione di “stabile organizzazione” nasce 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 divulgato in quello stesso anno. Era un’epoca diversa in cui l’economia era ancora fisica,

¹ Cfr. “Apple, accordo con l’Agenzia delle entrate: al fisco 318 milioni di euro”, Milano, 30 dicembre 2015, su www.corriere.it/tecnologia/15_dicembre_30/apple-accordo-l-agenzia-entrate-fisco-318-milioni-euro-e18af314-aebe-11e5-8a3c-8d66a63abc42.shtml; “Evasione fiscale, Apple trova accordo con l’erario italiano e paga 318 milioni di euro”, 30 dicembre 2015, su www.ilfattoquotidiano.it/2015/12/30/evasione-fiscale-apple-trova-laccordo-con-lerario-italiano-e-paga-318-milioni-di-euro/2339479/. Per una disamina più approfondita sulla struttura utilizzata dal gruppo Apple per ottenere un indebito risparmio d’imposta, si veda Ting A. (2014), “i-Tax—Apple’s International Tax Structure and the Double Non-Taxation Issue”, BRT, No. 1 © 2014 Thomson Reuters (Professional) UK Limited and Contributors.

² Cfr. Mincuzzi A., “Fisco a caccia di un miliardo sul web. Siglato l’accordo Google-Entrate per 306 milioni - Ora la partita con Amazon e Facebook”, su *Il Sole 24 Ore*, venerdì 5 maggio 2017 - N. 117; Mincuzzi A. “Google-Entrate, una pace da 300 milioni”, su *Il Sole 24 Ore*, giovedì 4 maggio 2017, sezione NORME&TRIBUTI.

tangibile, “fatta di calce e mattoni”³ e gli scambi commerciali erano contenuti con riguardo sia ai volumi che ai Paesi coinvolti. Ma cent’anni sono tanti e l’avvento tumultuoso delle tecnologie digitali ha in molti casi reso inadeguati⁴ i principi della fiscalità internazionale ancorati a un tempo ormai lontano in cui la certezza della pretesa impositiva sembrava essere assicurata dalla fisicità dei beni commercializzati. Già nel lontano 1961, il presidente Kennedy esprimeva tutta la sua preoccupazione al Congresso americano in merito all’uso improprio che le grandi “*corporations*”, sempre più proiettate verso mercati lontani da quello domestico, facevano delle Convenzioni e i timori erano fondati: “*Recently, more and more enterprises organized abroad by American firms have arranged their corporate structures - aided by artificial arrangements between parent and subsidiaries regarding intercompany pricing, the transfer of patent licensing rights, the shifting of management fees, and similar practices which maximize the accumulation of profits in the tax haven - so as to exploit the multiplicity of foreign tax systems and international agreements in order to reduce sharply or eliminate completely their tax liabilities both at home and abroad*”.⁵

Il presente *paper* si propone di fornire un’analisi in merito alle “inefficienze normative” del sistema fiscale internazionale utilizzate dai principali operatori dell’economia digitale al fine di eludere l’imposizione fiscale nei paesi in cui operano. In questo senso, tra i diversi nervi scoperti che il sistema fiscale presenta, è evidente che la fattispecie di stabile organizzazione come attualmente utilizzata dalle legislazioni fiscali nazionali sia del tutto inadeguata a disciplinare e sanzionare con efficacia i comportamenti elusivi messi in atto da tali operatori e necessiti pertanto di un deciso ammodernamento normativo da attuare sia a livello nazionale che a livello internazionale.

2. Digital economy: caratteristiche e pratiche ricorrenti di pianificazione fiscale aggressiva.

Lo scenario odierno appare, se possibile, ancor più complicato rispetto al passato. Molte operazioni commerciali possono essere effettuate grazie il tramite della rete Internet e l’alto grado di immaterialità che le contraddistingue rende difficile collegare i redditi da esse derivanti al territorio di uno Stato che, di conseguenza, potrebbe veder svanire il proprio diritto di assoggettarli a tassazione proprio per carenza del presupposto

³ Cfr. Hinnekens L. (2001), “Le implicazioni del commercio elettronico sulla tassazione all’origine, e in particolare sui paradigmi di determinazione della stabile organizzazione e l’attribuzione dei profitti senza favoritismi commerciali”, in Riv. dir. trib. int. p.9.

