

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

**DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO TRIBUTARIO EUROPEO**

Ciclo XXXI

Settore Concorsuale: 12/D2

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/12

**LA DIMENSIONE FISCALE EUROPEA DEL MERCATO E DELLE IMPRESE
DIGITALI: TRA LOGICA INCENTIVANTE E PERDITA DI GETTITO NEGLI STATI
MEMBRI PER UNA NUOVA FISCALITÀ UNIONALE**

Presentata da: Carmine Marrazzo

Coordinatore Dottorato

Prof. Andrea Mondini

Supervisore

Prof. Andrea Mondini

Co-supervisore

Prof.ssa Saturnina Moreno Gonzalez

Esame finale anno 2019

ABSTRACT

La presente ricerca ha lo scopo di indagare la tassazione dell'economia digitale, argomento cardine degli odierni dibattiti sul diritto tributario nazionale, internazionale ed europeo, convogliando le attenzioni, per ragioni diverse, di dottrina, prassi, giurisprudenza e politica nazionale ed estera.

La tesi si compone di quattro capitoli. Con il primo si esperisce una *actio finis regundorum* per definire i confini propri dell'economia digitale, cercando di dimostrare che la ricchezza digitale non è facilmente sussumibile in categorie note, ma rappresenti un'evoluzione talmente significativa del contesto produttivo da trascendere i parametri classici di determinazione dell'imponibile.

La seconda parte della ricerca analizzerà le principali strutture impositive, specificamente, in merito al presupposto d'imposta (*what to tax?*) valutandone l'adattabilità alla *digital economy* e immaginando eventuali varianti anche alla luce delle proposte dottrinali.

Nel terzo capitolo si passerà a esaminare il profilo territoriale (*where to tax?*). All'uopo, si declineranno le possibili varianti della territorialità, intesa come principio, *id est* limite alla tassazione, o come criterio, cioè riparto delle potestà impositive.

Conseguentemente, l'ultima sezione è dedicata allo studio di quale sia il livello normativo più adatto alla tassazione della ricchezza digitale (*who to tax?*). Attraverso l'analisi delle fonti del diritto, si avanzerà l'ipotesi di una tassazione europea dell'economia digitale, tenendo conto delle proposte avanzate in sede internazionale e nazionale, provando a individuarne uno schema essenziale (*how to tax?*).

Infine, su un piano generale, si ricorderà come questa problematica possa diventare la chiave di volta nella storia politica dell'Unione Europea, potendo nascere dalla costruzione del Mercato Unico Digitale una nuova fiscalità, autenticamente, europea con l'obiettivo ulteriore di incoraggiare la nascita e la crescita di imprese digitali europee, attraverso un progressivo riequilibrio delle posizioni (*level playing field*).

ABSTRACT

This research aims to investigate the taxation of the digital economy, cornerstone of the debates that are taking places in this period in relation to the national, international and european tax law, conveying the attention, for different reasons, of the domestic and foreign doctrine, practice, jurisprudence and politics.

The dissertation is composed by four chapters. With the first one an *actio finis regundorum* is carried out to define the boundaries of the digital economy, in attempting to show that it is not easy to subsume the digital richness into well-known categories, but it rapresents such a significative evolution of the context of production that it goes beyond the classic parameters used for the determination of the tax base.

The second part of the research analyzes the main taxation structures focusing in particular on the tax chargeable event (what to tax?) assessing his adaptability to the digital economy while imaging possible variations in the light even of the proposals done by the doctrine.

In the third chapter the examination will deal in particular with the territorial profile (where to tax?). For this purpose, the different variants of the territoriality, understood as principle, id est as limit of the taxation, or as criterion, meaning with this the apportionment of the power to tax.

Therefore, the last section is devoted to the study of which normative level is the most appropriate for the taxation of the digital richness (who to tax?). Through the examination of the various sources of law, the hypotheses of an euroepan taxation of the digital economy will be advanced, taking into account the proposals put forward on international and national level, trying to identify an essential scheme (how to tax?).

Finally, on a general level, it will be recalled that this issue could became the centrepiece of the European Union's political history, as the construction of the digital Single Market could give rise to a new taxation that is truly european with the further aim to foster and encourage the birth and development of european digital businesses, through a progressive level playing field

*«Whenever a theory appears to you as the only possible one, take this as a sign that you have neither understood the theory nor the problem which it was intended to solve». (Karl Popper, *Objective Knowledge: An Evolutionary Approach*, 1972)*

*«Ogni qualvolta una teoria ti sembra essere l'unica possibile, prendilo come un segno che non hai capito né la teoria né il problema che si intendeva risolvere» (Karl Popper, *Conoscenza oggettiva: un punto di vista evoluzionistico*, 1972)*

Sommario

ABSTRACT	3
PREMESSA	11
1. Considerazioni preliminari.....	11
2. Ambito della ricerca.....	14
3. <i>What to tax?</i> Qual è la ricchezza imponibile più adatta all'economia digitale?	17
4. <i>Where to tax?</i> Il principio di territorialità in una realtà a-territoriale	19
5. <i>Who and how to tax?</i> Le modalità concrete più idonee per una corretta ed efficace tassazione della ricchezza digitale	22
6. Obiettivi e metodologie di ricerca.....	25
CAPITOLO I: INQUADRAMENTO DEI PROBLEMI TEORICI DELLA FISCALITÀ DEL MERCATO E DELL'ECONOMIA DIGITALE.....	29
1. Il (difficile) equilibrio tra economia e diritto nel sistema tributario	29
2. Il mercato come ordine giuridico proprio: tra mercato delle imprese e mercato delle imposte.....	38
3. La progressiva affermazione dell'economia (digitale) sulla norma tributaria.....	41
4. L'economia e il mercato digitale: l'emersione di nuovi modelli di business e la moltiplicazione dei mercati.....	45
4.1. Il concetto di economia digitale: dal commercio elettronico alla “digitalizing economy”	45
4.2. I modelli di business nell'economia digitale: differenze e diffidenze fiscali.....	53
5. L'economia digitale e la sfida ai caratteri tipici del diritto tributario: l'erosione delle basi imponibili	74
6. Il mercato digitale: <i>locus artificialis</i> delle imprese digitali e ordine giuridico proprio.....	77
7. L'innovazione e il ruolo del diritto tributario: tra incentivazione e progressiva erosione delle basi imponibili.....	82
8. Problematiche fiscali dell'economia digitale: profili generali.....	89
8.1. Presentazione del problema: se l'Economia digitale sia compatibile con il diritto tributario?	89
8.2. L'adeguatezza del diritto tributario all'economia digitale	92
CAPITOLO II: LA DETERMINAZIONE E LA CARATTERIZZAZIONE DELLA RICCHEZZA DIGITALE: TRA MODELLI IMPOSITIVI CLASSICI E PROPOSTE DI RIFORMA	96

1. Il diritto tributario dinanzi allo sviluppo dell'economia digitale: necessità di una riforma di e del sistema.....	96
2. Il reddito come criterio e misura d'imposizione personale delle persone giuridiche e attuazione della capacità contributiva.....	103
3. Il ruolo centrale dell'imposizione reddituale e la progressiva scomparsa dell'imposizione patrimoniale generale.....	106
4. La tassazione diretta delle imprese digitali: l'esempio italiano dell'IRES e la progressiva eclissi dell'imposizione patrimoniale.....	110
5. L'imposizione indiretta o la tassazione attraverso il consumo: il modello tassazione più adeguato del Mercato digitale.....	114
6. La tassazione del consumo digitale: tra sistema IVA, GST e sales tax	117
7. L'esistenza di indici economici diversi da quelli classici: tra <i>hortus conclusus</i> e indici "ragionevoli"	121
8. L'introduzione di tributi specifici per affrontare le sfide dell'economia digitale: necessità o fallimento del sistema?	125
8.1. La via italiana alla tassazione dell'economia digitale: analisi della disciplina positiva dell'imposta sulle transazioni digitali.....	126
8.2. Tra Bit e Hit tax: modelli impositivi nuovi per un'economia nuova	133
8.3. La ritenuta alla fonte per pagamenti online.....	135
8.4 L'equalization levy ovvero "contributo compensativo": misura discriminatoria per colmare le disparità	137
8.5 Altre iniziative.....	143
9. Conclusioni intermedie	144
10. Il ruolo delle agevolazioni fiscali per le imprese nel digitale	148
11. L'affermazione di un modello di sviluppo digitale europeo e la mancanza di un sostegno normativo adeguato.....	153
CAPITOLO III: LA TERRITORIALITÀ DELL'IMPOSTA NELL'ECONOMIA A-TERRITORIALE: TRA DEFINIZIONE DI CRITERI DI COLLEGAMENTO DIGITALI E PERDITA D'IDENTITÀ DEL PRINCIPIO.....	
1. Introduzione	158
2. Il rapporto simbiotico tra territorialità e sovranità: dall'endiade al distacco	162
3. La territorialità nel contesto internazionale: tra principio generale e consuetudine ..	168
4. La territorialità tributaria nella prospettiva europea: limite e riparto della potestà impositiva tra gli Stati.....	174

5. La declinazione della territorialità: i criteri di collegamento tipici nell'imposizione reddituale	178
5.1 La tassazione in base alla residenza come attuazione del principio di capacità contributiva.....	178
5.2. La tassazione alla fonte mediante l'istituto della Stabile Organizzazione	182
6. La crisi della territorialità nelle imposte dirette dinanzi all'economia digitale: il tema della residenza nel mondo virtuale	185
7. La crisi della territorialità nelle imposte dirette dinanzi all'economia digitale: tecniche utilizzate per erodere le basi imponibili nello Stato della fonte.....	188
7.1 Assenza di presenza fisica nel market State.....	188
7.2 Minimizzazione di presenza fisica nel market State	190
7.3 La riduzione dell'imponibile negli Stati-intermedi	192
8. La positiva esperienza della territorialità nell'iva europea	192
9. L'evoluzione dei criteri di collegamento negli Stati Uniti d'America: da Quill a "Kill Quill" in Wayfair	195
10. La convergenza verso un criterio di collegamento basato sulla presenza economica o digitale	203
10.1. La nuova stabile organizzazione introdotta nell'ordinamento italiano	205
10.2 Considerazioni critiche sull'ossimoro "stabilità digitale"	207
11. Conclusioni interlocutorie.....	208
CAPITOLO IV: LA TASSAZIONE DELL'ECONOMIA DIGITALE TRA TENTATIVI NAZIONALI, ATTENDISMO INTERNAZIONALE E PROPOSTE EUROPEE: ALLA RICERCA DI UN DIFFICILE EQUILIBRIO	216
1. Il complicato ordito di fonti nella regolamentazione della tassazione dell'economia digitale	216
2. Il diritto nazionale nel mercato digitale: particolarismi e tentativi temerari di imposizione della ricchezza digitale	219
3. Il ruolo della Comunità internazionale nel tentativo di regolamentazione della fiscalità digitale: l'irrefrenabile attendismo dell'Ocse	222
4. Il Mercato e l'affermazione del diritto tributario europeo: il ruolo del Mercato Unico Digitale.....	224
5. L'attivismo europeo in cerca di "convergenze parallele" nella tassazione del Mercato Unico Digitale.....	241
5.1 La proposta di direttiva sulla presenza digitale significativa	242
5.2. La proposta di una digital service tax.....	245

6. L'individuazione di nuovi indici di ricchezza e la determinazione dell'imponibile .	247
7. Nuovi modelli impositivi per una nuova ricchezza: il rinnovato ruolo dell'Europa per un'imposizione digitale comune	250
8. Conclusioni	252
CONSIDERAZIONI FINALI	256
1. A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market. Verso un'imposizione europea: strada obbligata?	256
2. Le alternative alle proposte europee con l'unico minimo comun denominatore della sfiducia nei confronti dell'attuale sistema impositivo	261
3. Crisi del modello impositivo: nuovi presupposti, una rinnovata territorialità e antichi problemi nella determinazione degli imponibili	264
4. <i>A modest proposal</i> per un'imposizione del Mercato delle imprese digitali: un tributo europeo sulle rilevanti organizzazioni produttive digitali	268
PRINCIPALI ABBREVIAZIONI	274
BIBLIOGRAFIA	276

PREMESSA

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari; 2. Ambito della ricerca; 3. What to tax? Qual è la ricchezza imponibile più adatta all'economia digitale?; 4. Where to tax? Il principio di territorialità in una realtà a-territoriale; 5. Who and how to tax? Le modalità concrete più idonee per una corretta ed efficace tassazione della ricchezza digitale; 6. Obiettivi e metodologie di ricerca

1. Considerazioni preliminari

Accade sporadicamente che la stampa quotidiana, anche non specializzata, la politica e, in generale, l'opinione pubblica si occupino di argomenti di diritto tributario che esulino dai tradizionali dibattiti da salotto televisivo sulla pressione fiscale, sulla "giustizia" di alcuni tributi o sui dati macroeconomici dell'evasione fiscale e sul relativo costo a carico dei "contribuenti onesti". Eppure, sulla fiscalità dell'economia digitale sono stati versati fiumi di inchiostro e sono state riempite intere trasmissioni televisive, in particolare, in quest'anni successivi all'esplosione della crisi economica che attanaglia l'Occidente dal 2007. Si potrebbe ritenere che l'interesse per questo tema poggia, da un lato, sull'affermazione nel mercato di questi nuovi modelli economici e, dall'altra parte, sulle "imposte evitate dal *big business*"¹, conseguentemente, facendo leva sulla rabbia di molti cittadini, i quali, provati dalla recessione economica, soffrono viepiù le sperequazioni fiscali derivanti dall'esistenza di "zone franche" per le multinazionali. Talvolta, l'insofferenza viene canalizzata contro la pretesa o supposta evasione ed elusione dei tributi, con argomentazioni che esulano dalla fiscalità, come la protezione dei dati personali o il consolidamento di posizioni monopolistiche di queste imprese digitali o ancora le accuse sulle pratiche di "obsolescenza programmata"² messe in atto dai big nella produzione di software e hardware.

¹ SENATO DELLA REPUBBLICA, XVII Legislatura, Disegno di Legge d'iniziativa del senatore Mucchetti Comunicato alla Presidenza il 14 settembre 2016 denominato "Misure in materia fiscale per la concorrenza nell'economia digitale"

² Si pensi ai recentissimi Provvedimenti contro Samsung e Apple presi dall'Autorità Garante del Mercato e della Concorrenza in Italia il 24 ottobre 2018, per violazione degli artt. 20, 21, 22 e 24 del Codice del Consumo in relazione al rilascio di alcuni aggiornamenti del firmware dei cellulari che hanno provocato gravi disfunzioni e ridotto in modo significativo le prestazioni, in tal modo accelerando il processo di sostituzione degli stessi. O, ancora, all'introduzione nell'ordinamento penale francese del reato di riduzione volontaria della durata di funzionamento di un prodotto al fine di aumentarne il tasso di sostituzione (Article L441-2 introdotto dalla Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation)

Tuttavia, pare innegabile che le imprese digitali, per le ragioni che affronteremo in questa tesi, riescano a sfruttare meglio delle imprese tradizionali i regimi fiscali con un'attività di *cherry-picking*, strutturando il proprio modello di business sulla base della convenienza fiscale.

I dati elaborati dalla Commissione Europea sulla erosione delle basi imponibili³ e sull'effettiva aliquota fiscale media nei 28 Stati Membri dell'Unione Europea mostrano un quadro preoccupante: mentre i modelli di business tradizionali scontano un'aliquota che è compresa in una forbice che va dal 20,9% al 23,2% (a seconda che sia un modello di business puramente nazionale o internazionale), i modelli di business digitali beneficiano di una percentuale d'imposizione assai più bassa, compresa tra l'8,5% e il 10,1% (a seconda del modello di business).

Ciò considerato si comprende le ragioni per cui gli Stati siano preoccupati dal fatto che “*gli operatori economici hanno elaborato pratiche di evasione o - più frequentemente - elusione fiscale finalizzate a massimizzare i propri profitti e minimizzare, per contro, il contributo a favore dell'erario*”⁴. Secondo questa logica, i big dell'economia digitale hanno costruito strutture societarie così raffinate e complesse da poter ridurre, fino a quasi annullare, il proprio carico impositivo nei vari ordinamenti. Il famoso *Double Irish and Dutch sandwich*⁵, utilizzato da Google, Apple e Facebook, è diventata materia essoterica. I modelli economici, creati nel e dal digitale, hanno talvolta stravolto interi sistemi economici, sostituendo ed espellendo dal mercato alcune imprese o alcuni servizi tradizionali⁶. Nell'immaginario collettivo, insomma, le multinazionali del digitale, in particolare, americane rappresentano degli speculatori che sfruttano i sistemi fiscali per massimizzare i propri profitti, non pagando “la giusta quota” di tributi, finendo per corrodere il contesto economico tradizionale.

³ COMMISSIONE EUROPEA, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Time to establish a modern, fair and efficient taxation standard for the digital economy, Brussels, 21.3.2018, COM (2018) 146 final

⁴ CENTRO STUDI DEL SENATO DELLA REPUBBLICA, XVII Legislatura, Elementi di documentazione sul A.S. 2526 denominato “Misure in materia fiscale per la concorrenza nell'economia digitale”

⁵ VAN BREDERODE, *A Normative Evaluation of Tax Law Enforcement: Legislative and Political Responses to Tax Avoidance and Evasion*, 42 Intertax, 2014, Issue 12, 764

⁶ Si pensi al famoso caso di Blockbuster cfr. TROTT, *Innovation Management and New Product Development*, Prentice Hill, Financial Times, 2008

Nondimeno, c'è un elemento che, talvolta, viene sottovalutato, ossia la circostanza di fatto e di diritto per cui, nella normalità dei casi, queste imprese digitali né evadono né eludono i sistemi fiscali europei⁷, ma sfruttano, ai limiti della legalità (difficilmente debordando), i disallineamenti offerti dalla normativa tributaria nazionale, dai Trattati internazionali e dalle libertà di diritto eurounionale.

Le imprese digitali, infatti, legittimamente si sono stabilite in Paesi europei che hanno offerto ideali condizioni giuridico-tributarie, per operare nel mercato europeo, grazie alla libertà di stabilimento offerta e garantita dall'Unione e al fatto che la tecnologia consente di “avere presenza nel mercato” senza necessità di presenza fisica. Inoltre, non si tiene conto che, seppure alcuni modelli di business sono problematici e sfidano per le loro intrinseche qualità le norme fiscali, l'economia digitale garantisce ampi benefici ai singoli, alle attività produttive e alle Amministrazioni Pubbliche. In particolare, la digitalizzazione ha consentito di diminuire, fino a eliminare, le distanze tra le persone e le cose; ha accelerato la mobilità delle persone e dei fatti produttivi; ha consentito l'utilizzo di dati specifici ad un livello tale da permettere la soddisfazione dei bisogni individuali dei consumatori, siano essi individui o imprese. L'economia digitale, invero, ha aperto ampie opportunità di innovazione, investimento e la creazione di nuove imprese ed opportunità di lavoro; ha incrementato le possibilità di espansione dei mercati, ha consentito la promozione dei servizi migliori a prezzi migliori, garantisce maggiore scelta e crea nuove fonti di occupazione.

In sostanza, quando si discute di tassazione dell'economia digitale, è necessaria un'ottica bipolare per cui, sicuramente, da un lato, i fenomeni di riduzione indebita delle basi imponibili devono essere contrastati, ma, d'altra parte, ricordando che, allo stato attuale, la digitalizzazione rappresenta un elemento di ricchezza per le economie statali e, in generale, globali e, come tale, deve essere sostenuta e incentivata. Pertanto, per utilizzare termini cari

⁷ Senza voler anticipare i punti salienti della trattazione, ma, dal nostro punto di vista, pare evidente che, salvo alcuni casi, i big dell'economia digitale non evadono e non eludono le norme tributarie dei singoli Stati. Considerato che l'evasione è la violazione diretta di norme e che essa può essere scomposta in diverse forme (evasione da riscossione o frode fiscale), nella pratica comune, capita raramente che le imprese digitali siano accusate di questo tipo di violazione. Viceversa, succede più frequentemente che i cd. *Over the top* siano accertati per elusione o abuso del diritto. La contestazione mossa più frequentemente nei confronti di queste imprese è che esse eludono la norma tributaria, non integrando una Stabile Organizzazione nel proprio ordinamento. Tuttavia, ciò che si sottovaluta è che i nuovi modelli di business emersi, grazie al digitale, consentono legittimamente di svolgere attività economiche senza presenza nel cd. *market jurisdiction* (cd. *trading in a country*)

alla Commissione Europea, è corretto auspicare che i giganti americani di Internet paghino la giusta quota di tributi in Europa, ma che, per centrare questo obiettivo, bisogna immaginare una nuova fiscalità europea che abbia anche l'ulteriore fine di ammodernare il sistema fiscale per renderlo coeso e coerente con questa nuova realtà economica digitale, puntando, in verità, a far prosperare imprese digitali finalmente europee che, adesso, sono strette nella duplice morsa asiatico-americana.

In sintesi, ciò che sembra essere opportuno è che, nell'affrontare questa tematica, non bisogna essere condizionati dalle presunte forme di evasione o di elusione realizzate dalle imprese digitali. Non dovrebbe manifestarsi una logica punitiva per cui si assoggettano a tassazione queste attività produttive perché si ritiene che queste non subiscano un sostanziale depauperamento e, di conseguenza, non contribuiscono alle pubbliche spese. Ma apparrebbe opportuno ragionare, in limine, sulle ragioni giuridico-fattuali che consentono a queste imprese di affrancarsi da taluni obblighi fiscali e immaginare dalle strategie che consentano di tassarle equamente.

2. Ambito della ricerca

Per analizzare le molteplici forme della fiscalità dell'economia digitale, si è immaginato un percorso che, partendo dalla qualificazione della terminologia tradizionalmente utilizzata per riferirsi alla realtà economica digitale, arrivi a ipotizzare un regime fiscale nuovo che sia il più idoneo, da un punto di vista quantitativo e qualitativo. In altre parole, si cercherà di individuare un punto di equilibrio tra la forza "antisistemica" dell'economia e i tentativi di regolamentazione del diritto.

Il difficile rapporto tra economia e diritto, infatti, sarà l'oggetto principale della prima parte della ricerca, in cui si evidenzierà come la potenza dell'economia globale, senza confini e limiti, stia progressivamente erodendo il ruolo del diritto. Questo fenomeno è verificabile, in particolare, considerando la norma nazionale, vieppiù limitata dalla costante perdita d'identità del ruolo dello Stato. Sembra, infatti, che l'energia del mercato globalizzato, lungi dall'affievolirsi, sia destinata anche nel futuro a modellare l'ordine giuridico, con la definitiva affermazione del ruolo sovraordinato dell'economia sul diritto, imponendosi non

solo grazie alla potenza dei traffici commerciali, ma anche nei modelli teorici che vengono accolti nel diritto positivo.

L'economia, però, non solo sta scardinando i sistemi positivi, ma ne crea di nuovi più adatti e più idonei a contribuire all'esplosione del mercato.

L'emersione della cd. *soft-law* e di altri strumenti, per esempio, è la prova della progressiva erosione della rilevanza della norma giuridica, classicamente intesa, come imposta dallo Stato secondo le procedure parlamentari tipiche. Il confronto o, in alcuni casi, lo scontro tra diritto positivo statuale e la realtà economica ha prodotto un progressivo indebolimento del ruolo della legge con l'affermazione delle convenzioni privatistiche⁸ (come la *lex mercatoria*) e delle conseguenti logiche mercantili.

Posta questa premessa, sembra indifferibile precisare i reali termini del problema e, dunque, esperire una *actio finis regundorum* al fine di chiarire il significato da attribuire ai vari termini che sono utilizzati, talvolta erroneamente, come sinonimi, allorquando si discute dell'economia digitale.

Il fenomeno della digitalizzazione rappresenta una nuova rivoluzione economica, modificando l'industria della produzione di massa fordista e delle catene di montaggio verso una forte automatizzazione degli apparati industriali con un netto miglioramento dei processi produttivi e delle condizioni di lavoro. L'avvento del digitale ha prodotto enormi cambiamenti sulla società, pervadendo, quasi ogni aspetto della vita umana, con opportunità e rischi noti, che assumono una particolare importanza nel mondo del diritto e, in particolare, di quello tributario⁹. Le nuove tecnologie, tra l'altro, stanno cambiando profondamente gli stili di vita delle persone e le dinamiche imprenditoriali.

L'economia digitale, in questa logica, non rappresenta una soluzione di continuità o un *aliud* rispetto all'economia globale; anzi, come è stato affermato di recente, “*rapidamente l'economia globale diventa digitale: le tecnologie dell'informazione e della comunicazione non costituiscono più un settore a sé stante, bensì il fondamento medesimo di tutti i sistemi economici innovativi moderni*”.¹⁰

⁸ DI PIETRO, *Il consenso all'imposizione e la sua legge*, Rass. Trib. 2012, 1, *passim*

⁹ HINNEKENS L., Application of permanent establishment and other jurisdictional rules to income taxation of electronic commerce, in RINALDI, *La fiscalità del commercio via Internet: attualità e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2001, p.37

¹⁰ COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO, AL

Ciò premesso, se si dovesse accogliere una nozione omnicomprensiva di economia digitale, potrebbe essere definita come quella disciplina che intende indagare il modo in cui l'innovazione digitale ha cambiato la modalità di produzione della ricchezza, analizzando l'emersione di nuove forme di ricchezza ed esaminando il nuovo mercato di riferimento, il cd. "mercato digitale".

Per chiarire subito i termini del problema, è opportuno precisare che, comunque, l'economia digitale, inoltre, non è identificabile nel commercio elettronico, il quale, in verità, rappresenta una *species* della categoria "economia digitale".

In questo, il mercato digitale, che rappresenta la sintesi dei molteplici mercati digitali esistenti, è utilizzato dagli ordinamenti come quel luogo giuridico che consente di assumere un parametro di imposizione ben definito, ossia il consumo. In altre parole, mentre è difficile tassare l'impresa digitale ovvero la ricchezza immateriale, perché difficilmente determinabile e localizzabile, d'altra parte, il mercato digitale permette di individuare, attraverso la figura del consumatore e del cliente, una misura d'imposizione certa, soprattutto, limitatamente all'imposizione indiretta. Il tema è tanto importante che la creazione di un Mercato Unico Digitale (Digital Single Market) è una delle 10 priorità politiche della Commissione europea. Per l'occasione, la Commissione ha ideato un progetto che mira ad aprire opportunità digitali per le persone e le imprese in un mercato di oltre 500 milioni di consumatori europei, il cui completamento contribuirebbe all'economia europea con un saldo positivo di 415 miliardi di euro, attraverso la creazione di posti di lavoro e la trasformazione dei nostri servizi pubblici. La strategia del Mercato Unico Digitale dovrebbe accompagnare la trasformazione che le tecnologie digitali stanno imprimendo sull'economia e anche sui sistemi fiscali. Da un lato, infatti, l'utilizzo dell'ICT nelle procedure tributarie, aiuta a migliorare la gestione degli oneri amministrativi, facilitando la collaborazione tra le autorità fiscali e tra l'Amministrazione del contribuente, permettendo di affrontare in modo più efficace l'evasione fiscale.

Tuttavia, la trasformazione dei modelli di business, con i beni immateriali che svolgono un ruolo sempre più importante, preme sui vuoti del sistema fiscale europeo. Non è un caso, infatti, che, attualmente, la maggior parte degli schemi societari tesi a ridurre il

carico impositivo sfrutti le libertà fondamentali dell'Unione¹¹. Il Mercato Unico Digitale dell'Unione Europea, dunque, ha bisogno di un quadro fiscale moderno e stabile per l'economia digitale per stimolarne l'innovazione, affrontare la frammentazione del mercato e consentire a tutti gli attori di attingere al nuovo mercato in condizioni eque ed equilibrate. È essenziale, infatti, garantire la certezza fiscale per gli investimenti industriali, ma, contemporaneamente, è necessario immaginare regole fiscali più adeguate a questa nuova realtà e che consentano una più corretta tassazione dell'economia digitale, non solo allocando il valore imponibile nella giurisdizione in cui si è creato, ma anche con una forma di imposizione aggiornata al contesto digitale.

3. *What to tax?* Qual è la ricchezza imponibile più adatta all'economia digitale?

Prima facie, appare difficile, però, ricondurre un fenomeno economico così complesso e dinamico alle consolidate categorie d'imposizione e ai conseguenti fatti generatori dell'imposizione. Sembra arduo, altresì, localizzare ricchezze, soggetti produttori e beneficiari ai modelli d'imposizione sul reddito adottati da tutta Europa e, considerando la mancanza di una competenza specifica dell'Unione europea in materia d'imposizione sul reddito, predisporre modelli armonizzati d'imposizione. Anche a causa della fragilità della fiscalità diretta eurounitaria, l'economia digitale ha finito con il supportare forme di pianificazione fiscale che permettono di strutturare il loro business *in a tax optimised form*,

¹¹ Si ricorda, incidentalmente, che l'articolo 54 del TFEU riconosce alle società costituite a norma delle leggi di uno Stato membro e che ivi abbiano la sede sociale, l'amministrazione centrale o la sede principale, il diritto di svolgere la loro attività mediante una controllata, una succursale o un'agenzia (Sentenze della Corte di Giustizia, causa C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain*, punti 35 e 36; causa C-446/03, *Marks & Spencer*, punti 30 e 31). I Giudici europei chiariscono che le menzionate disposizioni mirano ad assicurare il beneficio del trattamento nazionale nello Stato membro ospitante ed ostano, parimenti, a che lo Stato membro d'origine ostacoli lo stabilimento in un altro di una società costituita conformemente alla propria legislazione, in particolare tramite una stabile organizzazione, che diviene così un centro di imputazione soggettiva (sentenza 15 maggio 2008, causa C-414/06, *Lidl Belgium*, punti da 18 a 22). Una compressione del diritto può essere giustificata solo da un motivo imperativo di interesse generale e deve essere idonea a garantire il conseguimento dell'obiettivo da essa perseguito, senza eccedere quanto è necessario per raggiungerlo. La necessità di garantire una ripartizione equilibrata dei poteri impositivi tra gli Stati membri riguardo alla prevenzione dell'elusione fiscale non può in ogni caso comportare una disparità di trattamento. Ricorda la CGE che, in mancanza di disposizioni di unificazione o di armonizzazione adottate a livello dell'Unione, gli Stati membri possono ben definire, in via pattizia o unilaterale, i criteri di ripartizione del loro potere impositivo, segnatamente al fine di eliminare la doppia imposizione ovvero l'erosione della base imponibile attraverso la traslazione artificiale dei profitti; ripartizione peraltro riconosciuta dalla Corte come obiettivo legittimo (sentenza 4 luglio 2013, causa C-350/11, *Argenta Spaarbank*, punto 50)

erodendo la base imponibile (*base erosion*), alimentando poi una concorrenza fiscale per la migliore allocazione dei profitti (*profit shifting*).

I caratteri qualificanti e consolidati dell'imposizione sembrano mal adattarsi alla nuova realtà economica. Il presupposto, ad esempio, consistente nei fatti e situazioni previsti dalle leggi d'imposta, riferibili ad un soggetto e verificatisi in uno spazio e in un determinato lasso di tempo cui ricollegare il debito d'imposta, pare non adeguato ad una ricchezza dai contorni così integrati e complessi da non permettere d'individuare le caratteristiche classiche di un fatto imponibile riferito ad un reddito diviso tra produzione e consumo. Il presupposto supera così nell'economia digitale la libertà di ricerca del legislatore come espressione di capacità contributiva condizionato com'è dal punto di vista dell'efficacia dalla scarsa adattabilità delle categorie reddituali alla nuova ricchezza

L'imposizione personale e reddituale non sembrerebbe sincronizzata con questa nuova realtà¹². Lo rende difficile la dinamica stessa di creazione e di formazione della ricchezza dove non rimane che, in ultima analisi, riferirsi ai bilanci delle società che gestiscono l'economia digitale con prevalenza del dato contabile sulla particolarità della formazione e della produzione della ricchezza. Una tale semplificazione impositiva è insoddisfacente dal punto di vista sistematico, ma costituisce, allo stato attuale, l'unica soluzione di sistema che possono adottare gli ordinamenti tributari con l'imposizione esclusiva sul reddito nazionale. In un'economia, in cui il valore delle imprese digitali non pare essere dato esclusivamente dalla redditività attuale, quanto dalla capacità reddituale o di generare attraverso l'utilizzo di una prima e nuova ricchezza digitale, ossia la "lavorazione del dato", su cui si ritornerà diffusamente *infra*.

La stessa dinamica dell'economia digitale richiede poi il coinvolgimento di una pluralità di soggetti che a vario titolo partecipano alla creazione della catena del valore della nuova economia. Di qui la difficoltà d'individuare con la sicurezza e con la certezza che venivano dall'economia industriale i soggetti passivi cui attribuire come presupposto una ricchezza che difficilmente si qualifica come reddito e la difficoltà di attribuire in termini di responsabilità tributaria un ruolo specifico ai vari attori della catena del valore per qualificare in termini giuridici la loro responsabilità come imprenditori. Gli schemi giuridici adottati

¹² FRANSONI, *La web tax: miti, retorica e realtà*, in *Riv. Dir. Trib.* (supplemento online), 5 aprile 2018.

dalle società nel settore digitale prevedono una moltitudine di soggetti implicati nelle transazioni. L'impresa non è in contatto diretto con i clienti, ma interpone una serie di entità per ragioni principalmente fiscali. Questi soggetti, definiti *substance service*, *intermediate*, *low tax* e *parent entity*, attraverso una serie di transazioni, arrivano a minimizzare l'imposizione. Strutture equivalenti sono usate in tutti i settori, ma il settore digitale le rende più appetibili e più facilmente riproducibili. Anche in questo caso, attribuire la soggettività per le imposte sui redditi alle società operanti nel settore costituisce una semplificazione impositiva che deriva direttamente dalla qualificazione della ricchezza contabile tassabile, ma non risolve in termini di sistema la qualificazione in termini tributari della varietà dei soggetti che partecipano allo sviluppo dell'economia digitale.

Ciò premesso, si chiarirà come il primo problema da affrontare nella trattazione dell'imposizione fiscale dell'economia digitale, dovrebbe indagare quale sia il presupposto più adatto alla nuova realtà economica e, dunque, quale sia l'indice più idoneo a manifestare correttamente la misura della ricchezza. In altre parole, l'imposizione personale, basata sul reddito societario, può ancora essere in grado di intercettare le nuove manifestazioni di ricchezza che emergono dall'avvento del digitale? L'invenzione di tributi assai diversi da quelli tradizionali, infatti, appare essere la prova più evidente di un tentativo di rinnovamento delle categorie tradizionali attuali, non solo in termini di territorialità dell'imposizione, ma anche nel nucleo fondamentale del presupposto.

La trasformazione così radicale dell'attività imprenditoriale non è riconducibile alla sola digitalizzazione delle attività così vistosamente integrate da non poter essere invece essere qualificate e quindi fiscalmente giudicate con parametri e categorie che sono utilizzate tradizionalmente per regolare l'imposizione di ricchezze tradizionalmente divise e tradizionalmente differenziate con l'utilizzo di concetti sedimentati, come redditi o patrimonio, oltre a quelli ormai presidiati dal diritto comunitario come scambio, consumo e produzione. Bisogna, dunque, ripensare le tradizionali categorie, accettando l'assioma tra nuova ricchezza e nuovo mercato e modellare il sistema impositivo sulla base di questi rinnovati parametri.

4. *Where to tax?* Il principio di territorialità in una realtà a-territoriale

La nuova economia nasce e si sviluppa nella Rete la quale, per definizione, non riconosce, a differenza di quanto accade per i mercati dell'economia industriale, la tradizionale territorialità del mercato, priva com'è di collegamenti tangibili con il territorio inteso come porzione della superficie terrestre su cui lo Stato esercita sovranità. Le problematiche coinvolgono criteri di collegamento dell'imposizione, da sempre legati alla fisicità dei beni e dei servizi¹³ che, con l'avanzare dell'economia digitale, appaiono non più in grado di intercettare la nuova ricchezza già minata dalle difficoltà d'individuare il presupposto e di qualificare come soggetti passivi i partecipanti alla catena del valore. È necessario, conseguentemente, interrogarsi sull'effettività dei limiti impositivi sia formali che sostanziali dello Stato. Come vedremo nel Cap. III, la dottrina pubblicista internazionale ha individuato nell'interesse ragionevole e nel cd. *genuine link* gli unici limiti alla potestà impositiva. Nella nostra tradizione giuridica il principio di territorialità viene valorizzato, collegandolo al principio di contribuzione alle pubbliche spese della comunità statale da parte di un soggetto che vi appartiene o vi è inserito. Sviluppando questo ragionamento, il tributo non rappresenta altro che il costo di appartenenza di un soggetto alla comunità in cui è collegato con un "attacco sociale"¹⁴.

Ponendosi in questa prospettiva, sembra chiaro che i criteri di collegamento territoriale possano andare ben oltre il collegamento fisico con il territorio dello Stato e che si possano prevedere dei tributi senza un legame territoriale fisico, purché il soggetto inciso abbia un certo grado di inserimento, economico, digitale o di altro tipo, nella comunità stessa. La territorialità dell'economia digitale esalta certo un confronto tradizionale tra gli ordinamenti che adottano il modello OCSE e pongono come criterio di collegamento del soggetto non residente con lo Stato impositore la presenza di una Stabile Organizzazione. Questa nozione è tradizionalmente ancorata ad un collegamento fisico dell'impresa con il territorio ed essa è rappresentata da una sede fissa di affari attraverso cui l'impresa non

¹³ Sul problema della territorialità nell'economia digitale, senza pretesa di esaustività, 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, vol. 45, no. 11, pp. 732–741; HONGLER, PISTONE, *Blueprints for a new PE nexus to tax business income in the Era of the Digital Economy*, IBFD, 2015 disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2586196> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2586196>; HELLERSTEIN, *Jurisdiction to Impose and Enforce Income and Consumption Taxes: Towards a Unified Conception of Nexus in Value Added Tax and Direct Tax: Similarities and Differences*, the Netherlands, IBFD, 2009.

¹⁴ FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, Cedam, 2004, p. 186.

residente opera nello Stato. Altre teorie, soprattutto di matrice americana, in base ad una logica commutativa del tributo, invece, pongono l'accento sul benefit come criterio principale per poter attrarre a tassazione soggetti estranei. Le imprese digitali, come già visto, non operano attraverso sedi fisiche fisse e non hanno legami tangibili con il territorio. Il sito web, ad esempio, attraverso cui l'impresa non residente opera non è considerato stabile organizzazione, mentre lo è un server che, nell'informatica, ha una funzione di mero servizio per gli altri computer.

Da più parti, è stato evidenziato che la nozione di Stabile Organizzazione applicata al mondo digitale non appaia adeguata al nuovo contesto economico e tecnologico. L'ordinamento, comunque, può attrarre a tassazione fattispecie che abbiano un collegamento non tanto con il territorio di riferimento, ma con la comunità statale, quindi il legislatore avrebbe un ampio margine di manovra per poter rimeditare i criteri di collegamento dell'imposta. Le imprese digitali, più che quelle tradizionali, possono liberamente stabilirsi ovunque nel mondo e da qui liberamente commerciare verso chiunque. Oltre a questo, vi è da considerare che, allo stesso modo, i fattori produttivi sono altamente mobili. Dunque, in questo panorama così composto e così composito in cui il bene può essere dematerializzato e l'impresa può localizzarsi ovunque, l'unico soggetto che sia fisicamente individuabile e che abbia scarsa possibilità di movimento è il consumatore¹⁵. In secondo luogo, è necessario considerare che, mentre gli Stati cercano, in tutti i modi, di accaparrarsi quota parte del gettito delle imprese digitali, altri Stati, mediante vari strumenti, minimizzano il carico fiscale per le imprese, incentivandole a stabilire la residenza nel proprio ordinamento. Insomma, in questa lotta tra mercato delle imprese e mercato delle imposte, rimodulare la territorialità, nel senso di individuare nuovi criteri di collegamento anche ai fini di nuove imposte e di rinvenire nuovi criteri per distribuire il potere impositivo tra gli Stati, appare ormai un'esigenza indefettibile. È pacifico, in ogni caso, che tradizionalmente i sistemi fiscali si fondano su due elementi: la residenza del contribuente e la fonte del reddito. Questo *status quo*, accolto a livello internazionale, non è stato mai cambiato sia per l'immobilismo cronico degli strumenti sovranazionali sia per le pressioni degli Stati sviluppati, timorosi di

¹⁵ BECKER, ENGLISCH, *Taxing Where Value Is Created: What's 'User Involvement' Got to Do with It?*, Intertax, 2019, n. 2, p. 161; HOFMANN, RIEDEL, *Comment on Taxing Where Value Is Created: What's 'User Involvement' Got to Do with It?*, Intertax 2019, n. 2, 172

perdere parte del loro gettito erariale. In un mondo globalizzato, dove nuovi modelli di business proliferano e la produzione è distribuita tra differenti Stati, è legittimo domandarsi dove sia situata effettivamente la "fonte del reddito". La residenza, in aggiunta, come già visto, grazie all'immaterialità del mondo digitale, può essere posta ovunque, rendendo inefficaci gli attuali principi di fonte e residenza.

Insomma, un'economia dai contorni così problematici dovrebbe imporre una presa di coscienza dei limiti delle regole della territorialità attualmente esistenti.

5. Who and how to tax? Le modalità concrete più idonee per una corretta ed efficace tassazione della ricchezza digitale

La semplificazione contabile del reddito imponibile delle società operanti nella *digital economy*, la loro qualificazione come soggetti passivi nazionali legati alla residenza, la rivendicazione d'improbabili criteri di collegamento legati alla tradizionale stabile organizzazione ha alimentato più che una riflessione sistematica sull'adattabilità delle categorie reddituali alla nuova economia le stesse forme di concorrenza fiscale sorte con l'economia industriale. Di qui lo sforzo in sede internazionale di limitare queste forme con soluzioni che evitino l'erosione fiscale provocata dalla concorrenza fiscale.

Le azioni adottate e proposte dall'OCSE operano ancora con la ricerca di criteri di riparto tradizionale tra fonte e residenza senza rendersi conto che la loro scarsa efficacia dipende appunto dalla difficoltà di adattare elementi strutturali del presupposto e dei soggetti e l'ambito di sovranità impositiva territoriale alle tradizionali categorizzazioni del reddito. A livello internazionale, l'OCSE, in attuazione dell'Action 1 del BEPS, ha pubblicato il documento "*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*"¹⁶, il quale fornisce alcune raccomandazioni preliminari per la disciplina delle transazioni digitali. Sul tema dell'imposizione diretta, in particolare, si afferma che si dovrà valutare l'"incidenza economica" e il relativo impatto di un tributo diretto e che si dovrà approfondire il tema del

¹⁶ OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en> cfr. l'aggiornamento OECD (2018), *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>

nexus, dei dati, dei *multi-sided business models*, della caratterizzazione delle transazioni, delle potenziali soluzioni alle criticità poste dalla *digital economy*, con l'obiettivo di garantire che queste ultime siano "*viable and fair*", in grado di evitare i fenomeni di doppia imposizione e che vengano implementate senza eccessivi costi amministrativi e di compliance. In sostanza, non si propone nessuna soluzione concreta, ma, semplicemente, si rinvia ad iniziative future. Le misure nazionali contingenti e settoriali, però, si possono porre in contrasto con il mercato europeo che rimane il riferimento anche per l'economia digitale. Sembra problematica un'eventuale moltiplicazione di interventi legislativi isolati degli Stati Membri, potenzialmente in contraddizione con le libertà economiche fondamentali e il principio della non discriminazione.

Il settore della fiscalità diretta, tuttavia, non è stato fino ad oggi oggetto di armonizzazione a livello europeo e, probabilmente, non lo sarà nel futuro immediato, anche per il noto meccanismo di voto che impone l'unanimità per le decisioni. Di qui l'evidente differenza con l'imposizione indiretta dove la competenza europea ha permesso di fornire soluzioni armonizzate per incidere sul consumo anche quando poteva riferirsi a forme di economia digitale. Mentre l'Unione Europea, ai fini della neutralità e dell'efficienza del mercato "tradizionale", aveva previsto un tributo armonizzato sul consumo, allo stesso modo, si è ragionato sull'introduzione di una legislazione di tale maniera nel mercato digitale, viste anche le problematiche inerenti all'individuazione della soggettività passiva. L'Unione, d'altra parte, proprio per i limiti derivanti dal principio di attribuzione, ha adottato un approccio parziale, definendo, in itinere, le misure fiscali necessarie al mercato unico tradizionale, eliminandone, di volta in volta, gli ostacoli. Non è infatti casuale che le Direttive emanate negli anni novanta in tema di imposizione diretta siano state promosse dalla Direzione Generale Concorrenza, non già dalla Fiscalità, proprio in forza del ragionamento per cui solo regole fiscali uniformi applicate alle imprese transnazionali (costituite – madre e figlia – e *costituende* – riorganizzazioni) avrebbero consentito la piena attuazione del mercato unico e al corrispondente esercizio delle libertà economiche. In particolare, le normative europee hanno riguardato i gruppi multinazionali operanti in più Stati membri per evitare la doppia imposizione e, comunque, realizzare un'imposizione equilibrata.

Tra le idee citate dagli esperti della Commissione nel 2014¹⁷, per accogliere la sfida lanciata dal nuovo mercato, si rinvengono: la tassazione su base unitaria (*a formula apportionment*) usata in Nord America (USA e Canada a livello federale), e proposta in passato con la CCCTB; e la tassazione basata sui flussi di cassa nel luogo di destinazione (*a destination-based tax on cash flow*), citata dal gruppo esperti della Commissione, che abolisce *tout court* i principi di residenza e di fonte, sostituendoli con quello della destinazione. Mentre la prima modalità di tassazione appare inattuabile per una serie di ragioni tecniche, difficoltà degli operatori nel recepire questo schema, e politiche, ripartizione tra gli Stati dell'imponibile accertato, la seconda continua ad essere sostenuta da parte della dottrina.

Il primo criterio, che deve animare un sistema di tassazione diretta delle società, è l'identificazione di un luogo di tassazione che non incida in maniera rilevante sui comportamenti economici delle imprese, riduca al minimo la disputa sulla proprietà degli *assets* e non incida sulla concorrenza tra imprese nello stesso mercato. La chiave per identificare un luogo in cui ci sia la minore distorsione possibile delle attività economiche delle imprese è da ricercare nella mobilità dei diversi fattori. Sembra pacifico che gli unici soggetti che restano tendenzialmente immobili, nell'e-commerce, siano i clienti e i consumatori. Dunque, una tassazione dei ricavi nel luogo in cui si consuma la vendita o viene effettuata la prestazione del servizio, ammettendo che ci possa essere ancora distinzione, potrebbe evitare significative forme di distorsione. In sostanza, la base di partenza della tassazione diretta sarebbe la tassazione indiretta, con l'eccezione della deducibilità nella prima dei costi.

Il secondo criterio della tassazione delle società è quello di stabilire un luogo in cui ci sia la c.d. giurisdizione sull'imposta (*tax jurisdiction*), sia dal punto di vista della legittimazione ad applicare le imposte (*substantive jurisdiction*), cioè l'esistenza di una stretta connessione tra la res e lo Stato impositore, sia della possibilità di esercitare il potere impositivo (*enforcement jurisdiction*), cioè della capacità dello Stato di accertare e riscuotere.

¹⁷ Expert Group on Taxation of the Digital Economy, Report of the Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy, 28 maggio 2014

6. Obiettivi e metodologie di ricerca

La ricerca, oltre a esaminare i punti centrali del presupposto oggettivo e territoriale dell'imposizione, vuole osservare e comparare come i diversi ordinamenti regolano il fenomeno dell'imposizione diretta delle imprese operanti nell'economia digitale. L'idea è di concentrarsi, principalmente, sulle soluzioni proposte in ambito europeo, tenendo, però, sempre presente in chiave di comparazione dei modelli applicati e applicabili, anche le iniziative di altri Stati extra-UE. Non a caso, si è definito di non dedicare uno spazio autonomo alle proposte Ocse. Queste, in effetti, si presentano deboli politicamente, non avendo un ordinamento giuridico di supporto, e approssimative sotto l'aspetto giuridico, non tenendo conto nelle proprie iniziative dell'esistenza del livello europeo, oltre che, talvolta, impraticabili dal punto di vista pratico, come si evidenzierà in seguito¹⁸. Inoltre, da un punto di vista metodologico, una tesi di dottorato in diritto tributario europeo deve sicuramente dar conto delle proposte di quell'organismo, ma non può risolversi sulle stesse, non aprendo al dibattito ad ulteriori iniziative, come ad esempio dei BRICS che, ad oggi, rappresentano una fetta importante del PIL globale. Da un punto di vista sistematico, infine, si ritiene che non si possa procedere a una segregazione delle proposte europee e internazionali e che queste, dunque, queste vadano piuttosto integrate, anziché essere distinte artificialmente.

L'analisi delle singole soluzioni nazionali messe alla prova della crisi della territorialità e della soggettività passiva nei termini sopra ricordati della insufficienza di un criterio del reddito contabile, consentirà di far emergere sia i limiti del modello impositivo classico sia le peculiarità dell'imposizione applicata al nuovo mercato. Al contempo, lo studio si dovrà concentrare sulla compatibilità delle soluzioni impositive nazionali coi principi di libertà economica tutelati dal Trattato. La ricerca, infatti, vuole arrivare a misurare l'attendibilità di soluzioni fiscali nuove rispetto al mercato digitale, che, sempre più, si presenta come una nuova dimensione del mercato unico europeo, rispetto al quale è necessario immaginare soluzioni utili a garantire quell'unicità di mercato e quell'efficienza

¹⁸ Si anticipa solo la considerazione per cui è vero che i mirabili tentativi dell'OCSE di addivenire a un Trattato Multilaterale siano importanti e potenzialmente risolutivi di molte questioni. Ma la concreta risoluzione dei problemi è molto lontana dal realizzarsi, visto che gli Stati aderenti, per il momento, si sono limitati, ancorché con molte difficoltà, ad accordarsi sui moduli procedurali più che sulla parte sostanziale

che l'esperienza ha fino ad ora garantito con riferimento al mercato tradizionale. Si verificherà che le posizioni dei vari ordinamenti che si sono interessati alla tematica divergono anche radicalmente. Alcuni Stati, per un verso, hanno ritenuto opportuno agire senza aspettare ulteriormente iniziative sovranazionali, con interventi di varia natura, d'altra parte, hanno optato per una strategia d'attesa, rinvio alla soluzione della questione globale ad un intervento internazionale.

Spetta alla politica pubblica, a livello europeo e a livello nazionale, accompagnare questa trasformazione per cogliere appieno le potenzialità positive per l'economia e la società, con concreti benefici per i cittadini¹⁹. A questo fine, occorre una visione lungimirante, che sappia immaginare i possibili sviluppi nel medio-lungo periodo. La realizzazione del mercato unico digitale può aiutare l'Europa a superare il rischio di una stagnazione secolare e ritornare a ritmi di crescita sostenuti. Per l'Italia, in particolare, la digitalizzazione sia sul versante delle infrastrutture che su quello della formazione e dei servizi costituisce una straordinaria opportunità per recuperare in breve tempo la competitività perduta. Anche per un Paese con alto debito pubblico, infatti, gli investimenti pubblici richiesti non sono insostenibili, mentre i benefici possono essere sostanziali²⁰.

