

Il problematico adattamento della nozione di stabile organizzazione all'economia digitale

di Stefano Dorigo (*)

La **stabile organizzazione**, che costituisce il criterio per attrarre ad imposizione il reddito prodotto da un'impresa in uno Stato diverso da quello di residenza, è da sempre caratterizzata da un profilo di materialità. Affinché lo Stato possa applicare i propri tributi occorre, insomma, che la presenza dell'impresa non residente sia stabile e tangibile. Tale **nozione** è entrata **in crisi** con l'avvento dell'**economia digitale** e la possibilità per una impresa di essere presente sul mercato in assenza di alcun legame materiale con esso. Né l'OCSE, né l'Unione Europea sono per adesso riuscite a coagulare attorno ad un nuovo concetto di stabile organizzazione digitale il consenso degli Stati. L'**ordinamento italiano** si è mosso di recente nella direzione di introdurre strumenti unilaterali di **contrasto** alla condotta delle **multinazionali digitali**. L'assetto che ne deriva non appare però soddisfacente, specie nella misura in cui nessuna forma di intercettamento dei redditi prodotti con una presenza esclusivamente dematerializzata viene realizzata.

Con un recente intervento legislativo (Legge n. 205/2017) è stata introdotta nel nostro ordinamento una nuova ipotesi di stabile organizzazione materiale, caratterizzata dalla significativa presenza economica di un'impresa non residente nel nostro ordinamento. Si tratta di una novità che si colloca apparentemente nel più ampio dibattito, in corso nel diritto internazionale ed europeo, concernente le nuove forme di manifestazione della ricchezza in un'economia ormai digitalizzata e l'adattamento, a tal fine, delle nozioni classiche del diritto tributario internazionale.

Ci si propone di esaminare i caratteri della novella legislativa alla luce degli esiti del progetto BEPS dell'OCSE e delle proposte, finora non attuate, avanzate dalla Commissione UE in tema di stabile organizzazione digitale, al fine di verificare se davvero la norma interna sia coerente rispetto a tali lavori. Si vedrà come la fattispecie introdotta dal nostro legislatore desti numerose perplessità, sia quanto al suo ef-

fettivo ambito di applicazione (niente affatto confinato all'economia digitale), sia con riferimento alla sua conformità con gli indirizzi sovranazionali, rispetto ai quali risulta invece del tutto eccentrica.

Crisi della nozione tradizionale di stabile organizzazione nell'economia digitalizzata

La nozione di stabile organizzazione è una delle più risalenti del diritto tributario internazionale (1). Essa si affianca alla "regola aurea" sulla tassazione del reddito di impresa, secondo la quale questo è assoggettabile a imposta esclusivamente nello Stato di residenza dell'impresa medesima, salvaguardando i diritti dello Stato della fonte: quando il reddito è prodotto all'estero attraverso, per l'appunto, una stabile organizzazione, esso viene ad essere sottoposto alla potestà tributaria dello Stato territoriale, mentre lo Stato di residenza dell'impresa dovrà concedere un corrispondente credito di im-

(*) *Dottore di ricerca, Ricercatore di diritto tributario presso l'Università di Firenze*

(1) La bibliografia sull'argomento è assai estesa. Ci si limita in questa sede a richiamare, per un inquadramento generale della nozione tradizionale di stabile organizzazione nella dottrina italiana, Della Valle, "(voce) Stabile organizzazione (dir.

trib.)", in *Dir. prat. trib. internazionale*, 2008, pag. 691 ss.; nonché Franson, *La stabile organizzazione nelle imposte sui redditi*, Milano, 2014; e Gallo, "La stabile organizzazione", in *Il diritto tributario nei rapporti internazionali, Quaderni di Rass. trib.*, 1986, pag. 149 ss.

Fiscalità internazionale

sta (2). Di fatto, la stabile organizzazione è servita, nel contesto del diritto tributario internazionale classico, ad allineare l'imposizione al luogo di effettiva produzione del reddito da parte di una impresa.

Sino ad oggi, la stabile organizzazione si è caratterizzata per il suo profilo prettamente materiale. La definizione ancora oggi vigente, sia a livello internazionale che interno, valorizza la presenza nello Stato diverso da quello di residenza di una installazione stabile dell'impresa, attraverso cui questa esercita in tutto o in parte la propria attività. Il connotato tangibile che accompagna la stabile organizzazione si coglie bene, poi, dall'elencazione esemplificativa della c.d. lista positiva, la quale fa riferimento a situazioni tutte espressive, per l'appunto, di un inserimento fisico della *branch* nel territorio dello Stato ospite (3).