⁴ Cfr. Ault H.J. (2013), “Some Reflections on the OECD and The Sources of International Tax Principles”, Tax notes international, Volume 70, Number 12, June 17, 2013.

⁵ Kennedy J.F., (1961) “Special Message to the Congress on Taxation”, April 20, disponibile su <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=8074>.

territoriale. La stabile organizzazione è, infatti, il criterio di collegamento territoriale “minimo” grazie al quale al Paese della fonte è riconosciuta la legittimità di tassare tali redditi prodotti da un’impresa estera, ma cosa succede se quella “*permanent establishment*” non deve più essere necessariamente costituita oppure c’è, ma non si vede?⁶

Pur non esistendo numeri puntuali sulla *digital economy*, l’OCSE stima che la perdita a livello mondiale di entrate fiscali oscilli fra i 100 e i 250 miliardi di dollari all’anno, cioè un ammontare compreso tra il 4 e il 10 per cento del gettito totale derivante dalle imprese⁷ e, visti i tempi economicamente sfavorevoli di cui hanno risentito specialmente le fasce più deboli della società, non sorprende che il tema sia di grande interesse e faccia indignare coloro che scoprono la facilità con cui i cosiddetti Over the Top (OTT)⁸ riescono ad abbattere il contributo da loro dovuto agli Stati in cui operano attraverso l’utilizzo di ingegnose strategie di pianificazione fiscale⁹. È tuttavia opportuno precisare che la pianificazione fiscale internazionale non va confusa con le pratiche criminali attraverso le quali vengono creati documenti falsi o scatole societarie prive di sostanza economica al solo fine di abbattere il carico impositivo in maniera fraudolenta. Il fenomeno

⁶ Si parla in questo ultimo caso di stabile organizzazione “occulta”. Questa si sostanzia in una struttura in cui la “casa madre” fiscalmente residente in uno Stato, svolge la propria attività in un altro Stato in modo permanente e con strutture o personale proprio, senza tuttavia essersi identificata ai fini fiscali in quest’ultimo Stato. Una volta individuati dall’Amministrazione fiscale questi soggetti saranno considerati degli evasori “totali”, essendo essi stati estranei al Fisco fino a quel momento. Altre strutture patologiche che sono state riscontrate nella prassi sono la branch “nidificata”, la branch “sottodimensionata” e la branch “multipla e frammentata”. Per un focus sul funzionamento di tali strutture si veda Mayr S., Santacroce B. (2016), “La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali” Ipsosa Manuali, II edizione, Wolters Kluwer Italia, Capitolo XVI.

⁷ OECD (2015), Explanatory Statement, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD.

⁸ Fra queste Microsoft, Google, Groupon, Apple, Amazon, Facebook e altre ancora. Per approfondimenti sul tema delle OTT si veda Scaglioni C. (2013) “Over The Top: le nuove multinazionali del web. Lo strano caso delle multinazionali digitali: la virtualizzazione della delocalizzazione”, Fondazione Rosselli.

⁹ Al riguardo si veda questo filmato in cui Margaret Hodge, Chair of the Public Accounts Committee del parlamento inglese, esprime a Matt Brittin, Vice Presidente di Google UK, tutto il suo disappunto in merito a quante (poche) imposte Google versi nel Regno Unito. Fra le parti di dibattito più interessanti si riporta quanto segue. Hodge: “What really gets the UK’s ordinary punter out there who uses Google day in, day out, is that they contribute towards your business. There’s economic activity for this, I use Google, all of us around the table use Google. They contribute to your profits and they see no proper fair contribution from you to corporation tax.” Brittin: “Like any company, we’re required to do two things. One, to play by the rules. And when you set up internationally, you need to make decisions about how to protect your international property, and how to organize. And secondly, to manage our costs efficiently, in order to satisfy our shareholders”. Hodge: “So, you’re minimizing your tax, even though it’s unfair to British taxpayers”. Brittin: “It’s not unfair to British taxpayers, we pay all the tax you require us to pay. In the UK, we’ve paid 6 million taxes last year.” Hodge: “Yeah maybe, we’re not accusing you of being illegal, we’re accusing you of being immoral”. Disponibile su <https://www.coursera.org/learn/international-taxation/lecture/0r8UL/the-debate>