L'impresa multinazionale è oggi una rete complessa che non può rinunciare a essere globale e a ripartire in modo specialistico le funzioni gestionali tipiche di un'impresa tradizionale tra le diverse entità localizzate in differenti ordinamenti nazionali, a ciascuna delle quali è affidata una frazione dell'unitario business. La crescente autonomia tra l'organizzazione economica del gruppo – che opera unitariamente specializzandosi a livello transnazionale – e la sua organizzazione giuridica – affidata a società ed enti costituiti secondo il diritto delle singole giurisdizioni – è una realtà imposta dall'esigenza di restare competitivi in un mercato globale, che deve essere considerata da tutti gli interlocutori istituzionali. Individuare soluzioni che consentano di coniugare il rispetto delle sovranità nazionali con le nuove esigenze produttive e gestionali dell'impresa globale è il *fil rouge* che unisce le diverse parti del documento e che deve guidare il legislatore tributario²¹. La libertà

¹⁹ OLBERT, SPENGEL, WERNER, *Measuring and Interpreting Countries' Tax Attractiveness for Investments in Digital Business Models*, Intertax, 2019, 2, p. 148

²⁰ ASSONIME, Mercato unico digitale: le sfide per la politica pubblica in Italia, Note e studi, 2016/12

²¹ ASSONIME, Imprese multinazionali: aspetti societari e fiscali, Note e studi, 2016/17

delle imprese è poi da collegare alla ragion fiscale dei singoli ordinamenti i quali, per cercare di attrarre il maggior numero di imprese e, dunque, del relativo gettito, si sono lanciati, da ormai diverso tempo, in una corsa avente l'unico obiettivo di rendere appetibile il proprio sistema impositivo con diverse tipologie di misure agevolative che riducono significato il peso fiscale per le imprese che decidono di stabilirsi in quel luogo.

Tale tentativo di incamerare quota parte dei profitti di queste imprese si innesta in quel fenomeno definito di concorrenza fiscale tra Stati. In questa prospettiva, dunque, la concorrenza assume una duplice veste: concorrenza leale tra imprese e concorrenza dannosa tra Stati.

Sotto il primo aspetto, è noto che le imprese digitali, più di quelle tradizionali, tendono a un naturale monopolismo per la struttura intrinseca delle tecnologie. In alcuni casi, il mercato di riferimento coincide con l'attività dei big del digitale o perché l'impresa ha fagocitato i propri rivali o perché l'impresa ha creato il mercato di riferimento.

Sotto il secondo aspetto, la diversità di politica economica tra gli ordinamenti incide sulla ricerca di nuove entrate. Nell'economia digitale gli Stati, esclusi dal "mercato delle imposte" perché non in grado di sostenere un livello di concorrenza così in dumping, sono talvolta costretti ad adottare delle normative non coordinate che rischiano di ledere il mercato unico. Questo è vero, ma è giustificato alla luce dell'assenza di un'armonizzazione delle imposte dirette per cui all'interno dello stesso mercato ci sono ordinamenti molto attrattivi e ordinamenti meno attrattivi fiscalmente. Oltre a questo, le soluzioni nazionali o internazionali soffrono di un problema di fonti del diritto abbastanza evidente. L'implementazione di soluzioni internazionali o di soluzioni puramente domestiche rischia di essere incompatibile con le libertà fondamentali del Trattato o, comunque, con il diritto europeo. Per questo motivo, sembrerebbe opportuno un approccio tipicamente europeo per affrontare i problemi attuali relativi alla tassazione dell'economia digitale.

Posta questa premessa metodologica per cui l'Unione Europea rappresenta contemporaneamente una parte del problema, ma anche una possibile soluzione, si possono conseguentemente affrontare i problemi specifici della fiscalità digitale europea. Si proverà, pertanto, a esaminare la realtà positiva attuale, provando a immaginare quale possa essere un sistema impositivo che coniughi i principi fondamentali della tassazione nazionale,

europea e internazionale, avendo riguardo al presupposto d'imposta soggettivo e oggettivo e alle diverse forme d'imposizione.

La presente ricerca, orientata ad indagare il cambiamento dei modelli impositivi classici dinanzi al mercato digitale, si sviluppa secondo un percorso tipicamente eurounitario per una serie di ragioni di ordine giuridico-economico: *in primis*, perché l'ordinamento europeo è giuridicamente sovraordinato rispetto agli ordinamenti nazionali e internazionali e, inoltre, per il ruolo del diritto europeo nella creazione del Mercato Unico e, auspicabilmente, di quello digitale. In un quadro così delineato, dunque, si parte dall'apparente contraddizione di analizzare, per primo, un ordinamento giuridico, non dotato di sovranità impositiva, secondo i modelli di consenso e di partecipazione, tradizionalmente riconosciuti nelle esperienze costituzionali degli Stati Membri. Il potere di imporre tributi, in seguito al patto fiscale stretto con i propri consociati, rappresenta la più intima e tipica prerogativa statale. L'ordinamento europeo è entrato ed entra nel processo di armonizzazione fiscale solo per giustificare un rapporto tra ordinamenti tributari nazionali e mercato comune e non per realizzare un ordinamento tributario diverso da quelli domestici.

Il tributo, nella fase embrionale dell'allora Comunità, è visto come potenziale ostacolo alla libera circolazione delle merci, in quanto poteva alterare i prezzi. Pertanto, il tributo è riconducibile ad una visione puramente economica e non già alla logica del consenso al finanziamento pubblico, ma come garanzia del rispetto delle regole del mercato, evitando l'alterazione per effetto delle scelte impositive statuali. L'obiettivo del Trattato era quello di garantire la creazione di un mercato europeo, attraverso il divieto che scelte fiscali nazionali, pur ispirate dalla logica di finanziamento interno, ne ostacolassero la nascita. Questa visione economicista rappresenterà un *fil rouge* di questa trattazione, in quanto si dimostrerà ancora una volta come le forze che si atteggiano nel libero mercato rischiano di minare tutte le certezze giuridiche, non solo nel campo tributario.

Dunque, dopo aver riflettuto su quale sia la reale novità della ricchezza digitale e averne analizzato i profili di territorialità dell'imposizione, si tenterà, traendo le conclusioni della presente ricerca, di immaginare quale possa essere una possibile misura, anche transitoria, che possa rispondere, in qualche modo, alle sfide poste dall'economia digitale ai nostri sistemi impositivi e, in particolare, a quello dell'Unione Europea.

CAPITOLO I: INQUADRAMENTO DEI PROBLEMI TEORICI DELLA FISCALITÀ DEL MERCATO E DELL'ECONOMIA DIGITALE

SOMMARIO: 1. Il (difficile) rapporto tra economia e diritto nel sistema tributario; 2. Il mercato come ordine giuridico proprio: tra mercato delle imprese e mercato delle imposte; 3. La progressiva affermazione dell'economia (digitale) sulla norma tributaria; 4. L'economia e il mercato digitale: l'emersione di nuovi modelli di business e la moltiplicazione dei mercati; 4.1. Il concetto di economia digitale: dal commercio elettronico alla "digitalizing economy"; 4.2. I modelli di business nell'economia digitale: differenze e problematiche; 5. L'economia digitale e la sfida ai caratteri tipici del diritto tributario; 6. Il mercato digitale: locus artificialis delle imprese digitali e ordine giuridico proprio; 7. L'innovazione e il ruolo del diritto tributario: tra incentivazione e progressiva erosione delle basi imponibili; 8. Problematiche fiscali dell'economia digitale: profili generali; 8.1. Presentazione del problema; 8.2. L'adeguatezza del diritto tributario all'economia digitale

1. Il (difficile) equilibrio tra economia e diritto nel sistema tributario

Capita raramente che un argomento in materia di fiscalità trovi spazio nelle cronache della stampa internazionale di tipo generalista e, quando ciò avviene, è per lo più dovuto alla rinomanza delle parti coinvolte, con scarso interesse per la materia giuridica in oggetto.

Non è questo il caso dell'argomento della presente ricerca, ossia la tassazione dell'economia digitale, che, ormai, occupa, da diversi anni, un'importanza centrale nel dibattito pubblico e politico. Ciò è dovuto principalmente alle rilevanti implicazioni della complessiva digitalizzazione dell'economia e al preteso disallineamento tra i fatturati delle imprese digitali e la loro tassazione effettiva. È invalsa, nella *vulgata*, l'opinione per cui le multinazionali del digitale abbiano assunto il ruolo di evasori/elusori fiscali che drenano risorse nel nostro ordinamento per dirottarle in Stati a fiscalità privilegiata. Per i cittadini, in particolare, degli Stati con un importante sistema di welfare, questo squilibrio risulta insopportabile, soprattutto, alla luce della persistente crisi economica che interessa l'Europa almeno dal 2007²².

²² TREMONTI, Le cause e gli effetti politici della prima crisi globale, in Riv. Dir. Fin. Sc. Fin., 2010, pp. 3 ss.

Le grandi multinazionali americane, infatti, sono tacciate da più parti²³ di incamerare enormi profitti in Europa senza contribuire alle pubbliche spese negli Stati Membri e, correlativamente, di non consentire alle imprese europee di svilupparsi in un mercato digitale concorrenziale. Insomma, da un lato, si sostiene che le big del digitale non sopportino il giusto carico fiscale nello Stato in cui producono i profitti e, dall'altro, che il sistema risultante agevoli la formazione di posizioni monopolistiche di soggetti americani in Europa.

Tuttavia, nel corso di questa indagine, si tenterà di dimostrare che le imprese digitali non dovrebbero essere raffigurate come un mostro da combattere in una crociata a favore della “giusta imposta”, ma bisognerebbe interrogarsi sulle ragioni intime per cui i sistemi fiscali hanno permesso il consolidamento di questo squilibrio fiscale. Da un punto di vista positivo, si può anticipare che nella generalità dei casi, tecnicamente, queste attività economiche non attuano schemi di evasione o elusione, ma riescono a ottenere un significativo risparmio fiscale lecito, sfruttando la vetustà dei sistemi fiscali, congeniati in un'economia industriale che appare significativamente diversa dall'economia digitale che si è affermata nel XXI secolo²⁴. È chiaro che un sistema di norme positive modellato sulla teoria dell'impresa classica che, per svilupparsi nel mercato, ha bisogno di essere presente nel mercato, non pare adatto all'economia digitale in cui l'alta mobilità pervade ogni singolo aspetto dell'impresa.

Per tali ragioni, *in limine*, si esporranno i motivi per cui si ritiene che questa economia e i relativi caratteri siano significativamente diversi dal mondo economico fino ad ora conosciuto e che questa difformità incida profondamente sulle regole poste a presidio delle pretese fiscali degli Stati.

Ciò accade, tenendo conto della stretta relazione esistente tra l'economia e il diritto. Su questo punto, dunque, sembra imprescindibile compiere un'analisi introduttiva, secondo una duplice chiave di lettura che tenga conto, da un lato, degli effetti prodotti dall'avvento

²³ Si cita, fra molti, la dichiarazione del Commissario europeo per la fiscalità e l'unione doganale, gli audit e la lotta antifrode Pierre Moscovici, il quale ha affermato (26.03.2018) che: “*there are situations that people in Europe cannot accept. American internet giants should pay their fair share of tax, and likely will, under a new EU system Our tax system was conceived (...) for the beginning of the 20th century*”. “*We cannot wait for global agreement on such an urgent topic.*”

²⁴ Tra l'altro, ragionando secondo questo schema, l'ordinamento che ha subito, quantitativamente, la maggiore erosione delle basi imponibili sul proprio territorio (più o meno consapevolmente) è rappresentato dagli Stati Uniti d'America che, infatti, negli ultimi anni ha approvato normative come il BEAT (Base Erosion and Anti-Abuse Tax) o il GILTI (Global Intangible Low-Taxed Income), su cui si ritornerà in seguito.

del digitale sull'economia e, di conseguenza, sul diritto e, dall'altro lato, sul tentativo di regolazione dell'economia da parte del diritto. La profonda interazione fra economia e diritto²⁵ obbliga l'operatore giuridico a riadattare i propri parametri dinanzi a un'economia che, per natura, è destinata a evolversi con lo sviluppo della tecnica e, allo stesso tempo, impone o dovrebbe imporre riflessioni di ugual tenore all'economista. Lo sviluppo di un'economia industriale al posto dell'economia agricola, per esempio, ha comportato assai rilevanti cambiamenti sul piano giuridico, in particolare, tributario. Similmente, sembra evidente che la mutazione dell'economia digitale obblighi le stesse meditazioni affinché il diritto non sconti lo iato esistente tra normativa e realtà o tra il *Sein* e il *Sollen*.

Il rapporto tra economia e diritto²⁶, infatti, da secoli, impegna gli studiosi sociali similmente all'indagine delle relazioni tra realtà pregiuridica e diritto²⁷. La realtà pregiuridica, così come l'economia, infatti, non è diritto in sé, ma lo diventa, nel momento e nella misura in cui è incorporata nel contenuto della norma positiva²⁸. In sostanza, il precetto normativo, dovendo riferirsi necessariamente alla realtà (economica) circostante, è costretto a giuridicizzare fattispecie estranee all'ambito proprio del diritto, dovendole necessariamente recepire nel contesto giuridico di riferimento con l'attribuzione di un significato proprio e autonomo ovvero con l'accoglimento dell'originaria accezione. Pertanto, quando il diritto acquisisce significanti di natura economica, si pone la discussione sul significato corretto da attribuirgli. Tali concetti, inoltre, non sono fissi e immutabili, ma mutano nel corso del tempo, a causa e grazie allo sviluppo, non solo economico, ma anche sociale e tecnologico dell'individuo e delle organizzazioni sociali pluripersonali. L'economia e il diritto, in quanto scienze sociali²⁹, pertanto, necessitano una continua interazione con la realtà spazio-temporale d'attinenza.

²⁵ ARTONI, DEVILLANOVA, *Riflessioni sul rapporto fra economia e diritto*, in *Ars interpretandi*, 2013, vol.2, luglio-dicembre, p.111.

²⁶ In termini generali, si veda COOTER, *Diritto ed economia*, Enciclopedia delle scienze sociali, Treccani-online, 1993.

²⁷ GIOVANNINI, "Costo" e "inerenza" nel diritto tributario, in *Rass. Trib.*, 2017, vol. 4, p. 929, nota 5 citando KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, tr. it. di Losano, Torino, Einaudi Editore, 1966, p. 12 ss., p. 42 ss; o ancora GIOVANNINI, *Principi costituzionali e nozione di costo nelle imposte sui redditi*, in *Rass. Trib.*, 2010, vol. 3, p. 609, nota 10.

²⁸ SERRA, *La nottola di Minerva II: atti del sabato del Centro per la filosofia italiana*, Roma, 2012, p. 58.

²⁹ CASSESE, *Il futuro del diritto pubblico*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2017, vol. 2, p. 176.

Un primo strumento attraverso cui il giurista può tentare di riadattare il significato della norma è fornito dall'interpretazione. A tal proposito, l'operatore del diritto ha un continuo bisogno di misurarsi con elementi estranei alla norma positiva, dovendo misurare l'interpretazione della norma alla luce dei mutamenti sociali. Quando questo non è possibile perché la lettera della norma è divenuta definitivamente obsoleta, dovrebbe essere compito del legislatore adattare la norma positiva a tali cambiamenti³⁰. Nel nostro settore specifico, non solo la gran parte delle norme tributarie sono state positivizzate in un'epoca industriale³¹, in cui la fisicità dei beni garantiva la certezza dell'applicazione e dell'interpretazione, ma anche il sistema nel suo complesso è stato concepito, pensando a una tipologia di industria classica. Le norme tributarie, e non solo, intendono l'impresa secondo uno schema tradizionale in cui il processo industriale è declinato secondo la logica classica della creazione del valore, trasformando risorse (dette *input*) in un prodotto finale (*output*). L'impatto della digitalizzazione sull'organizzazione imprenditoriale e sull'evoluzione del rapporto con il consumatore, però, sembra corrodere questo schema teorico, andando a minare le solide concezioni economiche che si sono stratificate nel tempo. La trasformazione digitale, vieppiù, ha scavato un solco profondo tra le imprese che sono riuscite a inserirsi con successo nell'ecosistema digitale, sviluppando nuovi modelli di business, e le aziende che viceversa sono rimaste ancorate a logiche tradizionali.

La connessione tra economia e diritto, pertanto, diventa fondamentale nello studio della disciplina tributaria, la cui particolarità è evidente perché per intercettare manifestazioni di capacità contributiva, si rifà, quantomeno in linea teorica, a concetti economici, logicamente e naturalmente distinti e diversi dalla riflessione giuridica. Per tali ragioni, quando si analizzano, a livello positivo, le norme sulla tassazione, da un lato, non si può trascurare che questo settore è un diritto di secondo livello, dunque, basato su concetti plasmati in altre parti dell'ordinamento³² e, d'altra parte, non si può tener conto della mutevolezza dei concetti economici in ragione dell'evoluzione tecnologica.

³⁰ Il ruolo del legislatore, talvolta, può essere anche occupato dal giudice negli ordinamenti in cui vige il principio *judge made law*, sempre, però, con l'incognita della vigenza dello *stare decisis*. Vedremo nel III cap., come il mutamento giurisprudenziale avvenuto con la sentenza *Wayfair* abbia sostanzialmente rivoluzionato la tassazione indiretta del commercio elettronico negli Stati Uniti d'America abdicando parzialmente alla regola del precedente giudiziario.

³¹ D'ANGELO, *La territorialità del tributario nell'era di Internet*, in *Ianus Diritto e Finanza*, 2014.

³² BORIA, *Il sistema tributario*, in *Il diritto tributario*, a cura di Fantozzi, Assago, Utet, 2013, p. 29.

In definitiva, il diritto tributario, da un lato, è una disciplina che non può prescindere dal significato attribuito ai diversi istituti negli altri rami del diritto e, anche nelle ipotesi in cui si allontani dal significato attribuito nello specifico settore di appartenenza, deve, comunque, giustificare la diversa interpretazione in ragione dei diversi fini della norma tributaria. Dall'altro lato, diversamente da altri settori scientifici, risente della forte influenza delle discipline economiche, ragione per cui, spesso, il giurista è costretto a riferirsi a concetti e ragioni economiche che, teoricamente, non appartengono al mondo giuridico³³.

Tali rapporti, però, benché siano connaturati e strutturali, creano naturali problematiche interpretative e applicative all'operatore, oltre che possibili carenze sul piano legislativo. È chiaro che un sistema, quale quello tributario, imperniato sul principio di legalità, per cui una prestazione patrimoniale può essere imposta solo ed esclusivamente se contenuta in una norma di legge, potrebbe soffrire i limiti intrinseci della norma giuridica nell'evoluzione costante della realtà economica.

Il diritto tributario è costretto, per natura, ad adattarsi necessariamente e velocemente ai cambiamenti della concezione sociale-economica degli istituti di riferimento e delle relative manifestazioni di capacità contributiva al fine di giustificare la partecipazione alle pubbliche spese dei consociati. Talvolta, però, l'adattamento o la trasformazione della normativa fiscale dovrebbe essere preceduta da un'adeguata regolazione in sede privatistica o pubblicistica con un conseguente adeguamento o "correzione" in sede tributaria di istituti concepiti in ambiti diversi aventi finalità differenti³⁴. Il legislatore, invece, talvolta, ha inteso positivizzare norme tributarie per regolare aspetti economici nuovi, senza un'adeguata ricostruzione e ricognizione dell'istituto in sede privatistica. Questo può accadere, per diverse ragioni, tra cui la volontà di assicurarsi, da subito, un gettito adeguato dalla fattispecie ovvero la volontà di evitare tentativi di elusione o evasione della norma fiscale³⁵.

³³ Si pensi, a titolo esemplificativo, ai costanti riferimenti delle norme generali anti-elusive a nozioni sconosciute, prima dell'assunzione nell'ordinamento, quali "operazioni prive di sostanza economica" (in questi termini si veda l'art. 10-bis della legge n. 212/2000, Statuto dei diritti del contribuente), "alle transazioni economiche" (*wirtschaftlichen Vorgängen* di cui al § 42 dell'Abgabenordnung, AO), alla locuzione "al fine di restituire un carattere veritiero (sul piano economico)" (*Afin d'en restituer le véritable caractère* di cui all'art. 64 del Livre des procédures fiscales).

³⁴ Riprendendo l'esempio della nota precedente, sembra evidente che l'istituto dell'abuso del diritto, così concepito nel diritto civile, e la declinazione tributaria sembrano non potersi neanche lontanamente accostare per diverse finalità e obiettivi. Si veda, in termini generali, BALESTRA, *Rilevanza, Utilità (e Abuso) dell'Abuso del Diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, vol. 3, p. 541.

³⁵ Si faccia riferimento, per esempio, alle normative *ad hoc*, costruite per fronteggiare il fenomeno AirBnB (in

In sostanza, una normativa tributaria, già in crisi per l'ipertrofia del legislatore e per una legislazione alluvionale e asistemica³⁶, risulta essere in difficoltà sia nei rapporti "interni" con altri settori del diritto sia nei rapporti "esterni" con altre materie, come quelle economiche. Considerando la difficoltà del legislatore di regolare queste nuove fattispecie in altri settori del diritto, si giustifica un approccio d'avanguardia della norma fiscale, la quale si preoccupa di regolare singoli casi, senza la pretesa di un'adeguata ricostruzione civilistica a monte. Senonché il rischio concreto è che il diritto tributario dinanzi a un'economia così cangiante stia subendo una progressiva parcellizzazione delle regole, le quali risultano essere pensate per singole fattispecie, senza alcuna pretesa di unitarietà e questa ragnatela di norme potrebbe rendere addirittura più agevole la possibilità di operare arbitraggi fiscali.

In particolare, sembra chiaro che l'unitarietà dei concetti rilevanti nel diritto tributario³⁷ si stia progressivamente erodendo, in quanto, non solo non esiste una lettura unitaria di fattispecie identiche in tributi diversi, potendo tale dato essere giustificato dalla diversità funzionale dei diversi tributi, ma anche, all'interno di una stessa imposta o tassa vi sono regimi differenziati in ragione dei soggetti, dell'oggetto o del luogo dell'imposizione.

In fin dei conti, il sistema fiscale appare essere più la sommatoria delle norme dei diversi tributi che la sintesi di una serie di statuti impositivi.

L'obiettivo di questa prima parte della presente ricerca, in verità, tende a dimostrare che, sebbene una certa omogeneità nel sistema tributario sia necessaria, in un'economia apparentemente assai diversa da quella del passato, sarebbe necessario, comunque,

Italia, art. 4, del D.L. 50/2017 rubricato "Regime fiscale delle locazioni brevi", sul punto BERETTA, *Il regime fiscale delle locazioni brevi*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2018, vol. 3, p. 1011) e altri aspetti della cd. "economia digitale" ovvero alla previsione per cui la validità/efficacia di un contratto di locazione dipenda dalla regolarità fiscale (art. 1 co. 346, legge n. 311/04 e Cass. SS. UU n. 18213/2015). Sempre di più, soprattutto, nel contesto dell'economia digitale si plasmano dei tributi definiti, di volta in volta, Google tax (CERIONI, *The New "Google Tax": The "Beginning of the End" for Tax Residence as a Connecting Factor for Tax Jurisdiction?*, in *European Taxation*, 2015, p. 185; Facebook tax (SCHWANKE, *Analysis Facebook's Tax Fiasco*, in *Int'l. Tax Rev.*, 2016, Vol. 27, no. 3, p. 10), Amazon tax (YANG, *Amazon Tax under Challenge*, in *Journal of State Taxation*, 2009, Vol. 27, no. 6, pp. 37-42, Netflix tax (CUEMAN, *The Netflix Tax: Chicago's Extension of Its Amusement Tax to Include Electronically Delivered Entertainment Faces Numerous Challenges and Sets the Stage for Taxing on Streaming-Based Entertainment*, in *DePaul Bus. & Comm. L.J.* 2016-2017, vol. 15, no. 159, in cui, sostanzialmente, i promotori delineano lo schema essenziale dell'imposizione avendo riguardo al modello di business, praticamente, posto in essere dall'impresa digitale.

³⁶ Per una critica su tutti FALSITTA, *Rilevanza delle circolari "interpretative" e tutela giurisdizionale del contribuente*, in *Rass. Trib.*, 1988, vol.1, no.1.

³⁷ GIOVANNINI, *Le metodologie di ricerca nel diritto tributario*, in *Rass. Trib.*, 2016, vol.1, p. 99.

considerare una eventuale distinzione (cd. *ring-fencing*)³⁸ tra i diversi ambiti economici rilevanti. In ossequio al principio di proporzionalità³⁹ o di ragionevolezza, infatti, non possono essere trattate in maniera uguale situazioni diverse e, correlativamente, non possono essere trattate in maniera diversa situazioni sostanzialmente identiche. In altre parole, potrebbe non apparire ragionevole, da un punto di vista logico, considerare imprese omogenee per cifre d'affari e per settori commerciali in maniera diversa, a seconda della loro presenza fisica o “digitale” in un dato territorio. Al fine di verificare l'operabilità di questo principio, però, è necessaria che l'analisi dell'attuale sistema tributario dell'economia digitale sia anticipata da una riflessione preliminare sul rapporto attuale tra l'economia e il diritto tributario.

Tale indagine può essere affrontata avendo riguardo alla contaminazione tra le due materie, considerando, da un lato, il contributo offerto dai modelli teorici economici in riferimento all'argomentazione giuridica ovvero valutando l'apporto della riflessione giuridica sugli studi economici. Il risultato dell'analisi complessiva dell'inquinamento reciproco tra le due materie dovrebbe consentire di misurare l'impatto dei cambiamenti economici sul diritto, non solo positivo, e, correlativamente, il tentativo di regolamentazione della norma giuridica sulla realtà economica.

Bisogna, innanzitutto, considerare la finalità delle norme tributarie, le quali servono, sostanzialmente, a sottoporre a imposizione ogni vantaggio economicamente misurabile di cui il soggetto passivo del tributo gode rispetto agli altri consociati⁴⁰. Per individuare correttamente il presupposto di un tributo, di conseguenza, è necessario riferirsi essenzialmente a concetti economici, come, ma non solo, il reddito, il patrimonio o il consumo⁴¹. Queste nozioni, naturalmente, appartengono alla sfera economica, ma vengono

³⁸ SCHÖN, *Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy*, Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, Working Paper 2017 – 11, December 2017; in termini simili SCHÖN, *Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy*, *Bulletin for International Taxation*, 2018 (Volume 72), No. 4/5

³⁹ Per una ricostruzione del principio di proporzionalità nel diritto tributario si faccia riferimento a MONDINI, *Contributo allo studio del principio di proporzionalità nel sistema dell'IVA europea*, Pisa, Pacini, 2012, *passim*; in generale sul principio URANIA GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998

⁴⁰ GALLO, *Ancora in tema di eguaglianza tributaria*, in *Riv. Dir. Trib. e Sc. Finanze*, 2013, vol. 4, p. 321.

⁴¹ Su questo argomento si ritornerà nel cap. II, ma, intanto, si devono considerare alcune significative diversità di visioni tra LUPI, *Il fuorviante accostamento tra Iva e Irap*, in *Rass. Trib.*, 2005, vol. 3, p. 847 o, ancora, LUPI, STEVANATO, *Il valore aggiunto tra Irap e Iva: le due facce di un equivoco*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*,

assunte a fattispecie tipiche del diritto tributario attraverso il filtro della norma fiscale, la quale utilizza tali concetti come propri. Per tale ragione, può accadere, talvolta, pur nella identità tra significanti, che il significato accolto dagli economisti sia parzialmente diverso da quello interpretato nell'ambito tributario. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla nozione di "reddito" plasmata dagli economisti che non necessariamente coincide con l'idea accolta nella giurisprudenza o dal legislatore⁴².

D'altra parte, l'importanza della norma tributaria ha origini profonde che trascendono i profili economico-giuridici, ma si innestano nell'idea stessa di Stato, di sovranità, di territorio e di popolo⁴³. In primo luogo, il funzionamento dello Stato moderno è, in larga parte, finanziato attraverso risorse fiscali, le quali, dunque, hanno la funzione precipua di azionare la struttura statale e di garantirne l'esistenza. L'idea per cui si può essere sottoposti a imposizione solo se si è partecipato all'elaborazione della norma tributaria direttamente o attraverso i propri rappresentanti è, ormai, connaturata al rapporto tra consenso e finanziamento della spesa pubblica⁴⁴. Non vi può essere, dunque, tassazione senza rappresentanza (il celebre principio *no taxation without representation*)⁴⁵. Il valore di tale statuizione, infatti, è tale da far ritenere che la nascita delle democrazie e dei Parlamenti

2005, vol. 2, i quali riconducono i criteri economici per la tassazione ai soli concetti di reddito, patrimonio e consumo (*hortus conclusus*); e chi come GALLO, *Ratio e struttura dell'Irap*, in *Rass. Trib.*, 1998, vol. 3, sostiene la possibilità di individuare ulteriori criteri economici; più, in generale, si veda una breve ricostruzione in BUCCISANO, *Fiscalità ambientale tra principi comunitari e costituzionali*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2016, vol. 2, p. 590.

⁴² Se in economia si è tradizionalmente distinto nelle canoniche fattispecie di reddito-prodotto (valore dei beni e servizi prodotti dedotto il valore del consumo dei beni capitali), reddito-entrata (ammontare delle risorse consumabili, escludendo il capitale iniziale) ovvero reddito-consumo (il valore dei beni e servizi utilizzati al fine di acquisire ulteriori risorse), invece, nella legislazione del Testo Unico delle Imposte sui Redditi sembra potersi una nozione di reddito-entrata, soprattutto alla luce della creazione della categoria dei redditi diversi. Diversa ancora è la posizione della giurisprudenza, in particolare, costituzionale, la quale ha statuito che "*per la nozione di reddito occorre far riferimento a ciò che, nei limiti della ragionevolezza, è dal legislatore qualificato tale*" (Corte Costituzionale, Sentenza n. 395/2002). Si veda anche la Suprema Corte di Cassazione (Cassazione, sez. V, Sentenza n. 24261/2011) in cui si è chiarito che "*il legislatore è libero di sottoporre ad imposizione fiscale manifestazioni di capacità contributiva, (...), che in precedenza non ne erano colpite e concretizzando (...) un indice di ricchezza e di capacità contributiva, la cui individuazione è rimessa, così come la nozione di reddito, alla discrezionalità del legislatore, senza che tale disciplina si ponga in contrasto sia con il citato art. 3 sia con la CEDU, la quale concerne soltanto il profilo della tutela del diritto di proprietà, ma non gli aspetti fiscali della vicenda espropriativa*".

⁴³ Sul concetto di sovranità si veda MATTIONI, voce "sovranità", *Digesto discipline pubbliciste*, 2012; BERTI, voce "sovranità", in *Enciclopedia del Diritto*, 2007, p. 1067.

⁴⁴ DI PIETRO, *Il consenso all'imposizione e la sua legge*, in *Rass. Trib.* 2012, vol. 1.

⁴⁵ Sul punto si vuole segnalare una lettura europea data da CARINCI, *La questione fiscale nella costituzione europea, tra occasioni mancate e prospettive per il contribuente*, in *Rass. Trib.*, 2005, vol. 2, p. 543.

moderni sia stata anche originata dal Fisco⁴⁶. In questa logica, però, il tributo non si esaurisce solo nella condivisione della spesa pubblica nella logica di cui all'art. 53 della Costituzione, ma diviene il costo dell'appartenenza allo Stato-comunità, attraverso il finanziamento delle spese dello Stato-apparato. Nel corso degli anni, però, il ruolo delle assemblee parlamentari, soprattutto in Italia, è andato ridimensionandosi così come l'idea della centralità della partecipazione rappresentativa nell'emanazione della legge tributaria. È palese che l'importanza della legge formale, ossia quella fonte normativa prodotta dall'ordinamento seguendo la classica procedura parlamentare, è oggettivamente in crisi. Lo sgretolamento complessivo dello stretto collegamento tra imposizione e consenso, ovvero sia di quel rapporto che giustifica la tenuta di un sistema democratico, attraverso il finanziamento delle pubbliche spese del soggetto che manifesta capacità economica nel territorio di riferimento, rende ancora di più evidente un certo distacco della norma tributaria dal consenso sociale che dovrebbe fondarla. È evidente, però, che, al di là dei profili di difficoltà della procedura parlamentare classica, il livello di tecnicismo raggiunto dalla norma tributaria costringe, spesso, all'utilizzo della procedura di delegazione legislativa⁴⁷ o, in talune ipotesi, alla decretazione d'urgenza.

La centralità della norma statale, invero, non è solo ridimensionata dalle tensioni interne e dall'eccessiva specificità del sistema tributario, ma anche da spinte centrifughe e, nello specifico, dall'influenza del diritto dell'Unione Europea, dall'azione del diritto tributario internazionale e, sempre di più, dalla comparazione con gli altri ordinamenti per le ragioni che vedremo meglio in seguito. In ultimo, si deve considerare “la precarietà dell'assetto del nostro sistema fiscale che, in questi anni segnati dall'urgenza di reperire nell'immediato risorse ai fini del riequilibrio dei conti pubblici, si è progressivamente allontanato dai principi di fondo cui esso dovrebbe ispirarsi”⁴⁸.

⁴⁶ TREMONTI, *Assegnazioni agevolate ai soci: un caso di assolutismo fiscale*, in *Corriere Giuridico*, 2000, vol. 2, p. 255.

⁴⁷ Escludendo lo Statuto dei diritti del contribuente (legge n. 212/2000), quasi tutte le principali norme tributarie nell'ordinamento italiano sono state emanate sotto forma di Decreti Legislativi o Decreti del Presidente della Repubblica, perché promulgati prima della modifica di cui alla legge 400/88.

⁴⁸ Relazione del Presidente della Corte dei Conti, Audizione della Corte dei conti sul Documento di economia e finanza 2018, Commissioni speciali della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica, maggio 2018

2. Il mercato come ordine giuridico proprio: tra mercato delle imprese e mercato delle imposte

Il complicato ordito di relazioni tra la realtà economica e lo studio sociale del diritto viene in rilievo, dunque, ai fini della definizione dell'ordine giuridico del mercato⁴⁹, ossia in particolare, di quel tipo di ordine giuridico prodotto dall'economia globalizzata⁵⁰. È indubbio al riguardo che, a seguito della globalizzazione, i diritti statali tendono sempre più ad arretrare dinanzi all'avanzata di un nuovo tipo di diritto, modellato non più sulla legge, ma sul mercato e sui relativi confini che appaiono incerti, non soggiacendo alle normative internazionali e statuali, ma crescendo in una sostanziale autonomia normativa⁵¹.

Tale affermazione, volutamente provocatoria, in realtà, è confermata dal ragionamento secondo cui, in un mondo globalizzato dominato dagli interessi economici privati, si afferma sempre di più un ordinamento giuridico che non vive sulla centralità della legge statale, ma della “norma” prodotta dai privati, tra cui la più nota delle quali è costituita dalla c.d. *lex mercatoria*⁵², intesa come complesso di regole di condotta, rilevabili allo stato diffuso, vigenti nella *societas* mercantile. In sostanza, il ruolo “regolatore” del diritto perde progressivamente la forza dirompente che ha avuto in passato per lasciare spazio a un'economia globalizzata in cui i grandi gruppi societari possono dirsi significativamente autonomi, sia perché affrancati dalle norme nazionali sia perché in grado di produrre liberamente le proprie norme.

⁴⁹ IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1998, *passim*.

⁵⁰ Chiaramente, pur non essendo possibile in questa sede affrontare in maniera approfondita il tema della relazione esistente tra economia, diritto e mercato, sembra utile alla riflessione oggetto della presente ricerca analizzare, in primo luogo e in particolare, l'apporto dell'economia sugli istituti di diritto tributario, in secondo luogo, il tentativo di categorizzazione giuridico-fiscale di fenomeni puramente economici e, infine, il ruolo della creazione del mercato nel rapporto tra economia e diritto tributario.

⁵¹ GALLO, *Il diritto e l'economia. Costituzione, Cittadini e Partecipazione*, in *Rass. Trib.*, 2016, vol. 2, p. 287. In ordine al rapporto tra economia e diritto e al rifiuto del *naturalismo economico* a beneficio di una concezione del diritto disciplinatore del mercato, si veda IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1998.

⁵² Sul concetto di *lex mercatoria* si segnalano tra molti BONELLI, *Lex Mercatoria*, voce del Digesto (disc. Sc. Commerciali 1993); GALGANO, *Diritto commerciale*, voce del Digesto (disc. Sc. Commerciali 1989). Sullo speciale rapporto tra *lex mercatoria* e mercato digitale FINOCCHIARO, *Lex mercatoria e commercio elettronico, Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*, CeI, 2001; sul rapporto tra *lex mercatoria* e diritto tributario, oltre agli scritti di GALLO, si rinvia per qualche riflessione a SACCHETTO, *Profili fiscali dell'arbitrato*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2000, vol. 1, p. 10029.

Sembra che l'energia del mercato globalizzato, lungi dall'affievolirsi, sia destinata anche nel futuro a modellare l'ordine giuridico, con la definitiva affermazione del ruolo sovraordinato dell'economia sul diritto, imponendosi non solo grazie alla potenza dei traffici commerciali, ma anche nei modelli teorici che vengono accolti nel diritto positivo. L'emersione della cd. *soft-law* e di altri strumenti, per esempio, sono la prova della progressiva erosione della rilevanza della norma giuridica, classicamente intesa, come imposta dallo Stato secondo le procedure parlamentari tipiche. Il confronto o, in alcuni casi, lo scontro tra diritto positivo statale e la realtà economica ha prodotto un progressivo indebolimento del ruolo della legge con l'affermazione delle convenzioni privatistiche⁵³ e delle conseguenti logiche mercantili.

Gli effetti della *lex mercatoria*, però, non si arrestano al solo diritto privato, ma hanno producono conseguenze anche nell'ambito pubblicistico, arrivando a qualificare questa nuova forma di legge come ordinamento giuridico autonomo e distinto⁵⁴. In questa condizione, il diritto tributario, sembra essere divenuto, di recente, l'ambito giuridico in cui il confronto tra economia e diritto e tra soggetti privati e soggetto pubblico diventa sembra più aspro. Dal punto di vista delle imprese, il tributo rappresenta niente di più che un costo, il quale, secondo le logiche di mercato, deve essere prevedibile e, ovviamente, non troppo elevato. Per tale ragione le imprese multinazionali necessitano di "garanzie", più che "certezze", sul livello di imposizione, e gli ordinamenti statuali, i quali sono desiderosi di rendere il più possibile appetibile il proprio regime fiscale ovvero di incamerare quanto più gettito possibile al fine di pareggiarlo con le spese pubbliche, piegandosi, di volta in volta, alle esigenze degli uni e degli altri.

Il mercato attuale, d'altra parte, sembra assai allergico ai tentativi di regolazione, anche fiscale, autoalimentandosi e autoregolandosi, fino a imporsi come ordinamento giuridico autonomo, distinto da quello degli Stati nazionali. Nel medesimo tempo, sembra

⁵³ DI PIETRO, *Il consenso all'imposizione e la sua legge*, in *Rass. Trib.* 2012, vol. 1.

⁵⁴ MODUGNO, *Fonti del diritto*, voce del Digesto disc. Sc. Pubbl; si veda anche la riflessione di MACARIO, *Proliferare delle fonti, armonizzazione e certezza*, in *AIDA*, 2014, vol. 1, p. 275.

che la sfrenata concorrenza fiscale (e non solo)⁵⁵ tra Stati si sia trasformata in una progressiva corsa al ribasso (cd. *race to the bottom*)⁵⁶ del diritto e dei diritti.

Emerge fondamentalmente una nuova tipologia di mercato globale, il “mercato delle imposte”⁵⁷, in cui la concorrenza non è tanto quella tra imprese, ma quella tra Stati, i quali, al fine di attirare investimenti e capitali nel proprio ordinamento, usano la leva fiscale, garantendo livelli di imposizione sempre più concorrenziali nel mercato globale. A tal proposito, vi è da rilevare che la norma tributaria generale e astratta lascia spazio a regimi sempre più particolari e specifici, siano essi incentivanti o repressivi. In alcune ipotesi, addirittura, le Amministrazioni Finanziarie concludono degli specifici accordi (*ruling*)⁵⁸ con cui, teoricamente, dovrebbero chiarire il regime applicabile all’impresa richiedente ovvero a specifiche strutture giuridiche predisposte dalla richiedente, ma, in concreto, diventano un prodotto di una contrattazione semi-privatistica tra Amministrazione e contribuente cristallizzando specifici regimi agevolati per specifiche imprese⁵⁹.

Naturalmente la corsa a rendere quanto più favorevole il proprio regime fiscale in un’economia altamente globalizzata, in cui la mobilità dei fattori produttivi ha raggiunto un grado tale da immaginare la “scomparsa” del contribuente⁶⁰, tende a marginalizzare il tradizionale ruolo della norma tributaria nazionale. La progressiva irrilevanza della norma tributaria, classicamente intesa come regola voluta dai rappresentanti dei contribuenti, e il

⁵⁵ Si pensi alla normativa ai tentativi di rendere appetibile per gli investitori il mercato del lavoro attraverso una significativa modifica del diritto del lavoro (previdenziale). Tale fenomeno, comunque, è presente in molti settori del diritto sia privato che pubblico.

⁵⁶ MALHERBE, *Double taxation and national fiscal interests*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2015, vol. 2, p. 23; anticipando, quanto si scriverà in seguito, per una possibile soluzione di sistema si veda CIPOLLINA, *Armonizzazione vs competizione fiscale: il trade off Europa/Italia*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2004, vol. 1, p. 93; si veda anche MELIS, TISCINI, *La tassazione del reddito di impresa: problemi attuali e prospettive di riforma in chiave comparatistica*, in *Rass. Trib.*, 2014, vol. 1, p. 97.

⁵⁷ BORIA, *Diritto tributario europeo*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 17.

⁵⁸ Si pensi all’ipotesi positizzata in Italia dell’accordo preventivo per le imprese con attività internazionale di cui all’art. 31-ter del DPR 600/73 su cui si legga GRANDINETTI, *Gli accordi preventivi con le imprese aventi attività internazionale*, in *Rass. Trib.*, 2017, vol. 3, p. 660.

⁵⁹ Si faccia riferimento su questo ai recenti casi che hanno interessato l’ordinamento lussemburghese (caso Amazon, decisione della Commissione Europea n. SA.38944 e Fiat n. SA.38375), l’ordinamento irlandese (Apple, n. SA.38373), l’ordinamento belga (cd. “Excess Profit exemption” n. SA.37667), olandese (caso Starbucks, n. SA.38374). In dottrina si veda su tutti MORENO GONZÁLEZ, *Tax Rulings: Intercambio de información y ayudas de Estado en el contexto post-BEPS*, in *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2017; ancora AMATUCCI F., *Ruling fiscali, discrezionalità amministrativa e compatibilità con il diritto sovranazionale*, in *Dir. Prat. Trib. Intl.*, 2018, vol. 1, n. 11.

⁶⁰ Sul cd. “disappearing taxpayer” OWENS, *The Tax Man Cometh to Cyberspace, Symposium on Multi-Jurisdictional Taxation*, in *Tax Notes International*, 1997, vol. 14, p. 1833.

graduale successo del ruolo del mercato era già evidente, d'altra parte, nella stessa nascita del diritto tributario europeo, la cui origine non era, infatti, dovuta secondo una classica logica di finanziamento della sorgente Comunità economica, ma attraverso la spinta per una piena integrazione dei mercati statali⁶¹. In questa visione, il tributo non era altro che un possibile elemento di alterazione del Mercato Comune e come tale necessitava una regolamentazione che permettesse agli operatori di lavorare in un contesto economico concorrenziale.

Tuttavia, in questo quadro, anche a causa della struttura tecnica di questa economia digitale, la progressiva marginalizzazione della norma positiva e delle scelte statali rendono possibile alle imprese digitali di imporsi nel “mercato (digitale) delle imposte” con una forza tale da poter annullare qualsiasi tentativo di regolamentazione. Rappresentando, in definitiva, una delle possibili spie del progressivo successo dell'economia sulla norma fiscale.

3. La progressiva affermazione dell'economia (digitale) sulla norma tributaria

Il rapporto tra economia e diritto, dunque, sembra essere, in ogni caso, bidirezionale perché vi è un'influenza reciproca in quanto “*al mutamento (...) della scienza economica corrisponde un mutamento nello stesso concetto di diritto*”⁶². Insomma, in un momento storico, in cui la funzione della legge statale, in particolare, tributaria, è entrata in crisi⁶³, l'economia ha spontaneamente occupato gli ampi spazi lasciati liberi dal diritto o, forse, dalla debolezza della concezione dello Stato attuale nel suo insieme. In questo contesto, la norma tributaria ordinamentale, con i limiti dell'azione dello Stato-nazione e con le difficoltà

⁶¹ A tal proposito, si rileva incidentalmente che è un dato incontestabile che, sebbene sia riconosciuta la cittadinanza europea, benché, talvolta, non pienamente attuata, l'ordinamento sovranazionale è ancora lontano dal riconoscere il contribuente europeo, sebbene la giurisprudenza della Corte di Giustizia stia sempre di più affermando e proteggendo il valore delle risorse proprie europee. Si pensi, in particolare, alla sentenza C-105/14, Taricco (prescrizione), seppure con il parziale *revirement* di cui alla sentenza cd. “Taricco-bis”, C-42/17, M.A.S. and M.B., e la sentenza C-524/15, Menci. Per una visione critica si veda su tutti FLORA, *La “tela di Penelope” nella legislazione penale tributaria*, in *Riv. trim. dir. pen. Econ.*, 2017, 3/4, p. 476.

⁶² ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Problemi giuridici*, 1959, Vo.I, p. 46. Sul mutamento dell'economia con l'avvento della digitalizzazione cfr. ROBBINS, *Internet, Industry and International Trade: Digital Tradability in Services*, in *Journal of World Trade*, 2018, vol. 52, no. 2, pp. 229–256.

⁶³ DI PIETRO, *Il consenso all'imposizione e la sua legge*, in *Rass. Trib.* 2012, vol. 1.

di individuare concetti economici sempre più cangianti, tenta di sottoporre a imposizione per finanziare le spese pubbliche dello Stato soggetti sempre più mobili nel mercato globale e ricchezze sempre più indefinibili.

Sul primo aspetto, se, in origine, l'ordinamento giuridico statale e il mercato di riferimento coincidevano⁶⁴, oggi in un'economia sempre più integrata e senza confini, come quella digitale, la frattura esistente tra le potenzialità del mercato e il territorio di riferimento di un ordinamento diventa assai stridente con la recente volontà manifestata dagli Stati di regolamentazione delle attività economiche digitali.

L'avvento dell'economia digitale, accompagnata da una nuova e più netta globalizzazione dei mercati, ha accelerato lo sgretolarsi della funzione della normativa statale, la quale si trova costretta a confrontarsi non più con beni o scambi materialmente qualificati e con sicurezza individuati ovvero con soggetti identificati in un mercato territorialmente localizzato, ma con un mercato sempre più esteso che trascende i confini statuali. L'ordinamento giuridico moderno, vivendo grazie all'acquisizione delle risorse finanziarie, in particolare, di quelle fiscali, sembra soffrire, ancora di più, l'emersione di questa nuova economia, così apparentemente sfuggente alle norme tributarie dello Stato, costruite in un'epoca in cui era abbastanza facile imporre la propria potestà (non solo impositiva) sugli attori del mercato.

Le imprese digitali, oggi, sembrerebbero vivere e alimentarsi di una sostanziale deregolamentazione che gli consentirebbe, all'estremo, di affrancarsi da qualsiasi obbligo tributario. A differenza di quanto accade per i soggetti (le imprese digitali) e la ricchezza (il reddito o il patrimonio), il mercato digitale, però, è vieppiù utilizzato dagli ordinamenti come quel luogo giuridico che consente di assumere un parametro di imposizione ben definito, ossia il consumo. In altre parole, mentre è difficile tassare l'impresa digitale ovvero la ricchezza immateriale, perché difficilmente determinabile e localizzabile, d'altra parte, il mercato digitale permette di individuare, attraverso la figura del consumatore e del cliente, una misura d'imposizione certa, soprattutto, limitatamente all'imposizione indiretta.

Il sistema tributario, infatti, può tassare, più o meno agiatamente, il consumo realizzato nel proprio territorio attraverso l'utilizzo delle piattaforme digitali e

⁶⁴ DI PIETRO, *Imposte Moderne e Stati Post Nazionali*, in *European Tax Studies*, vol. 1, no. 9, p. 2016.

quest'intuizione ha portato alla creazione nel diritto unionale del cd. MOSS (*Mini-one-shop-stop*)⁶⁵ oppure onerando il consumatore all'autoliquidazione del tributo, come accade nella cd. *use tax* americana. L'assunzione, però, come parametro impositivo del consumatore, in luogo dell'impresa, costringe i sistemi fiscali alla scelta di un'imposizione legata al consumo o agli scambi o sulla cifra d'affari, dunque, finendo per preferire un'imposizione indiretta, in luogo di quella diretta.

Questa scelta, in linea teorica, tende a distorcere il sistema, in quanto lascia inalterato il peso dell'imposizione diretta sulle persone fisiche e, in particolare, sul lavoro, e, d'altra parte, rischia di concentrare il gettito solo sull'imposizione indiretta⁶⁶ che, strutturalmente, non può essere progressiva, ma che, addirittura, finisce per esser regressiva in assenza di aggiustamenti⁶⁷.

L'innovazione tecnologica, in termini generali, ha innescato una serie di cambiamenti strutturali delle modalità di produzione, distribuzione e consumo di beni e servizi, le quali, ormai, alterano la fisionomia e la geografia delle catene del valore, facendo emergere nuovi modelli di business ed estendendo i confini dei mercati, attraverso la messa in discussione della tenuta e dell'adequazione delle regole che hanno storicamente caratterizzato il macrosistema tributario internazionale. In tale contesto, aumenta la possibilità che l'adozione di strategie fiscali aggressive da parte delle imprese multinazionali generi indebiti vantaggi concorrenziali per talune imprese, che la concorrenza fiscale internazionale tra gli Stati limiti l'effettività ed equità della tassazione delle attività digitali, e che la geografia della tassazione sia disallineata rispetto a quella della creazione del valore. Oltre a ciò, si rileva che il sistema fiscale nazionale nel suo complesso appare non più adeguato alle esigenze sempre nuove di un sistema economico, ormai definitivamente globale e digitale. Insomma, la nuova sfida per il diritto tributario è rappresentata dalla sua capacità di innovarsi e di aggiornare la propria fisionomia alla nuova realtà economica in un

⁶⁵ Art. 59 della Direttiva n. 2006/112, art. 7-sexies (1) (g) del DPR 633/72; si veda BAL, *EU VAT Proposals to Stimulate Electronic Commerce and Digital Publishing*, International VAT Monitor March/April 2017, 132

⁶⁶ Sul punto è interessante riferirsi al Bilancio Semplificato dello Stato per il triennio 2017-2019 il quale ci evidenzia il ruolo delle imposte indirette e, in particolare, dell'imposta sul valore aggiunto il cui gettito tende ad avvicinarsi sempre di più a quello dell'Imposta sul Reddito delle Persone Fisiche. In questo contesto appare marginale il gettito derivante dall'Imposta sul Reddito delle Società il quale è quasi un quarto del gettito derivante dall'iva.