L'assetto fondato sull'interazione tra art. 5 ed art. 7 del Modello OCSE è entrato in crisi con l'avvento dell'economia digitale (4). Questa, infatti, si caratterizza per la dematerializzazione sia dei beni che dei servizi resi: essi, in quanto tali, possono essere forniti da remoto, il più delle volte senza che sia necessario l'intervento umano (sul lato dell'offerta, altro è invece per quanto riguarda l'utente/acquirente) e addirittura senza alcuna presenza fisica nello Stato di destinazione. Sebbene il pensiero corra in prima battuta alle forme di commercio elettronico realizzate attraverso siti internet, la parte preponderante di questa nuova forma di economia passa oggi attraverso le piattaforme *online* che, senza offrire apparentemente alcun bene o servizio all'utente e senza (ancora una volta apparentemente) incassare alcun corrispettivo da questi, mettono in contatto una platea di persone interessate, lucrando sia sui

corrispettivi delle inserzioni pubblicitarie, sia sull'immagazzinamento e la vendita dei dati degli utenti (5).

Appare evidente come tali forme di *business* possano svolgersi (e, di fatto, si svolgano) senza che vi sia alcun inserimento materiale dell'impresa non residente nell'ordinamento nel quale risiedono gli utenti. Ciò significa che la definizione tradizionale di stabile organizzazione non può in questi casi essere invocata, con conseguente impossibilità per lo Stato di avanzare alcuna pretesa impositiva sul reddito che pure, in qualche modo, deriva da utenti che si trovano sul proprio territorio. Questa situazione ha iniziato a destare preoccupazione nel momento in cui ci si è resi conto della mole di ricchezza generata dalle multinazionali digitali nel territorio di molti Stati e dell'ammontare assolutamente esiguo di imposte ivi pagate: il più delle volte, infatti, esse mantengono fuori dallo Stato di residenza di stabili organizzazioni materiali che si occupano di svolgere funzioni del tutto secondarie (ad esempio di assistenza tecnica o *post-vendita*) e che quindi dichiarano e tassano nello Stato dove si collocano un imponibile di entità trascurabile. La parte preponderante del reddito, che pure deriva da attività digitali svolte in quello Stato e coinvolgenti utenti ivi residenti, sfugge alle maglie delle norme interne per essere convogliato verso altre giurisdizioni e, verosimilmente, del tutto sottratto ad una imposizione secondo le regole ordinarie.

Allo stesso tempo, lo spezzettamento delle funzioni del gruppo multinazionale rende particolarmente complessa la ricostruzione della catena del valore, ponendo ostacoli all'individuazione del luogo ove effettivamente si crea il valore, come tale legittimato a sottoporre a imposizione la ricchezza prodotta dall'impresa

(2) Tale assetto deriva, sul piano internazionale, dall'art. 7 del Modello OCSE, secondo il quale "*profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein*". La definizione di stabile organizzazione si rinviene, nello stesso Modello OCSE, nell'art. 5.

(3) Nella *positive list*, contenuta nel par. 2 dell'art. 5 del Modello OCSE e, per quanto riguarda il nostro ordinamento, nell'art. 162, comma 2, del T.U.I.R., figurano tutte fattispecie connotate da un elevato livello di materialità, come una sede dire-

zionale, un ufficio, un'officina o un cantiere.

(4) Cfr. sul punto Sapirie, "Permanent Establishment and the Digital Economy", in *Bulletin for international taxation*, 2018.

(5) Tali aspetti sono investigati da Spinosa - Chand, "A Long-Term Solution for Taxing Digitalized Business Models: Should the Permanent Establishment Definition Be Modified to Resolve the Issue or Should the Focus Be on a Shared Taxing Rights Mechanism?", in *Intertax*, 2018, pag. 476 ss., partic. pag. 479.

non residente (6). Solo per fare un esempio, si può discutere se per le multinazionali digitali il valore sia legato al luogo di ideazione dell'algoritmo, piuttosto che a quello (che può avvenire in uno Stato diverso) della sua implementazione; all'ordinamento dove si trovano gli utenti, e quindi vengono raccolti i dati "grezzi", ovvero a quello dove i dati sono conservati ed elaborati, o ancora allo Stato dove i dati "raffinati" sono ceduti a terzi o impiegati internamente per la profilazione del cliente e l'invio di messaggi pubblicitari personalizzati.

In un contesto complicato come quello appena tratteggiato, la nozione tradizionale di stabile organizzazione materiale si rivela dunque del tutto incapace di intercettare fenomeni come detto caratterizzati da una elevata dematerializzazione (7); di conseguenza, si assiste ad un evidente e sproporzionato vantaggio economico e fiscale per le multinazionali digitali, le quali - rispetto ad imprese dedite a produzione e commercio fisici - possono come detto evitare di pagare imposte nelle giurisdizioni ove non hanno che una presenza digitale, pur derivando da esse la parte preponderante dei propri ricavi (8).

Si è posto, pertanto, un problema di equità nella tassazione del reddito di impresa, che ha indotto i principali consessi internazionali a interrogarsi sui possibili rimedi ad una situazione che, per le sue dimensioni attuali e per l'evoluzione attesa, rischia di privare gli Stati a fiscalità ordinaria di una parte importante del gettito atteso ed al contempo di avvantaggiare

i c.d. *over the top* permettendo loro di creare forme di vero e proprio monopolio.