è di fatto lecito, ma, tuttavia, la poca coordinazione (che a volte sfocia addirittura in competizione¹⁰) fra i vari ordinamenti tributari e le asimmetrie caratterizzanti i vari regimi fiscali nazionali, rappresentano un'opportunità per le imprese multinazionali di architettare strutture, teoricamente legali, che in realtà hanno il solo scopo di ridurre notevolmente l'ammontare di imposte dovuto. Il fenomeno è particolarmente preoccupante nell'ambito dell'economia digitale e, anche se la *digital economy* sta diventando sempre più l'economia stessa travolgendo e modificando profondamente tutti i settori industriali, non è un caso che la prima Azione del Piano BEPS¹¹ (*Base Erosion and Profit Shifting*) dell'OCSE si concentri sulle criticità sollevate dalla digitalizzazione dell'economia e sulle conseguenti ricadute nell'ambito della fiscalità internazionale. All'interno dell'Action 1, intitolata "Addressing Tax Challenges of the Digital Economy", vengono elencate quattro pratiche di pianificazione fiscale aggressiva frequentemente riscontrabili nella prassi¹²:

1. "Low or no withholding tax at source";
2. "Low or no taxation at the level of the recipient";
3. "No current taxation of the low-tax profits at the level of the ultimate parent";
4. "Minimization of taxation in the market country by avoiding a taxable presence, or in the case of a taxable presence, either by shifting gross profits via trading structures or by reducing net profit by maximizing deductions at the level of the payer".

Ai fini che qui interessano, ci si occuperà di questa ultima strategia. Come già anticipato, il dilagare dell'innovazione tecnologica ha modificato radicalmente il modo di fare impresa, non solo favorendo lo sviluppo di forme di business innovative, ma anche stravolgendo le classiche modalità di gestione dei modelli imprenditoriali tradizionali. La "mobilità"¹³ in termini dei beni oggetto delle transazioni (i cosiddetti intangibles), degli

¹⁰ Al riguardo si veda il discorso tenuto il primo ottobre 2014 da David Cameron nell'ambito della Conferenza del Conservative Party. Cameron dichiarò che se fosse stato eletto, il partito conservatore sarebbe stato pronto a tagliare ulteriormente l'aliquota applicabile al reddito delle società (già passata dal 28% al 20% nel corso dei quattro anni di governo precedenti) al fine di mantenere la posizione competitiva del Regno Unito: "[s]o here is a commitment: with the next Conservative Government - we will always have the most competitive corporate taxes in the G20...lower than Germany, lower than Japan, lower than the United States" Devereux M.P., Vella J. (2014) "Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21st century?" Oxford University Centre for Business Taxation.

¹¹ OCSE/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (2015), "Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy. ACTION 1: 2015 Final Report"

¹² Queste pratiche ricorrenti erano in realtà già state individuate nel Report "Addressing Base Erosion and Profit Shifting", reso pubblico dall'OCSE nel 2013 e sono state in seguito riportate nel Final Report del 2015. Si veda, OECD (2013) "Addressing Base Erosion and Profit Shifting".