⁶⁷ GALLO, *Sviluppo, occupazione e competitività: profili fiscali*, in *Rass. Trib.*, 1999, vol. 4.

mercato non più nazionale, ma ormai globale. È chiaro che questa riflessione non può prescindere anche da considerazioni politiche e costituzionali sul ruolo dell'imposizione delle società multinazionali. Tuttavia, per ovvie ragioni, si cercherà di limitare lo sviluppo della ricerca ai soli problemi giuridico-tributari, lasciando da parte eventuali considerazioni sociali, economiche e politiche.

La norma fiscale, però, dovrebbe avere la pretesa non tanto di limitarsi all'adattamento a categorie economiche non appartenenti alla tradizione giuridica, quanto quella di modernizzarsi, ripensando le proprie categorie alla luce di un contesto non più solo agricolo e industriale, basato sulla produzione e sulla cessione di beni, quanto sulla dematerializzazione e sulla completa affermazione dei servizi rispetto ai beni. In sostanza, il diritto tributario deve essere aperto naturalmente anche alle nuove tecnologie⁶⁸ anche quelle in fase di sviluppo e, per realizzare questo ambizioso obiettivo, deve essere in grado di ripensare sé stesso fino a sconvolgere i classici paradigmi dell'imposizione⁶⁹.

Financo gli istituti giuridico-tributari ritenuti allo stato attuale assolutamente intangibili devono essere messi in discussione. Così come la tecnologia sta cambiando le nostre vite non solo nelle attività professionali, ma anche nel quotidiano, allo stesso modo, la norma deve poter essere cambiata profondamente.

In questa prima parte della ricerca, per questa ragione, si cercherà di riflettere sui problemi teorici della norma tributaria nel contesto digitale. A tal scopo, è necessario che, prima di riesaminare le categorie tributarie tradizionali, si analizzi la realtà economica circostante e, dunque, osservi la trasformazione avvenuta nell'economia grazie all'avvento della digitalizzazione. Ciò è necessario non tanto perché sia necessario modellare sistemi impositivi, adattandoli a singoli modelli di business, quanto perché l'osservazione dei modelli più problematici, dovrebbe consentire una migliore ponderazione delle scelte di politica fiscale e di legislazione tributaria. Detto altrimenti, verificando quali siano i modelli d'impresa più problematici per il sistema tributario, si può pensare, non solo in una logica

⁶⁸ AHMED, *Cryptocurrency & Robots: How to Tax and Pay Tax on Them*, in *South Carolina Law Review*, 2018, Vol. 69, No. 3, pp. 697.

⁶⁹ Si pensi all'attuale discussione circa la possibilità di tassazione del robot cfr. OBERSON, *Taxing Robots? From the Emergence of an Electronic Ability to Pay to a Tax on Robots or the Use of Robots*, in *World Tax Journal*, 2017, Vol. 9, No. 2; FRANSONI, *Per la chiarezza di idee su Bill Gates e la tassazione dei robot*, in *Riv. Dir. Trib.* (supplemento online) del 10 marzo 2017.

preventiva, di migliorare e plasmare la norma tributaria con l'idea che questa possa anche "anticipare" gli sviluppi tecnologici.

Una volta, però, individuati i tratti comuni problematici ai diversi modelli di business, proprio per non cadere nell'errore di una norma fiscale sempre più derogatoria che di regime, si dovrebbe poi proporre un'alternativa adattabile alle diverse fattispecie.

Ciò significa che, mentre può avere senso sviluppare regole specifiche per l'economia digitale, queste norme fiscali dovrebbero essere in linea con i principi generali del regime fiscale internazionale e la ripartizione dei diritti di imposizione tra Paesi, oltre che compatibili con i regimi costituzionali degli Stati e, soprattutto, adatti alla concreta verifica e all'accertamento in sede pratica. Questo obiettivo può essere raggiunto solo se gli elementi digitali di una tecnologia o di un modello di business sono esaminati in dettaglio per identificare quei fattori, che potrebbero essere portati alla necessità di stabilire nuove regole fiscali internazionali.

4. L'economia e il mercato digitale: l'emersione di nuovi modelli di business e la moltiplicazione dei mercati

4.1. Il concetto di economia digitale: dal commercio elettronico alla "digitalizing economy"

Nell'iniziare una riflessione sui profili fiscali dell'economia digitale, dunque, una delle prime questioni problematiche da risolvere concerne l'oggetto stesso della ricerca e, in particolare, il corretto inquadramento dell'argomento da affrontare. È tanto più necessario identificare gli esatti confini della questione, quanto si consideri che nella letteratura scientifica italiana e internazionale sono stati utilizzati diversi termini (quali commercio elettronico, web o new economy) per discorrere essenzialmente della stessa questione, ossia della compatibilità delle regole tributarie con l'economia digitale e la compatibilità dell'economia digitale con le regole tributarie⁷⁰. Tale gioco di parole vuole rappresentare

⁷⁰ In origine si era soliti nella dottrina e nelle discussioni politiche parlare di profili fiscali del commercio elettronico, in quanto questo modello di business è stato il primo a porsi come problematico per il fisco. Si ricordano, tra molti, i saggi americani di MCLURE, *Taxation of electronic commerce: Economic objectives, technological constraints, and tax laws*, in *Tax Law Review*, 1996, vol. 52, p. 273; HELLERSTEIN, *State Taxation of Electronic Commerce*, in *Tax Law Review*, 1996, vol. 52, p. 425; AVI, YONAH, *International*

nitidamente la difficoltà, da un lato, di adattamento di categorie giuridiche elaborate in un'economia tradizionale alle nuove tecnologie e, dall'altra parte, l'incidenza dell'economia digitale nella modifica dell'attuale assetto fiscale.

In poche parole, si dubita che le norme fiscali siano in grado di funzionare correttamente in un contesto socioeconomico assai diverso da quello in cui sono state emanate e, correlativamente, si esamina la possibilità di cambiamenti strutturali della normativa tributaria a seguito della digitalizzazione. Il tema è tanto rilevante quanto si consideri che l'economia digitale, nel 2015, ha prodotto redditi per 1360 miliardi di dollari americani di cui 29 miliardi di euro nella sola Italia⁷¹.

La digitalizzazione, intesa come il processo di diffusione di una tecnologia multiuso, è stata paragonata al fenomeno dell'elettrificazione al fine di dimostrare l'impatto rivoluzionario che ha avuto nella vita quotidiana⁷² non solo per i singoli cittadini, ma anche per le imprese e le amministrazioni pubbliche. Dal punto di vista del singolo individuo, i processi di innovazione tecnologica hanno inciso profondamente su tutti gli aspetti dell'esistenza umana. Per i fini della presente ricerca, in particolare, si evidenzia che l'acquisto di beni e servizi nel mondo virtuale è ormai divenuto pratica comune, così come la gestione dei rapporti con l'Amministrazione tributaria⁷³. Per le pubbliche amministrazioni, d'altra parte, la digitalizzazione offre, ancora, l'occasione per trasformare radicalmente il modo di operare, orientandolo, sempre di più, alle esigenze dei cittadini e delle imprese⁷⁴ con un miglioramento della performance in termini di economicità,

Taxation of Electronic Commerce, in *Tax Law Review*, 1996, vol. 507; FOX, MURRAY, *The sales tax and electronic commerce: So what's new?*, in *National Tax Journal*, 1997, p. 573; in Europa, su tutti, HINNEKENS, *The Challenges of Applying VAT and Income Tax Territoriality Concepts and Rules to International Electronic Commerce*, in *Intertax*, 1998, vol. 26, n. 2, p. 52; in Italia, tra i primi, MAISTO, *Le prime riflessioni dell'OCSE sulla tassazione del commercio elettronico*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1998, vol. 1, p. 47; GARBARINO, *Profili impositivi delle operazioni di commercio elettronico*, in *Dir. prat. trib.*, 1999, vol. I, p. 1448; in Francia, BOUTELLIS, *Fiscalité du commerce électronique*, in *Revue de Droit Fiscal*, 1998, il report dell'OCSE, *Taxation and Electronic Commerce Taxation and Electronic Commerce, Implementing the Ottawa taxation framework conditions*, Paris, 2001. Si veda anche United States Department of Treasury, Office of Tax Policy, *Selected Tax Policy Implications of Global Electronic Commerce*, November 1996, *Intertax*, 1997, 4, 148.

⁷¹ GIOVANNINI, *Legalità ed equità: per un nuovo sistema impositivo*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2017, vol. 6, p. 2335.

⁷² Relazione finale del Gruppo di esperti di alto livello della Commissione europea sulla tassazione dell'economia digitale, maggio 2014.

⁷³ Per un esempio dato dall'organizzazione digitale di un'Amministrazione Finanziaria si faccia, su tutti, l'esempio spagnolo cfr. ALGUACIL MARI', *Collaborazione sociale e amministrazione tributaria elettronica nell'ordinamento spagnolo*, in *Giur. Imp.*, 2018, 1.

⁷⁴ Rapporto del Gruppo di lavoro della Giunta ASSONIME, *Mercato unico digitale: le sfide per la politica*

efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, in piena attuazione del principio costituzionale del buon andamento. Per gli operatori economici, intesi largamente, la frantumazione dei confini fisici realizzata da Internet permette di poter svolgere la propria attività in un mercato ormai globale, abbattendo i costi di gestione, consentendo, altresì, di creare nuovi modelli di generazione della ricchezza. Tutto ciò, però, rappresenta solo una parte della rivoluzione portata avanti dallo sviluppo del digitale, che, ormai, è arrivata alla nascita e all'affermarsi di una Quarta Rivoluzione Industriale⁷⁵ e della conseguente Industria 4.0⁷⁶ che, per brevitas, è l'estremizzazione dell'uso del dato nei processi produttivi.

A questo riguardo, pur non esistendo una definizione comunemente accettata, per chiarire, fin da subito, i termini della questione, con il termine "Industria 4.0" viene generalmente considerato il processo attraverso con cui si è arrivati a una nuova concezione dell'industria mediante l'utilizzo e lo sviluppo delle tecnologie digitali nella produzione manifatturiera e nella prestazione dei servizi. Questa rivoluzione ha portato allo sviluppo di nuovi prodotti e servizi, alla ricerca e innovazione, fino alla validazione e alla produzione, con il minimo comune denominatore costituito da un alto grado di automazione e interconnessione. Sostanzialmente, Industria 4.0 indica la rappresentazione di un nuovo modello industriale altamente tecnologizzato e, allo stesso tempo, individua la metodologia con cui raggiungerlo attraverso un utilizzo massiccio dei dati. Le modalità concrete con cui sta avvenendo questa rivoluzione constano di due diverse fasi: la prima fase relativa alla gestione e all'archiviazione di grandi quantità di dati disponibili in rete (*big data*) in maniera liberamente fruibile (*open*), e acquisiti da oggetti dotati della capacità di interagire tra di loro grazie ad una rete, la cosiddetta *Internet of Things*; la seconda, invece, è costituita dai

pubblica in Italia, in Note e Studi, 2016, vol. 12.

⁷⁵ Si dice che l'"industria 4.0" è stata così denominata poiché rappresenterebbe la "quarta rivoluzione industriale", dopo la prima del Settecento, legata all'invenzione della macchina a vapore, la seconda dell'Ottocento, basata sull'uso dell'elettricità, la terza, degli anni Settanta del Novecento, improntata all'introduzione dell'informatica. Secondo AVERARDI, *Incentivi alle imprese e "Industria 4.0". il ritorno delle politiche industriali?*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2017, vol. 5., La formulazione del concetto è ancora troppo giovane perché si sia potuto formare, sul punto, una letteratura critica approfondita, non solo giuridica.

⁷⁶ Il termine Industria 4.0 o, meglio, Industrie 4.0 viene attribuito a Henning Kagermann, Wolf-Dieter Lukas e Wolfgang Wahlster che lo impiegarono per la prima volta in una comunicazione, tenuta alla Fiera di Hannover del 2011, in cui preannunciarono lo Zukunftsprojekt Industrie 4.0. Concretizzato alla fine del 2013, il progetto per l'industria del futuro Industrie 4.0 prevedeva investimenti su infrastrutture, scuole, sistemi energetici, enti di ricerca e aziende per ammodernare il sistema produttivo tedesco e riportare la manifattura tedesca ai vertici mondiali rendendola competitiva a livello globale. In Italia è stato emanato il Piano Nazionale Industria 4.0 da parte del Ministero dello Sviluppo Economico <http://www.sviluppoeconomico.gov.it/index.php/it/industria40>.

cosiddetti *analytics*, ossia il complesso delle tecniche e degli algoritmi necessari per estrarre dai dati delle informazioni utili e, in ultima analisi, ricavarne un valore. A differenza delle imprese e dei relativi modelli di business che verranno studiati nel corso della presente ricerca, la cd. “industria 4.0” appare una classica tipologia di impresa che produce e cede beni materiali, cambiando, invece, il concreto processo produttivo, divenuto altamente digitalizzato. Ciò che interessa ai nostri fini è l’analisi del valore assunto dal “dato” che rappresenta una costante sia nella cd. “impresa 4.0” ovvero nei modelli digitali d’impresa, in sintesi la cd. “economia dei dati”.

Tuttavia, come anticipato, la riflessione sulla fiscalità dell’impresa 4.0 riguarderà solo marginalmente questo lavoro, principalmente, perché il modello di business dell’industria 4.0 pare essere ancora tradizionale, pur cambiando le modalità di produzione dei beni e servizi. Per quanto riguarda, infatti, l’impresa che produce beni e servizi “tradizionali”, l’utilizzo del dato digitale è orientato al fine di migliorare i processi produttivi grazie a una sempre più ottimale automazione, viceversa nell’impresa digitale che offre beni o servizi “non tradizionali”, il dato è, allo stesso tempo, un bene strumentale e un bene-merce, potendo diventare un potenziale bene d’investimento. Come vedremo più approfonditamente, infatti, il dato nei modelli della *digital economy* può essere utilizzato per essere semplicemente rivenduto a soggetti economici che lo sfrutteranno a fini pubblicitari ovvero può essere raccolto e lavorato autonomamente anche per fini pubblicitari. In sintesi, da qualsiasi prospettiva, affiora l’idea del dato come asset industriale e, dunque, come fattore produttivo necessario per la nuova impresa e per l’economia digitale, considerata latamente. Insomma, sembrerebbe che il dato assuma un valore centrale nell’economia attuale sia essa tradizionale che digitalizzata, ammettendo che esista una sostanziale differenza tra i due mondi. Da questo punto di vista, però, pare che l’economia digitale non sia semplicemente assimilabile a un’economia dei dati, in quanto, il dato sembra essere uno degli elementi che trasformano il valore dell’economia digitale rispetto a quella tradizionale.

Apparrebbe, dunque, che, pur esaminando ampiamente il profilo giuridico e tributario, nell’analisi del problema sia mancata una riflessione generale sul concetto di economia generale con la preferenza per un approccio casistico che decade dinanzi a un’economia sempre più cangiante. Ovviamente in questa sede non è possibile affrontare dettagliatamente i vari aspetti dell’economia digitale che, per il momento, appare, tra l’altro,

indefinibile, modellandosi, di volta in volta, in base alla realtà economica. Nel corso del tempo, la realtà economica “digitale” attuale è stata variamente identificata, a seconda dell’autore preso in considerazione, nel commercio elettronico, nell’economia della condivisione, nella quarta rivoluzione industriale. Si è spesso fatta confusione tra i vari termini, finendo per identificare il commercio elettronico o l’economia della condivisione con l’economia digitale. Il problema definitorio non è solo una questione semantica, ma segnala anche la velocità con cui cambia la realtà economica e sociale dell’età contemporanea, modificando significativamente la percezione dell’economia digitale a seconda del contesto spazio-temporale di riferimento.

L’obiettivo principale della ricerca è di prendere pienamente coscienza che l’economia digitale è un concetto dinamico e rappresenta il contesto in cui si sviluppa un mercato “digitale” in cui operano delle imprese “digitali”. L’inserimento dell’attributo “digitale” non è solo un orpello, ma, in questo caso, modifica sensibilmente l’oggetto dell’analisi. Per essere chiari, il “mercato digitale” appare diverso rispetto al mercato tradizionale così come i modelli di business digitali sembrano diversi da quelli tradizionali. In particolare, “il mercato digitale”, inteso come sintesi e non sommatoria dei plurimi mercati esistenti sul Web, ha amplificato talmente tanto il concetto spazio-temporale del mercato tradizionale, fino a farlo apparire sensibilmente diverso da quest’ultimo. Il digitale, poi, ha modificato non solo i modelli di business tradizionali, permettendo alle imprese che producono beni e prestano servizi di operare nel grande mercato digitale, ma ha finito per mutare anche la concezione stessa dell’impresa.

L’intento, forse ardito, di questa tesi è quello di non soffermarsi alla realtà digitale attualmente esistente, affrontando, in ipotesi, solo elementi parziali della realtà economica digitale, ma quanto quella di tentare di individuarne dei tratti comuni che si presentano davanti agli occhi dell’operatore del diritto, cercando, quindi, più che delle soluzioni al problema tecnico-pratico di come determinare e tassare la ricchezza delle imprese digitali, un metodo per affrontare correttamente i termini della questione.

Per rendere ciò possibile, il tema della riflessione verterà nello specifico su determinati modelli di business che, a parere dello scrivente, si distinguono tra gli altri per essere i più problematici in termini di compatibilità con le regole tributarie odierne. Non appare semplice, però, identificare i lineamenti fondamentali dell’economia digitale,

soprattutto, in considerazione del fatto che, allo stato attuale, non ne esiste una definizione univoca. Sotto certi aspetti, tale constatazione è davvero paradossale visto il clamore mediatico, non solo per ragioni fiscali, suscitato dalle discussioni sulla natura e gli effetti sociali, economici, giuridici e politici dell'avvento dell'economia digitale. Per cercare, dunque, di analizzare il tema del rapporto tra diritto tributario ed economia digitale sembra necessario, in premessa, esperire una prima *actio finis regundorum*, tentando di individuare chiaramente il campo di estensione della ricerca avendo anche il compito di appurare, altresì, l'opportunità di utilizzare questo termine in luogo di altri.

Una prima definizione, quasi tautologica, descrive l'economia digitale come comprensiva di tutte quelle attività economiche basate o sviluppate sulle nuove tecnologie informatiche⁷⁷. La definizione è tanto generale, quanto, probabilmente, la più conveniente per identificarne il perimetro di azione, considerato che, allo stato attuale, sembra piuttosto nebuloso. Tra i soggetti maggiormente interessati allo studio dell'economia digitale, l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (d'ora in avanti, solo OCSE) ha affermato che *“la digital economy è composta da mercati basati sulle tecnologie digitali che facilitano gli scambi di beni e le prestazioni di servizi mediante il commercio elettronico”*⁷⁸. Tale definizione, però, risulta non del tutto corretta, considerando che identifica, da un lato, il commercio elettronico con l'economia digitale e, dall'altro lato, l'economia digitale con il mercato digitale. Sostanzialmente ciò che non convince della distinzione appena svolta riguarda la confusione dei concetti tra il *quomodo* e il *quo* dello svolgimento dell'attività economica digitale. La stessa OCSE, nel 2015, ritornando sul tema ha circoscritto l'economia digitale come *“il risultato di un processo di trasformazione portato attraverso le tecnologie dell'informazione e della comunicazione (information and communication technology, per brevità “ICT”), che ha reso le stesse tecnologie meno care, più potenti e largamente standardizzate, migliorando i processi di business e rafforzando l'innovazione in tutti i settori dell'economia”*⁷⁹. Anche in questo caso l'illustrazione non

⁷⁷ Per la prima volta il termine “digital economy” è stato utilizzato da TAPSCOTT, *The digital economy: promise and peril in the age of networked intelligence*, McGraw-Hill, New York, 1997 il quale faceva principalmente riferimento al modo in cui l'avvento di Internet abbia cambiato le modalità di conduzione del business. Si veda anche TAPSCOTT, *Blueprint to the Digital Economy: Creating Wealth in the Era of E-Business*, McGraw-Hill, Inc. New York, 1999

⁷⁸ OCSE, *Hearings, The digital economy*, 2012

⁷⁹ OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*,

sembra tra le più soddisfacenti, risultando essere più la descrizione degli effetti del digitale sull'economia. Il Gruppo degli Esperti della Commissione Europea sulla Tassazione dell'Economia Digitale, invece, ha determinato la stessa “attraverso le caratteristiche e i modelli di business adottati dalle imprese che vi operano, i quali presuppongono: • un'intensa innovazione e tendenza ad un maggiore utilizzo di nuove fonti di finanziamento (e.g., venture capital); • l'enfasi sulla importanza delle attività immateriali, piuttosto che su quelle (tradizionali) materiali; • l'emergere di nuovi modelli di business basati sugli effetti di rete, sui contenuti generati dagli utenti, sulla raccolta e lo sfruttamento dei dati personali”⁸⁰. In questo caso, sulla stessa scia dell'OCSE, sembrerebbe che si sia cercato di descrivere più che ordinare in categorie. Uno studio successivo⁸¹, invece, commissionato dal Parlamento Europeo descrive l'economia digitale come il network globale di attività economiche e sociali che sono realizzate tramite piattaforme come internet e altre reti mobili. Eccetto pochi altri esempi, molti report di governi⁸² e di organizzazioni internazionali, pur affrontando il tema della fiscalità dell'economia digitale, non hanno ritenuto opportuno definirne chiaramente i confini, non precisando, in alcun modo, la natura della stessa. Tale circostanza, probabilmente, non è frutto di una dimenticanza degli autori, ma, in verità, rappresenta la difficoltà di classificare qualcosa che non pare possibile ordinare. Qualcuno arriva a domandarsi, allora, se non sia più utile parlare di digitalizzazione dell'economia⁸³, visto che è l'economia stessa ad essere ormai digitale, che di economia digitale.

OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>; in termini simili, citando il rapporto della Task Force sulla Digital Economy (TFDE) del Committee on Fiscal Affairs of the OECD, anche Committee on Taxation of E-Commerce (del governo indiano), Proposal for equalization levy on specified transactions, *prepared by the Committee on Taxation of E-Commerce formed by the Central Board of Direct Taxes, Department of Revenue, Ministry of Finance, Government of India*, Febbraio 2016

⁸⁰ Commissione Europea, Expert Group on Taxation of the Digital Economy, General Issues, 12 dicembre 2013

⁸¹ European Parliament, Directorate General for Internal Policies Policy Department A: Economic and Scientific Policy Tax Challenges in The Digital Economy, IP/A/TAXE2/2016-04 June 2016 che cita, a sua volta, United Nations Department of Economic and Social Affairs (2014) Protecting the Tax Base in the Digital Economy, 5.

⁸² COLLIN-COLIN, Task Force on Taxation of the Digital Economy, Report to the Minister for the Economy and Finance, the Minister for Industrial Recovery, the Minister Delegate for the Budget and the Minister Delegate for Small and Medium-Sized Enterprises, Innovation and the Digital Economy, ad esempio, dedica numerose pagine alla descrizione della digital economy, senza, tuttavia, mai preoccuparsi di definirne i confini.

⁸³ In questi termini si esprime il report OCSE, *Tax Challenges Arising from Digitalisation Interim Report*, March 2018

Considerando che l'economia è lo studio dell'organizzazione della società per l'utilizzo di risorse scarse al fine di soddisfare i bisogni dell'intera collettività, con l'apposizione dell'attributo “digitale” si studia il modo attraverso cui il digitale ha contribuito a cambiare il modo di produrre ricchezza, fino a sconvolgere il concetto stesso di ricchezza, non necessariamente identificato nei classici indicatori (reddito, patrimonio o consumo)⁸⁴, ma, un generico indice di forza economica o, in termini costituzionalmente orientati, di capacità contributiva. Rispetto all'economia industriale, infatti, quella digitale appare come un'altra economia che, pur essendo nata dalla dematerializzazione dei beni, scambiati o utilizzati, pur sempre da soggetti territorialmente individuati, sempre di più si sta sviluppando verso una ricchezza che tanto più si afferma quanto più si articola in maniera originale superando le tradizionali distinzioni di beni o servizi.

L'economia digitale si consolida quanto più viene utilizzata o si propaga nel mercato, prescindendo dai modelli giuridici classici, divenendo altresì sempre più efficace quanto più amplia il numero dei soggetti coinvolti a produrla o a beneficiarne. L'interazione continua della domanda e dell'offerta contribuisce in una sinergia dinamica a produrre sviluppare far circolare questa nuova ricchezza. Tali statuizioni risultano ormai condivise, coinvolgendo trasversalmente tutti i settori dal manifatturiero all'educazione, dalla sanità alle telecomunicazioni. In sostanza, la rivoluzione digitale ha coinvolto e coinvolge tutti e tre i settori delle attività economiche, non risultando dunque un semplice processo di dematerializzazione di beni, ma anche d'integrazione del mercato e di sensibile modifica delle modalità con cui le imprese operano nel corso della propria attività economica.

L'economia digitale, dunque, vuole studiare il modo in cui l'innovazione digitale abbia cambiato la modalità di produzione della ricchezza e abbia fatto emergere una nuova forma di ricchezza, identificando, da un lato, lo sviluppo di nuove forme di ricchezze e di relativa produzione e, dall'altro, plasmando un nuovo mercato di riferimento, il cd. “mercato digitale”.

Il nuovo valore dell'economia digitale non sembra essere identificabile solo nell'utilizzo dei dati o nelle infinite possibilità di comunicazione sia da un punto di vista spaziale che temporale, ma pare essere riscontrabile nello sviluppo dell'economia stessa. Più

⁸⁴ GALLO, *Ancora in tema di uguaglianza tributaria*, Riv. Dir. Fin. Sc. Fin., 4, 2013, 321

chiaramente, il valore aggiunto dell'impresa digitale non è riscontrabile solo nel dato o nell'organizzazione dei dati o, ancora, nella possibilità di produrre beni e prestare servizi sempre nuovi. Probabilmente il vero valore dell'economia digitale è l'inserimento nell'economia digitale stessa perché rende possibile tutto questo. Pur essendo vero che, ormai, non sia facilmente distinguibile l'economia digitale dall'economia tradizionale, in verità, l'influenza del digitale non è misurabile con gli strumenti tipici dell'economia industriale tradizionale. Il diritto tributario, infatti, appare, sotto diversi punti di vista, inadeguato a questa nuova forma di economia, ma, non tanto (e non solo) perché non riesce a tassare in misura adeguata le grandi multinazionali digitali, ma perché non riesce a comprendere adeguatamente questa nuova realtà e le relative caratteristiche.

L'attuale sistema impositivo, soprattutto, ai fini della tassazione diretta tiene conto ed è modellato su schemi tipici della passata epoca industriale⁸⁵.

4.2. I modelli di business nell'economia digitale: differenze e diffidenze fiscali

Sembra che, infatti, lo sviluppo del digitale e l'avvento della globalizzazione abbiano cambiato, quasi radicalmente, il modo di produrre ricchezza o, come si usa dire, il modello di business dell'impresa. Il modello di business, per definizione, rinvia all'idea di uno schema teorico attraverso cui un'attività di impresa gestisce i suoi affari attraverso transazioni commerciali al fine di pareggiare i costi dell'attività con i ricavi attesi o, in altre parole, come “un'organizzazione crea, genera e cattura valore”⁸⁶. L'affermazione

⁸⁵ Per fare un esempio, allorché si acquista un bene strumentale si utilizza quel procedimento contabile di ammortamento per cui il costo del bene viene ripartito fra più esercizi, tendenzialmente coincidenti con il tempo di vita utile del bene stesso, essendo il riscontro bilancistico della progressiva perdita di valore di un bene risultante dall'usura, dalla vetustà o dal progresso tecnologico. Negli ultimi periodi, è invalso l'uso di una forma di incentivazione, definita “iper-ammortamento” o “super-ammortamento”, normalmente la scelta di uno dei due termini varia a seconda dell'aliquota di ammortamento in eccesso consentita. In buona sostanza, questa forma di ammortamento risulta essere un aiuto per le imprese che possono dedurre costi superiori rispetto a quelli effettivamente sostenuti. Tuttavia, è noto che nell'industria 4.0 il bene strumentale tende a divenire intelligente e, dunque, a migliorare con il progressivo utilizzo attraverso l'interazione con gli altri beni della filiera produttiva. La possibilità per l'impresa di “ammortizzare” il costo del bene strumentale intelligente sembra contraddire lo spirito con cui viene concesso l'ammortamento, soprattutto, se esso consiste nella deduzione di una quota superiore rispetto a quanto si è speso. Pare lecito domandarsi se non sia necessario rivedere in profondità il sistema fiscale attuale che agevola quello che, forse, andrebbe tassato.

⁸⁶ OSTERWALDER, PIGNEUR, *Business Model Generation. A Handbook for Visionaries, Game Changers, and Challengers*, New Jersey, John Wiley & Sons, Hoboken, 2010.

travolgente del digitale nell'economia digitale ha fatto emergere un numero rilevante di nuovi modelli di business, sopprimendone altri. Sebbene molti di questi abbiano modelli paralleli nell'economia tradizionale, i moderni sviluppi delle tecnologie informatiche hanno amplificato i diversi tipi di business in una più grande scala e a più lunga distanza di quanto era prima possibile. Si è assistito negli ultimi tempi a una sempre più accelerata globalizzazione del mercato digitale e le imprese, soprattutto quelle medio-piccole, hanno possibilità di ampliare il proprio business che prima erano sconosciute.

D'altra parte, le imprese non hanno semplicemente adattato al commercio elettronico i modelli di business utilizzati per il commercio tradizionale, ma li hanno trasformati, fino a stravolgerli; le tecniche e le strategie di *marketing*, distribuzione e vendita sono state ripensate in modo da adeguarsi al nuovo «mezzo»⁸⁷. Ricondurre i vari modelli di business così modificati dal digitale in categorie omogenee appare difficile, se non inutile, in considerazione del fatto che l'evoluzione consente l'emersione di nuovi modelli di business quasi in tempo reale.

Al fine di verificare, però, se l'emersione dei nuovi modelli economici possa utilmente influenzare la normativa tributaria e come la normativa tributaria sia inadatta a questi modelli, sembra utile cercare qualche profilo comune ai modelli esistenti.

Analizzare il modello di business dell'impresa per un tributarista, infatti, è fondamentale al fine di comprendere quali siano effettivamente gli elementi rilevanti perché si realizzi un'imposizione che tenga effettivamente conto dei cambiamenti tecnologici avvenuti nel corso degli anni. Il cambiamento dei modelli di business, infatti, non ha portato a una "modernizzazione" dei sistemi fiscali contemporanei, i quali sono stati realizzati in un'epoca in cui l'economia era sensibilmente diversa dallo stato attuale di avanzamento tecnologico della società⁸⁸. In generale, trascendendo da questi esempi, si vedrà come i

⁸⁷ CASSANO, *E-Commerce: opportunità e rischi del nuovo mercato globale*, in *A&F*, 2000, vol. 4, p. 17.

⁸⁸ D'ANGELO, *Nuove imposte ed economia digitale*, in *Studi Tributari Europei*, 2016, vol. 1, p. 25; ASSONIME, *La fiscalità d'impresa nel nuovo mondo globalizzato e digitalizzato*, in *Note e Studi*, 2017, vol.1. Già nel 1928 Einaudi affermava che "la tassazione personale fosse anacronistica negli attuali Stati nazionali e avrebbe dovuto lasciare spazio a una tassazione reale" EINAUDI, *La coopération internationale en matière fiscale, Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*, 1928, in FRANSONI, *La stabile organizzazione: nihil sub sole novi?*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2015, vol. 2, pp. 123, nota 25. Le spinte per una tassazione reale o, comunque, per un progressivo spostamento verso un'imposizione reale in luogo di quella personale per quanto riguarda il reddito d'impresa, sono emerse, anche se non completamente attuate, anche nella riforma dell'Ires del 2004.; FANTOZZI, *La nuova disciplina Ires: i rapporti di gruppo*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, vol. 4, p. 489.

modelli di business concretamente attuati dalle imprese devono essere presi come parametri per la tassazione delle imprese. La considerazione del solo profilo reddituale, spesso, mal si concilia con le concrete modalità di business, in quanto, per esempio, queste imprese optano per una massiccia patrimonializzazione più che per una distribuzione degli utili prodotti⁸⁹.

In breve, in questa fase, si tenterà di individuare un minimo comun denominatore che ci consenta di comprendere come il diritto tributario attuale possa essere modulato alla nuova realtà economica attraverso l'analisi dei concreti modelli di business implementati dalle grandi multinazionali. Si consideri, per questo scopo, che il modello di business può essere analizzato sotto diverse angolazioni: indaga l'organizzazione interna dell'impresa, individua i rapporti con gli stakeholders e, soprattutto, analizza il modo in cui l'impresa traduce il valore creato in profitto. Sebbene il primo profilo, indagando le modalità con cui l'impresa si organizza al proprio interno, sia di rilevante importanza, ciò che interessa particolarmente ai fini della nostra trattazione attiene gli altri due profili, ossia il modo in cui l'impresa si relaziona con i terzi (profilo esterno) e, soprattutto, il modo con cui l'impresa traduce la propria organizzazione in profitto (profilo interno).

4.2.1. Il “profilo esterno” del modello di business: il rapporto con terzi

L'analisi delle modalità con cui l'impresa si confronta con terzi, naturalmente, è strettamente correlata al modo (*quomodo*) in cui l'impresa produce ricchezza/valore e, pertanto, cosa e come l'impresa produce nel mercato digitale. Per quanto riguarda l'oggetto dell'offerta delle imprese digitali, in generale, si può affermare vi sia una preminenza della prestazione di servizi rispetto alla produzione e la cessione di beni. Ciò non è di poco conto se si considera che le prestazioni di servizi non garantiscono lo stesso grado di certezza e sicurezza della produzione e cessione di beni materiali. Avendo riguardo al *modus operandi*

⁸⁹ Attraverso la ormai famigerata struttura societaria nota come “Double Irish Dutch Sandwich and Bermuda Black hole”. Per una sommaria spiegazione della prima parte della struttura “Double Irish” si veda MARINO, *L'IREN nel contesto della tassazione delle società nella ue: bilanci e prospettive*, in *Rass. Trib.*, 2015, vol. 1, p. 131; una descrizione del Sistema in VALENTE, *Economia Digitale e Commercio Elettronico*, Milano, Wolters Kluwer, 2015, p. 147; si veda anche DIAN, *Google, panino fiscale servito*, in *Dir Prat. Trib.* 2013, vol. 5, p. 1211; sulla tematica del “Black hole” si rinvia a VALENTE, *Taxless Corporate Income: Balance against White Income, Grey Rules and Black Holes*, in *European Taxation*, 2017, Vol. 57, No. 7.

delle imprese digitali, l'OCSE⁹⁰ ha individuato, pur senza pretese di esaustività, alcuni modelli generali adattabili ai vari contesti socioeconomici: l'e-commerce, gli app stores, la pubblicità online, il cloud computing, i network partecipativi, le piattaforme, il trading ad alta velocità e i servizi di pagamento online.

Il commercio elettronico rappresenta, senza dubbio, il modello di business classico e, forse, il più soggetto a studi e analisi, considerando che si tratta dell'evoluzione, anche logicamente più vicina, del commercio tradizionale. Con l'accezione di commercio elettronico (o e-commerce)⁹¹ si intende, infatti, la molteplicità di transazioni economiche effettuabili per via telematica, relative alla cessione di beni e alla prestazione di servizi. In altre parole, si sostanzia nella trasformazione digitale del commercio, praticato nei mercati tradizionali. Solitamente si suole distinguere tra il cd. commercio elettronico indiretto, in cui la conclusione del contratto avviene per via telematica, mentre la consegna fisica del bene segue i canali tradizionali e, il cd. commercio elettronico diretto, in cui sia il consenso sia la consegna si concludono per via telematica. Entrambe le forme di commercio elettronico sembrano potersi inquadrare, senza troppe difficoltà, sotto le tradizionali categorie giuridiche civilistiche e tributarie.

Il commercio elettronico indiretto, in sostanza, consiste nella conclusione "online" del contratto e la successiva consegna per via analogica del bene materiale, oggetto dell'accordo e, per questo, può essere ricondotto nella categoria delle cd. "vendite a distanza"⁹² in cui, in sostanza, cambia il mezzo (Internet) in luogo di altri (telefono, fax).

Ai fini fiscali, tralasciando, per un momento, il tema della territorialità (si rinvia al cap. III), i ricavi derivanti dalla vendita di beni materiali per via digitali sono da assumersi

⁹⁰ OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 54.

⁹¹ In generale sui profili fiscali del commercio elettronico MELIS, *Commercio elettronico nel diritto tributario*, in *Digesto discipline privatistiche, sezione commerciale*, Aggiornamento, IV, Utet, Torino, 2008, pp. 63-85.

⁹² PERRONE, *Nuovi criteri di collegamento e ridefinizione del concetto di stabile organizzazione nella Digital Economy*, in *Le nuove forme di tassazione della Digital Economy*, a cura di Del Federico, Aracne, Roma, 2018, p. 66; CORASANITI, *Profili fiscali del commercio elettronico*, in *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina*, a cura di Rossello, Finocchiaro, Tosi, Torino, Giappicchelli editore, 2003, p. 10607, nota 58; FICARI, *Regime fiscale delle transazioni telematiche*, in *Rass. Trib.*, 2003, vol. 3; PIERRO, *Beni e servizi nel diritto tributario*, Padova, Cedam, 2003, p. 286; GARBARINI, *La disciplina fiscale del commercio elettronico: principi ispiratori, problematiche applicative e prospettive di sviluppo*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2000, vol.71, no.5, p. 11205.

produttivi di redditi d'impresa, oltre che, ovviamente, operazioni imponibili, al ricorrere delle altre condizioni, ai fini dell'imposta sul valore aggiunto.

Per quanto riguarda il commercio elettronico diretto, invece, c'è una completa dematerializzazione sia del luogo in cui si incontrano le volontà delle parti sia nella consegna del bene, in quanto entrambe le fasi si svolgono digitalmente. È, ormai, un dato acquisito la considerazione di questa tipologia di operazione nell'ambito delle prestazioni di servizi⁹³ con le relative conseguenze ai fini dell'imposizione sul consumo. Più problematica è apparsa la considerazione di questa tipologia di operazione, nell'ambito dell'imposizione diretta in considerazione della diversa tassazione dei redditi d'impresa e delle *royalties*⁹⁴. In sede OCSE, in ogni caso, la distinzione operata tiene conto della possibilità per l'acquirente del bene digitalizzato del solo utilizzo, ricadente nella fattispecie di reddito d'impresa, ovvero di uno sfruttamento economico e, dunque, come canone o *royalty*. In sostanza, se l'acquirente (sia esso consumatore o imprenditore) impiega il bene solo per fini personali, il ricavo della vendita è sussunto all'interno della categoria reddito d'impresa; se l'acquirente sfrutta il bene per iniziare o continuare una propria attività economica, il provento è ricondotto all'interno della categoria dei canoni.

La diversa interpretazione della categoria reddituale, però, ha importanti conseguenze sul piano della territorialità dell'imposta, in quanto, nel primo caso, secondo l'art. 7 del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni dell'OCSE lo Stato avente la titolarità dell'imposizione sarebbe lo Stato di residenza dell'impresa venditrice, nel secondo caso, invece, lo Stato della fonte ai sensi dell'art. 12 dello stesso modello di Convenzione. L'analisi di questa prima forma di economia digitale, ossia il commercio elettronico, manifesta sì la peculiarità di questa tipologia di commercio rispetto a quello tradizionale, ma, in ultima istanza, eccettuando le problematiche inerenti al tema della

⁹³ Sul punto, oltre alla dottrina di cui alla nota 29, si vedano anche la Direttiva 2006/112/CE e la risoluzione 274/E/2008 dell'Agenzia delle Entrate.

⁹⁴ Ne discendono, infatti, due differenti statuti fiscali: secondo l'art. 7 del Modello OCSE, gli utili delle imprese sono tassabili soltanto nello stato di residenza, ma nel caso di impresa che opera in uno Stato diverso dal proprio per il tramite di una stabile organizzazione, gli utili ad essa riferiti sono imponibili nello Stato della fonte. Le *royalties*, invece, sono tassabili secondo l'art. 12 del Modello OCSE solo nello Stato di residenza del percettore, anche se la maggior parte dei trattati stipulati dall'Italia, prevede che le *royalties* erogate da soggetti residenti in Italia subiscano una ritenuta alla fonte a titolo d'imposta.

territorialità (cap. III), sembra potersi senza troppe difficoltà ricondursi in categorie tradizionali.

Oltre alle tipiche modalità business to business (B2B) ovvero business to consumer (B2C)⁹⁵, la novità principale è l'emersione di una nuova forma, il consumer to consumer (C2C), e di una nuova figura, ossia il cd. *prosumer*⁹⁶. Tale soggetto è una persona fisica che non è mai organizzata in forma d'impresa, per usare categorie civilistiche, né può essere sussunto, almeno in linea di principio, nella categoria di operatore economico ai fini dell'imposizione sul valore aggiunto, per utilizzare termini propri dell'ordinamento eurounitario. Questa figura "atipica", però, analizzando le concrete modalità di effettuazione del business, consente una riflessione sul ruolo degli intermediari digitali, normalmente rappresentato dalle piattaforme, le quali consentono l'incontro di domanda e offerta tra privati. Il *prosumer*, infatti, nella normalità dei casi, non cederà i beni o effettuerà prestazioni di servizi in via diretta, ma si avvarrà dell'intermediazione delle piattaforme, in cui offrirà i beni e i servizi ad altri soggetti che potrebbero essere, alternativamente, altri consumatori (modello c2c) o anche altre imprese. In una logica simile è emerso, con alterne fortune, il modello "consumer-to-business" (C2B), in cui i consumatori stabiliscono il prezzo che sono disposti a pagare per un prodotto o servizio e allo stesso tempo le aziende possono accettare

⁹⁵ Oltre a questi modelli si potrebbero individuare ulteriori modalità di business definite "b2A", "A2b" e "A2c", tuttavia, queste forme di servizi possono essere assimilate ai modelli precedenti. In particolare, il modello business-to-Administration è, in realtà, una variante dei modelli b2c o b2b a seconda che l'Amministrazione possa qualificarsi come consumatore finale o se intende a sua volta fornire un servizio attraverso l'utilizzo di quello fornitole. I restanti modelli (Administration-to-business e Administration-to-consumer), in verità, sembrano retti da principi ancora differenti. Se l'Amministrazione fornisce il servizio in quanto pubblica autorità, non pare possibile poterla sussumere sotto l'attività d'impresa e il relativo corrispettivo sotto la nozione di ricavo o prezzo. Sarebbe, in tal caso, che il servizio sia, invero, fornito dietro pagamento di una tassa o di un contributo o, comunque, di un tributo. Nei restanti casi, invece, il servizio sarebbe fornito dall'Amministrazione-imprenditrice e sarebbe peraltro soggetto alle regole dell'imposta sul valore aggiunto (su questo punto si rinvia alla copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di soggettività passiva ai fini iva degli enti pubblici e, in particolare, alle sentenze storiche riferite al Comune di Carpaneto Piacentino, ossia Sentenze Corte di Giustizia, C-231/87 e C-4/89, Comune di Carpaneto Piacentino, ECLI:EU:C:1989:381 e ECLI:EU:C:1990:204; alla sentenza Corte di Giustizia, C-202/90, Ayuntamiento de Sevilla, ECLI:EU:C:1991:332, fino alle più recenti Isle of Wight Council e a., C-288/07, EU:C:2008:505 e l'ordinanza Gmina Wrocław, C-72/13, EU:C:2014:197, alle conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott in Gement Borsele, C-520/14, ECLI:EU:C:2015:855 e a D'ANGELO, *Le diverse declinazioni della soggettività passiva iva: il caso clinico delle società cc.dd. in house*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2018, vol. 4, p. 407).

⁹⁶ Si vedano le definizioni date da STABILE, *Le nuove frontiere della pubblicità e del marketing su internet*, in *Dir. Industriale*, 2009, vol. 5, p. 482, e MAUGERI, *Elementi di criticità nell'equiparazione, da parte dell'AEESGI, dei «prosumer» ai «consumatori» e ai «clienti finali»*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, vol. 7-8, p. 20406.

o rifiutare l'offerta. La figura del *prosumer*, ovviamente, potrebbe impegnare l'operatore, oltre che in termini di occasionalità dei proventi prodotti ai fini dell'imposta sui redditi, anche in riferimento all'eventuale soggezione all'imposta sul valore aggiunto, qualora si dimostri che il soggetto ha agito "per ricavarne introiti aventi un certo carattere di stabilità"⁹⁷.

Il ruolo di intermediario, assai rilevante in questo contesto, è svolto anche nella seconda categoria analizzata dall'OCSE, ossia il modello di business consistente nella prestazione di servizi per pagamenti elettronici.

L'intermediario "finanziario", in questo caso, si frappone tra compratore e venditore, il quale accetta un pagamento digitale in luogo di quello monetario, consistente nell'utilizzo di carte di debito o di credito, di trasferimenti bancari, di deposito di somme presso il conto del venditore o utilizzo di intermediari veri e propri, come Paypal. In questa sede, ovviamente, non si intendere discutere dell'apparente successo delle monete virtuali o criptovalute (es. Bitcoin), le quali, in verità, pongono più problemi in altri settori giuridici rispetto al diritto tributario⁹⁸.

Tralasciando le problematiche sui pagamenti online, variamente declinati, si passa a considerare il tema della pubblicità online, probabilmente, la modalità principale di business nell'era del web. Ciò che, però, rende davvero unica la pubblicità online rispetto agli altri mezzi di comunicazione (televisione, giornali, cartelloni per strada) è la possibilità di essere ottimizzata per i navigatori che hanno manifestato un certo interesse per quell'area merceologica. Tale possibilità è realizzata mediante la "profilazione" del consumatore, il quale navigando su Internet accetta, spesso inconsapevolmente, che i suoi dati personali siano acquisiti dai portali grazie all'installazione di cookie. Dopo aver analizzato la mole di dati forniti dal consumatore, i siti hanno la possibilità di tracciare il profilo "commerciale" del cliente e di effettuare il cd. "marketing mirato". Innanzitutto, è opportuno precisare che

⁹⁷ Sentenza Corte di Giustizia, Enkler, C-230/94, p.22 ECLI:EU:C:1996:352.

⁹⁸ Volendo seguire la bipartizione classica tra imposizione diretta e imposizione indiretta il caso dei Bitcoin, probabilmente la moneta virtuale più famosa, è stato oggetto di numerose riflessioni nelle riviste del settore, oltre che di una circolare dell'Agenzia delle Entrate (n. 72/E). Dal punto di vista iva è chiaro che le prestazioni di servizi sui bitcoin costituiscano operazioni esenti (sentenza Corte di Giustizia dell'Unione Europea C-264/14 Hedqvist, ECLI:EU:C:2015:718), mentre dal punto di vista dell'imposte dirette, sulla stessa scia, si potrebbe equiparare il bitcoin a una valuta estera (si veda Repubblica e Cantone Ticino, Dipartimento delle finanze e dell'economia, Divisione delle contribuzioni, Comunicazione della prassi cantonale, Trattamento fiscale delle criptovalute, 28 febbraio 2018, Bellinzona); In ogni caso, sul punto si veda BAL, *Taxing Virtual Currency: Challenges and Solutions*, Intertax, 2015, 5, 380; VAN DER BOSCH, DIEDERICHSEN e DEMETRIUS, *Blockchain in Global Finance and Tax, Derivatives & Financial Instruments*, 2018 (Volume 20), No. 1

queste forme di sfruttamento pubblicitario potrebbero essere sottoposte già ad oggi a tributi speciali⁹⁹, plasmati solo sul presupposto dello svolgimento dell'attività pubblicitaria, senza riferirsi all'eventuale reddito incassato. Gli introiti pubblicitari possono derivare da diversi modelli d'impresa, potendosi rintracciare imprese digitali che, in estrema sintesi, cedono dietro corrispettivo i dati raccolti ovvero che, direttamente, sfruttano a fini pubblicitari i dati raccolti. In ogni caso, al di là dei modelli implementati nella pratica, la pubblicità online è probabilmente il modello più redditizio dell'economia digitale. Comprensibilmente, allo stato attuale della normativa tributaria nazionale, europea e internazionale, anche in questo caso ai fini dell'imposta sul reddito e dell'imposta sul valore aggiunto, le problematiche più evidenti afferiscono la territorialità dell'imposizione. Malgrado l'utente visualizzi la pubblicità "mirata" sul proprio pc di casa, infatti, non è detto che la manifestazione rilevante a fini tributari sia localizzata nell'ordinamento dell'utente. Nella normalità dei casi, infatti, le imprese raccolgono i dati nello Stato dell'utente e li rivendono alle varie società interessate alla pubblicità mirata o li "lavorano" *in house*. Una volta raccolti i dati, senza la necessità di presenza fisica nello Stato dell'utente e, dunque, senza la creazione di una sede fissa d'affari, vengono lavorati e venduti in uno Stato diverso da quello in cui c'è stata l'estrazione. Pertanto, il reddito d'impresa generato sarà tassato solo nello Stato di residenza dell'impresa e non in quello dei consumatori, anzi l'unica potestà impositiva concorrente potrebbe essere quella dello Stato in cui sono localizzati gli inserzionisti, ammesso che venga dimostrata la sussistenza di una Stabile Organizzazione¹⁰⁰.

Continuando nell'enumerazione proposta dall'OCSE, si ritrovano i cd. app stores, ossia i negozi virtuali di applicazioni per vari device (pc, computer, tablet, smartphone, ecc.). Lo sviluppo della possibilità di restare connessi mediante l'utilizzo sempre più massiccio di

⁹⁹ In Italia, questo tipo di imposizione è realizzato dall'imposta comunale sulla pubblicità, che colpisce la capacità contributiva manifestata dalla disponibilità o dal beneficio derivante dallo sfruttamento del messaggio pubblicitario che sia espressivo di un reddito o di una spesa. Tuttavia, nel nostro ordinamento tale imposizione non si estende alla pubblicità televisiva (e, per traslazione, alla pubblicità via internet) sul punto si veda URICCHIO, Pubblicità e pubbliche affissioni (Imposte sulle), voce del Digesto Commerciale 1995

¹⁰⁰ Non è casuale che la prima cd. "web tax" emanata nell'ordinamento italiano costringeva i soggetti passivi che intendevano acquistare servizi di pubblicità e link sponsorizzati on line, anche attraverso centri media e operatori terzi, ad acquistarli da soggetti titolari di una partita IVA rilasciata dall'amministrazione finanziaria italiana (cfr. art. 1, comma 33, della legge 147/2013, abrogata poi dall'art. 2 D.L. 06.03.2014, n. 16 con decorrenza dal 06.03.2014, convertito in legge dalla L. 02.05.2014, n. 68 con decorrenza dal 06.05.2014). Per un commento critico alla normativa proposta si veda TRENTA, "The Italian "Google Tax". National taxation and the European e-Economy", Riv. trim. dir. trib.,4, 2014;

smartphones and tablets ha causato l'incremento nell'uso di servizi online e lo sviluppo dei negozi virtuali in cui è possibile scaricare delle applicazioni. In altre parole, è emerso lo sviluppo di una serie di piattaforme digitali in cui è possibile scaricare, gratuitamente o a pagamento, e installare dei software sul proprio device. Le modalità di incameramento di reddito da parte delle imprese digitali che fungono da negozi di app possono essere classificate a seconda che obblighino il consumatore a pagare un prezzo per il servizio ricevuto (app-a-pagamento), a seconda che il cliente possa scaricare liberamente e gratuitamente (app-gratuite), in tal caso il reddito deriverà dalla pubblicità oppure dall'utilizzo del modello di business cd. "freemium", ossia in cui le funzionalità base sono offerte gratuitamente, ma i consumatori debbano versare un contributo per avere dei servizi aggiuntivi. Anche in questo caso, la maggior parte degli introiti deriva dalla pubblicità, mentre uno spazio residuale è occupato dai redditi d'impresa derivanti dalla vendita del prodotto, operazioni anche imponibili ai fini iva, e, in misura minore, le royalties originate dalla vendita dell'applicazione al fine di utilizzo commerciale.