Posizioni dell'OCSE e dell'UE a confronto

Nonostante il crescente interesse a livello internazionale, né l'OCSE né l'Unione Europea sono fino ad ora pervenuti ad una ricostruzione condivisa.

Per quanto riguarda l'OCSE, il progetto BEPS (9) ha sì dedicato una specifica azione alle sfide fiscali dell'economia digitale; tuttavia, gli Stati partecipanti non sono riusciti a concordare una nuova forma di *nexus* per l'individuazione di una stabile organizzazione nel caso di presenza dematerializzata in un dato ordinamento (10). Una situazione di stallo mantenuta anche nei successivi sviluppi e che rende piuttosto dubbio il rispetto della data limite del 2020 che l'organizzazione si è data per pervenire al varo del nuovo regime.

In ogni caso, i lavori del BEPS e dell'*Interim Framework*, istituito proprio per completare gli obiettivi del progetto, devono essere tenuti in considerazione, dal momento che tra le soluzioni in astratto proposte per sottoporre a giusta imposizione i redditi delle multinazionali digitali si trova contemplata anche la possibilità di un adattamento della nozione di stabile organizzazione (11). Si fa riferimento a questo riguardo ad una stabile organizzazione "virtuale" o "digitale", già in qualche misura preconizzata dalla dottrina internazionale (12), attraverso la quale l'inserimento dell'impresa non residente in uno Stato verrebbe manifestato da

(6) La natura sfuggente della nozione di luogo dove il valore è creato, nell'ambito dell'economia digitale, è messa in evidenza da Schön, "Ten Questions About Why and How to Tax the Digitalized Economy", in *Bulletin for international taxation*, 2018, pag. 280 ss.

(7) Di parere contrario un autore, secondo il quale anche nel contesto dell'economia digitale "some minimum form of physical presence and permanence must be required in any source country aspiring to fiscal benefits" (Westberg, "Digital presence - Does it exist?", in Del Federico - Ricci (a cura di) *La digital economy nel sistema tributario italiano ed europeo*, Padova, 2015, pag. 13).

(8) Gallo, "Prospettive di tassazione dell'economia digitale", in *Diritto mercato tecnologia*, 2016, pag. 153 ss.

(9) Il progetto BEPS, acronimo di *Base Erosion and Profit Shifting*, è stato sviluppato dal Comitato Affari Fiscali dell'OCSE e condiviso dal G20 nella sua riunione del settembre 2013. Dopo un biennio di lavori, che hanno visto coinvolti gli Stati membri dell'OCSE e quelli partecipanti al G20, nel novembre

2015 sono state approvate le 15 azioni del c.d. *BEPS Package*. La letteratura, specie internazionale, sul BEPS è amplissima e non se ne può ovviamente dar conto in modo dettagliato. Per un inquadramento generale del progetto e dei suoi esiti, si può tuttavia rinviare a *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), in Lang - Pistone - Rust - Schuch - Staringer (a cura di), Vienna, 2016.

(10) In effetti, il rapporto finale del progetto BEPS non raccomanda alcuna delle potenziali soluzioni individuate, lasciando ad una successiva elaborazione - il cui termine è attualmente fissato al 2020 - il compito di trovare una sintesi.

(11) Gómez Requena - Moreno González, "Adapting the Concept of Permanent Establishment to the Context of Digital Commerce: From Fixity to Significant Digital Economic Presence", in *Intertax*, 2017, pag. 732 ss.

(12) Hongler - Pistone, *Blueprints for a New Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy*, IBFD Working Paper, 2015.

Fiscalità internazionale

indici di carattere economico ma anche digitale. Sul primo versante, l'OCSE suggerisce di valorizzare l'entità dei redditi generati in uno Stato attraverso transazioni digitali poste in essere dall'impresa non residente da remoto, quindi avvalendosi di un sito internet o di una piattaforma digitale. In questo caso, vi è l'esigenza che siano previste delle soglie quantitative, in modo da evitare di coinvolgere imprese di piccole dimensioni per le quali i costi per gli adempimenti conseguenti al riconoscimento di una stabile organizzazione sarebbero anti-economici (13).

Tale profilo, senz'altro necessario, non è però considerato sufficiente. Secondo l'Action 1 del progetto BEPS l'esistenza di un flusso reddituale proveniente da uno Stato per effetto di transazioni digitali non basta per riconoscere in modo univoco una presenza imponibile dell'impresa non residente in esso. Pertanto, al reddito devono collegarsi ulteriori elementi che sono idonei a rivelare un collegamento con l'ordinamento straniero. Si fa riferimento, a titolo esemplificativo, ad un dominio internet locale - ad esempio con il suffisso rappresentato dalla sigla dello Stato ospite -, ad un sito tradotto nella lingua locale ovvero alla possibilità per l'utente di utilizzare mezzi di pagamento propri del suo ordinamento per effettuare la transazione. In aggiunta, l'OCSE richiama il numero di contratti conclusi digitalmente con utenti locali ovvero l'entità dei dati digitali raccolti in