¹³ Le altre caratteristiche individuate in sede OCSE per descrivere l'economia digitale e le imprese che operano all'interno del suo settore sono: a) l'uso massiccio di dati riguardanti gli utenti, i suppliers e le operazioni; b) la capacità di fare leva sui cosiddetti effetti di network grazie alla fitta interazione fra gli users;

utenti coinvolti nella transazione (i cosiddetti users) e delle funzioni operative è sicuramente una delle caratteristiche che meglio descrive l'economia odierna e le nuove multinazionali digitali essendo essa diventata una componente fondamentale del modus operandi delle imprese "2.0". La digitalizzazione e l'altissimo grado di dematerializzazione che connotano il settore digitale hanno, infatti, reso gli *assets* intangibili più importanti della produzione materiale e hanno consentito alle imprese digitali di interfacciarsi con i propri clienti senza la necessità di essere presenti fisicamente, per il tramite di una stabile organizzazione, sul territorio di uno Stato dove i consumatori sono localizzati. Come accennato, tuttavia, la normativa fiscale della stragrande maggioranza dei Paesi prevede che un'impresa possa essere assoggettata a tassazione in uno Stato in cui non è residente solo quando sul territorio abbia qualche forma di presenza tangibile. Inoltre, a mente degli articoli 5 e 7 del Modello di Convenzione OCSE contro le doppie imposizioni, un'impresa è soggetta a un prelievo sui redditi prodotti in uno Stato in cui non risulta residente solo se in tale Stato ha una stabile organizzazione. Pare dunque evidente che lo sviluppo dell'economia digitale acuisca il problema facilitando la possibilità per le imprese di svolgere la propria attività in un determinato territorio senza tuttavia far nascere i presupposti impostivi. La *digital economy* ha, infatti, mutato nel profondo le modalità di conduzione delle funzioni core dei business aziendali potendo oggi le imprese svolgere molte attività in remoto, senza il tramite di una stabile organizzazione, ma grazie all'uso di telefoni, e-mail, computer e agenti indipendenti¹⁴. Le barriere al commercio sembrano essere demolite e il bacino di consumatori si allarga esponenzialmente senza per questo dover dare vita a un tessuto di infrastrutture neanche lontanamente simile a

c) la capacità di raggiungere posizioni dominanti nel mercato in tempi molto brevi creando oligopoli o monopoli grazie alla combinazione degli effetti di network e alla possibilità di operare con costi incrementali molto bassi; d) la volatilità figlia della continua innovazione tecnologica e della quasi inesistenza di barriere all'ingresso per le nuove imprese del settore. Cfr. OCSE/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (2015), "Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy. ACTION 1: 2015 Final Report"; Gallo F., (2015) "Indagine conoscitiva sulla fiscalità nell'economia digitale" Camera dei deputati XVII legislatura - VI Commissione - seduta del 24 febbraio 2015; Gaspar V., Collin P., Devereux M.P., Snabe J.H., Varrak T., Walsh M., Westberg B., (2014) "Report of the Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy".

¹⁴ È comunque opportuno ricordare che tutt'oggi esistono delle buone ragioni per cui le imprese sono spinte a mantenere le attività chiave vicino ai mercati di sbocco. Il Discussion Draft chiarisce che, nonostante con riferimento alla delocalizzazione delle funzioni la digitalizzazione offra enormi opportunità, un'impresa potrebbe voler mantenere le funzioni chiave vicino ai propri clienti "[...] because the enterprise wants to ensure a high quality of service and have a direct relationship with key client or because in certain industries regulatory constraints limit choices about where to locate key infrastructure, capital, and personnel. It is therefore important not to overstate the issue of nexus as in many cases large MNEs will indeed have a taxable presence in the country where customers are located. Nevertheless, the fact that it is possible to generate a large quantity of sales without a taxable presence should not be understated either and it raises questions about whether the current rules are fit for purpose in the digital economy". OECD (2014) Public Discussion Draft, BEPS ACTION 1: ADDRESS THE TAX CHALLENGES OF THE DIGITAL ECONOMY, OECD Publishing, 24 March 2014 - 14 April 2014, p.57.