Il Cloud computing, ulteriore modello analizzato¹⁰¹, consiste nell'erogazione di risorse informatiche, come l'archiviazione, l'elaborazione o la trasmissione di dati, caratterizzato dalla disponibilità on demand attraverso Internet a partire da un insieme di

¹⁰¹ Irrilevanti ai fini della nostra analisi appaiono gli ultimi due modelli, ossia il trading ad alta frequenza e le piattaforme partecipative. Il trading ad alta frequenza utilizza una tecnologia sofisticata, incluso un computer complesso algoritmi, per scambiare titoli ad alta velocità. Un gran numero di ordini che sono in genere dimensioni abbastanza ridotte viene inviato ai mercati ad alta velocità, con tempi di esecuzione di andata e ritorno misurato in microsecondi. I parametri per le transazioni sono impostati con gli algoritmi eseguiti potenti computer che analizzano enormi volumi di dati di mercato e sfruttano il piccolo prezzo movimenti o opportunità per l'arbitraggio del mercato che possono verificarsi solo per millisecondi. In genere, un trader ad alta frequenza mantiene una posizione aperta per non più di pochi secondi. In altre parole, le imprese di trading ad alta frequenza traggono profitto principalmente da piccole variazioni di prezzo sfruttate attraverso piccoli, ma spesso eseguiti mestieri.

Una piattaforma partecipativa in rete è un intermediario che consente agli utenti di collaborare e contribuire allo sviluppo, all'estensione, alla valutazione, al commento e alla distribuzione degli utenti creati soddisfare. Il contenuto creato dall'utente (UCC) comprende varie forme di media e lavori creativi (scritto, audio, visivo e combinato) creato dagli utenti. Una gamma di diverse distribuzioni sono state create piattaforme, inclusi formati di collaborazione basati su testo come blog o wiki, siti di aggregazione e social bookmarking di gruppo, siti di social network, podcasting e mondi virtuali. In generale, UCC viene creato senza l'aspettativa di profitto. La piattaforma partecipativa con UCC, tuttavia, può monetizzare l'UCC in una varietà di modi, anche attraverso contributi volontari, addebitando agli spettatori l'accesso a un peritem o abbonamento, modelli basati sulla pubblicità, licenze di contenuti e tecnologia per terze parti, che vendono beni e servizi alla comunità e vendono i dati degli utenti al mercato ricerca o altre aziende. In riferimento a questo modello di business che sembra potersi inquadrare nella cd. "gig economy" e sui relativi profili tributari si rinvia a GUPTA, *Taxing the new gig economy*, in *Bulletin for International Taxation*, 2018, Vol. 72, No. 4a/Special Issue, il quale esamina, dal punto di vista dello studioso americano, le possibili implicazioni della tassazione della gig economy.

risorse preesistenti e configurabili. Anche in questo caso, nel mercato, molti servizi cloud (ad es. E-mail, archiviazione foto e social reti) sono forniti gratuitamente, con entrate generate attraverso la pubblicità o la vendita di dati sul comportamento degli utenti, o su una base "freemium" in cui i servizi di base sono forniti gratuitamente e servizi aggiuntivi richiedono un pagamento.

Come visto, l'analisi delle singole modellistiche di business non appare molto soddisfacente, in quanto la distinzione dei modelli così operata non aiuta lo studioso nell'analisi delle varie fattispecie, poiché alcuni modelli sembrano essere tanto simili da non essere distinguibili e altri, invece, tanto diversi da non poter essere accomunati agli altri senza effettuare delle non opportune forzature. L'indagine, appena svolta, però ci consente di individuare delle caratteristiche comuni di questi modelli di business facendo riferimento alla relazione esistente tra operatore economico e cliente. I servizi offerti online generano plusvalore tipicamente attraverso due modalità: o il consumatore all'accesso versa un contributo per usufruire del servizio ovvero per ottenere un servizio ottimizzato o, alternativamente ovvero cumulativamente, l'offerta del servizio viene "pagata" in cambio del conferimento di alcuni dati del consumatore¹⁰². Quest'ultima modalità, in particolare, è la più interessante ai nostri fini, in quanto costringe ad anticipare alcune riflessioni sul tema della "datificazione".

4.2.2 L'emersione dell'economia dei dati

Una prima domanda, alla luce del modo di remunerare il servizio reso, dovrebbe sorgere spontanea, in quanto ci si chiede perché un'impresa dovrebbe accettare come mezzo di pagamento una prestazione consistente nella dazione di alcuni dati personali. Oggi, si tende, a questo proposito, a parlare di "datification"¹⁰³, in quanto sembra che i dati abbiano

¹⁰² In entrambi i casi, però, si rileva che, comunque, un ruolo fondamentale è giocato dalla possibilità di profilare i dati forniti dall'utente.

¹⁰³ GALLIERS, NEWELL, SHANKS, TOPI, *Call for papers for the special issue: the challenges and opportunities of 'datification'; Strategic impacts of 'big' (and 'small') and real time data – for society and for organizational decision makers*, in *Journal of Strategic Information Systems*, 2015, vol. 24, no. II–III; In Italia il tema della datification è stato affrontato soprattutto in relazione alle possibili problematiche in tema di protezione dei dati personali si veda, ad esempio, CALZOLAIO, voce *Protezione dei dati personali*, in *Digesto Disc. Pubblicistiche*, 2017.

cambiato radicalmente non solo aspetti della vita quotidiana dell'uomo, ma anche, attraverso la connessione dei mezzi produttivi, dell'attività imprenditoriale, attraverso il cd. Internet of Things. Il dato digitale, dopo essere raccolto e dopo esser stato analizzato, diventa un bene produttivo assai remunerativo per l'impresa che lo possiede e, dunque, un fattore produttivo estremamente prezioso. In tutti i modelli sopra analizzati, infatti, l'utilizzo del dato è fondamentale nella distinzione con altri modelli di business tradizionali, andando a ottimizzare il modo di produrre ricchezza, diventando la vera e propria ricchezza¹⁰⁴.

Nell'economia digitale è comune che gli operatori economici raccolgano dati sui loro clienti, utenti, fornitori e operazioni. Sebbene le aziende abbiano sempre utilizzato informazioni sulle interazioni con i clienti per migliorare le loro offerte commerciali, le tecnologie digitali e il passaggio alla "cultura" partecipativa ha notevolmente aumentato la capacità di un'azienda di sfruttare e monetizzare tali attività. Di conseguenza, i dati raccolti dai clienti e dagli utenti sono aumentati di importanza in alcune forme d'impresa dell'economia digitale. I dati, dunque, sono utilizzati, in primo luogo, nell'impresa tradizionale, la quale riesce a migliorare significativamente i propri processi produttivi, offrendo il miglior prodotto al costo più basso nel tempo più breve. L'attuale progresso tecnologico e lo sviluppo di grandi quantità di dati, infatti, consentono ai manager di avere migliori informazioni sulle loro operazioni, offrono enormi possibilità alle aziende di migliorare le loro prestazioni operative e consentono la creazione di fabbriche intelligenti in cui macchine e reti sono in grado di scambiare e rispondere alle informazioni e di gestire autonomamente il processo di produzione¹⁰⁵.

I dati personali, dunque, possono anche diventare capitale strategico che consente alle aziende di ottenere un'intelligenza di mercato superiore o migliorare le operazioni esistenti. Questo può concretizzarsi in migliori o nuove forme di sviluppo del prodotto. Correlativamente i dati personali, in particolare, sono visti come una nuova risorsa grazie al suo potenziale di creazione di valore aggiunto per aziende e consumatori e per la sua capacità di abilitare servizi difficilmente immaginabili senza di essa. Le attività produttive utilizzano

¹⁰⁴ <https://www.economist.com/news/leaders/21721656-data-economy-demands-new-approach-antitrust-rules-worlds-most-valuable-resource>

¹⁰⁵ TAN, JI, LIM e TSENG, *Using big data to make better decisions in the digital economy*, International Journal of Production Research Volume 55, 2017, 4998

i dati personali per una varietà di scopi: ridurre i costi di ricerca per i prodotti attraverso il filtraggio personalizzato e collaborativo delle offerte; minori costi di transazione per sé stessi e per i consumatori; condurre analisi dei rischi sui clienti; e aumentare i rendimenti pubblicitari attraverso un migliore *targeting* degli annunci pubblicitari.

I dati personali possono anche essere un prodotto in sé, quando sono impigliati nei contenuti generati dagli utenti, come nel caso dei social media¹⁰⁶. Pertanto, se la digitalizzazione, originariamente, consisteva nella traduzione in digitale delle informazioni e dei processi analogici, grazie al massiccio uso dei dati ha permesso un significativo abbattimento dei costi di produzione cambiando quasi ogni forma di lavoro umano (e stile di vita) che sia direttamente o indirettamente associato a dati e cognitivi processi non di routine. Sempre più spesso, dunque, il software sofisticato promuove interpretazione dei dati basata su macchina, in tal modo consente (quasi) un'autonomia decisionale e una più profonda integrazione di applicazioni di big data nelle tradizionali attività di creazione di valore. Per queste ragioni, le organizzazioni produttive raccolgono, estraggono e sfruttano i dati che sono sempre più disponibili da un'enorme varietà di interni e fonti esterne.

Riguardando anche le modalità di produzione di beni, non appare adeguata anche la distinzione operata anche in sede OCSE tra il cd. subscription model e il cd. advertising model in cui, nel primo, il cliente per poter usufruire dei servizi digitali deve pagare un contributo all'accesso; e nel secondo, invece, il cliente non paga per l'utilizzo del servizio, ma conferisce i propri dati personali al portale web, il quale li utilizza per ottimizzare la pubblicità in rete.

4.2.3. Il “profilo interno” del modello di business: la creazione del valore

Da queste ultime considerazioni sul rapporto tra consumatore e l'impresa emerge, dunque, la novità rappresentata dal business dei dati. In estrema sintesi, capita, dunque, sempre di più, che l'utilizzatore del servizio conferisca dei dati personali per servirsi del servizio offerto.

¹⁰⁶ SPIEKERMANN, ACQUISTI, BÖHME, KAI-LUNG HUI, *The challenges of personal data markets and privacy*, Electronic Markets June 2015, Volume 25, Issue 2, 161

Questa relazione tra impresa e cliente potrebbe essere variamente interpretata a seconda che si consideri l'attribuzione dei dati come una *datio in solutum*, ossia come prestazione in luogo dell'adempimento, ovvero come una permuta, ossia come quel contratto consensuale, a efficacia reale, con prestazioni corrispettive, commutativo e a titolo oneroso¹⁰⁷ «che ha per oggetto il reciproco trasferimento della proprietà di cose o di altri diritti, da un contraente all'altro» (art. 1552 c.c.).

Sul punto, in verità, sembra che l'interesse della dottrina civilistica sia abbastanza limitato ai profili della protezione dei dati personali, piuttosto che a una ricostruzione scientifica del rapporto che intercorre tra il prestatore di servizi online e il cliente¹⁰⁸.

Allorquando l'utente voglia accedere a un servizio online, in particolare se gratuito, nella normalità dei casi, è necessario stipulare un contratto (art. 1231 c.c.) con cui le parti costituiscono un rapporto giuridico patrimoniale, consistente, dalla parte del prestatore, nell'obbligazione di fornire un servizio online all'utente il quale ne potrà godere solo ed esclusivamente nella misura in cui fornirà alcuni dati personali¹⁰⁹.

In linea generale, onde evitare fraintendimenti, nella ricostruzione della presente ricerca questo tipo di “scambio” di dati contro servizio online ha sicuramente contenuto economico-patrimoniale. Da un lato, il consumatore/utilizzatore ottiene un'utilità, economicamente apprezzabile, consistente nella possibilità di sfruttare il servizio digitale e, dall'altra parte, il prestatore riceve dei dati personali che, con gli strumenti sopravvisti, una volta “raffinato” ha una potenzialità economica evidente.

D'altra parte, si è evidenziato che la tutela dei dati personali rappresenta un diritto fondamentale e, di conseguenza, un diritto indisponibile. La conseguenza estrema di questo ragionamento è che il dato personale non potrebbe essere mai paragonato a un bene-merce, rivendibile nel mercato¹¹⁰.

¹⁰⁷ GIANNATTASIO, *Permuta (diritto vigente)*, in *NN.D.I.*, XII, Torino, 1965, p. 996.

¹⁰⁸ Sul punto si rinvia a COGO, *Le regole del contratto tra social network e utente sull'uso della proprietà intellettuale del gestore, dell'utente e degli altri utenti - riflessioni a partire dall'individuazione del fenomeno, dei suoi soggetti e della funzione del contratto*, Aida. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo, 2012, XX, p. 305.

¹⁰⁹ Sulla nozione di “dato personale” si rinvia all'art. 4, n.1, del Regolamento (EU) in materia di Protezione dei Dati Personali (n. 2016/679).

¹¹⁰ Opinione del Garante europeo della protezione dei dati personali (“GEPD”) sulla proposta di Direttiva relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura dei contenuti digitali.

Viceversa, proprio la proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio Europeo, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale n. 2015/0287 (COD), all'art. 3 in riferimento al campo di applicazione statuisce che “la presente direttiva si applica ai contratti in cui il fornitore fornisce contenuto digitale al consumatore, o si impegna a farlo, e in cambio del quale il consumatore corrisponde un prezzo oppure fornisce attivamente una controprestazione non pecuniaria sotto forma di dati personali o di qualsiasi altro dato”¹¹¹.

Pertanto, sembra chiaro che anche nella proposta di direttiva, l'idea sostanziale è quella di non qualificare come gratuita tale prestazione, ma di limitarsi a considerarla “non pecuniaria”¹¹², ma, comunque, avente contenuto patrimoniale.

Tutto ciò non significa che si debba necessariamente proporre una tassazione nella fase genetica del contratto, visto che, normalmente, la creazione del valore nell'economia digitale non è nella fase di iscrizione, ma nella combinazione di algoritmi, dati degli utenti, funzioni commerciali e conoscenze. Le informazioni dell'utente più importanti, id est dati personali, sono quelle fornite nel corso del rapporto contrattuale, ossia quando l'utente utilizzando il servizio digitale, esprime preferenze/opinioni sulla piattaforma. Questi dati vengono “lavorati” secondo il procedimento già visto e potranno essere utilizzati per generare profitti mediante la pubblicità ottimizzata.

In generale, al fine di comprendere pienamente le modalità con cui opera l'organizzazione produttiva nel digitale, sembra opportuno affrontare anche il tema del modo in cui questa riesca a creare o estrarre valore dalle proprie operazioni commerciali.

Ovviamente tale tematica è strettamente collegata a ciò che si scriveva sopra e, dunque, alla relazione esistente tra servizio offerto e remunerazione ricevuta.

¹¹¹ L'unica eccezione alla regola ivi esposta è contenuta al comma 4 che statuisce che “la presente direttiva non si applica ai contenuti digitali forniti a fronte di una controprestazione non pecuniaria, nella misura in cui il fornitore chiede al consumatore di fornire dati personali il cui trattamento è strettamente necessario ai fini dell'esecuzione del contratto o del rispetto di obblighi di legge e il fornitore non li tratta ulteriormente in modo incompatibile con tale finalità. Analogamente, essa non si applica ad eventuali altri dati che il fornitore chiede al consumatore al fine di garantire che il contenuto digitale sia conforme a quanto stipulato nel contratto o di soddisfare obblighi di legge, e il fornitore non utilizza tali dati a fini commerciali”.

¹¹² BOZZI, *La disciplina delle obbligazioni restitutorie nelle proposte di direttiva sui contratti di vendita online e sulla fornitura di contenuti digitali*, in *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, a cura di Addante, , Milanofiori Assago, Cedam, 2016, p.126.

Nella dottrina economica, si è pensato di contraddistinguere le attività digitali, a secondo del controllo della catena del valore o dell'essere parte di un ecosistema più complesso e, successivamente, nella conoscenza dei clienti finali¹¹³.

Analizzare la catena del valore, però, implica anche un ragionamento complessivo sul comportamento dell'operatore economico, non solo, in relazione alla singola transazione, ma, in generale, rapportandosi a livello di funzionamento complessivo della struttura economica. A questo proposito è di rilevante interesse una distinzione operata tra “imprese-valore” e “imprese-volume”¹¹⁴.

Le prime sono aziende digitali che, fin dall'inizio dell'attività e dopo la creazione iniziale del loro Prodotto minimo vitale, offrono un valore reale per il quale i loro clienti sono disposti a pagare e, dunque, fatturando e monetizzando nello scambio transazionale. In questi modelli di business, la generazione di reddito avviene sin dalle prime fasi della maturazione aziendale, identificando modelli di ricavi chiari e coerenti. La crescita delle società di valore avviene grazie al reinvestimento nella società stessa degli utili generati dalle operazioni di vendita.

Nei primi anni di crescita aziendale i benefici sono positivi, anche se di scarsa importanza, determinando una crescita organica lenta ma stabile. Questi modelli di business della crescita naturale hanno il vantaggio di non richiedere grandi livelli di finanziamento esterno, poiché il reinvestimento è solitamente sufficiente per consolidare l'azienda.

Il secondo modello, invece, è invece tipico di quelle aziende digitali che basano il successo del loro modello di business sul gran numero di utenti che utilizzano il loro prodotto.

Queste aziende maturano in due fasi: nella prima di queste fasi, sviluppano il loro primo prodotto minimo vitale con l'obiettivo di offrire valore ai propri utenti, ma nella maggior parte dei casi senza una chiara idea di come si genererà il reddito. Di solito offrono il loro prodotto gratuitamente per convertirlo in uno standard de facto in un breve periodo di tempo.

¹¹³ WEILL, WOERNER, *Thriving in an increasingly digital ecosystem*, in MIT Sloan Management Review, 2015, vol. 56, no. 4, p. 27.

¹¹⁴ PARADA TORRALBA, *Emprendimiento digital y nuevas oportunidades de negocio*, in *Tendencias y desafíos fiscales de la economía digital*, a cura di Moreno Gonzalez, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

In una seconda fase, evolvono il loro modello di business alla ricerca di diversi metodi di monetizzazione che offrono il loro ampio database di centinaia di migliaia o milioni di utenti. Una delle chiavi del successo delle società del volume è la loro rapida crescita, una crescita di cui hanno bisogno per diventare lo standard all'interno del settore e posizionarsi come leader. Questo tasso di crescita non è facoltativo per le società di volume, poiché è l'unica barriera di ingresso che hanno nei confronti dei concorrenti una volta che il prodotto minimo vitale è stato convalidato.

Le società di volume sono caratterizzate perché all'inizio non hanno la fatturazione iniziale. Tuttavia, richiedono grandi quantità di fondi per svolgere le loro azioni di comunicazione. La catena del valore relativa alla filiera informativa dei big data è fondata su una serie di passaggi progressivi, singolarmente rappresentati da anelli. Ogni anello della catena rappresenta un punto di congiunzione con i passaggi precedenti e successivi, con un valore aggiunto incrementale che assume un rilievo economico e giuridico. La predetta catena del valore¹¹⁵ può essere sintetizzata in questi passaggi: raccolta, organizzazione, elaborazione, analisi, archiviazione e indicizzazione dei dati. Ciascuna di queste funzioni ha un rilevante impatto sulla creazione di valore economico, con conseguenze di natura giuridica da valutare caso per caso (in ambito contrattuale, giudiziale, etc.).

4.2.4. *Una nuova ricchezza per una nuova economia?*

Insomma, la digitalizzazione e le relative modifiche ai caratteri classici dell'impresa tradizionale incidono profondamente anche sul concetto di ricchezza anche a fini fiscali così come tradizionalmente inteso. La ricchezza, in senso lato, può essere identificata con l'estensione del suo potere di disposizione su beni e servizi¹¹⁶ e nella relativa capacità di produrre reddito. Nell'economia digitale è comune che le imprese raccolgano dati sulla loro clienti, utenti, fornitori e operazioni. Sebbene le aziende abbiano sempre utilizzato informazioni sulle interazioni con i clienti per migliorare le loro offerte commerciali, le tecnologie digitali e il passaggio alla "cultura" partecipativa ha notevolmente aumentato la

¹¹⁵ Si veda, su tutti, VISCONTI, La valutazione economica dei database (banche dati), Dir. Industriale, 2017, 4, 358

¹¹⁶ SCAZZIERI, Ricchezza, voce dell'Enciclopedia delle Scienze Sociali, 1997 in cui si chiarisce che, sostanzialmente, il reddito è una *species* del *genus* ricchezza

capacità di un'azienda di sfruttare e monetizzare tali attività. Di conseguenza, i dati raccolti dai clienti e dagli utenti sono aumentati di importanza in alcune imprese dell'economia digitale. I dati, dunque, inseriti nella filiera produttiva sono in grado di generare attività altamente remunerative, in quanto lo sfruttamento a fini commerciali dei dati consente o un miglioramento dei processi produttivi (industria 4.0) ovvero una ottimizzazione del servizio reso (profilazione).

Dal nostro punto di vista, il dato non rappresenta una ricchezza *ex se*¹¹⁷. I dati, oltre a non essere un bene esauribile e finito, ma potenzialmente illimitato, inesauribile e riutilizzabile, se non utilizzato nel modo adeguato nella filiera produttiva è assolutamente inutile. Il valore dei dati, inoltre, non cresce semplicemente accumulando di più, ma sono le informazioni generate attraverso l'analisi e le combinazioni di diversi set di dati che generano il valore reale. La ricchezza di questa tipologia d'impresa, però, non sembra neanche facilmente misurabile con gli ordinari indici di capacità economica, come il reddito o il patrimonio.

Si cerca di essere più chiari, tra i vari modelli sembra che il valore dell'impresa non si identifichi con quanto reddito produca l'impresa digitale, ma, in verità, sulle potenzialità economiche dell'impresa stessa. La vera forza economica di un'impresa digitale sembra dipendere più dalla capacità di organizzare i fattori produttivi dell'impresa che nella vendita o cessione di beni e servizi, ma non si conclude con essa.

Detto diversamente, la ricchezza dell'impresa digitale sembra essere data dall'inserimento in un contesto digitale che le permette di creare nuovi beni e servizi, di migliorare o cambiare radicalmente la filiera produttiva, di interfacciarsi con il consumatore in un modo nuovo e di organizzare la propria organizzazione in un senso di efficienza. Tuttavia, tutto questo non è merito solo dei dati, ma è conseguenza della partecipazione a questa economia.

È chiaro che le imprese digitali, come tutte le imprese tradizionali, producono e vendono beni e/o servizi, tuttavia, la capacità di allocazione dei profitti nelle diverse giurisdizioni, da un lato, e la difficile individuazione del valore più corretto da attribuire

¹¹⁷ Così come sostenuto dall'autorevole Economist nell'articolo *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*, del 6 maggio 2017

all'impresa-volume, per esempio, dall'altro lato, non rendono semplice l'individuazione della vera ricchezza attribuibile agli attori economici nel contesto digitale.

Sotto questa prospettiva, come già anticipato, l'economia digitale non equivale alla semplice dematerializzazione dei beni, pur sempre scambiati o utilizzati da soggetti territorialmente localizzati, ma assume le sembianze di una vera e propria ricchezza novella che, tanto più si consolida quanto viene attribuita, goduta o condivisa oltre i modelli consolidati di rapporti reali ed obbligatori e delle relative forme contrattuali di circolazione giuridica.

In altre parole, ciò che si intende sostenere è che la ricchezza delle imprese digitali, spesso, non è da rintracciare nella produzione di reddito o nella patrimonializzazione dell'impresa stessa, ma è da rinvenire nella capacità potenziale di generare profitto, attraverso l'organizzazione complessiva e la partecipazione nell'economia digitale. Dunque, da un lato, la capacità di organizzare i mezzi produttivi o, comunque, i beni dell'impresa, e soprattutto la possibilità di essere inserita in un mercato digitale rappresentano la nuova ricchezza.

Quando l'utente di un servizio digitale, invece di remunerare l'impresa con il pagamento del prezzo, conferisce dei dati personali, in questa fase non emerge alcuna capacità contributiva né tantomeno sembra giustificabile la pretesa di tassare questo scambio "capzioso" come prospettato da taluni¹¹⁸.

Il dato raccolto, ad esempio, non è di per sé una forma di ricchezza, ma è un mezzo produttivo o asset che può generare ricchezza solo se inserito in un contesto imprenditoriale. Ma, allo stesso modo, l'impresa può sfruttare utilmente questa forma di ricchezza solo se l'impresa è sul mercato digitale e, dunque, è parte dell'economia digitale.

Dunque, è pur vero che il dato, nell'esempio, diventa una ricchezza effettiva e non meramente potenziale solo con l'utilizzo e, dunque, in combinazione con gli altri mezzi produttivi dell'impresa.

Ovviamente, i mezzi produttivi dell'organizzazione non si riducono ai soli dati, ma si estendono all'intero apparato dei beni immateriali posseduti e, in particolare, a beni

¹¹⁸ Si pensi alla proposta contenuta nel rapporto Colin-Collin, Report to the Minister for the Economy and Finance, the Minister for Industrial Recovery, the Minister Delegate for the Budget and the Minister Delegate for Small and Medium-Sized Enterprises, Innovation and the Digital Economy, 2013

immateriali, quali brevetti, marchi, know-how, il cui singolo valore bilancistico non sembra spesso in grado di identificare l'esatto valore aggiunto.

Tuttavia, la loro capacità di trasformarsi in ricchezza dipende dalla loro possibilità di essere innestati in un contesto economico più ampio che, tanto più si afferma, tanto più aumenta il valore.

In conclusione, è pur vero che alcuni tratti dell'economia digitale sono riconducibili a categorie già note, tuttavia, nel successo di questi modelli di business, il digitale diventa la ricchezza stessa dell'economia, aumentando esponenzialmente il valore delle imprese, dei beni e del mercato di riferimento. In sintesi, più l'economia digitale viene utilizzata più ne aumenta il valore a tal punto che questa può essere considerata ricchezza a sé stante.

4.2.5. Le altre caratteristiche tipiche dell'economia digitale e delle imprese digitali: la mobilità, gli effetti di rete e la tendenza al monopolio

Per considerare, però, quali siano gli aspetti più rilevanti nell'analisi dell'economia digitale, appare necessario esaminare le caratteristiche tipiche di questa economia e delle imprese partecipanti. Si è già, parzialmente, affrontato il tema della mobilità, la quale può essere declinata a seconda che si indaghi la mobilità dei fattori produttivi (intangibili) e degli utenti. La capacità di gestire le attività a livello centrale, mantenendo contemporaneamente una sostanziale flessibilità circa l'ubicazione delle funzioni imprenditoriali ha aumentato la capacità delle imprese di distribuire le funzioni e le attività in più giurisdizioni. Mentre la globalizzazione degli affari tra le organizzazioni più grandi non è un fenomeno nuovo, la diffusione dell'economia digitale, combinato con la crescente importanza e affermazione dei servizi sui beni, nonché riduzioni dei costi commerciali dovuti alla liberalizzazione degli scambi commerciali e degli investimenti e alle riforme regolamentari, hanno contribuito fondamentalmente a rimuovere le barriere logistiche e aumentare il ritmo con cui tale globalizzazione è possibile.

I progressi tecnologici hanno anche permesso una maggiore integrazione delle imprese globali e hanno aumentato la flessibilità delle imprese di radicare le loro attività tra diversi Stati in tutto il mondo, anche se tali luoghi possono essere distanti tra loro e dalla posizione fisica dei loro clienti finali. Oltre a migliorare la flessibilità delle organizzazioni

più consolidate, i progressi nelle tecnologie dell'informazione e della comunicazione hanno aperto il mercato globale anche alle piccole e medie imprese. In breve, l'interconnessione globale ha raggiunto livelli senza precedenti. Poiché le operazioni a livello mondiale sono diventate più integrate, i processi di produzione si svolgono sempre più come parte delle catene globali del valore in cui le varie fasi della produzione sono distribuite in più paesi diversi e vengono eseguite da un mix di fornitori indipendenti e affiliati. Le imprese digitali sono sempre più in grado di scegliere la posizione ottimale per attività produttive e attività, anche se tale posizione potrebbe essere distante dalla posizione dei clienti o l'ubicazione di altre fasi della produzione. Inoltre, i rapidi progressi nella tecnologia hanno fatto sì che i servizi come l'immissione di dati, l'elaborazione delle informazioni, la ricerca e la consulenza possono essere eseguite sempre più a distanza. Queste funzioni possono essere eseguite da parti correlate o, se un'impresa determina che è più vantaggioso attraverso l'esternalizzazione della funzione, con l'ausilio di un fornitore di servizi indipendente.

Ci sono limiti a questa flessibilità, tuttavia. In generale, la frammentazione delle attività tra più sedi comporta compromessi tra costi inferiori per l'attività stessa e maggiori costi di transazione e di coordinamento. Inoltre, le abilità e le conoscenze restano una risorsa critica nell'economia digitale. Sebbene molte funzioni possano essere eseguite con limitazione di personale, manager, sviluppatori, architetti di software e designer, tra l'altro le funzioni chiave restano strumentali. Di conseguenza, la posizione di molte delle funzioni sostanziali di un business digitale deve verificarsi in luoghi in cui queste persone chiave sono disposti a lavoro. Inoltre, sebbene i servizi digitali possano sostanzialmente ampliare la portata delle imprese, questi servizi digitali richiedono spesso un massiccio investimento in componenti dell'infrastruttura. Ad esempio, i fornitori di *cloud computing* devono creare una "server farm" di interconnessi computer, e mentre può esserci una certa flessibilità su dove si trovano queste risorse, le preoccupazioni circa l'accesso a fonti di energia e raffreddamento poco costose e affidabili possono influire significativamente sulla scelta della localizzazione. Inoltre, in molte attività digitali l'esperienza dell'utente è significativamente migliorata dalla vicinanza all'infrastruttura principale. Il risultato è che ci sono spesso motivi convincenti per le imprese di garantire che le risorse infrastrutturali siano collocate il più vicino possibile ai mercati chiave degli utenti, in modo che gli utenti sperimentino tempi di ritardo più brevi e qualità più elevata. Inoltre, in alcune attività imprenditoriali, la necessità di una presenza

tangibile in una giurisdizione per ragioni normative può anche limitare le scelte su dove individuare l'infrastruttura e le relative attività commerciali.

Gli effetti di rete si riferiscono al fatto che le decisioni degli utenti possono avere un impatto diretto su il beneficio ricevuto da altri utenti. Questi effetti di rete sono una caratteristica importante di molte aziende nel settore digitale dell'economia.

Ad esempio, un sistema operativo ampiamente adottato avrà generalmente una maggiore quantità di software adatti, con una conseguente migliore esperienza utente. Questi effetti sono noti come esternalità positive, ovvero situazioni in cui il benessere di una persona è migliorato dalle azioni di altre persone, senza compensazione esplicita. Per esempio, quando altre persone si uniscono a un social network, aumenta il benessere degli utenti esistenti, anche se non esiste un accordo esplicito di compensazione tra gli utenti per questo miglioramento. Anche le esternalità possono essere negative. Ad esempio, come numero crescente di persone utilizzano una rete di comunicazione allo stesso tempo, la congestione può diminuire il valore per ciascun utente della rete, senza compensazione tra le parti interessate.

In alcuni mercati, in particolare dove un'impresa è il primo attore ad avere successo un mercato ancora non colonizzato, effetti di rete combinati con bassi costi incrementali possono consentire a questa attività economica di raggiungere una posizione dominante in un tempo molto breve. Questa capacità può essere migliorata se un brevetto o altro diritto di proprietà intellettuale è unita al potere esclusivo di sfruttare una particolare innovazione in un particolare mercato. L'impatto di questi effetti di rete tende a portare a questo risultato, ad esempio, laddove le imprese forniscono una piattaforma o un mercato in cui gli utenti su un lato del mercato preferiscono utilizzare solo un singolo fornitore, in modo tale che il valore per quegli utenti sia migliorato quando viene scelto un singolo standard, e il prezzo che può essere addebitato all'altro lato è migliorato perché la piattaforma diventa il solo mezzo di accesso a tali utenti.

La facilità di adozione di una nuova piattaforma significa che alcuni i giocatori, a seguito delle scelte dei clienti aggravate dagli effetti di rete, sono stati in grado di farlo raggiungere una posizione dominante sul mercato estremamente rapidamente. In alcuni casi, nonostante la volatilità Di seguito, le aziende sono state in grado di sfruttare quella posizione di mercato per garantire dominanza. Nei mercati che presentano questa tendenza, gli effetti

di rete sono amplificati. Si dovrebbe notare tuttavia che nell'economia digitale molte reti operano simultaneamente, con il risultato che in molti casi la concorrenza in un mercato monopolizzato può essere influenzata da altri mercati, che combinati con le ridotte barriere all'ingresso, possono moderare il monopolio potere nel primo mercato.

Questi tre elementi (effetto di rete, tendenza al monopolio e mobilità dei fattori produttivi) rappresentano proprio la sintesi delle caratteristiche e delle problematiche dell'economia digitale. In questo contesto, la logica darwiniana fa sì che solo le imprese in grado di adattarsi al contesto economico digitale possano restare competitive sul mercato e, correlativamente, che la specie di imprese che riesce ad adattarsi più velocemente al cambiamento sia quella che aumenta la sua ricchezza e il suo valore.

5. L'economia digitale e la sfida ai caratteri tipici del diritto tributario: l'erosione delle basi imponibili

Ciò che, in verità, unisce i modelli di business e rende l'economia digitale globalmente considerata un problema per il diritto tributario è il fatto che le imprese digitali siano inserite in un'economia nuova. In altri termini, se si analizzano i singoli modelli di business, si esamina una singola realtà economica che può essere assai problematica (commercio elettronico diretto, OTT, o altri) o meno problematica (commercio elettronico indiretto). Ciò che, invece, pone una sfida seria al sistema tributario strutturalmente inteso e, invece, l'affermazione di questa economia digitale che consente alle imprese di operare in un contesto socioeconomico fortemente diverso rispetto al passato.

Dal nostro punto di vista, infatti, dopo aver analizzato i singoli modelli di business e dopo aver rintracciato alcune consonanze, soprattutto in tema di raccolta dei dati e di possibilità di operare nel mercato di riferimento senza presenza fisica, sarà opportuno valutare l'incidenza di questi aspetti sul sistema tributario e, in particolare, sulle problematiche del presupposto, della territorialità e della determinazione della ricchezza nell'imposizione. In sostanza, pare opportuno verificare, attraverso questi filoni di ricerca, come queste categorie della norma tributaria siano parzialmente messe in crisi dall'avanzare di questa nuova economia. Si verificherà, ad esempio, se la raccolta e le transazioni sui dati, effettivamente, identifichino la possibilità di rintracciare una nuova forma di ricchezza e,

ancora, si analizzerà come la possibilità di commerciare in uno Stato senza presenza fisica (*trading with a country*¹¹⁹) possa influenzare il problema della territorialità fiscale. Insomma, è l'economia digitale nel suo complesso a porre nuovi e particolari problemi al diritto tributario odierno più che alcuni modelli di business.

Una prima caratteristica comune delle imprese digitali è il basso livello di tassazione dei loro profitti sul piano globale. Pur non essendo le sole attività economiche protagoniste di una certa pianificazione fiscale, cd. "aggressiva"¹²⁰, certamente in quest'economia la possibilità di proporre strutture giuridiche assai sofisticate e tali da ridurre fortemente il carico impositivo non solo nello Stato della fonte è altamente più probabile. È facile, infatti, per queste imprese trasferire i loro profitti ai paradisi fiscali attraverso costruzioni giuridiche, come pagamenti per attività immateriali svolte da controllate in altri ordinamenti. Il valore di queste attività, inoltre, è potenziato dai rendimenti di scala. Nella normalità, poi, i profitti generati non remunerano i propri azionisti con dividendi, ma vengono patrimonializzati e reinvestiti, senza essere tassati come reddito. I modelli di business dell'economia digitale permettono di localizzare la propria attività in qualsiasi parte del mondo per "lavorare" i loro utenti, concentrando le attività generatrici di reddito solo in Paesi in cui il livello di tassazione è significativamente basso. A differenza delle attività economiche più vecchie, che devono intraprendere una ristrutturazione per la pianificazione fiscale, le imprese digitali sono progettate sin dall'inizio per sfruttare al meglio le differenze tra i sistemi fiscali dei paesi, in particolare, quando si tratta di scegliere la posizione la loro sede principale.

La legge tributaria nazionale e internazionale sta avendo problemi a tenere il passo con gli effetti della rivoluzione digitale. Le conseguenze in termini di imposte dirette sono parecchio rilevanti. Il diritto tributario internazionale riconosce il potere di tassare i profitti nel Paese in cui è situata la residenza dell'impresa e non dove l'impresa opera. Questo

¹¹⁹ LYMER, HASSELDINE, *Introduction to taxation in an international context, The International Taxation System*, Boston, MA, Springer, 2002, pp.1-17.

¹²⁰AMATUCCI, L'adeguamento dell'ordinamento tributario nazionale alle linee guida dell'OCSE e dell'UE in materia di lotta alla pianificazione fiscale aggressiva, in Riv. trim. dir. trib., 2015, n.1.; Raccomandazione Commissione UE, 6 dicembre 2012, relativa alla pianificazione fiscale aggressiva, COM(2012) 722. Vd., analogamente, la Comunicazione della Commissione UE 28 gennaio 2016 «Paquet de mesures contre l'évasion fiscale: prochaines étapes pour assurer une imposition effective et davantage de transparence fiscale dans l'Union européenne», COM/2016/023, Proposition de directive du conseil établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, COM(2016) 26 final.

principio è la base dei modelli bilaterali di convenzione contro le doppie imposizioni, prodotti dall'OCSE. L'unica eccezione a questa regola è la presenza di una stabile organizzazione nel *market State*. Tuttavia, la definizione di una Stabile Organizzazione, che si basa sulla presenza fisica o personale, è derivata dai concetti economici del dopoguerra che non sono adatti all'economia digitale.

Contrariamente a quanto accaduto in tema di imposte personali, si riscontrano significativi miglioramenti in materia di imposta sul valore aggiunto, in cui le regole di territorialità sono stati modificati a vantaggio dei paesi consumatori, nonostante la difficoltà di raggiungere un accordo unanime. A livello globale si richiede sempre più con insistenza una risposta per rompere una spirale potenzialmente letale per le economie dei Paesi industrializzati. Non sono solo le entrate fiscali perse che sono in gioco; la crescita dell'economia digitale riduce le entrate degli Stati poiché: in primo luogo, attraverso l'interposizione di un soggetto tra lo Stato di residenza e lo Stato in cui avviene il consumo così da ridurre i redditi ricevuti da altri attori nella catena del valore; in secondo luogo, i prezzi sono spinti dal potere di mercato di questi intermediari, che utilizzano i dati raccolti dagli utenti delle loro applicazioni per incrementare la propria attività.

Un'azione tesa a disciplinare queste fattispecie è tanto urgente quanto necessaria, poiché la rivoluzione digitale non è limitata ad alcune categorie, ma tende a inglobare tutti i settori dell'economia. Le imprese digitali stanno andando a infrangere tutte le catene del valore, a partire da viaggi, servizi bancari e telecomunicazioni oggi, seguito da automobili, servizi urbani e assistenza sanitaria, in futuro. Queste attività economiche digitali concentreranno i loro sforzi su un anello strategico della catena, "lavorando" i dati forniti dai loro utenti e catturando una quota crescente dei profitti delle società locali sottoposte al loro potere di mercato.

Come la rivoluzione digitale si diffonde attraverso l'intera economia, i profitti ivi derivanti saranno dirottati lontano, scomparendo dal PIL dei grandi Stati e tagliando la loro crescita e probabilmente il concetto stesso di welfare State. Inoltre, questa esplosione incontrollata potrebbe privare i governi delle entrate fiscali aggiunte potenzialmente derivato dalla maggiore produttività dell'economia digitale. L'economia digitale continuerà a crescere, forse, fino a mai arrestarsi. Ma non creerà nuovi posti di lavoro nei grandi Stati industrializzati, a meno che questi Paesi non abbiano una politica industriale mirata a due

obiettivi complementari: promuovere la crescita organica dell'economia digitale interna e organizzare la diffusione degli incrementi di produttività raggiunti nel resto dell'economia. La politica fiscale è uno strumento di una tale politica industriale e può essere usata per promuovere una concorrenza leale tra le imprese digitali, incanalando i loro sforzi di R & S e generando entrate fiscali. È chiaro che, per rendere ciò possibile, l'azione isolata di pochi Stati pare non essere risolutiva.

Insomma, già in filigrana, si legge un'apparente contraddizione nella discussione circa la tassazione dell'economia digitale, in quanto: da un lato, emerge l'impellente necessità per gli Stati di acquisire una quota parte dei redditi mondiali prodotti dalle multinazionali del digitale, ma, dall'altra, comincia ad affiorare l'idea del sostegno per le imprese digitali nazionali di nascere e prosperare in questo mercato.

6. Il mercato digitale: *locus artificialis* delle imprese digitali e ordine giuridico proprio

In ogni caso, i modelli considerati si vanno a iscrivere in un contesto economico che sembra abbastanza differente da quello classico, ossia si integrano nel c.d. “mercato digitale”. A ben vedere, infatti, il mercato digitale, considerando il ruolo assunto dalla digitalizzazione che consente la moltiplicazione dei soggetti coinvolti e la continua intercambiabilità di consumatori produttori utenti, sembra essere significativamente diverso e distinto dal mercato tradizionale. Appare, dunque, comprensibile e giustificato che la dimensione si estenda, a mano a mano, che si sviluppa la ricchezza e che, d'altra parte, lo sviluppo della ricchezza richieda per affermarsi una dimensione sempre più ampia.

Risultano, da un lato, inadeguati per il mercato dell'economia digitale quei limiti territoriali che tradizionalmente hanno accompagnato lo sviluppo dei mercati nazionali a definire l'ambito di efficacia della sovranità nazionale e, dall'altra parte, ingiustificati per il mercato dell'economia digitale i limiti territoriali che contribuiscono a regolare giuridicamente la circolazione dei beni nella ricerca della sicurezza offerta dal traffico giuridico nazionale che a sua volta rispondeva alle regole del relativo ordinamento o presidiavano il territorio nel traffico internazionale di merci. Il successo a-territoriale dell'economia digitale in una continua espansione del mercato di riferimento è radicalmente

diverso da quello dell'economia industriale. Quest'ultima, infatti, era nata nella corrispondenza tra ambito giuridico di sovranità nazionale e operatività economica del mercato e, conseguentemente, sollecitava per un proprio pieno sviluppo la creazione di uno spazio di scambio più ampio dei tradizionali confini nazionali.

Lo sviluppo dell'economia industriale ha così indotto nell'ambito europeo ad una progressiva estensione del mercato di riferimento, superando i tradizionali confini nazionali, che, in ogni caso, restavano come presidio territoriale dell'efficacia dell'ordinamento giuridico nazionale, ma con la creazione di un mercato comune. Se lo sviluppo dell'economia industriale sollecitava conseguentemente in Europa una progressiva integrazione dei mercati nazionali, in quello che originariamente previsto come comune sarebbe diventato poi mercato unico per divenire poi interno in un assetto definitivo dal 1993 che non è poi ulteriormente mutato, si accentuava il rischio di alimentare pluralismi giuridici che avrebbero finito per ostacolare con regole nazionale lo sviluppo dell'economia europea che invece aveva richiesto un mercato interno.

Di qui l'esigenza che il mercato diventato europeo non potesse rimanere ostaggio delle norme nazionali come corollario della coesistenza di pluralismi giuridici che avrebbe frustrato lo stesso sviluppo dell'economia, vittima di un'incertezza continua e ricorrente, che avrebbe finito con il vanificare poi gli stessi obiettivi di sviluppo economico che la creazione di un mercato integrato com'era diventato quello europeo. Di qui la necessità di adottare norme sovranazionali che seguendo il riparto delle competenze che solo definitivamente dopo i pilastri l'ordinamento europeo ha conosciuto potesse sottrarre in nome di un primato presidiato dalla progressiva limitazione della sovranità che l'adesione all'Unione ha comportato. Un successo unico nelle tradizioni giuridiche nazionali perché ha comportato una progressiva integrazione degli ordinamenti nazionali in quello europeo dando origine ad un ordinamento sempre più integrato che ha superato quella contrapposizione tra ordinamenti giuridici che lo sviluppo dell'economia industriale in un mercato sempre più integrato non avrebbe potuto sopportare. Il mercato, infatti, rappresentando quel *locus artificialis*¹²¹ creato dal diritto in cui sono regolati i traffici commerciali, identifica allo stesso

¹²¹ IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1998.

tempo sia il luogo giuridico in cui si concludono gli affari commerciali sia lo statuto di riferimento applicabile agli stessi.

Come già visto, Internet è stato spesso identificato come un mercato, se non come il Mercato. Internet, nella struttura essenziale, è una rete di computer o di dispositivi diversi che possono accedervi i quali possono interagire fra di loro. Internet, dunque, è la struttura in cui questi soggetti possono comunicare anche a fini commerciali ed è in questo non-luogo che si concludono affari commerciali ogni giorno. Non è un caso che tra gli obiettivi più ambiziosi della Commissione Europea presieduta da Jean-Claude Juncker ci sia quello di realizzare un mercato unico digitale in cui rimuovere “gli ostacoli esistenti a livello di scambi online” che impediscono ai cittadini di sfruttare tutte le possibilità relative a beni e servizi, alle imprese e le start-up online di ampliare i propri orizzonti di manovra e, più in generale, alle imprese e ai governi di beneficiare pienamente degli strumenti digitali.

La strategia per il mercato unico digitale è composta da tre ambiti d’azione o “pilastri”, ossia migliorare l’accesso dei consumatori e delle imprese ai beni online, contribuendo a rendere il mondo digitale dell’UE un mercato fluido ed equo per chi compra e chi vende, un ambiente in cui le reti e i servizi digitali possano prosperare, definendo le norme che vadano di pari passo con la tecnologia e sostengano lo sviluppo delle infrastrutture, e il digitale come motore della crescita, garantendo che l’economia, l’industria e l’occupazione in Europa possano trarre pieno vantaggio da ciò che la digitalizzazione offre.

Come rilevato nella dottrina giuscommerciale¹²², per il giurista non esiste il mercato digitale, ma i mercati digitali, tale conclusione sarebbe confermata dall’esame della catena del valore che caratterizza ciascuno di questi mercati e dallo studio delle loro reciproche interrelazioni. Tra le diverse ipotesi di categorizzazione del digitale, in realtà, si dovrebbe preferire un approccio diverso ossia che parte dal mercato digitali o dai mercati digitali, ossia dai luoghi giuridici in cui si concludono degli affari, nella normalità dei casi, mediante l’utilizzo di intermediari, i quali sono il centro della maggior parte dei modelli di business dell’economia digitale.

¹²² OLIVIERI, *Del mercato delle cose al mercato delle idee*, in *Rivista delle Società*, 2017, vol. 4, p. 815.

Contrariamente a quanto sostenuto in passato¹²³, dunque, l'attività di intermediazione è diventata necessaria affinché l'illimitata estensione del mercato digitale da elemento di forza diventasse elemento di debolezza. È evidente, infatti, che in un mercato senza confini il consumatore cerca di rivolgersi verso degli operatori qualificato verso cui possa confidare in un certo grado di sicurezza dell'effettività di alcune operazioni. Secondo una classificazione recentemente proposta in dottrina¹²⁴, i mercati di Internet (o mercati digitali) possono essere utilmente pensati come un sistema a strati sovrapposti così composto: • Dispositivi e sistemi (hardware); • Software e soluzioni ICT (accesso alla rete, programmi); • Servizi navigazione in rete (piattaforme, motori ricerca ecc.); • Advertising (Google); • E-commerce (Amazon). Sembra evidente che tutte questi sistemi siano diversi fra di loro e, spesso, anche all'interno dello stesso settore è difficile trovare un minimo comun denominatore. Le imprese che operano nella produzione di dispositivi e sistemi informatici sono delle tradizionali imprese che producono beni fisici, mentre le imprese che producono software producono beni immateriali. Estremamente diverse appaiono le imprese che

¹²³ L'affermazione del modello dell'intermediazione nel commercio elettronico è stata oggetto di vasto studio da parte della letteratura economica. In estrema sintesi, alcuni studiosi, sulla base della considerazione degli incentivi per produttori e consumatori ad escludere gli intermediari dalla catena del valore in ragione dei costi significativi che essi implicano, hanno ipotizzato lo scenario della cd. disintermediation in parallelo con l'utilizzo avanzato delle tecnologie e l'evoluzione dei marketplaces elettronici [in tema, si segnalano MALONE, YATES, BENJAMIN, *The Logic of Electronic Market*, in *Harvard Business Review*, 1989, vol. 67, no. 3; MALONE, YATES, BENJAMIN, *Electronic Markets and Electronic Hierarchies*, in *Communication of the ACM*, 1987, vol. 30, no. 6; BENJAMIN, WIGAND, *Electronic Commerce: Effects on Electronic Markets*, in *Journal of Computer-Mediated Communication*, 1995, vol. 1, no.3.; BENJAMIN, WIGAND, *Electronic Markets and Virtual Value Chains on the Information Superhighway*, in *Sloan Management Review*, 1995, vol. 36, no. 2., p.62; SHAFFER, ZETTELMAYER, *The Internet as a Medium for Marketing Communications: Channel Conflict over the Provision of Information*, Working paper, 1999. In contrasto con la teoria della disintermediation, altri autori, anche sulla base di rilevazioni empiriche, hanno previsto un ruolo centrale degli intermediari nell'e-commerce e la creazione di mercati completamente nuovi per i cybermediaries [si vedano, ad esempio, SARKAR - BUTLER -STEINFELD, *Intermediaries and cybermediaries: A continuing role for mediating players in the electronic marketplace*, 1(3) *Journal of Computer-Mediated Communication* 1 (1995); BHARGAVA, CHOUDHARY, KRISHNAN, *Pricing and product design: Intermediary strategies in an electronic market*, in *International Journal on Electronic Commerce*, 2000, vol. 5, no.1; CHIRCU, KAUFFMAN, *Reintermediation Strategies in Business-to-Business Electronic Commerce*, 4(4) in *International Journal on Electronic Commerce*, 2000, vol. 4, no. 4, p.7. Per una sintesi su tali teorie, si rinvia a ELBERSE, BARWISE, HAMMOND, *The impact of the internet on horizontal and vertical competition: Market efficiency and value chain reconfiguration*, in *The Economics of the Internet and E-commerce*, in *Advances in Applied Microeconomics*, a cura di Baye, 2002, Vol. 11, no. 1, pp. 17-21. Ai fini della presente trattazione, l'utilizzo della terminologia di cybermediaries, e-mediaries e simili con riferimento agli intermediari on-line va intesa come sostanzialmente equivalente.