LA POSIZIONE DELL'OCSE

Stabile organizzazione "virtuale"

La dottrina internazionale aveva preconizzato il concetto di stabile organizzazione "virtuale" o "digitale", attraverso la quale l'inserimento dell'impresa non residente in uno Stato verrebbe manifestato da **indici di carattere economico** ma anche **digitale**. Sul primo versante, l'OCSE suggerisce di valorizzare l'entità dei **redditi** generati in uno Stato attraverso **transazioni digitali** poste in essere dall'impresa non residente **da remoto**, quindi avvalendosi di un sito internet o di una piattaforma digitale. Secondo l'Action 1 del progetto **BEPS** l'esistenza di un flusso reddituale proveniente da uno Stato per effetto di transazioni digitali non basta per riconoscere in modo univoco una presenza imponibile dell'impresa non residente in esso. Pertanto, al reddito devono collegarsi **ulteriori elementi** che sono idonei a rivelare un collegamento con l'ordinamento straniero.

uno Stato attraverso utenti ivi digitalmente presenti.

Pur trattandosi pur sempre di caratteristiche immateriali, esse paiono indicative di un effettivo collegamento dell'impresa non residente nel tessuto economico e sociale di un dato ordinamento: esse, in sostanza, consentono di qualificare il flusso reddituale, ancorandolo a quello e pertanto giustificando il suo assoggettamento ad imposizione. Insomma, non è chiaro se nelle intenzioni degli Stati partecipanti ai lavori del BEPS vi sia o meno quella di superare la nozione di stabile organizzazione; in ogni caso, viene ribadita l'esigenza che l'e-

esercizio della potestà impositiva da parte di uno Stato diverso da quello di residenza dell'impresa si giustifichi con un collegamento non transitorio tra questa e quello, in continuità dunque con la "filosofia" che da sempre ha contraddistinto la nozione di stabile organizzazione.

Non dissimile, quanto meno nelle premesse, la posizione assunta dalla Commissione UE, sebbene anche in questo caso gli Stati membri non siano fino ad ora riusciti a raggiungere una sintesi, preferendosi attendere gli esiti dei lavori dell'*Inclusive Framework*. Nella proposta di Direttiva 147, presentata dalla Commissione nel marzo 2018 (14), viene fatto espresso riferimento all'obiettivo di "ampliare il concetto di stabile organizzazione" (15), allo scopo di sottoporre gli utili d'impresa al regime fiscale del-

(13) Si veda quanto esposto nell'*Action 1 Final Report Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, 2015, pag. 107 ss.

(14) Sul pacchetto relativo alla tassazione dell'economia digitale, presentato dalla Commissione UE nel marzo 2017, si rinvia a Tomassini - Sandalo, "L'iniziativa della Commissione

UE sulla tassazione dell'economia digitale", in *Corr. Trib.*, 2018, pag. 1395.

(15) L'art. 1 della proposta di Direttiva COM(2018) 147 final del 21 marzo 2018 stabilisce che "la presente Direttiva stabilisce norme intese ad ampliare il concetto di stabile organizzazione, applicabile ai fini dell'imposta sulle società in ciascuno

lo Stato nel quale il valore è effettivamente creato (16).

La proposta di Direttiva introduce, così, la nozione di "presenza digitale significativa" quale nesso imponibile rilevante con un ordinamento: essa si manifesta in presenza dello svolgimento, da parte di un'impresa non residente, di servizi digitali dematerializzati, ovvero resi senza l'impiego di attività umana, laddove sia superata una delle tre soglie individuate dall'art. 4. Si tratta dei ricavi (maggiori di euro 7 milioni), del numero di utenti "situati" nello Stato (oltre 100.000) ovvero dei contratti commerciali ivi stipulati (oltre 3.000).

Come reso palese dalla stessa Commissione, la presenza digitale significativa mira a "catturare" un nesso imponibile tra un'impresa non residente ed un ordinamento in assenza di un collegamento di tipo materiale, valorizzando a tale scopo il ruolo degli utenti come strumenti di creazione del valore (17). Si tratta di una posizione assimilabile a quella proposta in seno all'Action 1 del BEPS, anche se in quel caso parrebbe che il flusso reddituale sia sempre richiesto, in aggiunta a qualche altro elemento di connessione digitale con lo Stato. Nel sistema delineato dalla proposta di Direttiva 147, invece, il reddito diviene solo uno degli indi-

LA POSIZIONE DELLA COMMISSIONE UE

Presenza digitale significativa

Con l'obiettivo di "ampliare il concetto di stabile organizzazione", allo scopo di sottoporre gli utili d'impresa al regime fiscale dello Stato nel quale il valore è effettivamente creato, la Commissione UE ha presentato una proposta di Direttiva che introduce la nozione di "presenza digitale significativa" quale **nesso imponibile** rilevante con un **ordinamento**: essa si manifesta in presenza dello **svolgimento**, da parte di un'impresa non residente, di **servizi digitali dematerializzati**, ovvero resi **senza** l'impiego di **attività umana**, laddove sia **superata una delle tre soglie** seguenti: ricavi (maggiori di euro 7 milioni), numero di utenti "situati" nello Stato (oltre 100.000) ovvero contratti commerciali ivi stipulati (oltre 3.000).

catori rilevanti, che potrebbe in certi casi mancare (nel senso di non raggiungere la soglia) senza che ciò pregiudichi il riconoscimento di una presenza digitale significativa.