WORKING PAPERS

quello che si sarebbe previsto nell'era predigitale. Questa possibilità, unita all'abilità di architettare strategie che riducono al minimo (o posticipano o addirittura fanno evitare completamente) l'imposizione nello stato della residenza, si tramutano in utili non tassati in alcuna giurisdizione. Se consideriamo inoltre che i gruppi multinazionali hanno l'opportunità di ripartire le funzioni fra le varie unità del gruppo al fine di assicurarsi che nessuna di esse superi la soglia minima per essere tacciata di essere una stabile organizzazione e, di conseguenza, sia assoggettata a tassazione nello stato della fonte, le cose si complicano ulteriormente e il rischio che si materializzino fenomeni di erosione della base imponibile e di profit *shifting* cresce in modo esponenziale.

Nell'ipotesi in cui, invece, un'impresa abbia un interesse forte a conservare una presenza fisica in un mercato considerato chiave e si trovi "costretta" a costituire una stabile o una *subsidiary*, a queste entità potrebbero essere allocati contrattualmente funzioni, rischi e *assets* (soprattutto intangibili) in una maniera che non rifletta accuratamente il ruolo realmente svolto dalle parti. La scelta ricade spesso su quelle giurisdizioni connotate da una pressione fiscale bassa che non avrebbero probabilmente fatto parte del disegno aziendale se non avessero offerto vantaggi fiscali. Un esempio di una struttura che nel settore della *digital economy* potrebbe essere utilizzata per abbattere il carico impositivo nel mercato della fonte attraverso la distorta allocazione dei rischi, delle funzioni e degli *assets* prevede l'utilizzo di un server che consenta agli *users* di acquistare più velocemente i beni digitali offerti dal gruppo, con una casa-madre che, tuttavia, contrattualmente sopporta i rischi e che reclama la paternità degli *intangibles* derivanti da tali attività. Un'impresa potrebbe, per esempio, pensare di mantenere contenuti i rischi della stabile, riducendo la sua capacità patrimoniale in una misura tale che faccia ritenere che per tale entità sia impossibile sostenere tale rischio. Un'altra opzione perseguibile, consiste nell'allocare, tramite patti contrattuali, funzioni allo staff in loco che non rispecchiano fedelmente le funzioni in concreto svolte. Per esempio, stando al contratto, si potrebbe riscontrare che al personale non sia riconosciuta l'autorità di concludere contratti in nome e per conto della società estera, ma le mansioni svolte porterebbero a far pensare che essi, in realtà, lo facciano.

Nell'ipotesi in cui la presenza fisica nel mercato di riferimento sia inevitabile, un altro meccanismo diffuso nella pratica per abbattere il carico impositivo prevede di massimizzare le deduzioni per i pagamenti fatti sotto forma di *royalties*, interessi e *service fees* agli altri membri del gruppo. Al riguardo, si pensi al caso in cui una società residente in uno Stato in cui la legislazione sulla tassazione sugli utili delle società sia benevola ottenga un prestito e, successivamente, sia lei stessa a fare credito a un'altra entità del gruppo dislocata in uno Stato in cui la tassazione non sia altrettanto favorevole. La conseguenza è che l'utile generato da quest'ultima società viene abbattuto dalla quota di interessi da lei stessa deducibili.

Dunque, queste opere ingegnose di pianificazione fiscale scaturiscono da situazioni in cui i redditi prodotti sono separati artificialmente dalle attività che li hanno

generati e, anche se le strategie utilizzate dalle imprese operanti nei settori di business più tradizionali non si differenziano totalmente da quelle impiegate dalle imprese del settore *digital*, le caratteristiche peculiari di queste ultime acutizzano il rischio che si implementino fenomeni di BEPS. I principi stabiliti alle conferenze di Turku nel 1997 e di Ottawa nel 1998¹⁵ non sembrano più attuali. L'impianto tributario internazionale e gli Stati sovrani sembrano non essere più in sincronia con le modalità, i tempi e la rapidità del nuovo modo di fare business, specialmente nell'ambito della digital economy, ma l'economia è oramai sempre più digitalizzata e le soluzioni tardano ad arrivare. Anche se l'e-commerce è solo uno dei tanti sottoinsiemi dell'economia digitale, si pensi che si stima che lo sviluppo della vendita on-line di prodotti e servizi subirà una ulteriore forte accelerata: se nel 2015 ha rappresentato il 7,4% sul totale delle vendite al dettaglio a livello globale raggiungendo quota 1.548 miliardi di dollari, si prevede che nel 2020 questo