¹²⁴ CELLINI, *Economia digitale*, in *Luiss University Press*, 2012.

forniscono servizi di navigazione in rete e/o che sono dei grandi portali pubblicitari o, ancora, che agiscono nel commercio elettronico.

Il mercato digitale, così come il mercato tradizionalmente inteso, invoca l'assoluta libertà di azione dei singoli operatori economici, intesa come libertà imprenditoriale nell'iniziativa economica e nella concorrenza e alla libertà di scelta dei consumatori, come fondamento di efficienza organizzativa¹²⁵. Allo stato attuale, il mercato digitale vive di contraddizioni, da un lato, sembra caratterizzato da una totale anomia, dall'altro, invece, sembra essere parcellizzato e non pienamente integrato, dati le ancora esistenti barriere statuali all'accesso nel mercato di operatori economici stranieri. Un concetto da intendersi qui non come mancanza assoluta di regole, bensì come rifiuto di disciplinare il fenomeno Internet nel suo complesso e in quanto tale. In altre parole, le regole giuridiche e, specificamente, quelle tributarie sono in vigore, ma disciplinano il mercato digitale così come qualsiasi altro mercato.

Questo potrebbe continuare a essere la scelta del legislatore di astenersi da interventi per regolare il mercato, soprattutto da un punto di vista fiscale, considerato che la velocità dei cambiamenti (tecnici, economici e sociali) in atto nei mercati digitali, lungi dal diminuire, sembra destinata ad aumentare in misura esponenziale col passare del tempo. Ciò non significa, ovviamente, che i legislatori si astengano dal positivizzare norme per regolare il fenomeno. Allo stesso modo, la consapevolezza dei cambiamenti in atto in questi mercati non deve indurre a ritenere che Internet sia una sorta di luogo senza regole dove tutto è consentito e dove la libertà d'iniziativa economica non conosce limiti.

Tuttavia, è di solare evidenza come ogni intervento del legislatore finirà, inevitabilmente, per interferire con lo sviluppo di quell'ecosistema, condizionando la evoluzione e la strategia delle imprese che in esso operano. Inoltre, data la possibilità di enorme mobilità dei fattori produttivi, tali interventi potrebbero rilevarsi anche inefficaci.

A queste considerazioni se ne possono poi aggiungere altre, basate sull'utilizzo "promiscuo" di Internet sia come piattaforma di scambio di beni e servizi, sia come strumento di manifestazione della libertà di pensiero, il che ha indotto alcuni ordinamenti a

¹²⁵ GRAZIADIO, *Mercati digitali e diritto antitrust*, in *Dir. Industriale*, 2006, vol. 6, p. 562.

considerare l'accesso alla rete alla stregua di un diritto fondamentale della persona costituzionalmente garantito.

La linea di confine tra le due funzioni diviene ancor più sottile laddove si consideri che, in taluni mercati, la manifestazione del pensiero attraverso Internet può assumere un autonomo valore commerciale e viceversa. Con la conseguenza che regolare i mercati digitali, oggi, significa inevitabilmente confrontarsi con gli effetti che tale intervento produce sul mercato delle idee e sulla libertà di manifestazione del pensiero.

Se a ciò si aggiunge la difficoltà, dal punto di vista giuridico, di assicurare effettività a norme destinate ad essere applicate in mercati di dimensioni effettivamente globali come quelli di cui si discute, appare davvero difficile immaginare che la risposta a questi interrogativi possa provenire da atti normativi di singoli Stati, considerando che il mercato digitale è mercato globale.

In questo l'opera unionale, invece, potrebbe portare a una circoscrizione dell'ambito territoriale di riferimento del mercato, costruendo dei confini artificiali estesi quanto l'Unione al fine di garantire la certezza e l'effettività delle norme poste a presidio del gettito degli Stati Membri e dell'Unione stessa. Tale azione avrebbe lo stesso effetto di quanto accaduto con la creazione del Mercato Unico con la differenza sostanziale che, in quell'occasione, si dovevano abbattere le barriere statuali che limitavano il Mercato, qui si tratta di crearle "artificialmente". Questa sarà la grande sfida per il legislatore europeo per gli anni a venire e sarebbe probabilmente la sede più opportuna in cui affrontare le tematiche fiscali del mercato digitale.

Dal punto di vista del tributarista, oltre ai discorsi di cui sopra, bisogna considerare la diversità degli approcci nella trattazione delle imprese digitali e del mercato digitali. In sostanza, sembrerebbe che affrontare il tema della fiscalità delle imprese digitali privilegi, in particolare, il tema della tassazione diretta e personale di queste imprese, viceversa discorrere del mercato digitali implica delle riflessioni in merito alla tassazione indiretta dell'economia digitale.

7. L'innovazione e il ruolo del diritto tributario: tra incentivazione e progressiva erosione delle basi imponibili

In questo contesto costituito di imprese digitali che commerciano beni digitali in un mercato digitale, è opinione comune che il diritto tributario sembra soffrire più di altri settori la dematerializzazione dei soggetti, degli oggetti e del territorio di riferimento. In verità, dietro tale assioma si cela una realtà giuridica assai problematica, in cui apparrebbe opportuno modificare la prospettiva dell'analisi, coinvolgendo problematiche che non sono prettamente tributarie.

Per essere più chiari, è evidente che i problemi si pongono sul piano del carico fiscale che sembrerebbe essere più leggero per le imprese digitali rispetto a quelle tradizionali che non hanno le stesse opportunità di ridurre la loro base imponibile e, conseguentemente, sul gettito fiscale da ciò derivante.

In seguito alla crisi economica del 2008, in particolare, è invalso l'uso di ritenere ormai insopportabile le sperequazioni del carico fiscale concentrato tanto sul lavoro e poco sul capitale e non in grado di lottare efficacemente contro gli schemi elusivi ed evasivi predisposti dalle multinazionali.

Una delle categorie di soggetti più accusate di strutturare il proprio business in modo da non contribuire alle pubbliche spese nel Paese in cui insiste il mercato di riferimento è proprio quella delle imprese digitali. In particolare, si sostiene che queste imprese abbiano eroso le loro basi imponibili, allocando i propri redditi in Stati a fiscalità privilegiata per ridurre pesantemente il proprio carico fiscale sia nello Stato di residenza sia nello Stato della fonte con strumenti contrattuali e societari altamente sofisticati.

Proprio per queste ragioni, da diverso tempo, l'OCSE¹²⁶ insieme con altre Istituzioni pubbliche e parte della dottrina ha dedicato un'attenzione particolare al tema della fiscalità della digital economy, dedicandogli, addirittura, l'Azione 1 del piano di azione orientato a combattere la cd. "Erosione delle basi imponibili e trasferimento degli utili" (Base Erosion Profit Shifting).

La particolarità del diritto tributario, ancora imperniato su categorie giuridiche tradizionali e sulla realtà economica industriale, dinanzi all'affermarsi di un'economia diversa in termini di produzione della ricchezza ha preoccupato non poco le Istituzioni pubbliche. La capacità delle imprese digitali di minimizzare il carico fiscale globale, poi, ha

¹²⁶ Report OECD, "Electronic Commerce: The Challenges to Tax Authorities and Taxpayers, 1997 e al Report OECD, "Electronic Commerce: Taxation framework Conditions", 1998.

portato gli Stati a cercare di reagire alla situazione creatasi anche con soluzioni normative e giurisprudenziali unilaterali al fine di intercettare una quota parte di questi “redditi nomadi” prodotta da *"disappeared taxpayers"*. Tale condizione giuridico-economica ha portato qualcuno ad affermare con sicurezza che le categorie giuridiche attuali siano inadeguate a questa nuova realtà¹²⁷. Posta la premessa della “questione fiscale”, il problema sembra essere individuato secondo una logica fin troppo semplicistica.

L'economia digitale è ormai l'economia stessa e, per questo, non si può pensare, almeno dal punto di vista del tributarista, di distinguere i due piani senza il perseguimento di una logica ben precisa, pensando di positivizzare normative con il solo scopo di riscuotere una quota parte dei redditi prodotti dalle imprese digitali, senza un ripensamento del sistema impositivo considerato nella sua totalità. Qualsiasi impresa può accedere al grande mercato digitale, ma solo poche di loro effettivamente hanno la possibilità di attuare degli schemi di pianificazione fiscale tali da consentirgli di ridurre, fino ad annullare, il carico fiscale.

Così come è vero, d'altra parte, che molte imprese tradizionali attuano schemi di pianificazione fiscale che, allo stesso modo di quelle digitali, consentono una significativa riduzione del carico impositivo globale¹²⁸. Lo sviluppo dell'innovazione digitale, in generale, ha consentito a molte imprese non solo di raggiungere un grado di ottimizzazione della produzione, riducendo i costi e massimizzando i profitti, ma ha consentito anche la creazione di nuovi posti di lavoro con ulteriori benefici anche in termini ambientali¹²⁹. L'economia digitale o Industria 4.0 o, ancora, economia dell'innovazione, insomma, rappresenta il grado di sviluppo industriale delle imprese e come tale deve essere incentivato o, comunque, non depresso attraverso misure punitive.

Sul punto, infatti, è ormai risaputo che diversi ordinamenti puntano al miglioramento della tecnologia delle imprese mediante una serie di progetti che, spesso, si sostanziano nell'uso o, anche, nell'abuso di “spese fiscali”, nelle varie forme di agevolazioni,

¹²⁷ BERNARDI, *La tassazione della Digital Economy nell'Action Plan BEPS n.1 dell'OCSE e nella "Dichiarazione di Bari" del G7*, in *Le nuove forme di tassazione della Digital Economy*, a cura di Del Federico e Ricci, Roma, Aracne, 2000, p. 27

¹²⁸ Si pensi ai casi di Starbucks, FCA Auto esaminati dalla Commissione Europea in particolare per possibili violazioni da parte degli Stati delle regole previste in tema di aiuti di Stato.

¹²⁹ Si obietterà che nel futuro ci sarà una riduzione di posti di lavoro, a causa della forte “automatizzazione” delle attività produttiva, ma, oltre ad essere una tesi tutta da dimostrare nelle premesse, non può essere l'argomento decisivo per schierarsi contro l'innovazione delle imprese. Sul punto si veda VERGA, *L'industria 4.0 e il futuro dell'occupazione, ovvero un uomo e un cane*, il sole 24 ore, 5 dicembre 2016.

ammortamenti speciali, ecc.¹³⁰. L'economia digitale, generalmente, deve essere sostenuta *in toto*, soprattutto in Europa, che paga un ritardo nella creazione di imprese innovative sia dagli Stati Uniti sia dalla Cina, anche se gli interventi statali devono essere sempre rigidamente vagliati perché essi non contrastino con il divieto di discriminazione o di aiuti di stato, così come interpretati nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. In altre parole, lo sviluppo dell'innovazione porterà il sistema industriale, grande, medio o piccolo, verso un miglioramento dei processi produttivi, un aumento dell'interazione tra cliente/consumatore e produttore (sia sulla filiera B2b che B2c), un efficientamento energetico, e una diminuzione dei costi produttivi con relativo aumento dei margini di profitto.

La trasformazione digitale, infatti, è un processo in cui sono coinvolte tutte le imprese, nessuna di queste, infatti, può dirsi completamente affrancata dall'utilizzo del digitale. Dalla piccola impresa artigianale, la quale utilizza il digitale, rudimentalmente, come mezzo pubblicitario o per innovare i suoi processi produttivi attraverso l'utilizzo di macchinari "intelligenti", all'impresa multinazionale, che vuole innovare la propria filiera produttiva ovvero commerciare in Stati diversi da quello di residenza senza presenza fisica, tutti gli operatori economici sono coinvolti nella rivoluzione digitale. L'integrazione, poi, di decine di tecnologie digitali ha cambiato, come visto, i modelli d'impresa tradizionali, la cui trasformazione digitale ha reso possibile l'adattamento della catena del valore di distinti settori dell'economia. La scomparsa delle barriere d'accesso al mercato ha provocato la nascita di un mercato globale in cui, in prima battuta, si è riscritto il concetto di libera concorrenza tra imprese¹³¹, creando una globalizzazione delle stesse, e, in seconda battuta, almeno ai fini della presente ricerca, ha provocato l'aggravamento del fenomeno di concorrenza fiscale tra Stati.

È chiaro che, quando si confronta il fatturato complessivo e il quantitativo di tributi pagati dalle società del digitale, sembra che la sperequazione sia talmente stridente con il

¹³⁰ URICCHIO, *La fiscalità dell'innovazione nel modello industria 4.0.*, in *Rass. Trib.*, 2017, vol. 4, p.1041; BORIA, *La ricerca e l'innovazione industriale come fattori di una fiscalità agevolata*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2017, vol. 5, p. 1869.

¹³¹ SALVINI, *I regimi fiscali e la concorrenza tra imprese*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2016, vol.2., p. 130.

senso comune di giustizia sociale, declinato nell'obbligo di contribuzione alle pubbliche spese, che si debba intervenire anche con mezzi draconiani. Questo anche perché la digitalizzazione e la globalizzazione stanno cambiando completamente lo scenario micro e macroeconomico. Se la Top 5 delle imprese dell'anno 2000 era occupata da imprese tradizionali, come General Electric, Exxon, o Walmart, oggi questi soggetti sono stati scalzati da altre tipologie di imprese come Apple, Google, Microsoft, Amazon e Facebook.

Insomma, il rapido progresso tecnologico che ha caratterizzato lo sviluppo dell'ICT ha portato all'emersione di una serie di cambiamenti macroeconomici che possono essere difficilmente prevedibili nel breve periodo. Le tecnologie non hanno solo trasformato le imprese digitali, ma ormai stanno trasformando e hanno già cambiato la nostra società.

La trasformazione digitale coinvolge la vita quotidiana dell'essere umano. Basti pensare che tra i diritti fondamentali si è ipotizzato l'ingresso del diritto all'accesso a Internet¹³² e, correlativamente, si è sviluppata una nuova forma del diritto alla riservatezza "digitale"¹³³. Da un punto di vista economico, chiunque può accedere facilmente al mercato digitale con prodotti ottimizzati per sé e per i propri bisogni e può trasformarsi in un produttore o, comunque, venditore di beni o un prestatore di servizi con l'ausilio di piattaforme digitali. In breve, al di là degli aspetti riguardanti la tutela del consumatore, l'avvento della digitalizzazione ha prodotto e produce per lui una serie di innegabili benefici.

Per quanto riguarda il luogo di incontro tra imprenditore e consumatore, ossia il mercato, la digitalizzazione dell'economia ha già permesso di ampliare la possibilità per i consumatori di fare acquisti online e per le imprese di vendere in tutto il mondo senza la necessità di essere fisicamente presente nel Paese del consumatore. In sostanza, un'altra faccia della digitalizzazione è infatti la più accelerata globalizzazione dei mercati. In tale

¹³² "Dato che Internet è diventato un mezzo indispensabile per la realizzazione di tutta una serie di diritti umani, combattendo l'ineguaglianza e accelerando lo sviluppo e il progresso, assicurare l'accesso universale a Internet dovrebbe essere una priorità per tutti gli stati", United Nations, General Assembly, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue, 16 maggio 2011

¹³³ United Nations High Commissioner for Human Rights, The right to privacy in the digital age, 30 giugno 2014. Sulle tematiche inerenti alla protezione dei dati personali si pensi alla recente introduzione nell'ordinamento eurounitario del cd GDPR General Data Protection Regulation (GDPR) Regolamento (EU) 2016/679

prospettiva, è necessario immaginare, per prima cosa, che «l'ambiente naturale di Internet è internazionale»¹³⁴.

La rete delle reti, nata come strumento utilizzato a fini militari, è divenuto fin dagli anni Novanta lo strumento di comunicazione di massa per eccellenza e, per questo, il carattere d'internazionalità del fenomeno si è accentuato unendo persone, istituzioni, società e governi di tutto il mondo in tempo reale. Questi fattori hanno contribuito a determinare una piena e compiuta internazionalizzazione dei mercati digitali. Se nel diritto commerciale la rilevanza internazionale dei mercati ha portato a cercare un certo grado di armonia tra le norme pubblicistiche e privatistiche che garantiscono la funzionalità del mercato, questo non è potuto avvenire nel diritto tributario, in considerazione della indivisibile ritrosia degli Stati ad accettare limitazioni della propria potestà impositiva, soprattutto, nell'imposizione diretta. Tuttavia, in questo contesto «il Fisco vecchio di fronte a Internet»¹³⁵ si trova nella difficoltà di trovare la propria misura, dovendo riferirsi a un territorio, inteso come spazio fisico su cui lo Stato esercita la propria sovranità, che nel mondo immateriale del digitale perde consistenza.

Dal punto di vista che si intende assumere in questa attività di ricerca, analizzare i profili fiscali dell'economia digitale non significa necessariamente riflettere solo ed esclusivamente sugli schemi di pianificazione aggressiva che consentono alle imprese digitali una forte riduzione del carico fiscale e, correlativamente, non impone di riflettere sulle modalità con cui gli Stati debbano intercettare le ricchezze nascoste.

A tal proposito, l'attività scientifica dello studioso, in questo campo, deve essere orientata a sperimentare la possibilità di rivedere l'assetto impositivo delle imprese digitali, senza contaminazioni di altre materie o di altre problematiche. Questo *caveat* è necessario, in quanto, negli ultimi periodi, si tende a confondere i termini generali del problema, inquinando i profili fiscali con questioni non appartenenti al diritto tributario¹³⁶, come, per esempio, la protezione dei dati personali dei clienti dei social network o la lotta contro i monopoli.

¹³⁴ BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, Padova, Cedam, 1998, p. 5.

¹³⁵ TREMONTI, Il Fisco «vecchio» di fronte a Internet – L'Europa e la tassazione dei beni intangibili, il sole 24 ore, 25 settembre 2016, 1-3

¹³⁶ FRANSONI, *La web tax: miti, retorica e realtà*, in *Riv. Dir. Trib.* (supplemento online), 5 aprile 2018.

Depurata la questione da altre incognite, a questo proposito si condivide in linea di massima quanto suggerito dall'OCSE con l'elaborazione dei cd. "Ottawa principles"¹³⁷, ossia che un sistema tributario debba essere votato alla neutralità¹³⁸, efficienza¹³⁹, certezza e semplicità¹⁴⁰, effettività ed equità¹⁴¹, e, infine, flessibilità¹⁴². Ciò implica che, da un lato, l'impresa debba essere concepita come un'organizzazione pluripersonale e non secondo una visione antropomorfa per cui questa abbia necessità e bisogni tipici di una persona fisica¹⁴³. Dall'altro lato, il mercato digitale dovrebbe essere considerato per quello che è, ossia un luogo artificiale del diritto in cui si incontrano la domanda e l'offerta e come tale deve essere regolato ai fini tributari. Accettare una visione antistorica per cui bisogna tassare l'economia digitale, adottando una visione parasanzionatoria, non solo è sbagliato in termini generali, ma appare anche non utile al raggiungimento dell'obiettivo. Non si può, nonostante le innegabili disuguaglianze prodotte da una globalizzazione selvaggia, comunque pensare di affrontare il tema della fiscalità con un ritorno all'isolazionismo dei singoli Stati al fine di preservare le proprie imprese rispetto a quelle degli altri Stati.

In ogni caso, infatti, è l'economia nel suo complesso che sta diventando digitale ed è questo il fenomeno globale che sta rendendo obsoleta o inefficace la normativa fiscale vigente. Ignorando tale dinamica nell'attività di regolamentazione, si corre il rischio di creare un ambiente giuridico ostile all'innovazione. Il giusto obiettivo di mettere fine alla dannosa concorrenza fiscale tra Stati¹⁴⁴ e tra settori economici oggi va perseguito valorizzando al massimo il potenziale delle tecnologie digitali per la crescita e la modernizzazione dell'intera economia. La leva fiscale, tanto più in un contesto economico difficile come quello attuale, in conclusione, deve essere usata come fattore propulsivo e non

¹³⁷ OCSE, *Taxation and Electronic Commerce Taxation and Electronic Commerce Implementing the Ottawa Taxation Framework Conditions*, 2001.

¹³⁸ La finalità principale cui deve tendere la tassazione delle attività che si svolgono su Internet deve essere la par condicio tra commercio elettronico e commercio tradizionale.

¹³⁹ Occorre utilizzare le nuove tecnologie per minimizzare i costi di adempimento per il contribuente e per migliorare i servizi delle amministrazioni e ridurre i costi.

¹⁴⁰ Le regole fiscali devono essere chiare e semplici in modo che il contribuente, prima di concludere una transazione, possa conoscere agevolmente le sue conseguenze fiscali.

¹⁴¹ La tassazione deve assicurare un'equa distribuzione del gettito tra gli Stati ed evitare fenomeni di evasione ed elusione.

¹⁴² I sistemi di tassazione devono essere flessibili e dinamici in modo da assicurare la loro adattabilità agli sviluppi tecnologici e commerciali.

¹⁴³ LUPU, *Il diritto amministrativo dei tributi*, Roma, Castelvevchi, 2017, p. 93.

¹⁴⁴ BIASCO, *I danni della concorrenza fiscale in Europa*, in *Rass. Trib.*, 2015, vol. 1.

depressivo dell'economia emergente. Bisogna, comunque, considerare che per lottare le possibili distorsioni provocate dall'economia digitale si può far riferimento ad altri strumenti previsti a tale scopo nel nostro e negli altri ordinamenti che non sono legati con il diritto tributario.

Le imprese digitali, così come in altri settori merceologici, tendono naturalmente a diventare monopoliste o a creare oligopoli. Per contrastare tali pratiche, ovviamente, non servono strumenti impositivi, ma una rigorosa applicazione della legislazione antitrust e, dunque, attraverso una lotta al cd. "abuso di posizione dominante"¹⁴⁵. In Francia si è ricorsi addirittura all'utilizzo di misure di diritto penale per impedire il fenomeno della cd. "obsolescenza programmata"¹⁴⁶. In altri ordinamenti, si è intervenuti con una stringente regolamentazione della raccolta dei dati personali.

In sintesi, un *caveat* necessario ai fini della presente analisi è che l'economia digitale pone problemi sotto molteplici aspetti, ma non tutti devono essere affrontati con l'implementazione di misure fiscali, anzi il diritto tributario deve limitarsi a verificare la possibilità di "ammodernarsi", adattandosi alla nuova economia, non cercando di supplire alle eventuali mancanze di altri settori del diritto. Pertanto, nella ricerca che si andrà ad affrontare si cercherà di affrontare solo i temi strettamente attinenti al problema della determinazione degli imponibili, della localizzazione della ricchezza e, in generale, delle misure di sostegno per l'innovazione digitale delle imprese.

8. Problematiche fiscali dell'economia digitale: profili generali

8.1. Presentazione del problema: se l'Economia digitale sia compatibile con il diritto tributario?

Il problema della fiscalità dell'economia digitale non rappresenta sicuramente un tema così nuovo, ma anzi le riflessioni su questa tematica da parte della dottrina¹⁴⁷, ormai,

¹⁴⁵ Si fa chiaro riferimento all'ammenda comminata alla società Microsoft con la decisione della Commissione Europea n. 2007/53/CE. Sul punto si veda le successive Sentenze del Tribunale dell'Unione Europea, T-167/08 e T-201/04, *Microsoft*.

¹⁴⁶ http://www.lemonde.fr/entreprises/article/2018/01/08/apple-vise-par-une-enquete-preliminaire-du-parquet-de-paris-pour-tromperie-et-obsolescence-programmee_5239070_1656994.html

¹⁴⁷ Tra i primi a intuire le problematiche della fiscalità nel mondo digitale HINNEKENS, *New Age International Taxation in the Digital Economy of the Global Society*, in *Intertax*, 1997, vol. 4, p. 116; DOERNBERG, HINNEKENS, *Electronic Commerce and International Taxation*, Deventer, Kluwer Law International, 1998;

risalgono a più di una ventina di anni fa. Il tema, poi, a causa delle rilevanti conseguenze in ordine al gettito degli Stati, è stato chiaramente analizzato anche da enti statali e organizzazioni internazionali tra Stati, come l'OCSE¹⁴⁸. La dottrina, in primo luogo, ha valutato l'impatto teorico e, indirettamente, anche quello pratico dell'emersione dell'economia digitale sui regimi fiscali nazionali e sulla tassazione internazionale. I singoli ordinamenti statuali positivizzano norma che limitano o tentano di limitare gli effetti di erosione della base imponibile nel proprio territorio. Le organizzazioni intergovernative, infine, tentano di trovare soluzioni che contemperino le prerogative impositive statuali con la globalizzazione delle economie.

Da allora si discute sulla compatibilità di regole fiscali, create in un'altra economia, alla realtà digitale. Al momento, più che dell'attualità, in astratto, delle norme di diritto tributario nazionale o internazionale, le tematiche sviluppate attengono fini molto più pratici delle riflessioni dogmatiche sul tema, riguardando gli effetti, per così dire, distorsivi delle imprese digitali nei mercati e della (mancata) partecipazione alle pubbliche spese.

La riflessione che si impone, soprattutto, all'ordinamento statale è quella di limitare gli effetti prodotti dalle strutture societarie costruite dalle imprese digitali, in particolare la minimizzazione della tassazione nello Stato della fonte e/o nello Stato della residenza. In tutti i report e anche in diversi articoli di dottrina, viene spiegato in modo dettagliato le modalità con cui le imprese digitali siano riuscite a creare delle strutture societarie in grado di raggiungere questi scopi, mediante spesso un'interpretazione aggressiva delle norme internazionali e nazionali.

In quest'ottica, le imprese digitali attuano delle strategie societarie¹⁴⁹ così sofisticare da consentire una sostanziale imposizione minima se non addirittura assente sui propri profitti ovunque prodotti. In particolare, le possibilità offerte dal digitale e dai modelli di

VALENTE, ROCCATAGLIATA, *Internet, Aspetti giuridici e fiscali del commercio elettronico*, Roma, Ipsoa, 1999.

¹⁴⁸ OECD, *Electronic Commerce: The Challenges to Tax Authorities and Taxpayers - An Informal Round Table Discussion between Business and Government*, Parigi 1997; U.S. Department of the Treasury, Office of Tax Policy, *Selected Policy Implications of Global Electronic Commerce*, Novembre 1996.

¹⁴⁹ Strategie talmente raffinate che hanno portato qualcuno (TING, *I-Tax Apple's International Tax Structure and Double Non Taxation Issue*, *British Tax Review*, 1, 2014) ad affermare una sorta di brevetto su questo tipo di strutture, si veda l'I-Tax di Apple

business progressivamente attuati, hanno reso possibile di minimizzare l'imposizione, attraverso un progressivo spostamento dei redditi prodotti in Stati a fiscalità privilegiata.

Innanzitutto, da un punto di vista territoriale le imprese hanno la possibilità di stabilire la propria residenza ovunque, senza pregiudicare la possibilità di commerciare verso altri Stati diversi da quello di residenza. Questo elemento rappresenta un importante aspetto della questione fiscale, vigendo un principio generale di tassazione alla residenza. Oltre a ciò, si deve considerare che, per la maggior parte delle imprese digitali, è possibile sviluppare traffici commerciali in uno Stato, senza alcun tipo di presenza fisica. Mentre nella normalità dei casi, in passato, un'impresa che voleva entrare in un mercato diverso da quello di residenza doveva necessariamente individuare una sede d'affari o, comunque, immaginare un soggetto che potesse operare in nome e per conto suo, oggi, questo non è più necessario grazie alle potenzialità offerte dalle tecnologie telematiche.

In aggiunta a tale aspetto, si rileva che la possibilità di costruire una struttura societaria assai complessa in cui i traffici commerciali concernono trasferimenti, acquisti, cessioni, locazioni di beni immateriali rende difficoltosa anche la determinazione del tributo. Non è un caso, infatti, che si presentino strutture in cui la società detentrica del marchio o brevetto lo ceda in locazione a un'altra società, residente in un altro Stato a bassa fiscalità, e che quest'ultima lo commercializzi da lì verso altri Stati. Insomma, con meccanismi di deduzione – non imposizione o doppia non imposizione, le imprese riescono a ridurre pesantemente la misura degli imponibili negli Stati ad “alta fiscalità”.

Tuttavia, è da rilevare come i fenomeni di evasione, elusione o legittimo risparmio d'imposta collegati all'economia digitale abbiano certamente come base le caratteristiche intrinseche del digitale, ma fioriscano grazie alle scelte di politica fiscale degli Stati.

Le imprese, infatti, riescono a giocare attraverso i *mismatches* esistenti nelle Convenzioni internazionali, sfruttando, in alcune ipotesi, anche le libertà economiche stabilite dai Trattati, senza che gli ordinamenti nazionali possano efficacemente intervenire. In sintesi, sembra che la possibilità per le imprese che operano nel digitale di ridurre il proprio carico fiscale sia determinata, in primo luogo, dalla concorrenza fiscale tra Stati, in secondo luogo, dalle politiche di pianificazione aggressiva degli operatori. Ovviamente questi due problemi afferiscono principalmente, ma non solo, il tema della territorialità

dell'imposizione, in quanto questi sono causati dalle regole attuali del sistema impositivo internazionale.

I temi, pur strettamente connessi¹⁵⁰, sono sensibilmente diversi nella natura, in particolar modo all'interno del contesto eurounitario. La mancanza di armonizzazione dell'imposizione diretta, contrariamente a quanto avvenuto in tema d'imposizione sul consumo, ha acuito la sopravvivenza di regimi fiscali differenziati, caratterizzati da una disorganicità e da una potenzialità discriminatoria¹⁵¹. La giurisprudenza della Corte di Giustizia, peraltro, non solo ha confermato la liceità della concorrenza fiscale tra Stati¹⁵², ammesso che vi fossero dubbi, ma ha limitato progressivamente le norme antielusive alle sole strutture totalmente artificiali. Ciò ovviamente certifica la possibilità per i gruppi multinazionali di adottare strutture societarie, sempre più raffinate, o, in altre parole, accogliendo la possibilità di misure di pianificazione fiscale aggressiva¹⁵³.

Tuttavia, sembra che, seppure queste tematiche siano senza dubbio importanti, non siano decisive ai fini della trattazione del problema. Un aspetto, sicuramente interessante, infatti, riguarda il tema dell'adeguatezza delle categorie giuridiche e tributarie attuali in riferimento all'economia digitale. Questo tema non riguarda solo alcuni aspetti della tassazione attuale, ma impone di ripensare nella totalità l'adeguatezza di un sistema impositivo¹⁵⁴, basato sulla tassazione personale reddituale e sulla tassazione del consumo.

8.2. L'adeguatezza del diritto tributario all'economia digitale

Essendo le regole del diritto costruite in un'economia tradizionale, in cui la fisicità dei beni consentiva anche un'imposizione reale sugli stessi, si afferma generalmente che l'avvento dell'innovazione digitale abbia fatto sì che queste regole siano divenute

¹⁵⁰ PIANTAVIGNA, *Tax Competition and Tax Coordination in Aggressive Tax Planning: A False Dichotomy*, in *World Tax Journal*, 2017, Vol. 9, No. 4.

¹⁵¹ GALLO, *Mercato unico e fiscalità: aspetti giuridici del coordinamento fiscale*, in *Rass. Trib.*, 2000, vol. 3.

¹⁵² MACZKOVICS, *Fasten your seat belts: EC scrutinises aggressive tax planning*, in *Tax planning international: European tax service*, 2014, vol. 16.

¹⁵³ CALDERÓN CARRERO e QUINTAS SEARA, *The Concept of "Aggressive Tax Planning" Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS era: Redefining the Border between Legitimate and Illegitimate Tax Planning*, in *Intertax* 2016, vol. 3, p. 217; AMORÓS VIÑALS, *Planificación fiscal agresiva*, *Estudios Financieros*, in *Revista de Contabilidad y Tributación*, 2013, no. 362, p.29.

¹⁵⁴ VALENTE, *Digital Revolution. Tax Revolution?*, in *Bulletin for International Taxation IBFD*, 2018, Vol. 72, No. 4a/Special Issue.

definitivamente obsolete. Questa petizione di principio che, normalmente, viene ripetuta nelle trattazioni sul tema, però necessita una precisazione. In linea teorica, praticamente qualsiasi aspetto dell'economia digitale e del mercato digitale può essere ricondotto in categorie tradizionali. Concettualmente, qualsiasi operazione svolta nel web potrebbe essere identificata con sicurezza in un'operazione già conosciuta. Il digitale, però, acuisce, principalmente, problemi già noti nell'economia tradizionale e, solo in casi specifici, ne crea di nuovi. Il diritto tributario non riesce facilmente ad adattarsi alla trasformazione digitale dell'economia, sia perché come diritto di secondo livello deve riferirsi necessariamente a regole nate e sedimentate nel corso degli anni in altri settori giuridici, ma ancora non pronte al digitale, sia perché il diritto tributario più di altri è fortemente legato al principio di territorialità dell'imposizione, più del diritto penale, che mal si confà a un'economia ormai fortemente globalizzata.

Diverse questioni problematiche con cui si confronta, nell'economia digitale, il legislatore e, in particolare, quello tributario, in verità, sono problemi delle nuove forme assunte dall'economia digitale, nati con la globalizzazione dell'economia e cresciuti fino a divenire insostenibili, almeno per le casse erariali dei singoli Stati, con la rivoluzione digitale. La digitalizzazione dell'economia, infatti, ha contribuito ad accelerare un processo di globalizzazione economica che non era sconosciuto, ma era già esistente nell'era industriale. Le imprese, invero, già da tempo, potevano stabilire la propria residenza in giro nel mondo, allocando beni e fattori produttivi in base alle diverse ragioni di opportunità politica, giuridica, sociale o economica, e operare liberamente da qualsiasi parte del globo, creando strutture societarie internazionali in grado di minimizzare o, comunque, ottimizzare il carico fiscale sia nello stato di residenza sia nello stato della fonte¹⁵⁵. In maniera simmetrica i consumatori potevano acquistare liberamente, al netto delle frontiere doganali,

¹⁵⁵ Sul punto si veda la ricostruzione operata da CIPOLLINA, *Profili evolutivi della cfc legislation: dalle origini all'economia digitale*, in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, 2015, vol. 3, p. 356 che cita l'esempio del messaggio sulla fiscalità che il presidente degli Usa Kennedy rivolse al Congresso nel 1961: *"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"* (Kennedy J.F., Special Message to the Congress on Taxation (April 20, 1961), in <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=8074>).

i beni e i servizi così prodotti. Le barriere statuali fisiche e giuridiche allo sviluppo di un'economia integrata e alla circolazione dei redditi, dunque, erano già in corso di sgretolamento.

Gli effetti della globalizzazione dell'economia erano evidenti, in particolare, in riferimento ai modelli impositivi tradizionali, ancorati saldamente a un territorio di riferimento, che si contrapponevano a soggetti e beni che potevano muoversi liberamente nelle diverse giurisdizioni fiscali. Tale realtà economica contribuiva a involuppare sistemi impositivi fondati sulla tassazione nello stato di residenza dell'operatore economico e, dunque, sulla contribuzione alle pubbliche spese nello Stato. In buona sostanza, il prelievo fiscale che è imperniato sul profilo soggettivo, oggettivo e territoriale è entrato in crisi con la forte mobilità dei soggetti e con la dematerializzazione dei beni e questo ha reso difficile il collegamento di questi criteri a un luogo con le relative considerazioni sulla crisi del principio di territorialità. La maggiore o più veloce globalizzazione conseguente allo sviluppo del digitale, in sintesi, non rappresenta un fenomeno nuovo per il diritto tributario¹⁵⁶, ma l'economia digitale e le sue originali caratteristiche ne hanno amplificato gli effetti fino a sconvolgere, nell'opinione comune, le nozioni classiche spazio-temporali.

Nell'economia globalizzata sembrerebbe che lo Stato non sia più in grado di decidere cosa e come tassare una certa fattispecie, ma pare che siano gli operatori economici a decidere dove e come allocare la propria ricchezza, scegliendo dove e come farla (non) tassare¹⁵⁷. Questa affermazione, seppur estremizzata e volutamente provocatoria, rappresenta in modo inequivocabile quel fenomeno rappresentato dall'efficace espressione di "mercato delle imposte"¹⁵⁸.

Come vedremo più diffusamente nei prossimi capitoli, sembrerebbe che i motivi di preoccupazione dei modelli d'impresa digitale e del mercato digitale coinvolgano principalmente tre problemi: in primo luogo, se è vero che l'economia digitale produce una nuova tipologia di ricchezza, distinta e diversa rispetto ai canonici e tradizionali parametri

¹⁵⁶GARBARINO, *Nuove dimensioni della transnazionalità dell'imposizione*, in *L'evoluzione dell'ordinamento tributario italiano*, a cura di AA.VV., Atti del convegno "I settanta anni di Dir. Prat. Trib.", Padova, 2000, p. 745.

¹⁵⁷URICCHIO, *Le frontiere dell'imposizione tra evoluzione tecnologica e nuovi assetti istituzionali*, Cacucci, Bari, 2010, p. 20.

¹⁵⁸BORIA, *Diritto tributario europeo*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 24.

di misurazione, bisogna chiedere che cosa un sistema impositivo innovato debba e possa tassare (what to tax?); in secondo luogo, se il cambiamento dei modelli economici delle imprese tradizionali, basati ormai su beni intangibili e su economie di scala, non debba portare a un ripensamento delle attuali regole di attribuzione del valore ai fini impositivi (how to tax?); infine, se l'economia digitale consente alle imprese digitali di partecipare al mercato digitale, potendo commerciare dovunque senza presenza fisica, bisogna considerare l'opportunità di cambiare le attuali regole sulla territorialità dell'imposizione (where to tax?). Come è evidente, in questa ricerca è stato cambiato l'ordine con cui, nella normalità dei casi, si è riflettuto su questi temi. Generalmente, infatti, si tende a partire dal problema della territorialità dell'imposizione per poi arrivare ai problemi della caratterizzazione e determinazione della ricchezza. Tuttavia, questo *modus operandi* implica necessariamente il mantenimento dello status quo in riferimento alla tipologia di tassazione. In sostanza è chiaro che se si intende mantenere un'imposizione reddituale classica, non avrebbe senso partire dalla domanda "che cosa tassare?".

In questa imposizione, invece, si vuole verificare la possibilità di discutere dell'assioma per cui è necessaria un'imposizione reddituale. Dal nostro punto di vista, infatti, l'imposta sui redditi, allo stato attuale per come è congeniata e implementata negli ordinamenti, è poco compatibile con l'economia digitale.

CAPITOLO II: LA DETERMINAZIONE E LA CARATTERIZZAZIONE DELLA RICCHEZZA DIGITALE: TRA MODELLI IMPOSITIVI CLASSICI E PROPOSTE DI RIFORMA

SOMMARIO: 1. Il diritto tributario dinanzi allo sviluppo dell'economia digitale: necessità di una riforma di e del sistema; 2. Il reddito come criterio e misura d'imposizione personale delle persone giuridiche; 3. Il ruolo centrale dell'imposizione reddituale e la progressiva scomparsa dell'imposizione patrimoniale generale; 4. La tassazione diretta delle imprese digitali: l'esempio italiano dell'IRES e la progressiva irrilevanza dell'imposizione patrimoniale; 5. L'imposizione indiretta: il modello europeo di tassazione del Mercato digitale; 6. La tassazione del consumo digitale: tra sistema IVA, GST e sales tax; 7. L'esistenza di indici economici diversi da quelli classici ; 8. L'introduzione di tributi specifici per affrontare le sfide dell'economia digitale; 8.1. La via italiana alla tassazione dell'economia digitale: analisi della disciplina positiva dell'imposta sulle transazioni digitali; 8.2. Tra Bit e Hit tax: modelli impositivi nuovi per un'economia nuova; 8.3. La ritenuta alla fonte per pagamenti online; 8.4 L'equalization levy ovvero "contributo compensativo": misura discriminatoria per colmare le disparità; 8.5 Altre iniziative; 9. Conclusioni necessariamente provvisorie; 10. Il ruolo delle agevolazioni fiscali per le imprese nel digitale; 11. L'affermazione di un modello di sviluppo digitale europeo e la mancanza di un sostegno normativo adeguato

1. Il diritto tributario dinanzi allo sviluppo dell'economia digitale: necessità di una riforma di e del sistema

Il tema della tassazione dell'economia digitale, come visto, coinvolge una serie di aspetti economici, giuridici e politici che rendono la trattazione assai complessa, in assenza di specifici *caveat* nello sviluppo e nell'argomentazione della ricerca.

In primo luogo, al fine di depurare la ricerca da eventuali inquinamenti di altre discipline e di altre considerazioni, bisogna valutare quale sia l'effettiva necessità di una riforma della tassazione dell'economia digitale o, meglio, della sottoposizione a imposizione di manifestazioni di ricchezza rilevanti delle imprese digitali e che cosa rende questi modelli economici tanto diversi dagli altri da rendere gli ordinari strumenti fiscali inefficaci. In altre parole, preliminarmente, è bene chiarire prima di tutto, quale sia la reale novità della tassazione dell'economia digitale, delle imprese digitali e del mercato digitale.

Nella *vulgata*¹⁵⁹, infatti, l'introduzione di norme fiscali dirette a sottoporre a imposizione questo tipo di attività sembra essere quasi "moralmente giustificata", osservando l'assoluta autonomia dei giganti del web sia nella possibilità di poter carpire i dati personali degli utenti con relativa facilità sia nel totale affrancamento dal pagamento di tributi negli Stati in cui insiste il mercato dell'attività o, comunque, nell'ingiustificato privilegio dei *big player* di ridurre il proprio carico impositivo rispetto ad altri settori merceologici tradizionali. Si è affermato, ulteriormente, che la giustificazione sia basata anche sulla facilità con cui gli operatori digitali possono diventare monopolisti¹⁶⁰.

Come si nota da queste valutazioni, si rileva una certa confusione nell'indagine sul tema, in quanto sembra che ci sia una certa contaminazione di diverse questioni non tutte propriamente tributarie, ma che coinvolgono differenti problematiche, le quali potrebbero e dovrebbero essere affrontate in maniera diversa.

È chiaro, infatti, che le eventuali posizioni di monopolio od oligopolio, così come la protezione dei dati personali necessitano di una disciplina propria di altri settori del diritto, sicuramente, diversi da quello tributario. La protezione dei dati personali non può essere garantita da una forma di imposizione su questi dati, ma da normative specifiche del settore come la regolamentazione avviata e conclusa in ambito unionale e domestico. Tra l'altro, queste normative, in particolare quella europea, nascono con l'esigenza di far circolare i dati personali, attraverso "libera circolazione dei dati personali". Per questo ciò che appare importante, per un tributarista, è la comprensione del fatto che questi dati acquisiscano un valore aggiunto una volta inseriti in un determinato contesto produttivo.

¹⁵⁹ Si veda la ricostruzione operata da FRANSONI, *La web tax: miti, retorica e realtà*, in *Riv. Dir. Trib.* (supplemento online), 5 aprile 2018.

¹⁶⁰ OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>. L'Ocse nell'ambito dell'Action 1 "Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy" del Progetto BEPS ha identificato alcuni elementi caratterizzanti l'economia digitale quali i) la spiccata mobilità degli intangibles e degli utenti e la più agevole delocalizzazione delle funzioni operative aziendali; ii) l'importanza dei dati personali e non relativi ai consumatori, ai fornitori ed alle singole operazioni; iii) l'effetto network reso possibile dalle interazioni e dalle sinergie stabilite tra gli utenti; iv) la presenza di c.d. multi-sided business models, ossia l'inserzione e la complementarità delle attività svolte dalle imprese e dei loro prodotti; v) la tendenza a creare forme di monopolio oppure di oligopolio tecnologico; vi) la volatilità e l'accentuata obsolescenza derivanti dalla rapidità della innovazione tecnologica e dalla ridotta sussistenza di barriere all'ingresso per nuove imprese (si vedano le pag. 46 ss. del Final Report predisposto nell'ottobre 2015 nel contesto dell'Action 1, consultabile sul sito www.oecd.org).

Allo stesso modo, non si può “sanzionare” un’attività economica digitale solo perché essa ha raggiunto un grado di efficienza tale da renderla monopolista in uno specifico settore, salvo alcuni casi. Ciò che, invece, pare emergere dal consolidamento dell’economia digitale è che questa economia generi una serie di problemi ai sistemi impositivi.

Una prima e spontanea considerazione attiene la tematica della mancata tassazione nello Stato della fonte¹⁶¹. Ciò che si sostiene è che, allo stato attuale, le regole fiscali tributarie internazionali e nazionali non siano in grado di intercettare la ricchezza prodotta in uno Stato a meno che non vi sia la presenza fisica del soggetto che ha realizzato il presupposto dell’imposta, mediante una Stabile Organizzazione. È notorio, infatti, che, allo stato attuale, il diritto tributario internazionale sia fondato sul principio di tassazione alla residenza e, solo per i redditi ivi prodotti, in presenza di Stabile Organizzazione, nello stato della fonte. Tuttavia, come si vedrà nel successivo capitolo, questa tematica sembrerebbe coinvolgere problemi da cui, dal nostro punto di vista, non emergerebbe tanto una vetustà della normativa attuale in sé e per sé, quanto questioni di territorialità dell’imposizione, nella duplice declinazione di principio e di criterio.

In altri termini, ciò che rileva è un diverso riparto della potestà impositiva (criterio di territorialità), oltre ai canonici limiti all’imposizione di uno Stato (principio di territorialità). Tuttavia, prima ancora di analizzare il tema della territorialità, pare opportuno verificare se il problema dell’economia digitale non sia dato tanto dall’inadeguatezza delle categorie giuridiche attuali, quanto da mere questioni di gettito, soprattutto, in questi anni di ristrettezze economiche per gli Stati, in particolare dopo la crisi del 2008. Vale a dire, si domanda se davvero gli Stati considerino inaccettabile la possibilità per le imprese digitali di produrre profitti all’estero, utilizzando “risorse estratte” nel proprio ordinamento o è, più semplicemente, il tentativo di incamerare risorse economiche dalle imprese digitali che, pur non avendo presenza fisica nell’ordinamento, sono “presenti digitalmente”.

Non si è utilizzato, a ragion veduta, il termine “trasferimento” di profitti all’estero, pur impiegato nell’ambito dell’Azione 1 dei BEPS, perché si ritiene, come si spiegherà infra, che, correttamente, ai sensi delle norme attuali, le imprese digitali possano evitare la presenza nello Stato in cui si “estraggono” le risorse e possano regolarmente localizzare il

¹⁶¹ CIPOLLINA, I redditi “nomadi” delle società multinazionali nell’economia globalizzata, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2014, vol.1, p. 21.

reddito da loro prodotto in ordinamenti diversi rispetto a quello in cui si è verificata la presenza digitale. In breve, nel contesto giuridico attuale, è formalmente corretta la condotta delle imprese digitali che carpiscono i dati in un ordinamento per poi monetizzare questa risorsa in un ordinamento diverso.

Tuttavia, la discussione sull'economia digitale impone una riflessione all'interprete non tanto o non solo sull'attualità dei criteri di collegamento attualmente utilizzati, ma anche sull'adeguatezza del sistema impositivo odierno nel suo complesso alla luce di questa nuova economia. La valutazione dell'idoneità del sistema nel suo complesso in confronto all'economia digitale dovrebbe essere svolta, secondo questa lettura, su tutti gli elementi del sistema e, dunque, partendo dal presupposto per poi affrontare il tema della territorialità e della determinazione dell'imposizione. In termini pratici, sembra curioso affrontare il tema, partendo dal luogo di creazione del valore da sottoporre ad imposizione, senza aver adeguatamente affrontato la questione del presupposto dell'imposizione o, in altre parole, di quale sia l'effettivo valore delle imprese e del mercato digitale.

Oltre a questi elementi, è necessario considerare altresì quali siano le fonti del diritto più adatte a positivizzare delle regole nuove per questa nuova realtà. Ovverossia, se possa essere sufficiente una tassazione unilaterale specifica e statutale ovvero se sia necessaria un'armonizzazione a livello unionale o, in alternativa, una modifica dei Trattati contro le doppie imposizioni. Tirando le somme, dunque, la sola analisi dei profili della territorialità dell'imposizione appare insufficiente e parziale, se non si passano in rassegna le problematiche che i nuovi modelli economici e il mercato digitale pongono all'interprete del diritto tributario e, soprattutto, al sistema complessivamente considerato. Qualsiasi approccio al problema dovrebbe anche considerare la questione fondamentale di ciò che la società sta cercando di tassare. Ad oggi, questa discussione è stata quasi esclusivamente orientata a preservare l'establishment attuale e si è concentrata sull'equilibrio tra redditi imponibili, profitti e consumi. Ma come economie, culture, tecnologie e società cambiano, c'è una pressante necessità di discutere se, in termini di bene comune, si stiano tassando le ricchezze "giuste" e se le società hanno stabilito il giusto equilibrio tra quelle che tassiamo.

C'è un dibattito fiorente, ad esempio, sulla tassazione dei beni digitali, dei dati e dei servizi e, ovviamente, sulla tassazione di robot come un modo per redistribuire i profitti da eventuali guadagni di produttività tecnologica, soprattutto alla luce della grande perdita netta

di posti di lavoro nel tempo. Se meno persone sono occupate o occupano posti di lavoro meno ben retribuiti, allora dovranno esserci nuove fonti di tassazione- non ultimo per garantire che coloro che non lavorano o lavorano di meno abbiano fondi sufficienti per vivere. Allo stesso modo, i tributi ambientali, i metodi progressivi di tassazione dei consumi e di altri settori richiedono tutti un'attenta ispezione e un'esposizione a un più ampio dibattito.

Da un punto di vista fenomenologico nel nostro specifico settore, è un dato assolutamente incontestabile quello per cui le imprese digitali *top player* abbiano minimizzato il loro carico fiscale, non tanto e non solo nello Stato della fonte¹⁶², ma, soprattutto, a livello globale. La massiccia patrimonializzazione e il possesso di ingenti quantità di liquidità¹⁶³ sono prove del parziale o totale affrancamento dal pagamento delle imposte da parte di queste imprese attraverso strutture societarie altamente raffinate, sfruttando le caratteristiche intrinseche di questa nuova economia, oltre che le asimmetrie normative dei trattati internazionali e le favorevoli norme di alcuni Stati, desiderosi di accogliere i grandi player del digitale. Tanto è vero che, nella normalità dei casi, è praticamente impossibile muovere contestazioni evasive o, in alternativa, elusive a queste imprese¹⁶⁴. La mancata sottoposizione “alla giusta imposta”, però, rileva nella misura in cui bisogna discutere delle ragioni giuridiche che consentono questa minimizzazione dell'imposizione.

È vero che le imprese hanno adottato tali strutture societarie, ma è altrettanto evidente che queste strutture hanno capacità di funzionare solo ed esclusivamente nella misura in cui

¹⁶² SALVINI, *La strategia anti-beps nell'economia digitale: la revisione del criterio di collegamento*, in *Rass. Trib.*, 2017, vol. 3, p. 768.