Il focus della proposta europea è, quindi, centrato come detto sull'utente, che rappresenta un collegamento economico rilevante non solo in quanto acquirente di un prodotto o servizio, quanto piuttosto come *asset* irrinunciabile dell'attività economica dell'impresa digitale, essendo titolare di dati

profilabili ed utilizzabili per generare utili (18). La discussione sulla correttezza di un simile approccio è aperta e non mancano le voci contrarie a ritenere che la collocazione dell'utente sia, di per sé, sintomatica della creazione del valore per l'impresa digitale (19). Non è certo questa la sede per analizzare tali critiche, ciò che tra l'altro non rileva ai fini dell'esame che si sta svolgendo. Quel che vale la pena sottolineare è che anche l'Unione Europea auspica come soluzione a regime quella che, senza rinnegare i fondamenti del diritto tributario internazionale "classico", rinnova la nozione di stabile organizzazione, provando a individuare nuove forme di collegamento tra impresa e ordinamento rese possibili dalle caratteristiche dell'economia digitale. Si tratta, in ogni caso,

Stato membro, allo scopo di includere una presenza digitale significativa attraverso la quale è esercitata, in tutto o in parte, un'attività". Nell'illustrazione della proposta, ad essa allegata, si legge altresì che tale concetto "dovrebbe essere considerato un'integrazione dell'attuale concetto di stabile organizzazione".

(16) Nel sesto Considerando introduttivo della proposta di Direttiva è specificato che "le soglie applicabili dovrebbero rispecchiare l'importanza della presenza digitale per diversi tipi di modelli d'impresa e tener conto dei diversi gradi di contributo al processo di creazione di valore".

(17) Si veda, ancora, l'illustrazione dell'art. 4 della proposta, secondo la quale i criteri "che consentono di determinare l'impronta digitale di un'impresa in una giurisdizione sulla base di

determinati indicatori di attività economica (...) dovrebbero tener conto della dipendenza delle imprese digitali da un'ampia base di utenti, dalla partecipazione degli utenti e dai loro contributi, nonché del valore creato dagli utenti per tali imprese".

(18) Secondo due autori, "insofar as the role of users becomes that of active customers of a digitalized business, attracting at least a portion of such income to the country of the users is, in our view, reasonable", (Brauner - Pistone, "Some Comments on the Attribution of Profits to the Digital Permanent Establishment", in *Bulletin for international taxation*, 2018).

(19) Si tratta della posizione, tra gli altri di Englisch, "Taxing Where Value Is Created: What's 'User Involvement' Got to Do With It?", in *Intertax*, 2019, pag. 161 ss.

Fiscalità internazionale

di un'elaborazione che mira a creare una nuova *species* del *genus* "stabile organizzazione" applicabile al caso di completa dematerializzazione del *business* svolto dall'impresa nello Stato diverso da quello di residenza.

Nuova ipotesi di stabile organizzazione materiale

L'*impasse* che si è verificata, fino ad ora, sui progetti relativi alla nuova nozione di stabile organizzazione a livello internazionale ed europeo ha sollecitato l'adozione di misure unilaterali da parte di taluni Stati. L'Italia è stata in questo ambito particolarmente attiva: la discussione circa l'introduzione di una imposta sulle transazioni digitali è risalente e la prima proposta di legge è stata formalizzata nel 2013 (20), sebbene nessuna disposizione sia stata approvata fino alla Legge n. 205/2017.

Nel contesto attuale, il nostro ordinamento prevede una serie di istituti che sembrano, in astratto, idonei a sottoporre a giusta imposizione il reddito delle multinazionali digitali: una imposta sui servizi digitali, disciplinata dalla Legge di bilancio per il 2019 e ricalcata sulla proposta di Direttiva 148/2018 della Commissione (21); ed una nuova ipotesi di stabile organizzazione, oggi prevista dalla lett. *f-bis*) dell'art. 162, comma 2, del T.U.I.R., introdotta dalla sopra citata legge del 2017. Sembrerebbe, addirittura, che l'ordinamento italiano abbia realizzato una piena conformazione al complessivo disegno configurato dalla Commissione

DISCIPLINE A CONFRONTO

Definizione di stabile organizzazione

A norma della lett. *f-bis*) dell'art. 162, comma 2, del T.U.I.R., l'espressione stabile organizzazione comprende una **significativa e continuativa presenza economica** nel territorio dello Stato costruita in modo tale da **non** fare risultare una sua **consistenza fisica** nel territorio stesso. Già la formulazione letterale **non** evoca affatto la natura "**digitale**" della presenza nel territorio dello Stato. In ogni caso, quel che orienta nel senso della diversità tra tale concetto e la significativa presenza digitale di origine europea è la circostanza che essa non costituisce una nuova ed autonoma forma di stabile organizzazione, sganciata da ogni profilo di inserimento materiale nell'ordinamento italiano. Essa, infatti, è collocata nella **positive list** del comma 2 dell'art. 162 T.U.I.R., quindi costituisce una **esemplificazione** della nozione di stabile organizzazione materiale definita nel comma 1 della medesima disposizione.