¹⁵ Le conferenze di Turku di Ottawa rappresentano un momento chiave in materia poiché in queste sedi sono stati definiti i criteri internazionalmente validi cui improntare la disciplina fiscale del commercio elettronico. Nell'incontro di Turku sono state riconosciute le potenzialità della rete e del progresso tecnologico e la decisione a cui si è giunti è stata quella di non prevedere forme d'imposizione ad hoc per il fenomeno, ma di continuare ad operare con gli strumenti tributari già a disposizione. La conferenza di Ottawa del '98 ha invece consacrato il commercio elettronico come uno degli eventi economici più importanti del ventunesimo secolo e nel rapporto "Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions" il Fiscal Affairs Committee ha stabilito i principi che dovrebbero essere generalmente utilizzati per garantire il buon funzionamento del commercio elettronico ed evitare che esso diventi una mera scorciatoia per l'evasione fiscale. Questi sono:

- neutralità: la normativa fiscale deve garantire una tassazione omogenea fra i vari tipi di e-commerce (diretto e indiretto) e fra queste forme e quelle più tradizionali di business in modo che non sorgano discriminazioni e, ai soggetti che operano in condizioni simili, applicare il medesimo livello di imposizione. Questo principio vuole far sì che le decisioni aziendali siano motivate da una convenienza economica reale e non da considerazioni puramente fiscali;

- efficienza: i costi amministrativi e quelli concernenti gli adempimenti tributari devono essere ridotti al minimo tenendo anche conto che le nuove tecnologie potrebbero essere sfruttate dalle Amministrazioni finanziarie per rendere più efficaci i controlli.

- certezza e semplicità: la normativa deve essere chiara, stabile e prevedibile. Il contribuente deve essere messo in condizione di capire con anticipo le conseguenze che potrebbero scaturire dai propri comportamenti in termini di dove, come e quando pagare le imposte;

- efficacia ed eguaglianza: la possibilità di non versare le imposte dovute e le frodi, al pari dei problemi legati alla doppia non imposizione o alla doppia imposizione, devono essere ridotti; è inoltre opportuno garantire un riparto equo delle basi imponibili tra i Paesi senza si generino conflitti per imporre la sovranità fiscale.

- flessibilità: i sistemi fiscali devono essere pronti ad adattarsi alle nuove realtà commerciali e dovranno rimanere al passo con l'evoluzione tecnologica senza per questo ricorrere continuamente ad integrazioni legislative.

Per ulteriori approfondimenti si veda OCSE, Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions, diffuso l'8 ottobre 1998 alla conferenza di Ottawa, ma approvato precedentemente dal CFA il 30 giugno dello stesso anno.

valore raggiungerà quota 4.058 miliardi di dollari¹⁶. E' specialmente il commercio elettronico diretto a destare preoccupazioni poiché, in questi casi, il bene oggetto di scambio è un bene "dematerializzato" e la transazione commerciale tra cliente e fornitore avviene esclusivamente per il tramite della "rete" in tutte le sue fasi (acquisto, vendita, consegna). Ma se l'e-commerce è l'oggi, il domani è ancora più incerto. Si pensi alla cosiddetta economia collaborativa (meglio nota con il termine anglosassone *sharing economy*), fenomeno in forte ascesa e la cui portata è di difficile comprensione determinando notevoli sforzi nella sua regolamentazione, specialmente in ambito fiscale dove le preoccupazioni su un suo uso distorto per fini meramente elusivi sono fondate¹⁷.