¹⁶³ Secondo un rapporto di Moody's del 19 luglio 2017 il settore tecnologico americano è quello che nel 2016 ha vantato una liquidità maggiore rispetto ad ogni altro comparto Usa, con ben 871 miliardi di dollari a disposizione. La sola Apple ha avuto il 13,2% della liquidità totale delle aziende Usa cfr. https://www.moody.com/research/Moodys-US-corporate-cash-pile-grows-to-184-trillion-led--PR_369922

¹⁶⁴ Sono rari e, per questo, famosi i casi in cui le imprese digitali hanno agito “oltre” le regole dell'elusione e dell'evasione. Escludendo i casi in cui si sono realizzate delle vere e proprie frodi fiscali (si pensi al famoso sito internet, soprattutto, fra i giovani stockisti.com cfr. <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2017-07-06/chiuso-sito-stockisti-18-arresti-evasione-dell-iva-171558.shtml?uuiid=AE1187sB>), nella normalità dei casi le contestazioni delle Amministrazioni Finanziarie hanno cercato di ritenere sussistente una Stabile Organizzazione di questo tipo di imprese. In Italia si pensi ai casi Google, Apple e Amazon, seguenti a indagini della Procura della Repubblica di Milano e finiti con adesione agli avvisi di accertamento; in Spagna, al famoso caso Dell culminato nella decisione del Tribunal Supremo Sentencia n° 1475/2016 de TS, Sala III con commento di PIANTAVIGNA, *Il caso spagnolo Dell: un'interpretazione dinamica della nozione di stabile organizzazione*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2017, vol. 2, p. 35.

gli ordinamenti nazionali ne hanno permesso il funzionamento, consentendo lo stabilimento di mere caselle postali o strutture minimali.

Questi Stati, nell'anelito di accaparrarsi quanta più parte del gettito globale delle multinazionali, hanno consentito e consentono una riduzione globale attraverso strumenti giuridici e normative di favore verso queste imprese. È un dato incontestabile che alcuni Stati, in particolare, dell'Unione Europea consentano alle imprese digitali trattamenti di favore, tanto da subire indagini e contestazioni per violazioni della disciplina sugli aiuti di Stato da parte della Commissione¹⁶⁵, attraverso norme *ad hoc* ovvero attraverso ruling internazionali. Dunque, è solo un problema di “concorrenza fiscale dannosa”? Allo stato attuale, è un primo problema che *ictu oculi* si mostra dinanzi all'operatore, ma questa considerazione non esaurisce i problemi della tassazione dell'economia digitale, considerando che, al di là, degli aspetti di territorialità e di concorrenza fiscale, non sembra che il sistema tributario attuale, imperniato sulla dicotomia imposizione diretta e indiretta sia perfettamente compatibile con le logiche sottese all'economia digitale. Si noterà abbastanza agevolmente, infatti, che diversi ordinamenti hanno introdotto norme speciali per la tassazione dell'economia digitale non facilmente inquadrabili all'interno delle categorie di tassazione generalmente riconosciute in dottrina.

Questi tentativi, se da un lato possono essere rubricati come sforzi estemporanei per premere sulle imprese e sugli altri Stati, dall'altro, scientificamente, non devono essere sottovalutati considerando le caratteristiche strutturali assai diverse dalle tradizionali categorie impositive. In aggiunta a ciò, i responsabili politici stanno lottando per trovare soluzioni che garantiscano una tassazione equa ed effettiva delle imprese, mentre la trasformazione digitale dell'economia accelera.

¹⁶⁵ In questo momento la Commissione Europea ha concluso sull'illiceità dell'accordo tra il Granducato del Lussemburgo e Amazon in data 4.10.2017 (riferimento IP/17/3701 - SA.38944), dell'accordo tra Irlanda e Apple in data (IP/16/2923- SA.38373), dell'accordo tra Paesi Bassi e Starbucks, in data 21.10.2015 (IP/15/5880 - SA.38374) e, ancora, tra Lussemburgo e Fiat, in data 21.10.2015, (IP/15/5880 SA.38375). Inoltre, la Commissione sta indagando sugli accordi tra Paesi Bassi e IKEA, e Lussemburgo e GDF Suez. Anche se, negli ultimi tempi, la stessa Commissaria alla Concorrenza, Margrethe Vestager, ha sostenuto: “*The enforcement of EU State aid rules alone is not sufficient to tackle tax avoidance. We need to use this momentum to reform our corporation taxation framework to make it both fairer and more efficient both at the international level and in Europe. (...) Our ultimate goal is that all companies, big or small, pay their fair share of tax where their profits are earned. Because only then, companies can compete on equal terms – and not at the expense of European citizens and companies that do pay their fair share of tax*” (20.06.2018)

Secondo la Commissione Europea¹⁶⁶, vi sono debolezze nelle norme fiscali internazionali in quanto originariamente concepite per imprese cd. *brick and mortar* e, dunque, obsolete in questo rinnovato contesto economico.

Le attuali norme fiscali, infatti, non si adattano più al contesto moderno in cui le aziende fanno molto affidamento su beni immateriali difficili da valutare, dati e automazione, che facilitano trading online oltre i confini giuridico-statali tradizionali e senza presenza fisica. Questi problemi, ovviamente, pur non sono all'economia digitale, ma potenzialmente riproducibili in diversi contesti economici, d'altra parte, hanno un risalto maggiore nell'economia digitale in cui la ricchezza novella prodotta sembra assumere caratteristiche diverse da quella conosciuta in altri settori merceologici. Di conseguenza, alcune aziende sono presenti in alcuni paesi in cui offrono servizi ai consumatori e stipulano contratti con loro, assumendosi pienamente vantaggio delle infrastrutture messo ivi a disposizione, mentre non sono prese in considerazione ai fini fiscali. Questa posizione è suscumbibile nel genere del cd. *free riding*, in quanto le imprese digitali beneficiano di risorse, beni, servizi, informazioni, senza contribuzione alle stesse, di cui si fa carico il resto della collettività, inclinando il campo di gioco della concorrenza a loro favore rispetto ai modelli di business tradizionali o, comunque, ad altre tipologie di imprese.

Nel corso del presente capitolo, si analizzerà, dunque, in primo luogo, quale sia la realtà dell'imposizione nell'economia digitale e, in che cosa, effettivamente, i parametri classici dell'imposizione sembrano non essere adattabili a questa nuova economia.

Rebus sic stantibus, infatti, nella legislazione tributaria non vi sono differenze tra la tassazione delle imprese tradizionali e le imprese digitali, anzi le eventuali discriminazioni tra imprese sono altamente contrastate nei report dell'OCSE, sconsigliando il cd. *ring-fencing*¹⁶⁷. In sostanza, a oggi, sebbene non sembra esserci una chiara omogeneità tra le diverse imprese, si impone il rispetto di un pari trattamento tra imprese tradizionali e quelle digitali. Volgendo, quindi, lo sguardo ai canonici indici, è opinione comune che il presupposto dell'imposizione sia generato dall'esistenza di una fattispecie economica

¹⁶⁶ EC COMMISSION, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Time to establish a modern, fair and efficient taxation standard for the digital economy, Brussels, 21.3.2018 COM (2018) 146 final

¹⁶⁷ KEMMEREN, *Should the taxation of the digital economy really be different*, in *EC tax review*, 2018, Vol. 27, no. 2.

ascrivibile al soggetto passivo individuati come tali dall'ordinamento statale. In altre parole, affinché un fatto possa essere qualificato come economico, è necessario che disponga di una situazione giuridica che possa essere economicamente apprezzabile e che esprima idoneità al pagamento del tributo¹⁶⁸.

Seguendo questo ragionamento, il parametro classico dell'imposizione è stato rintracciato nel reddito, latamente declinato anche nella tipologia reddito-consumo¹⁶⁹, in quanto "in quanto le imposte, anche se applicate alla ricchezza che si manifesta in occasione di un consumo o di una eredità, sono sempre pagate coi redditi, in quanto frutto dell'attività economica". Tuttavia, considerando anche i diversi tributi esistenti nei vari ordinamenti, si ritiene d'altra parte che questi indici si estendano a qualsiasi fatto che sia indice rivelatore di ricchezza¹⁷⁰ ovvero a criteri di elementare solidarietà sociale ed economica, che ovviamente differiscono dagli indici di mercato¹⁷¹.

Nel proseguimento di questo capitolo si affronteranno, partendo da quelli tradizionali, gli indici economici utilizzati ai fini della tassazione delle imprese e si cercherà di comprendere se questi siano innanzitutto compatibili con l'economia digitale e, in caso di risposta negativa, quali altri indicatori possano essere utilizzati ai fini della sottoposizione a imposizione. Il presupposto economico, infatti, costituisce fondamento e limite dell'imposizione vale a dire causa e misura dell'obbligazione tributaria¹⁷².

2. Il reddito come criterio e misura d'imposizione personale delle persone giuridiche e attuazione della capacità contributiva

¹⁶⁸ BEGHIN, *Diritto tributario*, Padova, Cedam, 2017, *passim*.

¹⁶⁹ CERMINGNANI, LUPI, *Valore aggiunto economico e razionalizzazione dell'Irap*, in *Dialoghi Tributari*, 2014, vol. 1, ogni tributo, infatti, deve essere giustificato da una manifestazione di forza economica riconducibile ai concetti di reddito, consumo o patrimonio; secondo MOSCHETTI, *Irap, imprese e lavoro autonomo, profili costituzionali e applicativi*, in *Atti del Convegno di studi di Pisa*, in *Il Fisco*, 1999, vol. 29 cit. p. 35: il collegamento dell'imposta al reddito (reddito prodotto, reddito entrata, reddito consumo) rappresenta un'esigenza di non contraddittorietà per non esaurire la fonte del prelievo, per mantenere l'economia mista che è a fondamento della Costituzione e consentire l'esercizio del dovere di solidarietà.

¹⁷⁰ SCHIAVOLIN, *Prime osservazioni sull'affermata legittimità costituzionale dell'imposta regionale sulle attività produttive*, in *Giur. It.*, 2001, vol. 10.

¹⁷¹ ROSEMBUJ, *La capacità contributiva del «non fare». Il concetto di imposta. A proposito di un'importante sentenza della corte suprema degli Usa*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2012, vol. 6, p. 11295.

¹⁷² DE MITA, *Diritto tributario (giur. cost.)*, in *Enc. Dir.*, Annali III.

Il reddito, inteso come variazione positiva del patrimonio in un dato lasso di tempo, rappresenta il principale indice di capacità contributiva, restando, peraltro, il parametro fondamentale per l'imposizione sia delle persone fisiche e delle persone giuridiche sia delle attività economiche sia di quelle subordinate¹⁷³. Nella declinazione economicistica einaudiana di reddito-consumo, ammettendo che il termine economico abbia effettiva rilevanza nel diritto tributario¹⁷⁴, ritroviamo la tassazione indiretta realizzata mediante l'Imposta sul Valore Aggiunto (Iva). Come visto, dunque, il reddito rappresenta il principale indice di capacità contributiva diretto delle imprese, considerando la marginalità dell'imposizione patrimoniale sugli enti diversi dalle persone fisiche. Teoricamente, infatti, l'imposizione diretta delle persone giuridiche potrebbe assumere diverse forme¹⁷⁵, potendosi immaginare imposte sul reddito, a loro volta distinguibili, in imposte sul reddito prodotto, accantonato o distribuito, imposte patrimoniali o, infine, ipotesi miste¹⁷⁶ in cui si combinano diverse modalità impositive reddituali-patrimoniali.

È chiaro che se la tassazione reddituale delle persone fisiche si giustifica, considerando che il reddito rappresenta la manifestazione di capacità contributiva del soggetto tale da comportare la partecipazione alle pubbliche spese e, dunque, tale da consentire al contribuente la sopportazione del costo di appartenenza allo Stato-comunità, le ragioni della tassazione reddituale delle persone giuridiche sono state ampiamente discusse¹⁷⁷. Il fondamento teorico dell'imposizione reddituale per le persone giuridiche, in linea generale, è basato sull'esistenza di una loro capacità contributiva, soggettiva e oggettiva, autonoma e diversa da quella delle persone fisiche¹⁷⁸. In sostanza, il possesso di

¹⁷³ Nell'ordinamento italiano, ad esempio, è tassato, a seconda del soggetto di riferimento, mediante l'Imposta sul Reddito delle Persone Fisiche (Irpef) ovvero l'Imposta sul Reddito delle Società (Ires).

¹⁷⁴ Per una considerazione critica sul punto si veda FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Padova, Cedam, 2003, p. 11.

¹⁷⁵ TABELLINI, voce "Persone giuridiche (imposta sul reddito delle)", in *Enciclopedia del Diritto*, [XXXIII, 1983].

¹⁷⁶ Come l'imposta sulle società introdotta nel nostro ordinamento con l. 6 agosto 1954, n. 603 ed abrogata con l'art. 26 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 598

¹⁷⁷ Si pensi alle teorie elaborate, in aperto contrasto con quelle della scuola pavese, da GIARDINA, *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 370 ss.; GAFFURI, *L'attitudine alla contribuzione*, Milano, 1969, p. 235.

¹⁷⁸ Su tutti GRIZIOTTI, *Il principio della capacità contributiva e sue applicazioni*, in *Riv. dir. fin.*, 1949, vol. I, n. 15.

un reddito di una persona giuridica è sostanzialmente equiparato al possesso di reddito di una persona fisica.

Questo tipo di prelievo ha ricevuto larga diffusione, giustificata soprattutto da ragioni d'ordine pratico, quale la rilevanza del gettito, di ordine tecnico, quali l'impossibilità di colpire altrimenti gli utili non distribuiti, e la necessità di completare l'imposizione a carico delle persone fisiche, anche attraverso una discriminazione qualitativa dei redditi¹⁷⁹. Sembrerebbe, anche alla luce dei risultati del bilancio dello Stato¹⁸⁰, che, in ogni caso, l'imposta sulle persone giuridiche sia in posizione subordinata rispetto a quella sulle persone fisiche, con mere funzioni di completamento. Questo risultato, infatti, apparrebbe essere solo il riflesso di una valutazione finanziaria degli obiettivi che il nuovo sistema di imposizione sui redditi, considerato nel suo insieme, dovrebbe perseguire, ma, contemporaneamente, è la spia di un sistema impositivo sbilanciato sulla tassazione del lavoro e poco sul capitale¹⁸¹.

Sotto il profilo giuridico, l'imposta sulle persone fisiche e l'imposta sulle società costituiscono autonome forme di prelievo destinate a colpire lo stesso oggetto, il reddito, a seconda del soggetto di riferimento. Il loro unico collegamento, peraltro qualificante, è rappresentato dal fatto che i redditi distribuiti dalle società e già assoggettati ad imposta nei confronti di queste, concorrono, sia pure attraverso la moderazione del credito d'imposta ovvero dell'esenzione, a formare il reddito imponibile del socio in sede di applicazione dell'imposta sulle persone fisiche. Oggigiorno, molti Stati si sono dotati di un tipo di imposizione reddituale per le società (cd. "corporate tax income"), sottoponendo a tassazione i redditi, comunque, prodotti da queste entità¹⁸².

¹⁷⁹ TABELLINI, voce "*Persone giuridiche (imposta sul reddito delle)*", in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIII, 1983.

¹⁸⁰ Prendendo, ad esempio, il Bilancio dello Stato per l'anno 2018 si scopre che il gettito complessivo dell'IRES vale meno di un quinto del gettito dell'IRPEF e poco più delle imposte di fabbricazione.

¹⁸¹ Nell'ambito europeo, il tasso medio d'imposta medio sul reddito delle società era del 21,9% all'inizio del 2018, lo stesso del 2017, dopo un netto rallentamento dal 2009 in poi la tendenza di tassi fortemente in calo che si sono verificati negli anni precedenti alla crisi economica. L'aliquota fiscale rettificata sui redditi delle società varia tra almeno il 10% in Bulgaria a tassi superiori alla norma del 30% o superiori in Belgio, Malta, Francia, Portogallo e Germania, anche se le disposizioni fiscali possono limitare l'aliquota effettivamente applicata o, in altri casi, la base imponibile in cui applicare l'aliquota nominale. Il Belgio e il Lussemburgo hanno abbassato i loro tassi nel 2018 (dal 34% al 29,6% e dal 27,1% al 26% rispettivamente), mentre Lettonia e Portogallo hanno aumentato i loro tassi (dal 15% al 20% e dal 29,5% al 31,5% rispettivamente) cfr. EC COMMISSION, *Taxation Trends in the European Union, Data for the EU Member States, Iceland and Norway: 2018 edition*; per una riflessione generale sul tema cfr. PIKETTY, *Il capitale nel XXI secolo*, Bompiani, 2014.

¹⁸² Sul concetto di "comprehensive income" si veda KEMMEREN, *A Global Framework for Capital Gains Taxes*, in *Intertax*, 2018, vol. 4, p. 268.

È evidente che questo tipo d'imposizione, trascendendo le problematiche territoriali di cui al prossimo capitolo, è giustificato tanto più si riesce a determinare correttamente l'imponibile dell'impresa nello Stato di residenza, per i redditi ovunque prodotti, e nello Stato della fonte, per i redditi ivi prodotti da una "sede fissa d'affari". Come è comprensibile, dunque, il tema del presupposto oggettivo dell'imposizione è strettamente legato al profilo territoriale e, per questo, i redditi sono tassati solo se c'è un collegamento con lo Stato di natura territoriale anche per logiche bilanciste. Dall'altro lato, il reddito è intimamente legato al soggetto che lo possiede o lo produce.

Sotto questo punto di vista, è difficile immaginare una tassazione reddituale, per natura personale, sganciata dal luogo di residenza del soggetto o, comunque, considerata solo su basi reali, proprio perché solo lo Stato di residenza può efficacemente ed effettivamente misurare l'imponibile da sottoporre a tassazione. Chiaramente una tassazione reddituale in un ordinamento diverso da quello di residenza rappresenta un rafforzamento di un tipo di tassazione reale che, però, se si tiene conto di una capacità contributiva del soggetto, non può essere completamente giustificato.

Il reddito, in sintesi, è misura della compartecipazione alle pubbliche spese del soggetto che lo produce o possiede, non è e non può essere isolato rispetto al soggetto e al territorio di riferimento. Dunque, l'idea di aumentare gli aspetti di realtà dell'imposizione societaria soccombe dinanzi a una struttura del tributo stesso per natura personale.

3. Il ruolo centrale dell'imposizione reddituale e la progressiva scomparsa dell'imposizione patrimoniale generale

Il patrimonio, d'altra parte, inteso come complesso dei valori attribuiti ai beni e alle utilità a disposizione di un'azienda in un determinato momento storico, al netto delle passività, è, senza dubbio, una manifestazione fondamentale di capacità contributiva del soggetto che ne è il titolare. Per tale ragione, è comune che gli Stati introducano nel proprio ordinamento un'imposta generale o speciale sui patrimoni dei soggetti passivi.

Col termine generale di imposizione patrimoniale¹⁸³ si intende o un'imposta indiretta sui trasferimenti patrimoniali, prelevata talvolta in occasione di eventi quali i trasferimenti a titolo oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa* oppure un'imposta diretta ordinaria, annuale, applicata a patrimoni di persone fisiche e di persone giuridiche¹⁸⁴. Ai fini della nostra ricerca, pur considerando che talora si possono immaginare anche delle combinazioni delle due varietà¹⁸⁵, la seconda tipologia di imposta tradizionale è quella più rilevante, rappresentando un'imposta diretta, tipicamente complementare, e non sostitutiva, rispetto all'imposta sul reddito¹⁸⁶.

L'imposta sul patrimonio, così declinata, è un'imposta diretta commisurata ad una base patrimoniale, ma tale da non avere incidenza patrimoniale, in quanto il pagamento dell'imposta non dovrebbe essere diretto a confiscare il reddito né a costringere il contribuente alla liquidazione di parte del patrimonio per adempiere all'obbligazione

¹⁸³ DALLERA, voce "*imposta sul patrimonio*", in *Digesto*, 1994.

¹⁸⁴ Ancora, si è sostenuto, da parte di studiosi come L. Einaudi, che vi è equivalenza, a certe condizioni, tra l'imposta ordinaria sul patrimonio e l'imposta sui trasferimenti patrimoniali: ciò si verifica se si riscontrano intervalli di trasmissione regolari, in media, dei patrimoni, così da poter determinare un rapporto sicuro tra l'aliquota dell'imposta annuale e l'aliquota dell'imposta sui trasferimenti. Poiché ciò non avviene, appare più ragionevole ricorrere ad entrambe le modalità impositive. Ciò è stato valutato, in particolare, da studiosi inglesi, i quali hanno elaborato un modello di imposta sui trasferimenti patrimoniali (imposta sulle «accessioni») a struttura progressiva, che tiene conto sia dell'ammontare dei trasferimenti che del patrimonio del ricevente

¹⁸⁵ Le combinazioni immaginate di imposte sul patrimonio ed imposte sul reddito hanno ricevuto attenzione in molteplici schemi di riforme tributarie, che si possono riassumere così: a) imposte reali sui patrimoni ed imposte reali sui redditi: si tratta di due sistemi di imposte proporzionali, ad aliquote differenziate a seconda dei tipi di patrimonio e di reddito; b) imposta reale generale patrimoniale ad aliquota unica ed imposta generale personale progressiva sul reddito; è uno schema che presenta due imposte generali, con l'obiettivo di una progressività complessiva del sistema; c) imposta personale sul patrimonio netto delle persone fisiche e delle persone giuridiche ed imposta personale progressiva: è uno schema che dà rilievo al carattere personale delle due imposizioni, sul patrimonio e sul reddito; d) imposta personale sul patrimonio netto, progressiva, ed imposta progressiva sulla spesa: è lo schema più raffinato, e di realizzazione più complessa, che sostituisce la spesa al reddito e che ricorre all'imposizione patrimoniale per completare la struttura logica di un'imposta personale sulla spesa. Nei moderni sistemi tributari, è generalmente avvertita la necessità di riservare alla ricchezza prodotta in ambito societario, un'imposizione suppletiva che tenga conto della sua origine lato sensu riconducibile all'impiego del capitale. Nel nostro ordinamento, peraltro, tale discriminazione qualitativa è stata solo talvolta attuata affiancando all'ordinario prelievo sul reddito un'imposta patrimoniale cfr. TINELLI e PARISI, *Le società nel diritto tributario*, Digesto Disc. Commerciali, 1997, i cui soddisfacenti risultati avevano peraltro indotto la dottrina, nonché la stessa Commissione per lo studio della riforma tributaria a caldeggiarne la reintroduzione MURARO, *L'imposta patrimoniale*, Padova, Cedam, 1986.

¹⁸⁶ Talora si è suggerita qualche modalità di tassazione patrimoniale come «imposta unica»: era accaduto verso la metà del sec. xviii ad opera dei fisiocratici, con l'indicazione di un'imposta unica sulle rendite agrarie, destinata a tassare la terra come unica fonte di ricchezza; ancora, alla fine del sec. xix, negli Stati Uniti H. George aveva proposto di confiscare la rendita fondiaria con un'imposta unica e, più di recente (1977), M. ALLAIS ha proposto un'imposta patrimoniale unica sul valore dei beni fisici, con aliquota pari alla metà del tasso di interesse reale.

tributaria¹⁸⁷. Chiaramente, dunque, la tassazione patrimoniale deve bilanciarsi tra la partecipazione alle pubbliche spese e il diritto alla conservazione della proprietà di cui all'art. 42, comma 2 della Costituzione.

Il fondamento costituzionale dell'imposizione patrimoniale, infatti, si rinviene nella capacità contributiva, in quanto si considera il patrimonio, più che il reddito o il consumo, l'indicatore del potere economico e delle capacità di acquisto potenziale del contribuente. Inoltre, l'imposta patrimoniale richiama l'esigenza della discriminazione qualitativa tra i redditi: essa permette di discriminare la tassazione del reddito di capitale rispetto al reddito di lavoro, realizzando un principio equitativo di parità di trattamento tra un reddito che richiede sforzo produttivo e sacrificio (il reddito di lavoro) ed un reddito che non ne richiede (il reddito di capitale), o, come si è sostenuto talvolta, tra un reddito temporaneo e meno sicuro ed un reddito duraturo e più sicuro. Un'imposta patrimoniale associata con un'imposta personale sul reddito attenua la necessità di ricorrere ad aliquote fortemente progressive di quest'ultima per realizzare un obiettivo di equa progressività.

Le modalità di applicazione di un'imposta ordinaria sul patrimonio sono fondamentalmente due. Da un lato si può avere un'imposta reale, proporzionale, che tassa separatamente i singoli cespiti, il valore dei quali è diminuito dell'importo dei debiti ad essi relativi (come la Property Tax); dall'altra parte ci può essere un'imposta sul patrimonio netto (Net Wealth Tax), un'imposta personale che colpisce l'intero patrimonio di una persona fisica o giuridica, al netto delle passività: questa imposta può essere progressiva ed avere un

¹⁸⁷ Tecnicamente per evitare un'imposta espropriativa si tende a commisurare il tributo al valore del patrimonio netto, con un'aliquota inferiore al tasso di rendimento medio di quest'ultimo. Sul rapporto tra imposte patrimoniali e divieto di esproprio si ricorda la sentenza della Corte Costituzionale n. 126/1979 in tema di Imposta sull'incremento del valore degli immobili (INVIM), con la massima di Giur. Cost., 1979, I, 101 per cui "non è fondata - in riferimento agli art. 3, 42, 47 cost. - la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 643. La violazione dell'art. 42 cost. è stata eccepita perché la disciplina dettata avrebbe l'effetto di colpire il patrimonio, risolvendosi in una parziale espropriazione senza indennità e perché ai fini dell'incremento di valore imponibile debbono assumersi i valori accertati nelle precedenti tassazioni senza possibilità di fare riferimento a valori reali. Quella dell'art. 47 era stata dedotta in quanto detta norma, fondando il prelievo tributario su un aumento fittizio della capacità contributiva, con conseguente assoggettamento ad imposta del bene in sé, ostacola la tutela del risparmio. La Corte ha dichiarato in dispositivo l'infondatezza anche di tali profili senza peraltro motivare al riguardo. (Le questioni erano state sollevate congiuntamente rispetto agli art. 6 e 14)".

minimo imponibile¹⁸⁸. L'imposta può essere, ancora, generale, se colpisce tutti i cespiti, o speciale se si commisura soltanto al valore di alcuni di essi, con la complessità riguardante la definizione dell'imponibile.

Il termine «patrimonio» è talora sostituito da altri termini, quali ricchezza, cespiti, attività, capitali; sinteticamente si può dire che l'imponibile può essere costituito da immobili (terreni e fabbricati), beni di consumo durevole registrati e non, depositi, crediti, aziende in forma non societaria, patrimoni netti delle società, valori capitali di alcune annualità (pensioni, rendite, ecc.), capitali fissi e circolanti, merci, scorte, diritti d'autore, avviamento, attività finanziarie (sull'interno e sull'estero).

A livello teorico si è discusso, a proposito dell'imposta patrimoniale, se convenga tassare anche il «capitale umano», che è il valore attuale del flusso di servizi lavorativi futuri, stimati come redditi attesi in dipendenza delle capacità e dell'abilità derivanti anche da investimenti in istruzione e formazione. Vi sono molteplici criteri di valutazione delle singole componenti del patrimonio. Per alcune si ricorre al valore di mercato in un determinato momento, per altre ad un valore medio di mercato calcolato nell'arco di un periodo più o meno lungo; altre volte è necessario capitalizzare i redditi, con tassi di capitalizzazione definiti in maniera più o meno arbitraria. Talora è impossibile ricavare un valore diretto (si pensi ad alcuni beni di lusso, a patrimoni che hanno un valore essenzialmente psicologico, di status o di posizione relativa) ed è perciò inevitabile ricorrere a valori presunti o di riferimento o indiretti, perché collegati ad altri patrimoni. Alcune volte il fisco semplifica la ricerca di definizioni esatte adottando criteri parametrici, catastali o di riferimento legale (ad es. un valore locativo regolamentato o un valore di esproprio). Ne consegue che l'accertamento di valore patrimoniale è un procedimento difficoltoso e fonte di molteplici controversie se tale valore si basa sul mercato; perciò è invalsa la pratica di definire l'imponibile con criteri oggettivi che diano certezza all'imponibile ed al gettito, anche a prezzo di possibili incidenze negative sul piano dell'equità.

¹⁸⁸ Un esempio di imposta sul patrimonio netto si è avuto in Francia (1982) con un'imposta sui «grandi patrimoni». Su questi profili cfr. MARELLO, *Diseguaglianza, consenso, visibilità: riflessioni sull'introduzione di un'imposta generale sul Patrimonio*, in *Rass. Trib.*, 2014, vol. 5, p. 1069.

Contro l'imposizione ordinaria sul patrimonio vengono portati due argomenti, legati entrambi ad una possibile equivalenza di tale imposta con l'imposta sul reddito o con l'imposta sui trasferimenti patrimoniali. Si sostiene, anzitutto, che un'imposta sui redditi da patrimonio realizza gli stessi obiettivi, in termini di gettito e di equità, di un'imposta commisurata al patrimonio. Tale affermazione è contestata in quanto non tutti i redditi hanno lo stesso tasso di capitalizzazione, e pertanto a redditi uguali corrispondono patrimoni diversi che, con un'imposta sul reddito sono tassati in modo sperequato. Inoltre, esistono patrimoni infruttiferi che non possono essere colpiti con imposte sul reddito. Con l'introduzione dell'IRPEG, nel nostro ordinamento, veniva esclusa, poi confermata con l'IRES, ogni rilevanza della consistenza patrimoniale al fine della applicazione dell'imposta¹⁸⁹.

4. La tassazione diretta delle imprese digitali: l'esempio italiano dell'IRES e la progressiva eclissi dell'imposizione patrimoniale

In molti ordinamenti, la tassazione diretta delle imprese digitali è, dunque, tendenzialmente affidata alle imposte sui redditi delle società, mancando, come nel caso italiano, una imposizione patrimoniale generale, limitata, invece, a singoli cespiti, come, ad esempio, i beni immobiliari o finanziari.

Come è noto, la tassazione reddituale societaria si cura di sottoporre a imposizione i redditi derivanti da attività d'impresa e da altre fonti produttive non direttamente afferenti all'attività economica del soggetto, come i redditi immobiliari, i dividendi, gli interessi, i canoni e, in genere, gli utili derivanti dallo sfruttamento del capitale. Il principio di attrazione del reddito d'impresa, però, fa sì che gli altri tipi di redditi vengano attratti nella prima categoria, qualora l'attività del soggetto sia da considerare oggettivamente d'impresa. Tuttavia, al fine di evitare chiari arbitraggi fiscali, le convenzioni contro le doppie imposizioni regolano diversamente l'imposizione a seconda della qualificazione del reddito acquisito, valorizzando la diversa fonte del reddito. Secondo l'OCSE¹⁹⁰, il reddito d'impresa dovrebbe comunque essere inteso in un significato omnicomprensivo di tutti i redditi comunque prodotti dall'operatore economico. Un significato così ampio dovrebbe

¹⁸⁹ BORIA, voce Sistema tributario, Digesto, 1997

¹⁹⁰ Commentario al Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni, art. 7, par. 4.

corrispondere all'uso del termine nelle leggi fiscali della maggior parte degli Stati. Tuttavia, l'interpretazione estensiva del termine convenzionale "profitto d'impresa" potrebbe dare adito, comunque, ad alcune incertezze in ordine all'applicazione della Convenzione. Se gli utili di un'impresa comprendono categorie di reddito che sono trattate separatamente in altri articoli della Convenzione, ad es. dividendi, potrebbe sorgere la questione di quale articolo applicare. La mancata inclusione di una definizione di reddito d'impresa, declinato nel senso di profitto, è congeniale anche al principio per cui *lex specialis derogat legi generali*, in quanto le altre tipologie di reddito verranno applicate qualora ne ricorrano i presupposti convenzionali, lasciando, comunque, un ampio margine di apprezzamento ai singoli ordinamenti circa il significato effettivo da attribuire alla nozione¹⁹¹. Vi è, dunque, uno scollamento tra la assimilazione ai redditi d'impresa tipica degli ordinamenti internazionali e la prevalenza della fonte produttiva delle Convenzioni. Per tale ragione, il reddito d'impresa così come concepito a livello internazionale dovrebbe risultare come categoria residuale dei redditi prodotti dalle imprese. In altre parole, se il profitto percepito non rientra in nessuna delle categorie specifiche previste dalla convenzione, questo sarà assimilabile a un reddito d'impresa.

Dunque, analizzando i singoli redditi previsti nelle convenzioni internazionali, con il termine "dividendo" si intende generalmente la distribuzione dei profitti agli azionisti da società di capitali, ovvero sia in tutti quelle ipotesi in cui queste società siano entità legali, aventi separata personalità giuridica, distinta da tutti i relativi azionisti. La posizione è diversa per l'azionista; lui non è un trader e i profitti dell'azienda non sono suoi; quindi non possono essere attribuiti a lui. È tassabile personalmente solo su tali profitti che sono distribuiti dalla società (a parte le disposizioni in le leggi di alcuni paesi relative alla tassazione degli utili non distribuiti in speciali casi). Con il termine "interesse" generalmente si intende la remunerazione sul denaro prestato ovvero utilizzando una locuzione francese "redditi da capitale mobile" (*revenus de capitaux mobiliers*). A differenza dei dividendi, l'interesse non dovrebbe subire una doppia imposizione economica, ma il pagamento dell'imposta dovrebbe essere a cura del mutuante. Nell'ipotesi in cui, però, il debitore si

¹⁹¹ Si pensi alla controversia decisa dalla Corte di Giustizia nella sentenza, C-648/15, Austria v Germania, ECLI:EU:C:2017:664 con nota di LUTS, KEMPENEERS, 'Case C-648/15 Austria v. Germany: Jurisdiction and Powers of the CJ to Settle Tax Treaty Disputes Under Article 273 TFEU Article', in *Intertax*, 2018, vol. 1.

impegni a sopportare il peso fiscale, si considera che il mutuatario abbia accettato di pagare al suo creditore un interesse addizionale corrispondente a tale imposta. In linea di principio, infine, i canoni relativi alle licenze di utilizzare brevetti e proprietà simili e pagamenti simili sono redditi per il percipiente. La locazione potrebbe essere concessa in relazione a un'impresa o piuttosto indipendentemente da qualsiasi attività del concedente. Come visto, dunque, i primi due tipi di reddito appartengono a quella categoria di redditi derivante dallo sfruttamento del capitale, la terza tipologia di reddito, invece, è probabilmente quella al confine con il reddito d'impresa classico, variando molto rispetto al reddito d'impresa da un punto di vista sistematico, poco, da un punto di vista fenomenologico. Per tale ragione, quando si considerano le questioni circa la caratterizzazione del reddito da questi nuovi modelli di business, potrebbe essere necessario esaminare la *ratio* eventualmente esistente dietro le regole, per determinare se queste norme producono risultati appropriati nella *digital economy* e se le differenze di trattamento tra operazioni similari sono giustificate.

Lo statuto fiscale dell'impresa digitale tiene conto di tutti questi elementi reddituali, considerando che, talvolta, alcune operazioni tese a limitare l'impatto quantitativo delle imposte, si fondano su sofisticate operazioni dal punto di vista qualitativo in cui l'utilizzo di strumenti contrattuali e di strutture societarie consente di sfruttare lecitamente gli spazi offerti dalle asimmetrie delle convenzioni contro le doppie imposizioni. L'imposizione personale o, meglio, societaria reddituale è nata, anch'essa, in un'epoca industriale in cui la fisicità dei traffici commerciali rendeva sicuro il loro collegamento con il territorio di riferimento. Questa forma di imposizione, poi, collegata alla capacità contributiva e, dunque, al sacrificio economico che il consociato avrebbe dovuto sopportare per partecipare alle pubbliche spese nel territorio, era forse la più adatta a raggiungere questo scopo rispetto all'imposizione patrimoniale, la quale, peraltro, non era espressione di una ricchezza novella.

La tassazione reddituale, però, rispetto all'avanzare delle nuove tecnologie che consentono un'ampia dematerializzazione anche del reddito stesso, sembra essere non perfettamente adeguata. Insomma, il reddito, inteso come accrescimento patrimoniale in un dato periodo, necessita di un riferimento soggettivo, territoriale e causale, declinato in termini di reddito-prodotto. Considerata la struttura stessa dell'imposizione reddituale e dei modelli d'impresa digitali multinazionali, appare difficile conciliare il tentativo di sottoporre

a imposizione nazionale reddituale soggetti che, naturalmente, possono essere liberi da una localizzazione ben individuata e possono variamente determinare i redditi prodotti.

I vincoli europei, poi, paradossalmente, consentono alle imprese digitali di assumere forme e strutture giuridiche che permettono una facile ottimizzazione fiscale. Pur nella varietà dei sistemi impositivi, considerando la mancanza di armonizzazione a livello eurounitario, è interessante considerare che, escludendo il tema della territorialità di cui al cap. III, alcune problematiche sono comuni nelle diverse giurisdizioni, ossia il valore dei dati e la qualificazione dei redditi derivanti da attività digitali.

Ovviamente, la tassazione diretta è demandata ai singoli ordinamenti, i quali hanno ampia facoltà di tassare il reddito delle società aventi un collegamento con il proprio ordinamento, salvo i limiti di cui ai Trattati internazionali contro le doppie imposizioni sottoscritti dall'ordinamento di riferimento e dalle libertà fondamentali dell'Unione Europea. Secondo l'OCSE, uno dei principali problemi in merito alla determinazione degli imponibili riguarda la problematica dell'utilizzo dei dati.

In sostanza, il valore del dato e le difficoltà associate con la determinazione dello stesso impattano sulla determinazione degli imponibili delle imprese che operano secondo taluni modelli di business. Il valore attribuito al dato, infatti, risulta fondamentale poi nella determinazione del reddito, oltre che da un punto di vista territoriale, ossia se la raccolta del dato sia da attribuire alla stabile organizzazione o direttamente alla casa madre. L'esempio del dato fa emergere le problematiche che le attuali regole fiscali incontrano in relazione alle funzioni svolte, agli strumenti utilizzati e ai rischi assunti. Le domande che emergono in relazione ad alcuni modelli di business coinvolgono sicuramente il luogo della catena in cui si crea il valore e se questo potrebbe essere allocato nel luogo dei consumatori. Dunque, tale problematica coinvolge anche uno schema di individuazione del luogo effettivo in cui si crea la catena del valore.

Oltre alla corretta attribuzione del reddito in base all'effettivo luogo di creazione del valore, in aggiunta, si deve considerare vera problematica della determinazione degli imponibili, ossia della corretta determinazione della ricchezza da parte degli Uffici finanziari, e, quindi, bisogna riferirsi alle problematiche circa l'identificazione degli operatori digitali, della determinazione dell'ammontare delle attività da essi svolte, della

possibilità di svolgere verifiche anche su soggetti non presenti nel proprio territorio e di identificare i consumatori.

Queste sono le sfide “più dirette” per l’Amministrazione, ma altrettanto problematica risulta la questione sulla caratterizzazione del reddito derivante dai nuovi modelli di business. In sostanza, la domanda fondamentale a cui bisogna rispondere è sulla corretta individuazione e sul corretto trattamento del reddito derivante da attività digitali.

La questione, infatti, riguarda il trattamento da riservare a certi pagamenti, ossia se questi debbano essere trattati come royalties, compensi per servizi tecnici o redditi d’impresa.

In base a molti trattati fiscali, i redditi d’impresa sono tassati nello stato non di residenza solo se questi sono attribuibili a una stabile organizzazione localizzata lì. Altre tipologie di entrate, come le royalties, invece sono tassate nello Stato della fonte anche senza la presenza di una stabile organizzazione, mediante una ritenuta alla fonte nello Stato del soggetto che eroga il reddito. Se il reddito, infatti, è considerato in un modo o nell’altro potrebbe cambiare il suo regime fiscale. Pertanto, è necessario individuare quale trattamento bisogna riservare ai redditi derivanti da alcuni modelli di business. Oltre ai dati, in ogni caso, ciò che l’imposizione diretta attuale, principalmente demandata alle income taxes, non riesce a cogliere è che le imprese digitali acquistano un valore nuovo e diverso principalmente perché sono inserite in un contesto produttivo nuovo e uno degli indici economici più forti è proprio fornito dal valore dell’economia stessa.

È innegabile che ridurre la ricchezza di un’impresa digitale al solo indice di redditività dell’impresa stessa appare non propriamente soddisfacente, in quanto non comprendente il valore derivante dall’appartenenza a questo contesto economico.

5. L’imposizione indiretta o la tassazione attraverso il consumo: il modello tassazione più adeguato del Mercato digitale

In linea generale, come visto, l’impostazione tradizionale prevede che la misurazione del concorso alle spese pubbliche sia effettuata in ragione delle posizioni economiche dei singoli consociati, quantificate in termini di denaro (quale usuale mezzo di scambio adottato nel contesto sociale e produttivistico). Ne deriva l’inclusione nel presupposto dei tributi di

elementi idonei ad indicare componenti patrimoniali, intese sia come flusso (e dunque come reddito) sia come consistenza statica (e cioè come patrimonio) sia infine come oggetto di scambio (e pertanto come consumo o come spesa o come produzione).

Come si diceva, poc'anzi, un ruolo fondamentale nell'imposizione dell'economia digitale è assunto, sempre di più, dalla tassazione indiretta e, dunque, del mercato in cui si relazioni consumatori e gli operatori economici. Proprio perché l'unico soggetto che sembra essere "immobile" in questo contesto assai fluido è proprio il consumatore del servizio digitale.

Sebbene questi tributi siano generalmente destinati a tassare il consumo finale di beni e servizi, questi sono versati dai fornitori di questi beni e servizi anziché direttamente dai consumatori, tanto è vero che, per alcuni, in questa ipotesi si realizza una sorta di sostituzione tributaria¹⁹². I consumatori, infatti, sostengono l'onere di quest'imposizione, in linea di principio, come parte del prezzo di mercato dei beni o servizi acquistati, in quanto gli operatori economici "ribaltano" il costo del tributo sui consumatori. In altri termini, quando si afferma che il presupposto di un determinato tributo è, ad esempio, il consumo, non si intende (né si può intendere) che il consumo è la fattispecie da cui nasce l'obbligazione, nei confronti del soggetto attivo del tributo, di pagare una certa somma di denaro, bensì che il consumo è la vicenda che giustifica il complesso di situazioni giuridiche soggettive (ciascuna avente un'autonoma fattispecie) per effetto delle quali si realizza l'incremento patrimoniale del soggetto attivo e la corrispondente decurtazione del patrimonio del contribuente.

Nell'analisi di questo tipo di tassazione emergono due principali categorie di imposte sul consumo: imposte generali su beni e servizi, consistenti in iva ed equivalenti in più giurisdizioni, tasse di vendita e altre imposte generali su beni e servizi (general service tax); ovvero, imposte su beni e servizi specifici, costituiti principalmente da accise, dogane e dazi doganali e tasse su servizi specifici (ad es. tasse sui premi assicurativi e servizi finanziari).

¹⁹² Nel caso dell'iva si parla impropriamente di sostituzione tributaria, in quanto con questo termine si indica quella forma di tassazione in cui, nei casi previsti dalla legge, l'obbligazione di pagamento del tributo incombe sul sostituto «in luogo di altri», «per fatti o situazioni» a questi riferibili, ovverosia in relazione ad una manifestazione di capacità contributiva riferibile ad altri. Nel sistema iva, invece, il debitore originario resta sempre l'operatore economico, unico soggetto passivo d'imposta.

A ben vedere, però, l'iva è solo in parte un'imposta sul consumo, ma è, in verità, una imposta dalla triplice natura di imposta sugli scambi, sul valore aggiunto e sul consumo¹⁹³. Nell'ordinamento europeo nasce, infatti, con l'obiettivo della creazione di un mercato unico europeo, caratterizzato da condizioni di concorrenza tipiche di un mercato interno, nel quale consentire la libera circolazione delle persone, delle merci e dei servizi¹⁹⁴. A tal fine il Consiglio della CEE, in data 11 aprile 1967, ha emanato le prime due direttive (rispettivamente n. 67/227 e n. 67/228) contenenti i principi generali posti a fondamento del sistema comune di imposta sul valore aggiunto. Tale sistema, così come disposto dall'art. 2 della prima direttiva, “consiste nell'applicare ai beni ed ai servizi un'imposta generale sul consumo esattamente proporzionale al prezzo dei beni e dei servizi, qualunque sia il numero di transazioni intervenute nel processo di produzione e di distribuzione antecedente alla fase dell'imposizione”.

L'iva si qualifica come un tributo che, da un punto di vista economico, attua una imposizione sui consumi (l'art. 1, par. 2, dir. n. 112/2006 definisce l'iva una «imposta generale sui consumi»)¹⁹⁵ andando, in ultima istanza, ad incidere, sulla base di un sofisticato meccanismo applicativo, su coloro che acquistano beni e servizi non per utilizzarli in un processo produttivo o distributivo, ma come consumatori finali. Tuttavia, la natura dell'iva è più complicata, in quanto è strutturata formalmente, dal punto di vista giuridico, come imposta generale sul volume d'affari degli operatori economici o, come imposta sugli scambi, l'iva dovuta dai soggetti passivi “di diritto” rappresenta un prelievo anticipatorio e “transeunte”, rispetto all'effetto economico di prelievo definitivo che si verifica in capo al consumatore finale, cui appunto non compete il diritto di avvalersi degli strumenti giuridici che garantiscono la neutralità dell'imposizione nelle fasi anteriori. In buona sostanza, se interpretata come sola imposta sul consumo, l'iva, a differenza dell'imposta reddituale, sembra essere plasmata come un'imposta che colpisce preliminarmente un'operazione economica. Chiaramente, non si intende sottovalutare che l'iva necessita anche di un riferimento al profilo soggettivo e a un profilo territoriale, ma si vuole affermare che, mentre

¹⁹³ MONDINI, *Il principio di neutralità dell'iva tra mito e (perfettibile) realtà*, in *Principi di diritto tributario europeo*, a cura di Di Pietro, Tassani, Padova Cedam, 2013, p. 271.

¹⁹⁴ FILIPPI, voce “*Imposta sul valore aggiunto*”, in *Enciclopedia del Diritto*, 1993.

¹⁹⁵ Sulla natura dell'IVA come imposta sul consumo, cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 29 febbraio 1996, C-215/94, *Mohr*, in «Racc.», 1996, p. I-959.

l'imposta sui redditi è chiaramente personale, l'imposta sul valore aggiunto rappresenta un tipo d'imposta reale/oggettiva.

6. La tassazione del consumo digitale: tra sistema IVA, GST e sales tax

Come è evidente, il successo a-territoriale dell'economia digitale in una continua espansione del mercato di riferimento comporta problematiche tributarie significativamente diverse da quelle emerse nella tassazione del mercato industriale tradizionale.

Quest'ultimo, infatti, era nato nell'ambito giuridico di sovranità nazionale e lo sviluppo della operatività economica sollecitava la creazione di uno spazio di scambio più ampio dei tradizionali confini nazionali. Lo sviluppo dell'economia industriale ha così indotto nell'ambito europeo ad una progressiva estensione del mercato di riferimento, superando i tradizionali confini nazionali, che, in ogni caso, restavano come presidio territoriale dell'efficacia dell'ordinamento giuridico nazionale, ma con la creazione di un mercato comune. La possibilità, infatti, data alle imprese, ormai comunitarie, di operare nel mercato europeo costringeva gli ordinamenti e l'ordinamento comunitario a rivedere i propri parametri al fine di consentire un regolare sviluppo del nuovo mercato.

Mentre l'espansione dell'economia industriale sollecitava conseguentemente in Europa una progressiva integrazione dei mercati nazionali, fino al mercato comune, unico e, infine, interno, c'era il concreto rischio di alimentare pluralismi giuridici che avrebbero finito per ostacolare con regole nazionali lo sviluppo dell'economia europea. Di qui nasceva l'esigenza che il mercato europeo non potesse esser minacciato da un pluralismo giuridico che avrebbe frustrato lo stesso sviluppo dell'economia, vittima di un'incertezza continua e ricorrente, che avrebbe finito con il vanificare poi gli stessi obiettivi di sviluppo economico che la creazione di un mercato integrato com'era diventato quello europeo.

Dunque, la necessità di adottare norme sovranazionali che seguendo il riparto delle competenze che solo definitivamente dopo i pilastri l'ordinamento europeo ha conosciuto potesse sottrarre in nome di un primato presidiato dalla progressiva limitazione della sovranità che l'adesione all'Unione ha comportato.

Il nuovo ordine giuridico imposto dal mercato integrato per lo sviluppo dell'economia industriale, ovviamente, non poteva risparmiarsi anche le norme fiscali. Se nella tradizionale

nazionale, però, l'imposizione era diretta a garantire le risorse finanziarie per il funzionamento dello Stato-apparato, nel mercato integrato imposto dallo sviluppo dell'economia industriale poteva rappresentare un ostacolo al libero ed incondizionato atteggiarsi delle forze sul mercato al confronto tra domanda e offerta che non potesse essere falsato o alterato dalle pretese fiscali nazionali. Per questa ragione, grazie all'opera del legislatore e, soprattutto, dei giudici europei, sia della Corte di Giustizia sia giudici nazionali, si è arrivati a un sistema impositivo del mercato europeo. Tralasciando l'imposizione doganale e sulle fabbricazioni, il sistema dell'imposta sul valore aggiunto è divenuto centrale nella regolazione del mercato europeo.

Tuttavia, l'introduzione di un tributo sì diverso dai precedenti costringeva gli interpreti e gli operatori a giudicare le scelte nazionali con parametri nuovi, sconosciuti alla visione finanziaria che aveva sempre accompagnato la scelta delle strutture impositive. Divennero, dunque, prioritari concetti, quali la neutralità e la proporzionalità che sarebbero diventati parametri dell'effettività misurata ad obiettivi economici che il mercato integrato aveva imposto. In questo mercato, dunque, grazie alla cd. "armonizzazione" dell'imposizione indiretta, l'integrazione con la sua dinamica si pienamente affermata con effetti sugli scambi e sulla concorrenza dei prodotti e anche dei servizi, coniugando consumi, produzione e scambi internazionali nell'unica garanzia di quella della neutralità fiscale della prima e della libera concorrenza della seconda.

L'abbandono delle frontiere fiscali interne, almeno per l'imposizione indiretta, da un lato, ha rafforzato il presidio esterno, anche grazie all'azione del diritto doganale, imponendo un modello di concorrenza. Dall'altro lato, ha valorizzato il ruolo dell'economia sul diritto, imponendo un lessico nuovo e diverso rispetto a quella della tassazione tradizionale di un'economia antica, al fine di qualificare in termini di certezza e stabilità dei rapporti che poi sarebbero diventati la migliore garanzia dell'effettività.

Si è cercato di raggiungere questi ed altri obiettivi con l'introduzione e la progressiva implementazione dell'imposta sul valore aggiunto, tributo così complesso da non poter essere identificato chiaramente sotto una categoria d'imposizione, non colpendo esclusivamente il consumo, la cifra d'affari o il valore aggiunto.