UE, dando attuazione in modo coordinato tanto alla misura transitoria (imposta sui ricavi delle grandi multinazionali digitali) quanto a quella a regime (la presenza digitale significativa).

Senza dubbio, la c.d. *web tax* italiana - ancorché non ancora in vigore - è stata costruita in modo pienamente conforme con il modello europeo: in questo stesso senso, del resto, si stanno muovendo anche altri ordinamenti dell'UE come ad esempio la Francia. Tuttavia, nonostante il diverso parere di alcuni dei primi commentatori della norma (22), non si può sostenere che la nuova lett. *f-*

bis) dell'art. 162 del T.U.I.R. costituisca realizzazione pratica degli indirizzi internazionali volti a stabilire un nuovo *nexus* per le imprese digitali. Banalmente, basterebbe a smentirlo l'alternatività che negli intendimenti della Commissione sussiste tra soluzione transitoria e soluzione a regime: la prima prevista solo per il tempo minimo necessario per consentire l'introduzione della seconda e destinata perciò, in seguito, ad essere abrogata. Appare allora irragionevole ritenere che il legislatore italiano, superando tale antinomia, abbia voluto introdurre e mantenere in vita contemporaneamente entrambe le misure.

Vi sono, tuttavia, ben più pregnanti ragioni giuridiche che smentiscono la riconducibilità della nuova lett. *f-bis*) al concetto di significativa presenza digitale in discussione in ambito sovranazionale. Secondo la formulazione vi-

(20) Per una ricognizione delle numerose proposte di legge presentate sul tema e non tradotte in norma, cfr. Mayr - Fort, "La nuova definizione di stabile organizzazione (art. 162 del T.U.I.R.)", in *Bollettino tributario d'informazioni*, 2018, pag. 487 ss.

(21) Lo aveva notato correttamente, ancor prima dell'inter-

vento legislativo domestico, Tomassini, "L'incerta corsa alla tassazione dell'economia digitale", in *Corr. Trib.*, 2018, pag. 169 ss.

(22) Ferroni, "Stabile organizzazione: la disciplina nazionale si adegua al BEPS e introduce la 'continuativa presenza economica'", in *Il fisco*, 2018, pag. 632 ss.

gente, l'espressione stabile organizzazione "comprende in particolare: [...] f-bis) una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso". Già la formulazione letterale appare suggestiva, nella misura in cui non evoca affatto la natura "digitale" della presenza nel territorio dello Stato. In ogni caso, quel che orienta nel senso della diversità tra tale concetto e la significativa presenza digitale di origine europea è la circostanza che essa non costituisce una nuova ed autonoma forma di stabile organizzazione, sganciata da ogni profilo di inserimento materiale nell'ordinamento italiano. Essa, infatti, è come detto collocata nella *positive list* del comma 2 dell'art. 162 T.U.I.R., quindi costituisce una esemplificazione della nozione di stabile organizzazione materiale definita nel comma 1 della medesima disposizione.

A meno di non voler affermare che il legislatore abbia irrazionalmente voluto inserire nel contesto della stabile organizzazione materiale una ipotesi caratterizzata da una assoluta immaterialità, si deve allora ritenere che tale collocazione sia stata la conseguenza di una scelta ponderata. E ciò nel senso di non stravolgere i connotati della stabile organizzazione, ma piuttosto di codificare un diverso modo di manifestazione dell'inserimento materiale di una impresa non residente nel nostro ordinamento.

In questo senso, del resto, orienta anche il richiamo che la norma effettua alla funzione rilevante della presenza economica, che deve essere quella di mascherare una consistenza fisica della sua organizzazione nel territorio nazionale. Non pare, quindi, in alcun modo giustificato il tentativo di ricondurre la nuova fattispecie di stabile organizzazione a quel nesso immateriale che secondo gli orientamenti internazionali sopra ricordati potrebbe consentire di attrarre ad imposizione nello Stato i redditi di una impre-

sa non residente realizzati attraverso l'utilizzo di strumenti o piattaforme digitali. Resta, allora, l'interrogativo di quale situazione concreta il legislatore abbia voluto normare mediante la modifica dell'art. 162 T.U.I.R.