3. Criticità connesse alla residenza fiscale in "Rete": il futuro è una presenza significativa "digitale"?

Tornando alla fattispecie della stabile organizzazione, l'OCSE, conscia dell'impellenza di apportare delle modifiche ad un concetto ormai inadeguato ad assicurare una "*fair allocation of taxing rights of business profits*", nell'ambito dell'*Action 7*¹⁸ del progetto BEPS ha fatto luce sulle difficoltà legate all'individuazione di una "sede fissa d'affari" di un'impresa estera operante nell'ambito dell'economia digitale e ha introdotto delle novità sia con riferimento alla stabile organizzazione cosiddetta "personale" che con riguardo alle attività preparatorie e ausiliarie¹⁹. Le soluzioni ipotizzate, tuttavia, non sembrano risolvere il problema delle imprese che operano senza alcuna presenza fisica sul territorio di uno Stato e portino a termine attività completamente dematerializzate. E' così che nel contesto dell'*Action 1* ci si è domandato

¹⁶ È opportuno far notare che l'espansione di questa tipologia di mercato è correlata alla facilità di utilizzo di dispositivi elettronici, quali smartphone e tablet che consentono una connessione costante ad Internet e garantiscono lo sviluppo di quel settore del commercio elettronico definito mobile-commerce. Non meno importante per la crescita di questo mercato è la fiducia e la familiarità degli utenti che utilizzano Internet. Su una popolazione mondiale di circa 7,4 miliardi di persone, gli utenti che nel 2016 utilizzano Internet (sia desktop che mobile) sono circa 3,4 miliardi, rappresentando una penetrazione sul totale del 46%. La percentuale è cresciuta del 10% rispetto all'anno precedente lasciando comunque ulteriori grandi margini di crescita per il futuro. Per ulteriori dettagli si veda We are social "Analisi Digital in 2016: in Italia e nel mondo" disponibile su <http://wearesocial.com/it/blog/2016/01/report-digital-social-mobile-in-2016>

¹⁷ Tra i vari tentativi di regolamentazione si ricorda l'agenda europea per l'economia collaborativa presentata dalla Commissione in data 2 giugno 2016.

¹⁸ OECD (2015), Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD

¹⁹ Più precisamente i due aspetti su cui è intervenuta l'OCSE sono: l'interpretazione dell'espressione "conclusione dei contratti" ai fini dell'integrazione della fattispecie "personale" di stabile organizzazione (Artificial Avoidance of PE status through commissionaire arrangements and similar strategies); le attività preparatorie e ausiliarie tramite la nuova Anti fragmentation rule (Artificial Avoidance of PE status through the specific activity exemptions). Un'altra novità prevista all'interno dell'Azione 7 ha riguardato la cosiddetta stabile organizzazione "di progetto" o "da cantiere" con la regolamentazione del fenomeno dello splitting nell'ambito degli appalti o dei contratti di costruzione.

se alla definizione di “significativa presenza fisica” fosse necessario affiancare quella di “significativa presenza digitale”. Tuttavia tale proposta di modifica è attualmente in *stand-by* e, pertanto, l’adeguamento delle regole internazionali ai comportamenti elusivi degli operatori del mercato digitale non sembra poter trovare un’efficace attuazione nell’immediato. Sugli stessi temi si è pronunciata anche la Commissione europea che nel gennaio di quest’anno, sollecitata dal Parlamento europeo²⁰ che da tempo sottolineava la necessità di aggiornare la definizione di stabile organizzazione al nuovo scenario economico, nell’ambito dell’*Anti Tax Avoidance Package* ha raccomandato agli Stati membri di applicare le disposizioni contenute nell’art. 5 del Modello OCSE al fine di contrastare le tecniche utilizzate per eludere artificialmente la qualifica di stabile organizzazione²¹.