La tassazione europeo del mercato digitale, in sostanza, è imperniata su questo tributo. Costituendo l'iva una imposta generale sui consumi proporzionale al prezzo dei beni

e dei servizi, *ictu oculi*, appare evidente che il commercio elettronico rappresenti il modello di business per eccellenza in cui misurare l'effettività e l'efficacia dell'imposizione indiretta. Come già detto, però, la differenza tra commercio elettronico diretto e indiretto differenzia il regime applicabile, qualificando, rispettivamente, la prima come prestazione di servizi e la seconda come cessione di beni.

Al netto delle problematiche territoriali, tendenzialmente, le operazioni nel mercato digitale sono sicuramente riconducibili alle prestazioni di servizi di cui agli articoli 24 e seguenti della Direttiva 2006/112/CE. Dunque, la tassazione del consumo digitale e, traslando, del mercato digitale è affidata pienamente all'iva, la quale, però, dato il suo carattere di realtà sembra essere più adatta rispetto alla tassazione diretta ad accogliere le sfide dell'economia digitale, seppure con alcune problematiche, soprattutto in riferimento alla eventuale discriminazione di aliquote tra beni materiali e immateriali, in natura, perfettamente equipollenti¹⁹⁶.

A livello internazionale, poi, in alcuni ordinamenti, in luogo dell'imposizione sul valore aggiunto congeniata nell'Unione Europea, si preferisce tassare il consumo nel mercato digitale attraverso la cd. "goods and services tax" (d'ora in avanti, anche GST) o ancora attraverso imposte sulle vendite ("sales tax"). In diversi ordinamenti, questa tipologia di tributo è stata servente alla necessità di tassare in qualche modo le grandi imprese digitali. Alcuni si sono mossi nell'ambito della fiscalità indiretta, "importando" il criterio di tassazione nel luogo di consumo per i servizi elettronici proprio del sistema europeo dell'Iva¹⁹⁷, altri introducendo imposte di scopo o accise "mirate" alle transazioni digitali.

¹⁹⁶ Si pensi al caso analizzato nella sentenza Corte di Giustizia, C-390/15, RPO, ECLI:EU:C:2017:174, in cui i libri digitali messi a disposizione su supporto fisico godevano di un'aliquota agevolata rispetto a quelli trasmessi per via elettronica, pur presentando proprietà analoghe e rispondendo agli stessi bisogni dei consumatori. Per un commento GÓMEZ REQUENA e MORENO GONZÁLEZ, *Los libros electrónicos y el tipo reducido de IVA desde la perspectiva de la neutralidad fiscal*, La ley Unión Europea, 2017, 49.

¹⁹⁷ In Giappone, per esempio, l'imposta sul consumo è stata estesa alle forniture cross-border di prodotti e servizi digitali, tanto nelle transazioni B2C quanto in quelle B2B. Per le transazioni B2B si applicherà un meccanismo identico al cd. reverse charge, mentre per le transazioni B2C si prevede un sistema di identificazione diretta dell'impresa non residente; in Sud Africa, I fornitori di servizi elettronici non stabiliti in Sud Africa sono tenuti a registrarsi ai fini dell'imposta sul consumo sudafricana, nonché ad applicare e a versare l'imposta. Sebbene l'obbligo si applichi tanto alle transazioni B2C quanto a quelle B2B, la definizione di servizi elettronici adottata dall'amministrazione esclude gran parte dei servizi generalmente prestati nelle transazioni B2B.

In sintesi, la prima sfida relativa alla riscossione dell'IVA deriva dalla crescita verificatasi nell'e-commerce e, in particolare, dagli acquisti online di beni fisici prodotti in un'altra giurisdizione rispetto a quella del consumo. In aggiunta, si deve considerare la problematica inerente all'esenzione dall'IVA per le importazioni di beni di valore basso.

La ragione dell'esenzione, come è evidente, è che l'ordinamento consideri i costi associati alla riscossione dell'IVA sulle merci di modico valore superiori all'IVA che sarebbe essere pagata su tali beni. Il valore al quale è impostata la soglia di esenzione varia considerevolmente da paese a paese ma indipendentemente dal valore soglia, molti paesi IVA hanno visto a crescita significativa del volume delle importazioni di basso valore su cui non viene riscossa l'IVA.

Le sfide nascono dalla capacità delle aziende di strutturare deliberatamente i loro affari sfruttare le soglie di basso valore di un paese e vendere beni ai consumatori senza il pagamento dell'IVA. Ad esempio, un'attività domestica che vende beni di basso valore online ai consumatori nella sua giurisdizione sarebbe richiesto di raccogliere e rimettere quella giurisdizione IVA sulle sue vendite. L'azienda potrebbe ristrutturare i suoi affari in modo che i beni di valore basso siano invece spedito ai suoi consumatori da una giurisdizione offshore e quindi qualificati sotto l'esenzione dalla giurisdizione IVA per le importazioni a basso valore. Allo stesso modo, una start-up potrebbe strutturare le sue operazioni per approfittare deliberatamente della bassa esenzione di valore e localizzare in luogo diverso dalla giurisdizione in cui si trovano i suoi clienti.

L'esenzione per le importazioni di basso valore comporta una diminuzione delle entrate IVA e della possibilità di pressioni concorrenziali sleali sui dettaglianti nazionali che sono generalmente richiesti, a seconda, ad esempio, delle loro dimensioni, per addebitare l'IVA sulle loro vendite ai consumatori domestici. Di conseguenza, la preoccupazione non è solo questa perdita immediata di entrate e competitività le pressioni sui fornitori nazionali, ma anche l'incentivo che viene creato per i fornitori nazionali localizzare o trasferirsi in una giurisdizione offshore per vendere gratuitamente i loro beni di valore basso di IVA. Dovrebbe anche essere notato che tali rilocalizzazioni da parte delle imprese nazionali avrebbero ha aggiunto impatti negativi sull'occupazione domestica e sulle entrate fiscali dirette.

7. L'esistenza di indici economici diversi da quelli classici: tra *hortus conclusus* e indici "ragionevoli"

Individuati gli elementi base dell'imposizione tradizionale resta da considerare, se, rispetto a quelli enumerati sopra, vi siano ulteriori indici di capacità contributiva idonei a giustificare la contribuzione del contribuente alle pubbliche spese. Secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale, la determinazione dei singoli fatti espressivi della capacità contributiva che, quale idoneità del soggetto all'obbligazione di imposta, può essere desunta da qualsiasi indice che sia rivelatore di ricchezza e non solamente dal reddito individuale.

Uno degli esempi, spesso, riportato di tassazione slegata da indici tradizionali è il caso dell'Imposta Regionale sulle Attività Produttive¹⁹⁸. Questo tributo, in linea teorica, avrebbe individuato quale nuovo indice di capacità contributiva, diverso da quelli utilizzati ai fini di ogni altra imposta, il valore aggiunto prodotto dalle attività autonomamente organizzate. Il valore aggiunto prodotto altro non è che la nuova ricchezza creata dalla singola unità produttiva, che viene, mediante l'Irap, assoggettata ad imposizione ancor prima che sia distribuita al fine di remunerare i diversi fattori della produzione, trasformandosi in reddito per l'organizzatore dell'attività, i suoi finanziatori, i suoi dipendenti e collaboratori.

L'imposta colpisce perciò, con carattere di realtà, un fatto economico, diverso dal reddito, comunque espressivo di capacità di contribuzione in capo a chi, in quanto organizzatore dell'attività, è autore delle scelte dalle quali deriva la ripartizione della ricchezza prodotta tra i diversi soggetti che, in varia misura, concorrono alla sua creazione. Come si verifica per qualsiasi altro costo (anche di carattere fiscale) gravante sulla produzione, l'onere economico dell'imposta potrà essere infatti trasferito sul prezzo dei beni o servizi prodotti, secondo le leggi del mercato, o essere totalmente o parzialmente recuperato attraverso opportune scelte organizzative. L'esempio di questo tributo, così particolare, ma comunque presente pur con significative variazioni in altri ordinamenti europei (si pensi alla *taxe professionnelle* in Francia ovvero *Gewerbesteuer* in Germania o, ancora, *l'impuesto sobre las actividades economicas* in Spagna) dovrebbe comunque

¹⁹⁸ Per una riflessione generale sull'Irap si veda il contributo fondamentale di SCHIAVOLIN, L'imposta regionale sulle attività produttive: profili sistematici, Giuffrè, 2007

imporre una riflessione sulla possibilità di distaccarsi dai dogmi classici dell'imposizione tradizionale reddituale.

La capacità contributiva impone che il fondamento dei tributi (*rectius* della fattispecie impositiva) sia da rinvenire nella sussistenza di eventi suscettibili di esprimere “forza economica”. Pertanto, gli indici della capacità contributiva devono essere rinvenuti in fatti o situazioni economicamente rilevanti, che siano idonei cioè ad esprimere una potenzialità economica.

A tal proposito l'impostazione tradizionale prevede che la misurazione del concorso alle spese pubbliche sia effettuata in ragione delle posizioni economiche dei singoli consociati, quantificate in termini di denaro (quale usuale mezzo di scambio adottato nel contesto sociale e produttivistico). Ne deriva l'inclusione nel presupposto dei tributi di elementi idonei ad indicare componenti patrimoniali, intese sia come flusso (e dunque come reddito) sia come consistenza statica (e cioè come patrimonio) sia infine come oggetto di scambio (e pertanto come consumo o come spesa o come produzione). Più di recente, si è andata diffondendo una impostazione teorica che ricomprende nel concetto di potenzialità economica, assunto a fondamento del principio di capacità contributiva, anche situazioni (o “posizioni di mercato”) che esprimono una idoneità ad influire sull'acquisto o sullo scambio di beni o servizi o comunque una “capacità di comando” dei fattori produttivi e che appaiono dunque qualificabili come assetti funzionali a realizzare interessi economici e a soddisfare esigenze ed obiettivi valutabili in termini economici¹⁹⁹. Evidentemente, seguendo tale recente impostazione il presupposto dei tributi può essere esteso anche a fattispecie che non prevedono elementi patrimoniali (come, ad esempio, nell'Irap o nei tributi ecologici)²⁰⁰.

Il criterio distributivo dei carichi fiscali viene così riportato ad un ambito concettuale intriso del valore dell'eguaglianza sostanziale: la capacità di concorrere alle spese pubbliche non è individuata secondo criteri meramente formali (la consistenza numerica del patrimonio), ma è ricostruita in relazione ad aspetti sostanziali del circuito economico, venendo attribuito rilievo ad elementi di fatto apparentemente intangibili (il dominio dei fattori produttivi o il condizionamento della domanda), che però esprimono la “forza”

¹⁹⁹ FEDELE., *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, Giappichelli, 2005, cit. p. 22;

²⁰⁰ Segue tale impostazione la Corte costituzionale con la fondamentale sentenza n. 156/2001 in tema di legittimità del presupposto dell'IRAP.

effettiva di un soggetto sul mercato²⁰¹. È appena il caso di osservare che tale impostazione teorica, ed il conseguente ampliamento della nozione di capacità contributiva, appare coerente con il processo evolutivo della comunità, sempre più ispirato al perseguimento di obiettivi di giustizia sociale²⁰².

In ogni caso, su questa problematica della determinazione della ricchezza si gioca la partita più importante in riferimento alla tassazione dell'economia digitale, anche più del profilo della territorialità dell'imposizione. I due aspetti dell'economia digitale, sopra visti, ossia del modello di business e del mercato digitale sono strettamente correlati alle due problematiche della determinazione della ricchezza e della territorialità dell'imposizione. Sul punto si insiste che l'analisi dei modelli di impresa costringono a un ripensamento del concetto stesso di ricchezza, economicamente rilevante ai fini dell'imposizione e la "posizione di comando" nell'economia digitale impone una ponderazione degli interessi in gioco. È necessario, però, in primo luogo, verificare come la spiccata funzione redistributiva del tributo e la più volte sottolineata scindibilità della persona del contribuente dai suoi diritti proprietari si riflettano sulla nozione di capacità contributiva come mero criterio di riparto; su una nozione, cioè, fondata sul principio di uguaglianza distributiva e sganciata dal riferimento, quale oggetto del tributo, alla necessaria esistenza di una ricchezza della persona-contribuente di contenuto esclusivamente materiale e patrimoniale. Quella dell'identificazione del carattere personale della capacità contributiva in funzione della "situazione proprietaria" del soggetto passivo del tributo è, in effetti, una delle questioni che ha fatto e fa tuttora discutere i cultori del diritto tributario italiano. Questi, infatti, sono stati sempre combattuti nell'interpretazione di detto art. 53 tra il potenziamento delle garanzie costituzionali del contribuente — che presuppone una forte limitazione della discrezionalità del legislatore tributario e un accentuata valorizzazione della persona e della proprietà che con essa si dovrebbe identificare — e l'affidarsi, invece, ai soli principi di ragionevolezza, coerenza e congruità del sistema tributario, senza porre limiti concreti di altro genere allo

²⁰¹ FEDELE., *Prime osservazioni in tema di Irap*, in *Riv. dir. tributario*, 1998, vol. I, pp. 453 ss.; GALLO, *Ratio e struttura dell'Irap*, in *Rass. trib.*, 1998, pp. 627 ss.; GALLO, *Imposta regionale sulle attività produttive (IRAP)*, in *Enc. Dir., App.*, V, 2001, pp. 657 ss. Cfr. altresì BATISTONI FERRARA, *Prime riflessioni sul salvataggio dell'Irap*, in *Rass. trib.*, 2001, p. 833 ss.; BASILAVECCHIA, *Sulla costituzionalità dell'Irap: un'occasione non del tutto perduta*, in *Rass. trib.*, 2002, p. 92 ss.

²⁰² In tal senso cfr. GALLO, *Le ragioni del fisco*, cit. Cfr. altresì FEDELE, *La funzione fiscale e la capacità contributiva*, in *Diritto tributario e Corte costituzionale*, a cura di AA.VV., Napoli, ESI, 2006, cit., pp. 3 ss.

stesso legislatore che non siano quelli derivanti dalla misurabilità economica della situazione oggetto dell'imposizione.

È evidente che chi ragiona nel primo senso riduce i tributi²⁰³ istituibili solo a quelli il cui presupposto esprima una capacità contributiva qualificata (e cioè, nella sostanza, il reddito, il patrimonio e il consumo). Enfatizza in particolare, attraverso il riferimento alla necessaria esistenza di elementi patrimoniali attivi, il criterio di appartenenza proprietaria e presuppone, culturalmente e moralmente, ciò che finora si è negato, e cioè la inscindibilità tra la persona del contribuente e i suoi diritti proprietari e la natura pre-istituzionale degli stessi. Fonda, infatti, l'interpretazione dell'art. 53, comma 1, sul dogma della giuridica necessità che la tassazione avvenga con riferimento a situazioni ed eventi che siano "contenitori" di elementi patrimoniali e fattori di arricchimento materiale del contribuente, fino al punto di ritenere costituzionalmente illegittime quelle forme di tassazione che tali elementi trascurano.

Chi, invece, interpreta il riferimento alla capacità come fissazione di un mero criterio distributivo acconsente a che la ripartizione del carico pubblico avvenga, per la soddisfazione dell'interesse generale, in base a scelte di origine sociale fatte dal legislatore nella sua discrezionalità, e cioè scelte che possono anche escludere il riferimento a una "ricchezza" del contribuente avente contenuto patrimoniale (che è come dire la necessaria titolarità, da parte di questi, di un diritto soggettivo di proprietà).

Definendo la funzione fiscale come una funzione di riparto del carico pubblico tra i consociati, si scinde la persona del contribuente dalla sua proprietà e si consente al legislatore ordinario di assumere, quali soggetti passivi d'imposta idonei a concorrere alle pubbliche spese, anche coloro che pongono in essere presupposti, socialmente rilevanti, risolvendosi nella sola valutazione economica delle diverse possibilità di soddisfare esigenze e bisogni dei soggetti passivi medesimi e di realizzare i loro interessi. È evidente che chi si muove nell'indicata ottica di equità distributiva e di non identificazione del contribuente con i suoi diritti proprietari non può che ragionare in questo secondo senso.

²⁰³ GAFFURI, *La compatibilità dell'imposta regionale sulle attività produttive con i precetti fondamentali dell'ordinamento giuridico: stato della questione*, in *Riv. dir. trib.*, 1999, vol. 1, p. 843;

Sulla base di questo ragionamento, vi è chi ha immaginato il modellamento di nuove tipologie di tributi, sganciate dagli indici di capacità contributiva tradizionali, ma con riferimenti sempre più tangibili a nuovi modelli. Declinando questo ragionamento sul tema della ricchezza digitale, la forza di comando detenuta dai grandi player internazionali sembra basarsi principalmente su nuovi modelli di business in cui il dato è l'elemento principale dell'architettura imprenditoriale.

Su questa premessa, in particolare, la dottrina ha immaginato la creazione di tributi *ad hoc*, comunque, complementari alla tassazione reddituale societaria. In riferimento a questo e agli altri temi conseguenti, è bene, dunque, analizzare quali e quante sono state le proposte normative che hanno immaginato l'istituzione di tributi sensibilmente diversi da quelli attuali.

8. L'introduzione di tributi specifici per affrontare le sfide dell'economia digitale: necessità o fallimento del sistema?

Fino ad adesso, si è provveduto a ricostruire lo *status quo* della tassazione dell'economia, del mercato e delle imprese digitali considerando i classici modelli impositivi sul reddito e sul consumo. Tuttavia, in diversi ordinamenti, è emersa il tentativo di ricondurre sotto tipologie specifiche d'imposizione questa nuova realtà economica, utilizzando talvolta indici di capacità contributiva del tutto estranei a quelli tradizionali, talora adattando questi indici al digitale.

In primo luogo, però, sia concessa una riflessione sul motivo per cui si rifuggiranno termini, quali "web tax" o "google tax" o *similia*.

Innanzitutto, il termine "web tax" appare non propriamente soddisfacente, in quanto non si discute della tassazione del web, il che sarebbe assolutamente irrazionale, come il famoso esempio di tassazione della barba, ma si tratta di aggiornare o rivedere i criteri di determinazione dell'imponibile e localizzazione dei concetti rilevanti ai fini tributari alle possibilità offerte dal web. Allo stesso modo, non si condivide l'impostazione delle "google tax", "netflix tax" e derivazioni varie, in quanto sembrerebbe rispecchiare una volontà parasanzionatoria nei confronti di alcuni o specifici giganti del web, più che di un'adeguata ricostruzione delle attività di queste imprese all'interno di categorie tributarie.

La logica, invece, che appare più corretta nell'attuale contesto è quella di studiare i cambiamenti scientifico-tecnologici di queste imprese, adattando il sistema impositivo a questa nuova realtà economica, non già, però, costruendo delle forme d'imposizione specifiche a seconda dell'impresa presa a modello, quanto immaginando delle nuove linee guida dell'economia internazionale. Nei prossimi paragrafi si affronteranno una serie di soluzioni nazionali, senza pretesa di esaustività, che, però, hanno il merito di mostrarci chiaramente come, innanzitutto, il problema sia patrimonio condiviso dai diversi ordinamenti e, in secondo luogo, come le soluzioni non sono convergenti, ma che, anzi, aggravano una certa parcellizzazione dei sistemi impositivi.

Questi tentativi, a ben vedere, non sono del tutto avulsi dai canonici indici di capacità contributiva, in quanto, in alcuni casi, sembrano uno sviluppo di forme impositive indirette, in altri casi di tassazione reddituale e, solo in pochi casi, sembrano assolutamente sganciati dagli ordinari indici di capacità contributiva.

In questa ricostruzione, sono stati considerati alcuni esempi di tributi specifici introdotti in alcuni ordinamenti, senza pretesa di esaustività, anche perché ciò sarebbe quasi impossibile considerando che, ormai, moltissimi ordinamenti statali hanno considerato o hanno implementato norme dirette alla tassazione dell'economia digitale.

8.1. La via italiana alla tassazione dell'economia digitale: analisi della disciplina positiva dell'imposta sulle transazioni digitali

L'art. 1, commi da 1011 a 1019, della legge di bilancio per il 2018 ha introdotto nell'ordinamento italiano un'imposta sulle transazioni digitali²⁰⁴, relative a prestazioni di servizi effettuate mediante mezzi elettronici. L'imposizione di questo nuovo tributo, insieme alla ridefinizione dell'istituto della stabile organizzazione con cui si è codificata la

²⁰⁴ Tra i primi commentatori della nuova disciplina si vedano PERRONE, CAPANO, *La futura "web tax" tra improvvisazione italiana e pragmatismo riformista dell'UE: un'analisi evolutiva*, in *Innovazione e Diritto*, 2017, vol. 6, no. 5; DELLA VALLE, *La web tax italiana e la proposta di direttiva sull'imposta sui servizi digitali: morte di un nascituro appena concepito?* in *Fisco*, 2018, vol. 16, p. 1507; DE SANTIS, MAZZETTI, *Web tax e ritenuta sulle proprietà intellettuali spingono all'emersione delle stabili organizzazioni occulte*, in *Fisco*, 2018, vol. 18, p. 1730; AVOLIO, PEZZELLA, *La web tax italiana e la tassazione dei servizi digitali*, in *Fisco*, 2018, vol. 6, p. 525.

“continuativa presenza economica”, dovrebbe rappresentare la soluzione italiana, almeno di breve periodo, all’erosione delle basi imponibili operata, nel caso di specie, dalle imprese digitali. Il legislatore italiano, infatti, alla luce della situazione di stallo venutasi a creare dopo la proposta congiunta dei governi italiano, spagnolo, tedesco e francese e le risposte tiepide o le controproposte degli altri Stati Membri dell’Unione e in attesa di una risposta coordinata a livello internazionale (OCSE) o, auspicabilmente, da parte della Commissione Europea, ha inteso percorrere la strada di una soluzione unilaterale, disattendendo così le conclusioni a cui era arrivata l’OCSE nella redazione del Report Finale dell’Action 1, orientato allo studio delle sfide fiscali nell’economia digitale.

In chiave comparata, questa misura rappresenta uno degli interventi più interessanti di un legislatore nazionale sul tema della fiscalità delle imprese digitali con l’istituzione di un tributo *ad hoc*, in considerazione del fatto che gli Stati hanno costantemente delegato la ricerca di soluzioni a interventi sovranazionali o, comunque, coordinati da organizzazioni come l’OCSE. Questa normativa, invece, in combinato disposto con le modifiche alla stabile organizzazione, intende superare il problema del radicamento territoriale dell’impresa, prendendo come legittimazione territoriale all’imposizione il committente di beni o servizi. L’imposta è, di fatto, una vera e propria “web tax”, intendendola, però, come una forma di imposizione sulle imprese digitali, a differenza della precedente “web tax” di cui all’art. 1-bis del decreto-legge n. 50 del 2017, la quale, invece, era una “procedura di cooperazione e collaborazione rafforzata” e non già un tributo²⁰⁵.

Ciò premesso, però, si deve rilevare che la disciplina adottata che doveva entrare in vigore il 1° gennaio 2019, ma la cui vigenza è stata rinviata, in verità, sembra essere ispirata a una logica emergenziale e non in una prospettiva sistematica. I continui ripensamenti sull’imposta in sede di discussione governativa e parlamentare hanno contribuito, inoltre, a generare una serie di perplessità sul risultato complessivo dell’iter normativo. L’Italia, a differenza di quanto accaduto in altri Stati e di quanto consigliato in sede OCSE e Ue, ha introdotto un tributo specifico sull’economia digitale o, meglio, sulle transazioni digitali,

²⁰⁵ ZUCCHETTI, TARDINI, LANFRANCHI, *The Italian “Web Tax”: The New Administrative Procedure for Multinational Enterprises to Disclose Hidden Permanent Establishments in Italy*, in *Int. Tr. Pric. Journal*, September/October 2017, p. 390; CERRATO, *La procedura di cooperazione e collaborazione rafforzata in materia di Stabile Organizzazione (cd. web tax transitoria)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2017, vol. 6.

discriminando tra i traffici commerciali che avvengono in via analogica e quelli che avvengono in forma dematerializzata. Si evidenzierà che vi sono diverse perplessità su questo nuovo tributo analizzandolo sotto il profilo della costituzionalità, della compatibilità con il diritto europeo e alla luce delle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sottoscritte dall'Italia con altri Stati.

Prima di iniziare l'analisi critica della risposta italiana alla luce del diritto europeo e del diritto tributario internazionale, è necessario approfondire l'esame della normativa positiva così come risultante dalla versione consolidata della legge di bilancio 2018.

Come si accennava il nuovo tributo mira a colpire la capacità contributiva manifestata dalle prestazioni di servizi digitali operate dagli operatori economici rese nei confronti dei soggetti sostituti d'imposta, così come individuati dall'art. 23 del D.P.R. n. 600/73. Sostanzialmente, da questa prima definizione sembra che il tributo abbia lo scopo di tassare quelle transazioni digitali che avvengono tra un prestatore di servizi e un operatore economico residente in Italia, già sostituto d'imposta, secondo il classico modello "business-to-business" (b2b), escludendo, dunque, le transazioni "business-to-consumer" (b2c) e, dunque, il commercio elettronico indiretto.

Il fatto generatore dell'imposta, in sostanza, individua un profilo oggettivo nella presenza necessaria di almeno due soggetti: il prestatore dei servizi digitali e il committente. Il soggetto passivo dell'imposta è l'operatore economico o, meglio, il soggetto prestatore, residente o non residente, che effettua servizi digitali per committenti residenti, in numero complessivo superiore a 3.000 unità nel corso dell'anno solare. In concreto, il committente, che deve effettuare un pagamento nei confronti del prestatore del servizio, all'atto dell'adempimento deve operare una ritenuta a titolo d'imposta con obbligo di rivalsa sui soggetti passivi del tributo, tranne quando i soggetti passivi dell'imposta dichiarino di non superare il limite quantitativo di 3.000 operazioni nell'anno solare.

In aggiunta al soggetto che manifesta capacità contributiva mediante l'effettuazione di transazioni digitali, dunque, l'ordinamento ha previsto l'istituzione di un soggetto obbligato all'effettuazione e al pagamento della ritenuta, ossia il committente. Fondamentalmente, appare evidente che il legislatore abbia inteso istituire una forma di sostituzione d'imposta con ritenuta a titolo d'imposta, mediante cui il sostituto committente

adempie l'obbligazione tributaria del sostituto, con le conseguenze, assai note, in caso di inadempimento del sostituto, ai sensi dell'art. 35 del D.P.R. n. 602/73.

Un primo profilo problematico, sotto il profilo soggettivo, almeno da un punto di vista competitivo per le imprese italiane, emerge dall'assimilazione tra prestatore residente e prestatore non residente. Se la disciplina italiana era orientata a colpire i cd. "Over the top" (Google, Facebook) allo stesso modo, questo tributo andrà a colpire soggetti economici residenti, i quali così si troveranno a cumulare questa forma d'imposizione con le altre già previste, determinando così una prospettiva assai paradossale.

Dal lato delle imprese residenti, queste si troveranno in una situazione di sostanziale discriminazione a rovescio, dovendo subire un ulteriore prelievo, dal lato dei grandi player internazionali, questi con il pagamento di un'aliquota piuttosto ridotta (3%) potranno affermare di aver assolto pienamente agli obblighi tributari nell'ordinamento italiano. Probabilmente, la decisione di inserire anche i soggetti residenti è dovuta in risposta agli eventuali problemi circa una possibile discriminazione, così come l'eliminazione del credito d'imposta che avrebbe anche significato l'assunzione del tributo all'interno della categoria delle imposte reddituali.

L'introduzione di una soglia oltre la quale il tributo è dovuto, poi, oltre alle questioni inerenti all'accertamento, rischia di esentare dall'imposizione soggetti che, pur effettuando un minor numero di operazioni, le abbiano svolto con ricavi superiori.

La normativa, infine, esclude dall'applicazione del tributo le prestazioni operate nei confronti dei contribuenti minimi (art.1, comma 54, della legge 190/2014), delle imprese costituite da giovani o da "coloro che perdono il lavoro" (art. 27 della legge 98/2011) e dalle stabili organizzazioni di imprese non residenti, probabilmente per non andare a gravare soggetti particolari dall'esperimento di obblighi tributi ulteriori.

Come è noto il tributo colpisce le prestazioni di servizi digitali, escludendo così il commercio elettronico indiretto. Il secondo periodo del comma 1012 si preoccupa di identificare i "servizi digitali", come quei "servizi prestati tramite mezzi elettronici quelli forniti attraverso internet o una rete elettronica e la cui natura rende la prestazione essenzialmente automatizzata, corredata di un intervento umano minimo e impossibile da garantire in assenza della tecnologia dell'informazione".

Tuttavia, la norma rinvia, per una più precisa identificazione della prestazione di servizi all'emanazione di un Decreto del Ministro dell'economia e delle finanze da emanarsi entro il 30 aprile 2018. Su questo secondo aspetto della normativa, è necessario soffermarci per qualche riflessione.

Nella nostra tradizione giuridica è pacifico che il presupposto di un tributo rientra nella riserva di legge e, pertanto, debba essere necessariamente contenuto in una norma avente forza di legge. Ma, sul punto si è assistito a una progressiva erosione di questo principio e, pertanto, sebbene l'art. 23 della Costituzione «vieta che le prestazioni personali o patrimoniali siano imposte direttamente da una fonte secondaria», «non esclude», invece, «che il precetto legislativo possa essere da detta fonte integrato» «essendo anche ammissibile il rinvio a provvedimenti amministrativi diretti a determinare elementi o presupposti della prestazione, purché risultino assicurate, mediante la previsione di adeguati parametri, le garanzie in grado di escludere un uso arbitrario della discrezionalità amministrativa»²⁰⁶.

Nel caso di specie, sembra che questo Decreto Ministeriale più che dettare il presupposto dell'imposizione, in realtà, dovrebbe semplicemente esemplificare alcune fattispecie di servizi digitali e, pertanto, la delegificazione così operata non sembra poter essere censurata sotto il profilo della violazione dell'art. 23 della Costituzione.

Un appunto a parte merita, invece, la questione della territorialità dell'imposizione, in quanto, il potere impositivo è individuato dalla residenza del committente e non del prestatore di servizi digitali, il quale può essere anche non residente. Questo ci consente di sviluppare alcune considerazioni sulla natura stessa dell'imposta, la quale, come ogni tributo, deve colpire manifestazioni rilevanti di capacità economica (reddito, consumo o patrimonio). Dato il meccanismo di funzionamento, per cui è prevista un'imposizione lorda sul volume delle transazioni, non sembra potersi sussumere all'interno né delle imposte reddituali né di quelle sul patrimonio.

Non ci resta, dunque, che intendere questo tributo come sussumibile all'interno della categoria dell'imposte indirette e, dunque, con le relative problematiche di diritto unionale che si affronteranno *infra*. A conferma di ciò, per quanto riguarda il profilo della base imponibile e dell'aliquota l'imposta con aliquota al 3% è commisurata al valore della singola

²⁰⁶ Cass. civ. Sez. Unite, 10/09/2004, n. 18262.

transazione, ossia al corrispettivo dovuto dal committente e che la quota parte del corrispettivo si aggiunge al valore della singola transazione, al netto dell'imposta sul valore aggiunto.

In aggiunta a questo, la stessa disciplina rinvia per quanto riguarda l'accertamento, la riscossione e l'applicazione delle sanzioni alle disposizioni previste in materia di imposta sul valore aggiunto, in quanto compatibili. Con il decreto di cui al comma 1012 sono stabilite le modalità applicative dell'imposta di cui al comma 1011, ivi compresi gli obblighi dichiarativi e di versamento, nonché eventuali casi di esonero. Con uno o più provvedimenti del direttore dell'Agenzia delle entrate possono essere individuate ulteriori modalità di attuazione della disciplina.

Ciò premesso sembra evidente che una prima questione di decisiva importanza che dovrà essere risolta al fine di valutare l'operatività della disciplina è relativa alla possibile incompatibilità con il diritto eurounitario. Come è risaputo, l'art. 2 della direttiva 2006/112 stabilisce che sono soggette all'iva "le prestazioni di servizi effettuate a titolo oneroso nel territorio di uno Stato membro da un soggetto passivo che agisce in quanto tale". L'art. 24, poi, si occupa di (non) definire la nozione di prestazione di servizi, considerando «prestazione di servizi» ogni operazione che non costituisce una cessione di beni. A maggior ragione la lettera a dell'art. 25 chiarisce che costituisce prestazione di servizi anche la cessione di beni immateriali. Da queste prime definizioni è evidente che le prestazioni di servizi di cui al nuovo tributo è ricompresa nella nozione di prestazione di servizi così come accolta nella disciplina iva.

L'art. 401 della stessa direttiva, infine, consente "ad uno Stato membro di mantenere o introdurre imposte sui contratti di assicurazione, imposte sui giochi e sulle scommesse, accise, imposte di registro e qualsiasi imposta, diritto o tassa che non abbia il carattere di imposta sul volume d'affari, sempreché tale imposta, diritto o tassa non dia luogo, negli scambi fra Stati membri, a formalità connesse con il passaggio di una frontiera".

La natura dell'imposta sul digitale sembra proprio essere quella di un'imposta sul volume d'affari, almeno limitatamente ai servizi, realizzata dall'operatore economico, seppure accertata e riscossa mediante l'utilizzo di un sostituto. La Corte di Giustizia, sul punto, ha statuito che l'articolo 401 della direttiva IVA non osta al mantenimento o all'introduzione di un'imposta che non presenti una delle caratteristiche essenziali dell'IVA:

ossia l'applicazione generale alle operazioni aventi ad oggetto beni o servizi; la proporzionalità al prezzo percepito dal soggetto passivo quale contropartita dei beni e servizi forniti; la riscossione in ciascuna fase del procedimento di produzione e di distribuzione, a prescindere dal numero di operazioni effettuate in precedenza; la possibilità di detrazione per l'operatore economico, unita all'obbligo di rivalersi sul consumatore finale, sul quale graverà il peso economico del tributo.

Per valutare se un'imposta, un diritto o una tassa abbiano la natura di imposta sulla cifra d'affari, occorre in particolare verificare se essi abbiano l'effetto di danneggiare il funzionamento del sistema comune dell'IVA, gravando sulla circolazione dei beni e dei servizi e colpendo le operazioni commerciali in modo analogo all'IVA.

In questa sede non si vuole ovviamente affermare l'incompatibilità dell'imposta con il diritto unionale, anche, in considerazione del fatto, che dopo la celebre sentenza Banca Popolare di Cremona, la Corte ha adottato un atteggiamento assai restrittivo nell'analisi di questi tributi, probabilmente più per ragioni di gettito che strettamente giuridiche. L'imposta, infatti, non è sicuramente identificabile pienamente con l'imposta sul valore aggiunto, tuttavia, alcune caratteristiche, come l'applicazione generalizzata ai servizi, la proporzionalità, la possibilità di rivalsa per il committente e, dunque, la probabile sopportazione economica da parte del consumatore finale impone una riflessione sulla possibile incompatibilità.

Qualora, invece, si ritenesse il nuovo tributo come un'imposizione reddituale o sul patrimonio, questo tributo rischierebbe di essere in aporia con i trattati internazionali, ossia le convenzioni contro le doppie imposizioni, sottoscritti dall'Italia con altri Stati. L'art. 2, punto 4, del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio dell'OCSE stabilisce chiaramente che "la Convenzione si applicherà anche alle imposte di natura identica o analoga che verranno istituite dopo la data della firma della presente Convenzione in aggiunta o in sostituzione delle imposte esistenti. Le autorità competenti degli Stati contraenti si comunicheranno le modifiche importanti apportate alle rispettive legislazioni fiscali" (traduzione libera). Qualora in astratto questo tributo rientrasse nell'ambito delle imposte dirette, dunque, il soggetto non residente in Italia e residente in uno degli Stati firmatari potrebbe eccipire l'applicazione della Convenzione e, dunque, solo ed esclusivamente dell'imposizioni ivi prevista.

A titolo meramente esemplificativo, l'impresa irlandese operante in Italia, senza una stabile organizzazione, potrebbe invocare legittimamente l'art. 5 della Convenzione e, pertanto, sarebbe legittimata a non essere sottoposta, comunque, ad imposizione.

8.2. Tra Bit e Hit tax: modelli impositivi nuovi per un'economia nuova

La cd. "bit tax" è una tipologia di imposizione sull'economia digitale, basata sui flussi informatici trasmessi per mezzo di Internet²⁰⁷.

In pratica, si tratterebbe di un sistema impositivo incentrato sulla quantità di trasmissioni avvenute nel mondo digitale. In concreto, la "bit tax" è commisurata al numero di bit trasmessi da Internet e ricevuti dall'utente e, dunque, al traffico digitale interattivo, basata sull'intensità della trasmissione a prescindere dal suo contenuto²⁰⁸, ossia alla natura economia del contatto. Più propriamente, in verità, dovrebbe considerarsi un'imposta su una forma di occupazione dell'etere²⁰⁹ da parte delle imprese digitali. Secondo alcuni²¹⁰, si potrebbe mettere in dubbio, infatti, se questo tributo sia davvero una imposta o, addirittura, una tassa basata sull'uso dell'infrastruttura digitale da parte dell'impresa.

Seppure oggetto di riflessioni dottrinali e non solo, la "bit tax"²¹¹, in realtà, non ha mai veramente visto la luce in nessuno degli ordinamenti in cui è stata proposta²¹². L'unico

²⁰⁷ L'idea della bit tax è da attribuire a CORDELL, *New taxes for a new company*, in *Government Information in Canada/Information gouvernementale au Canada*, 1996, Vol. 2, no. 4; si veda anche la versione proposta da ROSEMBUJ, *El impuesto digital*, in *El Fisco*, 2015.

²⁰⁸ ROCCATAGLIATA, VALENTE, *Bit tax, ultima frontiera nella società dell'informazione?*, in *Fisco*, 1999, p. 5514.

²⁰⁹ GALLO, *Tributi, Costituzione, crisi economica*, in *Rass. Trib.*, 2017, vol.1, p. 175; Per GIOVANNINI, *Ripensare la capacità contributiva*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2016, vol. 1, p. 10015, "un vero e proprio sfruttamento a fini commerciali delle «tracce» della navigazione, che potrebbe divenire autonomo presupposto di un'imposta di utilità".

²¹⁰ BLUM, *Permanent Establishments and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative – The Nexus Criterion Redefined?*, in *Bulletin for International Taxation*, 2015, Vol. 69, No. 6/7.

²¹¹ Commissione Europea nel gennaio del 1996 (Building the economic information society for us all. First reflections of the High-Level Group of Experts, DG V, Bruxelles, 1996).

²¹² In Ungheria, per esempio, si è proposta una forma di "bit tax". Il governo di Viktor Orbán aveva annunciato l'introduzione di una "bit tax", per cui tutti i trasferimenti di dati attraverso un ISP dovevano essere tassati di 140 fiorini (più o meno, 50 centesimi di euro) per Gigabyte. Il tributo, poi, venne cancellato a causa delle proteste delle opposizioni al governo che temevano una censura su Internet. Successivamente, in Ungheria, con effetto dal 15 agosto 2014, una soprattassa (cioè imposta sulla pubblicità) è imposta al settore dei media (compresi i fornitori non residenti), per quanto riguarda le attività editoriali, nonché le attività pubblicitarie (ad es. Portali Internet). L'imposta è riscossa a tassi progressivi che vanno dallo 0% al 50% del fatturato netto. Se

suggerimento dato in sede internazionale, considerando il parere negativo espresso dalla Commissione Europea²¹³, è che dovrebbe essere introdotto un elemento di progressività e si applicherebbero diversi livelli di tassazione, a seconda delle dimensioni e del fatturato dell'impresa²¹⁴. Un punto forte di questa proposta è la semplicità dell'accertamento e della riscossione di questo tipo di tributo, considerando la possibilità di individuare come soggetti obbligati al pagamento dell'imposta gli operatori telefonici. La critica principale, invece, mossa a questa tipologia di contribuzione è l'aggravio sul mezzo produttivo, Internet, e sugli utenti, indipendentemente dal valore economico del messaggio, in luogo di una vera imposizione sui grandi player dell'economia digitale. Peraltro, tecnicamente, questo tributo è anche soggetto al rischio che gli imponibili vengano facilmente trasferiti agli ISP in giurisdizioni che non lo applicano.

Oltre alla "bit tax", probabilmente la più celebre, diverse altre proposte di tassazione dell'economia digitale, basate su indici diversi da quelli canonici, sono state avanzate nella letteratura scientifica, tra le principali si ricordano il tributo sulla registrazione dei domini, la tassa di concessione degli indirizzi IP, il tributo sulla pubblicità on line e la hit tax²¹⁵.

il contribuente è una persona che ordina la pubblicazione di annunci pubblicitari, l'aliquota d'imposta è applicata al 20% su qualsiasi spesa pubblicitaria mensile superiore a 2,5 milioni di HUF. A seguito di un'indagine approfondita della Commissione europea sulla compatibilità della tassa pubblicitaria con le norme dell'UE in materia di aiuti di Stato, una proposta è stata presentata al Parlamento nel maggio 2015 per modificare la tassa pubblicitaria ad un'aliquota fissa del 5,3% basi imponibili superiori a 100 milioni di HUF e 5% per i contribuenti che ordinano la pubblicazione di annunci pubblicitari. L'Ungheria riscuote inoltre una tassa sui fornitori di servizi di telecomunicazione per quanto riguarda la fornitura di servizi pubblici di telecomunicazione tramite reti di telecomunicazione elettroniche situate in Ungheria. L'imposta viene addebitata a un importo fisso in base ai minuti pronunciati e al numero di messaggi. Le imposte di cui sopra in Ungheria interessano diversi settori dell'economia digitale (i settori della pubblicità e delle telecomunicazioni), creando un onere maggiore per le imprese che operano in questi settori. Mentre le tasse non affrontano l'erosione della base e lo spostamento dei profitti, tendono a creare condizioni di disparità per le aziende con tali attività. Tassare le imprese digitali non dovrebbe creare svantaggi. In quanto tale, i passi dell'Ungheria potrebbero essere reconsiderati in futuro. Cfr. POPA, *Taxation of the Digital Economy in Selected Countries – Early Echoes of BEPS and EU Initiatives*, in *European Taxation*, 2016, Vol. 55, No. 1.

²¹³ FERNANDEZ, HEIJ, POPE, *Tax Policy and Electronic Commerce*, in *Bulletin for International Taxation*, 2002, Vol. 56, No. 1.

²¹⁴ OECD, supra n. 3, a p. 146 ss.

²¹⁵ Per quanto riguarda la tassa per la concessione degli indirizzi ip, dovuta da coloro i quali vogliono utilizzare il mezzo tecnologico al fine di carpire dati e informazioni, questo tributo si configura come una tassa annuale di concessione. Similmente, il tributo sulla registrazione dei domini si qualifica come tassa, dovuta in ragione del servizio pubblico fornito dalla concessione del dominio. Diversamente, la tassazione della pubblicità online, nella prospettiva di parte della dottrina, si dovrebbe presentare come uno sviluppo della imposta (comunale) sulla pubblicità. Su queste proposte si rinvia principalmente a un autore e ai suoi scritti URICCHIO, *Le frontiere dell'imposizione tra evoluzione tecnologica e nuovi assetti istituzionali*, Cacucci, Bari, 2010; URICCHIO, *Some thoughts for e-reforming the tax system: beyond the bit tax*, in *Intertax*, 2006, vol. 12, p.

Partendo da quest'ultima, si deve considerare che la premessa da cui si muove è che i siti web sono diventati un importante fattore produttivo per la maggior parte delle attività commerciali, rendendo irrilevante talvolta il ruolo degli intermediari (per una critica a tale impostazione si rinvia a quanto scritto nel Cap I). Il numero di accessi al sito Web, pertanto, potrebbe essere utilizzato come strumento per rilevare indirettamente la ricchezza di tali attività commerciali, basandosi sul ragionamento per cui più accessi sono registrati in un determinato sito web, più quest'ultimo rileva come fattore produttivo tassabile. La tassa sugli accessi a un sito Web, o Hit Tax, tecnicamente, potrebbe essere prelevata dalla persona che lo ha registrato con un livello di aliquote assolutamente ridotto variabili in base al numero di volte al numero di accessi. Secondo i fautori della proposta, tale tributo avrebbe unirebbe l'efficienza e la semplicità anche in termini di accertamento e riscossione.

Trascendo, per il momento, da valutazioni circa la giustificazione teorica e l'applicabilità pratica del tributo, si rileva che, in ogni caso, la localizzazione territoriale potrebbe essere, in qualche modo, più complicata di quanto affermino i sostenitori del tributo, considerando la facilità con cui si potrebbe posizionare il sito-web nei diversi ordinamenti.

8.3. La ritenuta alla fonte per pagamenti online

Una ritenuta alla fonte (*withholding taxation*)²¹⁶ sui pagamenti da parte di residenti di un paese per l'acquisizione di beni e servizi acquistati online da fornitori non residenti è un'altra delle alternative proposte al sistema attuale di tassazione. Questa ritenuta alla fonte potrebbe essere in teoria imposta come prelievo finale indipendente dalla base lorda su

617; URICCHIO, *Evoluzione tecnologia e imposizione: la cd. Bit tax. Prospettive di riforma della fiscalità di Internet*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2005, vol. II, n. 4/5, p. 753; URICCHIO, *Nuove piraterie e ordinamenti giuridici interni e internazionali*, Cacucci, Bari, 2011, p. 367.

²¹⁶ BRAUNER, BAEZ MORENO, *Withholding taxes in the service of BEPS Action 1 : address the tax challenges of the digital economy*, WU International Taxation Research Paper Series No. 2015-14; BRAUNER, PISTONE, *Adapting Current International Taxation to New Business Models: Two Proposals for the European Union*, in *Bulletin for International Taxation*, 2017, Vol. 71, No. 12; KOFLER, MAYR, SCHLAGER, *Taxation of the Digital Economy: A Pragmatic Approach to Short-Term Measures*, in *European Taxation*, 2018, Vol. 58, No. 4.

determinati pagamenti effettuati a fornitori non residenti di beni e servizi ordinati online o, in alternativa, come meccanismo di raccolta primaria e strumento di applicazione a supporto l'applicazione dell'opzione nexus, cioè la tassazione su base netta. Entrambi gli approcci sollevano problemi tecnici analoghi per quanto riguarda l'ambito delle operazioni coperte e la riscossione del debito fiscale derivante. Inoltre, l'applicazione di una finale indipendente la ritenuta alla fonte solleva sfide specifiche relative agli obblighi commerciali e al diritto dell'UE. Una ipotesi simile di ritenuta alla fonte è stata immaginata nell'ordinamento italiano con la proposta di legge n. C.3076 presentata il 27 aprile 2015, presentata da Quintarelli, Sottanelli e Melilla, la quale, oltre a prevedere una ridefinizione del concetto di Stabile Organizzazione, prevedendo una ritenuta alla fonte ai pagamenti effettuati da soggetti residenti in un Paese, all'atto dell'acquisto di prodotti o servizi digitali presso un e-commerce provider estero.

Non potendo però i consumatori finali operare da sostituti di imposta, l'unica soluzione per l'applicazione di tale ritenuta alla fonte comporterebbe il coinvolgimento diretto delle istituzioni finanziarie incaricate di regolare il relativo pagamento degli acquisti on line. Si potrebbero dunque prevedere le seguenti disposizioni: la qualificazione come royalties dei corrispettivi pagati da operatori nazionali ai produttori di programmi informatici (cosiddetti software house) non residenti, a fronte dell'acquisto di licenze software e di altri beni immateriali successivamente distribuiti sul mercato italiano; l'applicabilità nel caso di specie, per operatori persone fisiche, delle ritenute alla fonte previste dall'articolo 25, quarto comma, del decreto del Presidente della Repubblica n. 600 del 1973, in combinato disposto con l'articolo 23, comma 2, lettera c), del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 917 del 1986. L'articolo 25, quarto comma, del decreto del Presidente della Repubblica n. 600 del 1973 prevede infatti l'applicazione della ritenuta ordinaria del 30 per cento sui compensi corrisposti a fronte dell'utilizzazione economica di opere dell'ingegno, marchi, brevetti industriali, processi, formule o informazioni relative a esperienze acquisite in campo industriale, commerciale o scientifico, anche se conseguite nell'esercizio di impresa (cosiddetti canoni, ovvero in ambito internazionale, royalties). L'adozione del regime di tassazione ordinaria delle royalties pagate a non residenti è subordinata alla mancata applicabilità delle più favorevoli condizioni previste: dalla direttiva 2003/49/CE del Consiglio, del 3 giugno 2003, che

prevede l'esenzione dall'applicazione di ritenute; dalle convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia, laddove è prevista l'applicazione di una ritenuta ridotta, oppure, in taluni casi, la totale esenzione.

La ritenuta del 25 per cento tiene conto del fatto che, laddove avessero in Italia una stabile organizzazione, potendo calcolare la base imponibile sulla base dei costi e dei ricavi, l'imposta da pagare, seppure con la più alta aliquota del 27,5 per cento, sarebbe più bassa.

Oltre a prese di posizioni favorevoli in dottrina per l'implementazione di una simile forma di tassazione, si è assistito anche in altri ordinamenti al tentativo di introdurre analoghi sistemi impositivi, soprattutto, però come completamento dell'imposizione indiretta.

8.4 L'equalization levy ovvero “contributo compensativo”: misura discriminatoria per colmare le disparità

Il “contributo di compensazione” (traduzione letterale di *equalization levy*)²¹⁷ è una terza alternativa, secondo l'OCSE, per affrontare le problematiche BEPS dell'economia digitale. Lo scopo di questo prelievo è la rimozione della disparità di trattamento fiscale tra l'impresa estera e l'impresa nazionale, attraverso l'assicurazione di una certa neutralità fiscale tra le imprese, pur condotte attraverso vari modelli di business in varie giurisdizioni. Il tributo, almeno nelle intenzioni dei sostenitori, dovrebbe fornire anche maggiore chiarezza, certezza e prevedibilità in rispetto della caratterizzazione dei pagamenti per i servizi digitali e conseguenti passività fiscali, a tutti i soggetti interessati, in modo tale da minimizzare i costi di *compliance* e minimizzare le controversie fiscali in queste materie²¹⁸. Il contributo di compensazione ha un presupposto diverso dal reddito d'impresa dell'imposta sulle società e, per questo, non dovrebbe rientrare nell'ambito delle Convenzioni contro le doppie imposizioni²¹⁹.

²¹⁷ SINGH, *Taxation of Digital Economy: An Indian Perspective*, in *Intertax*, 2017, Vol. 45, no. 6/7; WAGH, *The Taxation of Digital Transactions in India: The New Equalization Levy*, in *Bull. Int'l Tax.*, 2016; VARANASI, NGAPPAN, *Financial Budget for 2016–2017: Has India Put Its BEPS Foot Forward?*, in *Intertax*, 2016, Vol. 44, no. 6/7.

²¹⁸ Indian Government, Report of the Committee on taxation of E-Commerce, Equalization Levy on Specified Transaction (Feb. 2016).

²¹⁹ BASAK, *Equalization Levy: A New Perspective of E-Commerce Taxation*, in *Intertax*, 2016, vol. 11, p. 847.

È una imposta riscossa sull'importo lordo dei pagamenti effettuati dal non residente, ma non si identifica nella ritenuta alla fonte di cui al precedente paragrafo, la quale si sostanzia in una diversa forma di riscossione delle imposte sui redditi.