Non sembra infondato ritenere, al riguardo, che tale modifica abbia voluto codificare la nozione di stabile organizzazione occulta, sinora confinata alle elaborazioni della giurisprudenza (23). L'assenza di riferimenti allo svolgimento di attività immateriali e, soprattutto, il richiamo al mascheramento di una presenza materiale sembrano delineare una fattispecie nella quale l'impresa non residente agisce nel nostro territorio avvalendosi di una organizzazione materiale che, tuttavia, cerca di nascondere, evitando che essa possa essere ricondotta a quest'ultima. Ciò può verificarsi, come nel caso Philip Morris (24), mediante la formale attribuzione di funzioni meramente ausiliarie e preparatorie ad una installazione locale, in realtà utilizzata per lo svolgimento delle attività tipiche dell'impresa; oppure attraverso la costituzione di una società controllata locale, per mezzo della quale l'impresa non residente realizza in tutto o in parte i redditi ricondotti a tassazione solo nel suo Stato di origine.

Si può osservare che, attraverso la nuova fattispecie normativa, vengono ricondotti sotto l'applicazione della legge fiscale italiana i casi nei quali la multinazionale digitale, pur apparentemente operando da remoto nella prestazione di servizi digitali ad utenti situati nel nostro Paese; si avvalga in realtà di strutture che, lungi dallo svolgere solo attività di supporto (come tali rientranti nell'esclusione di cui all'art. 162, comma 4, lett. e), del T.U.I.R.), contribuiscono in modo decisivo alla produzione dei ricavi. Situazioni, queste, già venute in considerazione in passato in relazione ad accordi di adesione tra l'Amministrazione finanziaria italiana e alcuni giganti del *web* e che adesso potrebbero trovare una più certa disciplina

(23) Si veda l'esame compiuto da Valente, "La stabile organizzazione occulta nella giurisprudenza italiana", in *Fiscalità & Commercio internazionale*, 2012, pag. 30 ss.

(24) Si tratta della sent. n. 3367/2002 della Cassazione tributaria, sulla quale - tra gli altri - si rinvia a Succio, "Sull'ammissi-

bilità della stabile organizzazione di un gruppo di società non residenti", in *GT - Riv. giur. trib.*, 2002, pag. 607 ss., e Ballancin, "La nozione di 'stabile organizzazione di gruppo' in una recente pronuncia della Suprema Corte di cassazione", in *Dir. prat. trib. internazionale*, 2002, pag. 953 ss.

Fiscalità internazionale

normativa (25). Tuttavia, la lett. *f-bis*) ha senza dubbio una portata più ampia e generalizzata e quindi si pone al di fuori del dibattito sulle problematiche dell'economia digitale e sui rimedi ad esse.

La soluzione intrapresa dal legislatore italiano risulta in definitiva poco soddisfacente. Da un lato, lascia del tutto irrisolto il tema centrale dell'individuazione di un *nexus* immateriale idoneo a radicare in Italia la tassazione dei redditi ivi prodotti dalle imprese digitali non residenti. Un tema certamente complesso, come dimostrano i fallimenti finora verificatisi a livello internazionale, ma che avrebbe meritato quanto meno l'avvio di una riflessione interna, anche alla luce dell'apertura dell'OCSE nel senso di consentire agli Stati di prevedere autonome soluzioni, purché rispettose del sistema dei trattati contro le doppie imposizioni (26). Resta, in ogni caso, un vuoto normativo che potrà essere riempito per un tempo indefinito (fino cioè all'introduzione di una definizione internazionale o europea di significativa presenza digitale, ad oggi assai remota) da condotte legittime ma di dubbia equità fiscale da parte delle multinazionali digitali.

Per di più, la codificazione della nozione di stabile organizzazione occulta rischia di esporre l'I-

IL PROBLEMA APERTO

Tassazione dei redditi

delle imprese digitali non residenti

La soluzione intrapresa dal legislatore italiano in materia di economia digitale lascia irrisolto il tema centrale dell'individuazione di un **nexus immateriale** idoneo a radicare in Italia la tassazione dei redditi ivi prodotti dalle imprese digitali non residenti. Un tema complesso, come dimostrano i fallimenti finora verificatisi a livello internazionale, ma che avrebbe meritato quanto meno l'avvio di una riflessione interna, anche alla luce dell'apertura dell'OCSE nel senso di consentire agli Stati di prevedere autonome soluzioni, purché rispettose del sistema dei trattati contro le doppie imposizioni. Resta, in ogni caso, un **vuoto normativo** che potrà essere riempito per un tempo indefinito (fino cioè all'introduzione di una definizione internazionale o europea di significativa presenza digitale, ad oggi assai remota) da **condotte legittime** ma di **dubbia equità fiscale** da parte delle multinazionali digitali.

talia a critiche sul piano internazionale. È noto l'atteggiamento di contrarietà dell'OCSE alla giurisprudenza interna originata dal caso Philip Morris ed è prevedibile che analoga accoglienza sarà riservata alla nuova fattispecie (27). Essa, infatti, lascia all'Amministrazione finanziaria un margine molto ampio (anche alla luce della formulazione vaga della disposizione) per mettere nel nulla la regola aurea sulla tassazione del reddito di impresa nello Stato di residenza, espressa in termini generali dall'art. 7 del Modello OCSE.