Le modifiche individuate in sede OCSE sono sicuramente un primo passo, ma mirano esclusivamente a rinforzare gli strumenti normativi già esistenti in ambito internazionale. Parte della dottrina ritiene, invece, che gli attuali criteri di collegamento non siano più idonei a collegare le transazioni sempre più dematerializzate a uno specifico territorio e, pertanto, si dovrebbe pensare di introdurre criteri ed istituti innovativi che permettano di assoggettare a tassazione anche attività svolte sul territorio, ma di fatto non imputabili ad una stabile²². Tale ottica è condivisa anche da alcuni singoli Stati che all’interno dei propri ordinamenti nazionali hanno già sperimentato tecniche alternative per non rischiare di perdere ulteriore gettito già in parte eroso dalle grandi multinazionali digitali che, nonostante producano alti fatturati nel loro territorio, non sono assoggettabili a tassazione per carenza del presupposto territoriale²³. Questi sforzi paiono apprezzabili, ma l’idea che un approccio condiviso possa ritenersi più efficace è fondata: le Istituzioni europee e gli Stati membri restano gli attori principali nella ricerca e definizione di quelle soluzioni normative che non si limitino ad un temporaneo tamponamento del problema ma lo arrestino definitivamente.

²⁰ Cfr. la risoluzione del Parlamento Europeo 16 dicembre 2015 (2015/2010(INL)) e, in particolare, la “Recommendation C4. Permanent Establishment”.

²¹ Si veda la Raccomandazione (EU) 2016/136 del 28 gennaio 2016 [notificata con il numero C(2016) 271]: “Member States are encouraged, in tax treaties which they conclude among themselves or with third countries, to implement and make use of the proposed new provisions to Article 5 of the OECD Model Tax Convention in order to address artificial avoidance of permanent establishment status as drawn up in the final report on Action 7 of the Action Plan to address Base Erosion and Profit Shifting (BEPS).”

²² Cfr. Gallo F., Prospettive di tassazione dell’economia digitale, in *Diritto Mercato Tecnologia* (gennaio - aprile 2016); Gallo F., Fisco ed economia digitale, in *Dir. prat. trib.*, n. 4/2015, pag. 600.

²³ Fra gli Stati che hanno implementato strumenti di tassazione alternativi si ricordano l’India (che ha introdotto la cd. “equalisation levy”) e il Regno Unito (che ha introdotto la cd. “Diverted Profits Tax”). Anche in Italia, nel 2013 era stato fatto un tentativo di introdurre una “web tax” tuttavia naufragato a causa della contrarietà con la normativa dell’Unione. E’ però notizia recente che il presidente della Commissione Bilancio della Camera, Francesco Boccia, ha proposto un’altra “web tax” (diversa da quella che lui stesso aveva presentato nel 2013) che ha già ottenuto il primo via libera con l’approvazione dell’emendamento alla “manovrina”.

ABSTRACT: Una delle caratteristiche principali dell'economia digitale è quella di permettere alle imprese di svolgere le proprie operazioni prescindendo da elementi tangibili – tipicamente la sede dell'attività o il bene oggetto di cessione - che, nelle forme più tradizionali di commercio, consentono invece di collegare una transazione ad un certo territorio. Questo aspetto, esasperato dal tumultuoso avvento delle tecnologie digitali, ha reso inadeguati i tradizionali principi della fiscalità internazionale che, viceversa, attribuiscono un peso determinante ad elementi fisici e componenti tangibili. Numerose operazioni commerciali possono oggi essere effettuate in "rete" e il grado elevato di immaterialità che le contraddistingue rende arduo il compito di collegare i redditi da esse derivanti al territorio di uno Stato che, come conseguenza, potrebbe veder svanire il proprio diritto di assoggettarli a tassazione per carenza del presupposto territoriale. Dopo aver analizzato le ingegnose opere di pianificazione fiscale elaborate dalle imprese "digitali", ci si è dunque chiesti se parlare di "stabile organizzazione" abbia ancora senso, se la "*physical presence*" sia davvero un concetto attuale e se, invece di rimanere ancorati a criteri di tassazione elaborati un secolo fa, non sia necessario introdurre concetti ed istituti nuovi che permettano di assoggettare a tassazione anche attività svolte sul territorio, ma di fatto non imputabili ad una stabile.

PAROLE CHIAVE: economia digitale, stabile organizzazione, BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), OTT (Over The Top)