Prospettive future

Le recenti modifiche legislative, se hanno il pregio

di provare a porre un freno ai fenomeni di più ampia portata mediante l'applicazione dell'imposta sulle transazioni digitali, non si sono spinte fino al punto di introdurre una nuova tipologia di *nexus* idoneo ad attrarre ad imposizione nel nostro Paese il reddito generato attraverso una presenza digitale significativa.

Verosimilmente, si è ritenuto prematuro effettuare una scelta netta a favore di una tra le molteplici opzioni che in ambito internazionale sono ancora oggetto di dibattito. La scelta non appare peraltro del tutto condivisibile. Nessuna ragione di principio sembra infatti op-

(25) È stato, peraltro, osservato criticamente che "se si ritiene che l'operatività via *web* e il commercio elettronico diretto possano dar luogo ad una stabile organizzazione occulta secondo i principi fissati dalla nota sentenza della Corte di cassazione nel caso 'Philip Morris', mi sembra evidente che la possibilità di accertarla esiste già oggi, senza alcun bisogno di modifiche delle norme domestiche" (così Gallo, "Prospettive di tassazione dell'economia digitale", cit., pag. 171).

(26) Nel *Final Report* dell'Action 1 del progetto BEPS, si legge che "*countries could (...) introduce any of these three options in their domestic laws as additional safeguards against BEPS, provided they respect existing treaty obligations, or in their bilateral tax treaties*" (p. 13). Tra le tre opzioni menzionate

si trova, appunto, "*a new nexus in the form of a significant economic presence*".

(27) Successivamente alla pubblicazione della sentenza Philip Morris, l'OCSE aveva modificato il commentario all'art. 5 del Modello di convenzione contro le doppie imposizioni, precisando l'irrilevanza della partecipazione della *branch* alla negoziazione di un contratto da parte della casa madre nonché dell'attività di verifica del corretto svolgimento del contratto medesimo: proprio i due profili che la Cassazione aveva valorizzato nella costruzione della nozione di stabile organizzazione occulta. Sulla vicenda, cfr. Guglielmi, "Il caso Philip Morris nelle recenti modifiche al commentario OCSE", in *Fiscalità internazionale*, n. 2/2006, pag. 148 ss.

porci all'introduzione di una nuova definizione di stabile organizzazione digitale, come dimostrano le iniziative intraprese in tal senso da alcune giurisdizioni (28), se non quella legata alla sua compatibilità con la nozione convenzionale di stabile organizzazione. Appare significativo che anche gli Stati Uniti, a seguito della sentenza *Wayfair* della Suprema Corte Federale (29), possano muoversi nella direzione di sganciare completamente il potere impositivo dalla presenza materiale dell'impresa non residente.

D'altra parte, aver privilegiato una soluzione transitoria, legata alla c.d. *web tax*, conduce ad effetti chiaramente discriminatori, trattandosi di una imposizione sui ricavi e quindi al lordo dei costi, come tale di dubbia costituzionalità; tralasciando gli ulteriori profili, messi in luce da attenta dottrina, di contrarietà di un simile assetto con i principi dell'Unione Europea ed in particolare con il divieto di aiuti di Stato (30).

Senza sottovalutare le difficoltà pratiche, forse si sarebbe potuta introdurre la significativa presenza digitale, come *tertium genus* di stabile organizzazione, mitigando al contempo i succitati problemi di coerenza con la definizione convenzionale attraverso la negoziazione di una modifica al testo dell'art. 5 delle convenzioni contro le doppie imposizioni in vigore con quegli Stati che hanno già manifestato (dentro e fuori l'Unione Europea) una posizione favorevole alla proposta di Direttiva 147/2018. Ciò, del resto, coerentemente con la sollecitazione della Commissione UE con la raccomandazione C (2018) 1650 *final* del 21 marzo 2018.

Come già accaduto in altri contesti, l'iniziativa di una "coalizione dei volenterosi" potrebbe alimentare un percorso virtuoso, stimolando l'emulazione e contribuendo a dar vigore ad iniziative per adesso bloccate dai veti degli Stati contrari.

(28) Si allude alle iniziative intraprese da Israele, Arabia Saudita, India e Slovacchia, a cui fanno riferimento Dhuldhoya, "The Future of the Permanent Establishment Concept", in *Bulletin for international taxation*, 2018; e Spinosa - Chand, cit., pag. 480.

(29) Sulla sentenza *Wayfair vs. South Dakota*, un autore ha osservato che il principio espresso dalla Suprema Corte USA potrebbe influire sul dibattito in corso, conducendo ad un su-

peramento della nozione novecentesca di stabile organizzazione (Avi-Yonah, "Designing a 21st Century Taxing Threshold: Some International Implications of South Dakota vs. Wayfair (June 25, 2018)". in *University of Michigan Public Law Research Paper No. 611*, reperibile in <https://ssrn.com/abstract=3201418> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3201418>).

(30) Cfr. Mason - Parada, "Digital Battlefield in the Tax Wars", in *Tax Notes International*, 2018, pag. 1183 ss.