Da un punto di vista tecnico, questi prelievi sono speciali accise²²⁰ per compensare le imposte sul profitto "perse", limitate ai contribuenti con una presenza economica significativa che, dunque, non scontano l'imposta nello stato in cui hanno presenza. Come detto, volendo riequilibrare le posizioni tra imprese nazionali ed estere, l'imposta grava solo su queste ultime.

Questo tributo è ispirato alle accise che, attualmente, diversi paesi raccolgono sui premi assicurativi pagati ai fornitori non residenti nel settore assicurativo che altrimenti rimarrebbero non tassati. Un primo esempio di "contributo di perequazione" digitale è quello sulla pubblicità online introdotto dall'India nel 2016, in base al quale i pagamenti B2B ai contribuenti non residenti per la pubblicità online sono soggetti a imposte al tasso del 6%.

L'OCSE ha segnalato che nell'economia digitale un prelievo di perequazione è destinato a tassare la presenza economica significativa di un'impresa non residente in un Paese, evitando allo stesso tempo i problemi di attribuzione dei profitti ai fini di un nesso basato sulla stabile organizzazione virtuale (che, invece, è riferita all'imposta sui redditi societari). Tuttavia, una presenza economica significativa sarebbe tuttavia richiesta per applicare un'imposta di perequazione al fine di fornire chiarezza, certezza ed essere equi per tutte le parti interessate.

Per evitare un indebito onere per le piccole e medie imprese, un contributo compensativo verrebbe applicato solo in situazioni in cui è accertato che un'impresa non residente ha una presenza economica significativa. Quindi, il problema della definizione di base di quando una tale "presenza economica significativa" esisterebbe si presenterebbe anche nel contesto di questo tipo d'imposta.

Per quanto riguarda la portata potenziale di tale tributo, l'OCSE ha discusso una serie di variazioni a seconda delle rispettive priorità politiche: se, ad esempio, la priorità è tassare

²²⁰ DOURADO, *Debate: Digital Taxation Opens the Pandora Box: The OECD Interim Report and the European Commission Proposals*, in *Intertax*, 2018, vol. 46, no. 6/7, p. 569; Per un quadro sistematico e aggiornato sul tema delle accise si rinvia a LOGOZZO, *Le accise: inquadramento sistematico e questioni aperte*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2018, vol. 2, no. I, p. 129.

le transazioni di vendita a distanza con i clienti in una data giurisdizione, una possibilità sarebbe applicare il prelievo a tutte le transazioni concluse a distanza con clienti di paesi terzi; se, tuttavia, la priorità politica è quella di tassare il valore considerato come contributo diretto dei clienti e degli utenti, potrebbe essere imposto un prelievo sui dati e altri contributi raccolti dai clienti e dagli utenti nazionali.

Più recentemente, il contributo compensativo ha raccolto lo slancio politico nell'Unione europea, almeno come soluzione a breve termine, cioè una "soluzione rapida". In vista dell'incontro informale ECOFIN a Tallinn il 16 settembre 2017, Francia, Germania, Italia e Spagna hanno chiesto l'introduzione di un simile prelievo basato sul fatturato generato in Europa dalle società digitali come una "soluzione rapida" e sei Stati membri hanno accolto favorevolmente questo approccio. La lettera chiede alla Commissione "di esplorare le opzioni compatibili con il diritto dell'UE e proporre qualsiasi soluzione efficace basata sul concetto che istituisce una cosiddetta" tassa di perequazione "sul fatturato generato in Europa dalle società digitali". Gli "importi raccolti mirerebbero a riflettere parte di ciò che queste società dovrebbero pagare in termini di imposta sulle società".

La Commissione ha ripreso questo argomento nella sua recente comunicazione, sottolineando che "[a] si accontenta del lavoro su questa strategia a lungo termine, vi sono anche misure più immediate, supplementari e a breve termine che dovrebbero essere prese in considerazione per proteggere basi imponibili indirette degli Stati membri". Una di queste opzioni per soluzioni a breve termine è una "tassa di qualificazione sul fatturato delle società digitalizzate", che la Commissione descrive come "imposta su tutte le entrate non tassate o insufficientemente tassate generate da tutte le attività commerciali basate su Internet, tra cui B2B e B2C, crediti contro l'imposta sul reddito delle società o come una tassa separata".

Un potenziale sottoinsieme di tali imposte di perequazione potrebbe essere un prelievo più "mirato", ad esempio, sulle entrate generate dalla fornitura di servizi digitali o attività pubblicitarie. Tali prelievi separati "potrebbero essere applicati a tutte le transazioni concluse a distanza con clienti residenti in paesi in cui un'entità non residente ha una presenza economica significativa" e potrebbero anche comportare ciò che è stato definito

"ALES" ("Alternative Levy on E-Sales")²²¹, ossia un "prelievo alternativo" sulle vendite elettroniche".

In ogni caso, né la lettera dei ministri delle finanze né la comunicazione della Commissione rivelano pienamente la portata potenziale di un "contributo di perequazione" o delle considerazioni di fondo.

Da un punto di vista politico, questo tributo dovrebbe comprendere tutti i pagamenti definiti come "digitali" o il fatturato di "aziende digitalizzate", ma è difficile trovare una definizione accurata del digitale. Se il contributo di compensazione dovesse comprendere tutte le attività basate su Internet, tra cui B2B e B2C, la base imponibile diventerebbe piuttosto ampia e potrebbe richiedere limitazioni (ad esempio, introducendo una "presenza economica significativa" come parametro di riferimento) per renderlo funzionale. Quindi, la definizione sia di "digitale" che di "presenza economica significativa" pone numerose questioni tecniche e politiche.

Inoltre, è necessaria chiarezza su ciò che dovrebbe essere tassato e in che misura. A tal fine, non bisogna perdere di vista i modelli di business molto diversi - due dei quali sono stati descritti in precedenza - e l'effetto molto diverso che una tassa basata sul fatturato potrebbe avere. Se il contributo di equalizzazione è destinato a comprendere tutte le attività basate su Internet, Amazon, Google, Netflix e simili saranno sussunti in questa proposta, tuttavia ciò che diverge è la misura dell'imposizione. Questo dipende dall'aliquota fiscale. Se esistesse una sola aliquota forfettaria (ad esempio il 6%), i diversi modelli di business verrebbero tassati allo stesso livello di fatturato, ma l'effetto basato sui profitti sul tipico B2B (ad esempio, Google) e B2C (per esempio, Amazon, Netflix) i modelli di business sarebbero molto diversi visti i diversi margini. I vari modelli di business di Amazon, Google, Apple, Netflix e simili evidenziano i diversi approcci a questa forma d'imposizione e un nuovo nesso basato su una presenza economica significativa: l'allocazione del profitto a una stabile organizzazione virtuale" basata su un'analisi funzionale consente una differenziazione tra i vari modelli di business. Questo approccio sembra più complesso e comporterebbe una tassazione abbastanza equilibrata rispetto alle imposte sul fatturato.

²²¹ Si veda sul punto HURK, *Tax Planning, Ethics and Our New World*, in *Bulletin for International Taxation*, 2018, vol. 72, No. 2.

L'obiettivo delle entrate di un contributo di perequazione è di raccogliere importi che riflettono "alcuni di ciò che queste società dovrebbero pagare in termini di imposta sulle società". Usando il fatturato come base imponibile, la tassa di equalizzazione sembra simile all'IVA, anche se si tratta di un pagamento di perequazione o di una compensazione per le imposte sugli utili "persi". Ciò non solleverebbe problemi per quanto riguarda l'attuale sistema IVA in Europa che non è risolvibile. In primo luogo, vi sono validi argomenti secondo cui tale imposta non è contemplata dall'articolo 401 del divieto della direttiva IVA (2006/112) contro le "imposte sulla cifra d'affari", in quanto non si tratta di un'imposta di deduzione degli si applica alle transazioni relative a beni o servizi. In secondo luogo, il divieto, che è indirizzato agli Stati membri, non sarebbe in conflitto con una tassa che si trova sullo stesso "livello" legislativo, cioè il diritto UE secondario.

Un ultimo problema, tuttavia, riguarda la "compatibilità" internazionale delle imposte di perequazione. Se questi fossero strutturati per aumentare le entrate attese, probabilmente creerebbero casi di imposte doppie o multiple (nazionali e internazionali). In effetti, le imposte di perequazione esistenti, come la tassa indiana sulla pubblicità online, sono viste come imposte indirette che non rientrano esattamente nel campo di applicazione dei trattati fiscali esistenti. Di conseguenza, la loro imposizione non è bloccata e lo sgravio del trattato dalla doppia imposizione rimane disponibile nello stato di residenza del contribuente. Nondimeno, non si può negare che esista una "connessione" all'imposta sulle società, perché il sistema di imposte dirette funge da blocco o perché la doppia imposizione dovuta all'imposizione di un'imposta societaria regolare e il contributo di perequazione sono attenuati (per esempio, attraverso un credito). L'OCSE affronta le preoccupazioni sulla doppia imposizione internazionale suggerendo che il prelievo sia strutturato "per essere applicato solo a situazioni in cui il reddito sarebbe altrimenti non tassato o soggetto solo a un'aliquota d'imposta molto bassa". L'OCSE, tuttavia, non entra nel dettaglio su come un tale allineamento della tassazione delle società e dell'imposizione sul fatturato possa essere realizzato nella pratica.

Ci sono, naturalmente, anche altre obiezioni a "soluzioni rapide". Tali sforzi potrebbero essere semplicemente frammentari, "rattoppando" le singole questioni senza fornire una soluzione politica affidabile ea lungo termine. Con le modalità di monetizzazione in continua evoluzione (ad esempio, dalla pubblicità alla sottoscrizione), una tassa di

equalizzazione può anche essere una fonte di reddito volatile a seconda della sua struttura effettiva. Inoltre, non è del tutto chiaro come saranno vantaggiose le tasse di perequazione per l'Unione europea e i suoi Stati membri (soprattutto se i paesi terzi reagiscono attuando imposte simili) e come tali imposte influenzerebbero la crescita e gli investimenti. Infine, non è ancora chiaro se l'onere economico di tale tassa ricadrà sulle "società digitali" o sui consumatori domestici. Un ulteriore problema è la misura in cui tale imposta di perequazione potrebbe essere trasferita dai contribuenti, cioè dalle società digitali, ai consumatori europei, dato che alcuni attori dell'economia digitale operano come quasi-monopoli. Queste domande devono certamente essere esplorate.

D'altra parte, nell'ordinamento indiano, si è inteso introdurre un tributo siffatto con la legge di bilancio 2016. Il contributo di perequazione era stato proposto in un capitolo separato VIII del progetto di legge finanziaria 2016 e non faceva parte delle proposte relative alle imposte sul reddito nel bilancio 2016. Di conseguenza, le disposizioni sul contributo di perequazione non fanno parte dell'ITA (1961). In futuro, le disposizioni saranno indicate come Capitolo VIII della legge finanziaria, 2016. Il contributo di perequazione si applicherebbe a tutta l'India, fatta eccezione per lo Stato di Jammu e Kashmir. Si applicherebbe ai seguenti servizi forniti da un non-residente a un pagatore in India: - servizi sotto forma di pubblicità online, spazio pubblicitario digitale e qualsiasi altra struttura o servizio fornito ai fini della pubblicità online.

Il governo ha optato per un tasso inferiore a quello proposto dalla commissione. Di conseguenza, il contributo di perequazione verrebbe applicato ad un'aliquota del 6% sul corrispettivo ricevuto da un contribuente non residente da un residente fiscale indiano o da un contribuente non residente con un PE in India. Il contributo di perequazione si applicherebbe solo se i servizi online forniti dal fornitore di servizi non residenti fossero utilizzati dal pagatore allo scopo di esercitare un'attività commerciale o professionale in India. Di conseguenza, l'intento delle disposizioni è di applicare il contributo di perequazione al reddito derivato dai non residenti dalla fornitura di spazi pubblicitari digitali per il business indiano di un contribuente.

Secondo la nuova legge, un residente fiscale indiano o una stabile organizzazione, cioè il destinatario del servizio, dovrebbe detrarre il contributo di compensazione quando versa il corrispettivo a un fornitore di servizi non residente. Se il destinatario del servizio

non ha detratto il contributo di perequazione, le autorità fiscali non sarebbero in grado di inviare notifiche o sanzionare il fornitore di servizi non residenti. Di conseguenza, in tali circostanze, il destinatario del servizio dovrebbe sostenere il prelievo di perequazione per proprio conto. Inoltre, la mancata deduzione o deposito del contributo di perequazione o qualsiasi ritardo nel trasferirlo alle autorità fiscali attrarrebbe sia interessi che sanzioni da parte del pagatore. Il beneficiario del servizio sarebbe quindi autorizzato a detrarre il pagamento effettuato al prestatore di servizi solo sulla detrazione e il pagamento del contributo di perequazione alle autorità fiscali.

Il contributo di perequazione non si applicherebbe nei seguenti casi:

- un prestatore di servizi non residenti ha un PE in India e il servizio specificato è effettivamente collegato a un PE, poiché, in questo caso, l'equalizzazione sarebbe dovuta dal PE sul reddito derivato in India ad un tasso superiore del 40% sul reddito netto;
- l'ammontare complessivo del corrispettivo ricevuto dal non-residente non ecceda 100.000 INR (valuta locale) per esentare i piccoli contribuenti e gli individui dal contributo di perequazione; e
- i servizi non sono utilizzati dal pagatore allo scopo di portare avanti un'attività o una professione in India, cioè una regola nexus che richiede che i servizi siano utilizzati dal destinatario del servizio per le sue attività in India.

8.5 Altre iniziative

Eccettuando le iniziative di stati come il Regno Unito²²², l'Australia²²³, Israele²²⁴ e altri Stati che hanno tentato di rivedere i criteri di localizzazione del reddito, altri ordinamenti hanno operato soluzioni affatto originali.

²²² Si pensi alla Diverted Profit Tax che, sostanzialmente, si configura come una norma antiabuso specifica. Questo regime, introdotto nel 2015 nel Regno Unito, prevede un'imposizione del 25% in due casi: quando delle imprese multinazionali spostano profitti realizzati nel Regno Unito in Paesi a bassa fiscalità e quando l'Amministrazione finanziaria scopre un'elusione della stabile organizzazione da parte di un soggetto non residente che svolge cessioni di beni o prestazioni di servizi nello Stato., sul punto di veda MACLENNAN, *The Questionable Legality of the Diverted Profits Tax Under Double Taxation Conventions and European Union Law*, in *Intertax*, 2016, vol. 12, p. 903.

²²³ Simile alla Diverted Profit Tax britannica, è stata introdotta dal Governo australiano con lo Schedule 1 to the Treasury Laws Amendment (Combating Multinational Tax Avoidance) Act 2017 e implementata con il Diverted Profits Tax Act 2017.

²²⁴ Le autorità fiscali israeliane (ITA), nell'aprile 2016, hanno emesso una circolare su una Stabile

Il Parlamento francese, ad esempio, ha approvato l'introduzione di un'imposta sulla pubblicità a supporto del cinema pari al 2 per cento (10 per cento se il contenuto del video ha carattere pornografico o violento).

Questa si applica ai ricavi sulla pubblicità in relazione alla messa a disposizione di contenuti audio-video sul web in Francia, sia da parte di privati che da parte di operatori economici professionisti, ovunque il contenuto sia prodotto o il server localizzato.

Il pagamento dell'imposta si basa su una autodichiarazione del contribuente, anche se residente in una diversa giurisdizione.

Si presentano problemi di redistribuzione dell'imponibile in base ai diversi paesi dove i video sono stati messi a disposizione e di difficoltà di attuazione (l'amministrazione fiscale può basarsi unicamente sulla dichiarazione del contribuente, con poche possibilità di controllo per i soggetti non residenti).

La misura non è ancora in vigore, in quanto sottoposta all'esame della Commissione europea sotto il profilo degli aiuti di Stato, poiché il gettito sarà interamente destinato a trasferimenti in favore dell'industria cinematografica francese.

9. Conclusioni intermedie

Come visto, dunque, in base alle molteplici iniziative legislative e idee dottrinali²²⁵ sembra affiorare una certa sfiducia nei confronti della tassazione reddituale classica, con la preferenza verso tipologie di imposizione indiretta ovvero verso ipotesi nuove o miste che sembrano supplire al ruolo avuto dall'imposta personale sui redditi.

Emerge, dunque, un certo grado di scetticismo nell'imposta reddituale in sé e per sé, con un progressivo spostamento da una tassazione personale a una tassazione reale. Il principale problema, come approfondiremo nel successivo capitolo, è rappresentato da una sfrenata concorrenza fiscale tra Stati, i quali, soprattutto nell'ambito europeo sono costretti

Organizzazione virtuale, sulle imposte societarie e sull'imposta sul valore aggiunto (IVA) per le società straniere che forniscono servizi digitali ai clienti israeliani tramite Internet. ROSENSWEIG, *Tax Authorities Publish Draft Circular on Internet Activity of Foreign Companies*, in *International transfer pricing journal*, 2015.

²²⁵ Non sono ancora state considerate le iniziative legislative e le proposte dottrinali che, a parere dello scrivente, si qualificano come semplici modifiche alle regole territoriali di un tributo.

a rincorrere la ricchezza, la quale, come è noto, può essere allocata all'interno dell'Unione con la protezione fornita dai Trattati.

Nella dottrina, si rileva una certa abitudine nel considerare la tematica della territorialità dell'imposizione, come problema principale della fiscalità digitale, discutendo, dunque, sul luogo in cui si crea il valore di questa nuova forma di impresa. Per i motivi già evidenziati prima, però, sarebbe forse opportuno ricominciare il ragionamento, discutendo, in primo luogo, del concetto di valore e di catena del valore digitale.

Nell'economia digitale, il valore è spesso creato da una combinazione di algoritmi, dati utente, funzioni di vendita e conoscenza. Un utente, ad esempio, contribuisce alla creazione di valore condividendo le sue preferenze, oltre a classici dati personali. Questi dati verranno, poi, utilizzati e monetizzati per effettuare la cd. "pubblicità mirata".

I profitti, derivanti dall'attività pubblicitaria, tuttavia, non sono necessariamente tassati nel paese dell'utente (e chi guarda l'annuncio), ma piuttosto nel paese in cui sono stati sviluppati gli algoritmi pubblicitari. Ciò significa che il contributo dell'utente agli utili non viene preso in considerazione quando la società è soggetta ad imposta in un altro ordinamento, diverso da quello in cui è localizzato il cliente.

In questa ipotesi si verifica il fenomeno del *trading with a country*, ossia la possibilità di mantenere un'attività economica in un ordinamento, senza la necessità di avere una presenza di alcun tipo. Se, in passato, come è noto, principalmente, le imprese agivano trading in a country e, dunque, con una presenza fisica che garantiva la contribuzione alle pubbliche spese in quello Stato, adesso, ciò non è più possibile. La catena del valore dell'impresa classica con la rigidità delle fasi di produzione e commercializzazione dei prodotti rendeva altamente improbabile un completo affrancamento da imposizione, invece la nuova tipologia di attività economica rende assai possibile questa evenienza, proprio perché si riscontra un chiaro disallineamento tra l'impresa del passato e quella di oggi.

In sostanza, la catena del valore (produzione del prodotto, raffinazione, applicazione del prodotto e suo consumo) classica non è facilmente sovrapponibile a quella dell'economia digitale non solo perché non si può identificare perfettamente il luogo di generazione del valore, quanto perché bisogna individuare l'esatta identificazione del valore stesso.

Le transazioni commerciali via web e le "merci dematerializzate", id est i servizi digitali, comportano la completa mobilità dei beni e dei servizi scambiati, rendendo arduo

individuare l'origine della catena del valore ed i confini della potestà impositiva dei singoli Stati. Le multinazionali digitali sfruttano al meglio tale contesto, dislocando le funzioni in Paesi che agevolano segmenti di attività puntualmente identificati: produzione in Stati a basso costo di manodopera, trasferimento dei prodotti in Paesi a limitato impatto sui dazi doganali, distribuzione negli Stati consumatori con transazioni infragruppo da Paesi che consentono politiche di transfer pricing agevolate, collocazione della struttura finanziaria dove si minimizza l'impatto fiscale sui redditi da capitale (dalle distribuzioni di utili alla tassazione dei proventi dei finanziamenti infragruppo).

Negli ultimi anni, sulla base di questi schemi, le politiche fiscali dei giganti del web si sono concentrate soprattutto sullo sfruttamento economico - sotto forma di royalties intassate (o quasi) - degli intangible generatori dei ricavi prodotti worldwide. Ogni Stato sovrano tende ad agevolare una frammentazione giuridica della catena produttivo-distributiva e, con essa, le funzioni svolte dalle imprese attive nel settore della *digital economy*.

Tuttavia, accanto alla questione della collocazione della catena del valore, si deve considerare che è proprio l'oggetto del valore ad essere significativamente diverso dalla impresa manifatturiera. Mentre nell'impresa tradizionale la catena del valore assumeva sì valore unitario, ma, ogni anello aveva una propria ragione individuale, nell'economia digitale i singoli elementi del network sono da considerare come anelli di una catena del valore che assume pieno rilievo a livello complessivo. I singoli anelli hanno peraltro un valore atomistico, cui si associa un plusvalore olistico, quando tutti gli anelli sono correttamente concatenati: in altri termini, se il valore degli anelli si realizza compiutamente a livello associativo, solo nell'ambito di una catena complessiva che rappresenti l'intera filiera, esso ha anche un valore singolarmente apprezzabile.

Alcuni anelli possono assumere un rilievo strategico particolare, se assumono caratteristiche di esclusiva, con un potere contrattuale che può sconfinare nelle rendite monopolistiche (tipiche di taluni brevetti). In ambito digitale, l'interoperabilità tra i singoli anelli della filiera e protocolli standard sempre più convergenti riducono peraltro gli ambiti di esclusiva e consentono applicazioni ad ampio raggio, che aumentano la versatilità - e quindi il valore - degli stessi anelli (o nodi del network).

La creazione di (plus)valore si associa alla sua diffusione e condivisione, anche a titolo di co-creazione (come si è anticipato, a proposito delle interrelazioni B2C tra produttore e consumatore proattivo), in un contesto evolutivo in cui il valore delle informazioni assume una portata sempre più rilevante. L'IoT va quindi considerato come un processo fortemente innovativo, che incorpora intangibili coordinati e connessi, attribuendo loro un plusvalore sistemico anche assai rilevante. Ciò considerando la scalabilità del "modello" IoT, che lo rende replicabile ed estendibile (geograficamente o anche merceologicamente, in settori diversi) con costi incrementali del tutto limitati e con evidenti benefici in termini di aumento della marginalità economica (ricavi al netto dei costi). L'innovazione schumpeteriana che ne deriva crea nuovi mercati e opportunità, distruggendo allo stesso tempo modelli di business diventati rapidamente obsoleti²²⁶. La tracciabilità informatica dei passaggi della supply chain può consentirne una rilevazione e codificazione tramite algoritmi, da utilizzare anche per finalità di valorizzazione economica della filiera IoT.

Seppure non sia affatto pacifico a livello internazionale se ed in che misura i dati e la partecipazione degli utenti rappresentino un contributo alla creazione del valore da parte dell'impresa²²⁷, dal punto di vista accolto in questa ricerca non si può fare a meno di interrogarsi sulla nozione di valore digitale; altrettanto vero è che vi sia concordia di opinioni nemmeno sulla rilevanza e sulla importanza, quanto alla localizzazione della creazione del valore, di alcuni fattori che sono sì tipici delle imprese digitali, ma presenti anche in imprese "tradizionali", quali la c.d. cross-jurisdictional scale without mass ed il crescente ricorso ad IP assets. Non è semplicemente una questione di disallineamento tra luogo di tassazione dei profitti e luogo di effettiva creazione del valore²²⁸, ma è di individuazione proprio del valore che potrebbe non identificarsi con i classici concetti economici rilevanti di reddito e

²²⁶ KOFLER, MAYR, SCHLAGER, *Taxation of the Digital Economy: A Pragmatic Approach to Short-Term Measures*, in *European Taxation*, 2018, Vol. 58, No. 4., i quali svolgono una puntuale analisi dei principali modelli di business dell'economia digitale, distinguendo tra "traditional", "hybrid" e "new". I modelli tradizionali sarebbero quelli in cui l'avvento di Internet ha semplicemente sviluppato ulteriormente il modello di business tradizionale (si pensi ad Amazon), quello ibrido è quello in cui il mezzo elettronico combinato con elementi tradizionali ha sviluppato nuovi prodotti e nuovi mercati e, infine, il modello realmente nuovo è quello in cui l'utilizzo e lo sfruttamento economico dei dati è il cuore del business.

²²⁷ DELLA VALLE, *La web tax italiana e la proposta di direttiva sull'imposta sui servizi digitali: morte di un nascituro appena concepito?*, in *Fisco*, 2018, vol.16, p. 1507.

²²⁸ LEO, *Quale tassazione per l'economia digitale*, in *Fisco*, 2018, vol. 21, p. 2007.

consumo. Come anticipato prima, questa tipologie d'impresa ricade nei cd. modelli di business valore, in cui la ricchezza effettiva dell'impresa non è da rinvenire tanto nella redditività, ma quanto nella organizzazione dei mezzi produttivi digitali e non. Sia chiaro ciò non significa che le imprese digitali non sia altamente redditive, anzi è vero proprio il contrario per tutta quella serie di ragioni già esplicitate. Tuttavia, la potenzialità economica espressa dai modelli di business di queste imprese riesce a intercettare in modo migliore la ricchezza rispetto ai canonici indici di reddito e consumo.

I servizi pubblicitari di Google, ad esempio, sono chiaramente basati sulle precise conoscenze di Google sugli utenti, basate su dati forniti dall'utente (passivamente forniti) (ad esempio, ricerche, cronologia di navigazione, dispositivo utilizzato, posizione, ecc.), ovvero la monetizzazione delle preferenze dell'utente e comportamenti in un processo molto diverso dalla creazione di valore in una catena di valori classica. Facebook, ancora, chiaramente una rete di valori ed è la piattaforma di social media di maggior successo, non solo riceve contenuti generati dagli utenti, ma monetizza anche i dati degli utenti personali per servizi pubblicitari mirati. Il valore di queste nuove imprese, dunque, non è solo nella loro capacità di monetizzare l'impressionante mole di dati a loro disposizione, ma anche nella possibilità di vendere la propria attività.

10. Il ruolo delle agevolazioni fiscali per le imprese nel digitale

Come ampiamente scritto nel primo capitolo, però, i vantaggi della digitalizzazione dell'economia sono innegabili e la strada obbligata per un'economia che voglia essere competitiva nel contesto globale è un rapido miglioramento dei processi produttivi. Nell'ambito unionale, poi, in cui la presenza di un Mercato Unico e Interno soffre la presenza di disparità economiche assai rilevanti e di ordinamenti giuridici variegati, invece, si rileva che vi è una certa unitarietà di intenti circa la valorizzazione dello sviluppo del digitale. Questa condivisione, però, non converge in un'azione unitaria da parte dell'ordinamento sovranazionale, ma si esprime in interventi isolati di singoli Stati Membri i quali con i propri strumenti giuridici cercano di valorizzare le proprie imprese, non comprendendo, però, che, in questo settore, l'Europa rischia una progressiva marginalizzazione di fronte ai colossi

asiatici e americani. Gli interventi statuali, in ogni caso, si esprimono attraverso iniziative anche fiscali di agevolazione.

Il concetto di «agevolazione tributaria» fa riferimento ad un trattamento fiscale di favore rispetto al trattamento fiscale ordinariamente previsto²²⁹. Diversi sono gli strumenti utilizzati dal legislatore fiscale, all'interno dei singoli tributi o a livello di sistema, per concedere agevolazioni. La dottrina suole distinguere tra agevolazioni che impattano sull'*an debeat*, sul *quantum debeat* e sul *quod debeat*. Nell'ambito delle iniziative statali di incentivazione dell'economia digitale, in particolare, si è fatto un largo uso della seconda categoria di agevolazione incidente, a seconda del meccanismo di funzionamento, sulla base imponibile, sull'aliquota o, anche, sull'imposta.

Avendo riguardo alla fase iniziale dell'attività e, dunque, alla costituzione e al finanziamento dell'impresa, gli Stati hanno introdotto una serie di agevolazioni. Ai nostri fini, appare utile ricordare il regime agevolativo per le start-up, le norme in tema di crowdfunding e, il ruolo degli iperammoramenti ovvero superammortamenti, con un accenno finale alle finalità dei ruling internazionali.

I due istituti emersi nel medesimo contesto storico, economico e politico sono tra loro intimamente legati: l'equity based crowdfunding (d'ora in poi crowdfunding)²³⁰ costituisce, infatti, un nuovo strumento di sostegno (finanziamento) delle start up, imprese innovative alla ricerca di percorsi alternativi per il proprio sviluppo economico-finanziario²³¹.

In riferimento alla fase dell'attività d'impresa che afferisce alla produzione dei beni intangibili ritroviamo, particolarmente, due regimi di favore: il patent box e le agevolazioni per i costi di ricerca e sviluppo. Uno dei regimi più utilizzato in ambito europeo è il cd. patent box²³², consistente in un sistema di tassazione agevolativo applicabile ai proventi derivanti dall'impiego o dalla cessione di specifiche proprietà intellettuali, che si sostanzia in un

²²⁹ ZENNARO e MOSCHETTI, voce "Agevolazioni fiscali", in *Digesto*, IV ed., Torino, vol. I, 1988, 84; LA ROSA, voce "Esenzioni e agevolazioni tributarie", in *Enc. Giur.* Vol XXXI, 1989.

²³⁰ DI PIETRO, *El CW como modo de financiación de la innovación: el papel de la fiscalidad en Italia*, in *Nueva Fiscalidad*, 2017, vol. 4.

²³¹ FREGONARA, *Imprese innovative e nuove fonti di finanziamento - l'equity based crowdfunding: un nuovo modello di finanziamento per le start up innovative*, in *Giur. It.*, 2016, vol. 10, p. 2285; nell'ordinamento nazionale, ad esempio, la disciplina stabilita per le start up innovative (con il d.l. n. 179 del 2012) e per le PMI innovative (con il d.l. n. 3 del 2015).

²³² GREGGI, voce "Patent box", in *Digesto disc. Commerciale*, 2017.

abbattimento del prelievo tributario in misura variabile (a regime) dal 50% al 100% a seconda che si riferisca allo sfruttamento di una particolare proprietà intellettuale (tradizionalmente attraverso un contratto di licenza) o alla cessione di quest'ultima (cessione). Questo sistema è largamente implementato in diversi ordinamenti, tra cui quello italiano, in cui con il decreto "Patent Box" del 28 novembre 2017 (recante le disposizioni di revisione del precedente decreto del 30 luglio 2015) ha previsto un regime opzionale di tassazione per i redditi derivanti dall'utilizzo di software protetto da copyright, di brevetti industriali, di disegni e modelli, nonché di processi, formule e informazioni relativi ad esperienze acquisite nel campo industriale, commerciale o scientifico giuridicamente tutelabili. Il regime si pone in continuità con i modelli progressivamente introdotti in altri Stati membri della Unione Europea (Belgio, Francia, Gran Bretagna, Lussemburgo, Paesi Bassi, Spagna) e, oggi, è conforme ai principi elaborati in ambito OCSE con riferimento alla disciplina fiscale per la tassazione dei proventi derivanti dall'utilizzo dei beni immateriali. Diverse critiche, infatti, erano state rivolte nei confronti del previgente statuto, in quanto, oltre ai redditi derivanti dall'utilizzo degli strumenti sopracitati, era previsto anche per i marchi²³³. Tali modifiche si sono rese necessarie per dare seguito alle raccomandazioni dell'OCSE, volte ad eliminare o quantomeno riportare in un contesto di leale competizione fra Stati alcuni incentivi fiscali considerati dannosi della concorrenza a livello internazionale. La necessità di effettuare tale modifica, più in particolare, nasce dall'analisi condotta dall'OCSE nell'ambito dell'Action 5 del progetto BEPS (acronimo di Base Erosion and Profit Shifting) dove, proprio in merito ai regimi di Patent Box, viene evidenziata, tra le altre, l'incompatibilità dei marchi d'impresa rispetto alla ratio del beneficio.

Altro regime agevolativo previsto, non esclusivamente per le imprese digitali, attiene la disciplina dei costi di Ricerca e Sviluppo. Le imprese che investono nello sviluppo dei propri intangibili, nella ricerca e nell'innovazione trovano un importante alleato in due disposizioni agevolative contenute nella Legge di stabilità 2015, che hanno come finalità

²³³ Sul punto cfr l'azione 5 dei BEPS, Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance. Secondo questo documento, affinché un regime possa considerarsi non idoneo a determinare una competizione fiscale dannosa, è necessario che assicuri un'agevolazione fiscale capace di attrarre unicamente attività reali, detassando i soli redditi che derivino da una substantial activity posta in essere dal contribuente. Inoltre, sempre secondo il predetto documento dell'OCSE, i beni immateriali che beneficiano del regime di Patent Box posseggono qualità intrinseche (novità, originalità e utilità) che, generalmente, sono riconducibili più propriamente alle invenzioni e non ai marchi

quella di aumentare la competitività nazionale, fornendo una spinta all'innovazione che passa attraverso, appunto, le attività di ricerca e sviluppo. Il credito per attività di ricerca e sviluppo trova la propria genesi nell'art. 1, comma 35, della Legge 23 dicembre 2014, n. 190 (Legge di stabilità 2015); successivamente, con Decreto 27 maggio 2015 (di seguito: "Decreto R&S"), sono stati definiti i principali aspetti applicativi dell'agevolazione, con la risoluzione n. 97/E del 25 novembre 2015 è stato istituito il codice tributo e con la circolare n. 5/E del 16 marzo 2016 (di seguito: "circolare R&S") sono stati forniti importanti chiarimenti operativi. È, infatti, assolutamente possibile che il "beneficio" derivante dal regime Patent Box (quantificabile come risparmio d'imposta) sia largamente superiore ai costi di R&S sostenuti dall'impresa, senza che questo possa in alcun modo avere impatti negativi.

Va detto subito, comunque, che si tratta di agevolazioni profondamente diverse, in quanto una prima differenza fra le due agevolazioni attiene alle modalità di fruizione delle stesse: infatti, mentre una è un credito di imposta accordato come percentuale delle spese di ricerca e sviluppo incrementali sostenute rispetto ad una media storica rilevante, l'altra è una detassazione parziale (rilevante sia ai fini IRES o IRPEF che ai fini IRAP) del reddito derivante dallo sfruttamento di una serie ben individuata di beni immateriali, relativamente ai quali il contribuente abbia comunque svolto attività di ricerca e sviluppo. Ancora, le spese agevolabili ai fini del tax credit non debbono obbligatoriamente sfociare nella realizzazione o nell'acquisto di uno specifico intangibile; nell'ambito del Patent Box, invece, laddove non ci sia un bene immateriale (e, più precisamente, uno di quelli di cui all'art. 6 del Decreto PB) il beneficio non spetta. Oltre a questo, il credito per la ricerca e sviluppo è una norma "temporanea" atteso che la sua durata è prevista esclusivamente per il quinquennio 2015-2019 mentre il regime Patent Box è norma di sistema destinata a perdurare nell'ordinamento italiano. Da ultimo, l'ulteriore differenza fra le due norme agevolative attiene l'ambito soggettivo di applicazione: infatti, alle agevolazioni disposte per le spese di R&S sono ammesse "tutte le imprese, indipendentemente dalla forma giuridica, dal settore economico in cui operano nonché dal regime contabile adottato.

Per quanto riguarda la fase operativa dell'attività d'impresa, connessa all'utilizzo dei fattori produttivi, il legislatore è intervenuto in particolare con la valorizzazione del ruolo di nuove forme di ammortamento assai agevolative, come i super o gli iperammortamenti, i quali fungono anche da finanziamento indiretto dell'impresa. La Legge di bilancio 2018 è

intervenuta "rifinanziando" le misure tese ad agevolare gli investimenti in beni strumentali nuovi, anche funzionali alla trasformazione tecnologica e/o digitale, oltre che quelli effettuati in beni immateriali (software, sistemi e system integration, piattaforme e applicazioni) connessi a investimenti in beni materiali "Industria 4.0".

Insomma, dall'articolato quadro delle normative nazionali e comparate europee emerge un tendenziale approccio di favore verso la digitalizzazione dell'economia. Tutti partono da un piano di contabilità armonizzato, mentre il confronto tra nove voci chiave della tassazione mette in luce le differenze e i tentativi di convergenza. Se in assenza di un imponibile unico europeo ogni Paese introduce strategie diverse, il giro d'Europa delle basi imponibili evidenzia che negli ultimi anni la concorrenza fiscale ha iniziato a innescare un graduale fenomeno di avvicinamento su alcune voci, in particolare sulla deducibilità degli ammortamenti e sugli incentivi alla Ricerca e Sviluppo.

Agli antipodi ci sono l'Irlanda da una parte, Francia e Italia dall'altra. La prima, al di là degli accordi con Apple, si conferma il Paese più conveniente con il punto di forza rappresentato dall'aliquota del 12,5% sulle attività produttive, industriali e commerciali, e del 6,25% per l'utilizzo dei brevetti per le seconde.

In Francia, d'altra parte, l'aliquota nominale è del 33,3%, la più alta tra i Paesi considerati insieme al Belgio, a cui si abbina un regime per ammortamenti, innovazione e sviluppo meno efficace. La Germania, oltre all'aliquota alta, è meno competitiva sugli ammortamenti (sui quali prevede una deducibilità a quote costanti), sulle misure per l'innovazione e per la tassazione di dividendi e plusvalenze. Anche in Spagna l'imposizione fiscale su queste due voci è molto frammentata.

Insomma, nella frastagliata tassazione diretta europea, la corsa alle imprese contribuenti sta inoltre diventando sempre più di nicchia, con diversi gradi di convenienza a seconda delle scelte dell'impresa e del settore di riferimento. Gli Stati Membri si sono lanciati in una folle corsa verso il "mercato delle imposte" per cui accanto ad agevolazioni fiscali legittime nei confronti in particolare di piccole e medie imprese o di investimenti significativi dall'estero, stanno giocando una partita assai rischiosa con accordi con le multinazionali, anche del web.

11. L'affermazione di un modello di sviluppo digitale europeo e la mancanza di un sostegno normativo adeguato

Fin da questa prima parte della ricerca, appare chiaro che l'economia digitale ha messo in discussione l'identificazione degli elementi costitutivi dell'obbligazione tributaria. In sostanza, la precisa identificazione della ricchezza è indebolita dalla necessaria integrazione di elementi economicamente rilevanti non facilmente riconducibili alle categorie conosciute e consolidate, dove la moltiplicazione dei soggetti e il loro ruolo rende difficile coniugare soggettività e responsabilità secondo parametri di coerenza soggettiva con un presupposto sfuggente come quello che caratterizza l'economia digitale. La territorialità, d'altra parte, riferita ad una dimensione naturalmente espansiva mette in discussione parametri tradizionali affidati alla collocazione territoriale dei profili soggettivi od oggettivi. In questa confusione concettuale, prima che pratica, ne paga la coerenza e la tenuta complessiva del sistema fiscale perché l'incertezza sulla loro identificazione rende difficile applicare le regole che nella tradizione tributaria potevano raggiungere una sufficiente certezza perché affidate a parametri tradizionale di ricchezza. Dal punto di vista della ricerca, le scelte nazionali più che dannose rischierebbero di risultare poco utili, in quanto foriere di conflitti e di una perdurante incertezza che renderebbe, a sua volta, difficile l'esercizio della sovranità nazionale. Le scelte nazionali, inoltre, rischierebbero di risolversi in una rivendicazione unilaterale o arbitraria e, in ultimo, potrebbero facilitare la sottrazione all'imposizione delle imprese digitali, le quali potrebbero beneficiare di una concorrenza fiscale cui i singoli stati non sarebbero in grado di opporsi.

La trasformazione così radicale dell'attività imprenditoriale non è riconducibile alla sola digitalizzazione delle attività così vistosamente integrate da non poter essere invece essere qualificate e quindi fiscalmente giudicate con parametri e categorie che sono utilizzate tradizionalmente per regolare l'imposizione di ricchezze tradizionalmente divise e tradizionalmente differenziate con l'utilizzo di concetti sedimentati, come redditi o patrimonio, oltre a quelli ormai presidiati dal diritto comunitario come scambio, consumo e produzione. Bisogna, dunque, ripensare le tradizionali categorie, accettando l'assioma tra nuova ricchezza e nuovo mercato e modellare il sistema impositivo sulla base di questi rinnovati parametri. Sembra evidente che i tentativi di intercettare la ricchezza

dell'economia digitale con iniziative unilaterali, da un lato, sia la spia di una insofferenza degli Stati dinanzi al mancato gettito derivante dalla tassazione delle grandi multinazionali del digitale, dall'altro, evidenzia anche una certa incompatibilità tra le regole attuali e un'economia sempre più diversa da quella tradizionale. L'invenzione di tributi assai diversi da quelli tradizionali, infatti, appare essere la prova più evidente di un tentativo di rinnovamento delle categorie tradizionali attuali, non solo in termini di territorialità dell'imposizione, ma anche nel nucleo fondamentale del presupposto. D'altra parte, però, bisogna comprendere la necessità di favorire il generale sviluppo digitale delle imprese tradizionali e la nascita di grandi operatori digitali europei.

Dal punto di vista europeo, nel contesto mondiale del digitale, infatti, le grandi multinazionali sono principalmente espressione dell'economia nordamericana o di quella asiatica. Pochissime imprese europee sono riuscite a diventare giganti nell'economia digitale e ancora meno attività europee sono riuscite a penetrare i mercati globali. Considerando questo dato, è lecito domandarsi quanto il contesto attuale di frammentazione politica ed economica sia correlato a questa mancanza.

L'Unione, allo stato attuale, non incoraggia la nascita di start-up europee, principalmente, perché non attiene alle proprie competenze. Gli Stati Membri, d'altra parte, sono vittime dei loro particolarismi giuridico-economici e le loro misure incentivanti sono votate a una logica mercantile più che programmatica. In poche parole, gli Stati, attraverso gli strumenti sopracitati, sembra che più che favorire la nascita di Over the Top europei vogliano invogliare le altre imprese a localizzarsi nell'ordinamento europeo. Insomma, si dovrebbe puntare verso una disciplina realmente europea che, da un lato, possa favorire lo sviluppo di imprese digitali europee e, dall'altro lato, consenta una tassazione effettiva delle multinazionali anche straniere.

Nell'attesa è evidente che vi sia un certo grado di sfiducia verso l'assetto attuale del sistema impositivo nazionale, europeo e internazionale. Le riflessioni, però, non dovrebbero limitarsi a valutare l'eventuale riforma dei criteri di localizzazione della ricchezza, i quali, in verità, pongono problemi sotto la lente del criterio (non del principio) di territorialità, in quanto questioni circa la distribuzione di almeno quota parte del gettito complessivo delle imprese digitali. L'apertura di una nuova fase costituente dei sistemi impositivi dovrebbe portare a un ripensamento anche dei presupposti di base della tassazione e, dunque, dei criteri

economicamente rilevanti. Prendendo come modello di base una delle principali imprese del mercato digitale, scopriamo che il metodo per capire dove e come Google genera il suo fatturato è guardare l'ultimo bilancio annuale di Alphabet, la holding quotata a Wall Street che controlla Google stessa. Ebbene, il documento contabile indica che il giro d'affari del gruppo a fine 2017 è stato di 110,855 miliardi di dollari. La cifra, nel documento contabile, è divisa seguendo molteplici criteri. Quello che pare più interessante è il seguente: 95,375 miliardi di dollari sono appannaggio della pubblicità; 14,277 miliardi di dollari sono riferibili ad "altri ricavi"; 1,203 miliardi, infine, ricadono sotto la dicitura "altre scommesse". Insomma: dai numeri è evidente che la maggiore parte dei ricavi (oltre l'86%) di Alphabet arriva dalla pubblicità. Vale a dire: Google si basa quasi esclusivamente sull'advertising. Tutto il modello di business, dunque, è fondamentalmente imperniato e fondato sull'utilizzo dei dati, forniti dall'utente e raccolti dalla grande piattaforma. Ora se è vero che questi dati hanno un valore economico rilevante per questi modelli, anche al fine di riequilibrare il luogo di estrazione della ricchezza e quello della relativa tassazione, è fisiologico interrogarsi se questa attività non possa e non debba essere autonomamente tassata.

Ora, questa intuizione non è necessariamente una novità nel panorama accademico, considerando che già a metà degli anni Novanta, Cordell proponeva la famosa bit tax. Tuttavia, si potrebbe pensare a un sistema di tassazione strutturale sull'attività di estrazione, profilazione e commercializzazione dei dati personali. Un tributo, insomma, con l'obiettivo di colpire la manifestazione di ricchezza espressa dalla raccolta dei dati personali a fini pubblicitari il cui presupposto sarebbe l'esercizio abituale di un'attività autonomamente organizzata diretta alla raccolta e commercializzazione dei dati personali, indipendentemente dal risultato economico di tale attività. Tradizionalmente, i diritti della personalità erano considerati indisponibili e il consenso all'utilizzo è sempre stato qualificato quale mero consenso dell'avente diritto, sempre revocabile. All'interno di questa posizione possono, tuttavia, individuarsi impostazioni diverse: una posizione più tradizionale escludeva il contenuto patrimoniale dei diritti della personalità e da tale in commerciabilità argomentava l'ineducibilità in contratto. Altri, pur escludendo la possibilità di dedurre in contratto gli attributi immateriali della persona, pongono un maggiore accento sulla necessità di non coartare il libero sviluppo della personalità tramite l'apposizione di vincoli contrattuali; in questa prospettiva, l'accento è posto sulla impossibilità di vincolarsi

mediante un contratto, piuttosto che sulla illiceità di prestare un consenso, sia pur sempre revocabile, dietro corrispettivo. Questa diversità di impostazioni è, ai nostri fini, significativa: non si può infatti meccanicamente ricondurre le posizioni che escludono la contrattualità al principio di gratuità del consenso, potendo esse ispirarsi anche alla diversa necessità di garantire la revocabilità del consenso prestato. La prassi, peraltro, riconosce il contenuto patrimoniale dei diritti della personalità e la possibilità di disporre tramite contratto, attraverso la tipizzazione sociale di contratti che hanno ad oggetto proprio lo sfruttamento economico degli attributi immateriali della persona: ad esempio, accordi di merchandising, sponsorizzazione, endorsement, testimonial, contratti di scrittura cinematografica e televisiva. La giurisprudenza ammette la validità di tali accordi e riconoscono alla persona il diritto di sfruttare economicamente gli attributi immateriali della propria personalità (inibendo invece lo sfruttamento da parte di terzi non autorizzati). Peraltro, in caso di uso non autorizzato da parte di terzi, il risarcimento dovuto alla persona dei cui attributi immateriali si tratta è parametrato all'ipotetico "prezzo del consenso" che quest'ultima sarebbe stata disposta a ricevere quale corrispettivo per la prestazione del consenso allo sfruttamento.

Sotto questo versante, i servizi digitali, spesso, si basano sullo scambio, per lo meno in termini economici, tra i servizi e i dati personali. Si tratta di servizi gratuiti (nel senso che non è previsto un corrispettivo in denaro per il loro utilizzo), l'utente acconsente al trattamento dei propri dati personali anche per scopi non necessari alla fornitura del servizio. I dati vengono solitamente utilizzati per fini pubblicitari ed è proprio da tale utilizzo che il fornitore del servizio (gratuito) trae il proprio vantaggio. Si tratta dunque di un settore in cui il business model prevalente consiste nel subordinare l'erogazione dei servizi non ad un corrispettivo diretto ma alla prestazione del consenso al trattamento dei dati per finalità ulteriori, in particolare pubblicitarie. In questo senso, trascendendo dalla discussione circa la liceità o la correttezza del comportamento delle grandi piattaforme, bisogna considerare che, nel momento in cui raccolgono e organizzano i dati personali degli utenti, le imprese digitali manifestano già una ricchezza economicamente apprezzabile considerando i parametri di valutazione dei dati personali. Insomma, già solo questo tipo di attività potrebbe essere sottoposto a imposizione chiaramente alla luce del valore aggiunto fornito dai dati personali nell'organizzazione complessiva dell'impresa. Il valore dei mezzi organizzati,

ossia i dati raccolti e profilati, dovrebbero essere valutati con gli strumenti tipici della contabilità e, dunque, facendo riferimento al valore di mercato degli stessi, in particolare, al prezzo normalmente praticato nel mercato digitale dei dati a fini pubblicitari.

Chiaramente questo lavoro non è orientato a caldeggiare l'introduzione di un'imposizione di tal guisa, sicuramente, però, si deve ammettere che l'attuale sistema impositivo potrebbe non essere efficace nell'intercettare nuove manifestazioni di ricchezza in questa nuova economia. Non tanto per quanto attiene il tema dell'imposizione sul consumo, la quale, per la sua struttura, è naturalmente più adatta e adattabile ai cambiamenti socioeconomici, ma per l'imposizione diretta personale, la quale soffre già una globalizzazione che rende alquanto difficile per gli ordinamenti nazionali una efficace determinazione degli imponibili. Dunque, appare lecito domandarsi, se in quest'epoca altamente digitalizzata e alla luce dei modelli d'impresa in concreto implementati, siano ancora validi alcuni assiomi classici dell'imposizione reddituale societaria e se, d'altra parte, non sia necessario operare anche un cambiamento radicale degli stessi.

In termini ancora più generali, si noti che la moltitudine di proposte che sono state avanzate tese a tassare le attività digitali siano l'indice più evidente del grado dell'insoddisfazione verso le categorie giuridiche tributarie attuali e, in generale, verso il diritto tributario globalmente considerate, il quale non può isolarsi dalla realtà attuale e non può non adattarsi alla stessa nel più breve tempo possibile, imponendo un ruolo statico e non più adeguato all'evoluzione sociale ed economica della realtà circostante.

CAPITOLO III: LA TERRITORIALITÀ DELL'IMPOSTA NELL'ECONOMIA A-TERRITORIALE: TRA DEFINIZIONE DI CRITERI DI COLLEGAMENTO DIGITALI E PERDITA D'IDENTITÀ DEL PRINCIPIO

SOMMARIO: **1.** Introduzione; **2.** Il rapporto simbiotico tra territorialità e sovranità; **3.** La territorialità nel contesto internazionale: tra principio generale e consuetudine; **4.** La territorialità tributaria nella prospettiva europea: limite e riparto della potestà impositiva tra gli Stati; **5.** La declinazione della territorialità: i criteri di collegamento tipici nell'imposizione reddituale; **5.1** La tassazione in base alla residenza come attuazione del principio di capacità contributiva; **5.2.** La tassazione alla fonte mediante l'istituto della Stabile Organizzazione; **6.** La crisi della territorialità nelle imposte dirette dinanzi all'economia digitale: il tema della residenza nel mondo virtuale; **7.** La crisi della territorialità nelle imposte dirette dinanzi all'economia digitale: tecniche utilizzate per erodere le basi imponibili nello Stato della fonte; **7.1** Assenza di presenza fisica nel market State; **7.2** Minimizzazione di presenza fisica nel market State; **7.3** La riduzione dell'imponibile negli Stati-intermedi; **8.** La positiva esperienza della territorialità nell'iva europea; **9.** L'evoluzione dei criteri di collegamento negli Stati Uniti d'America; **10.** La convergenza verso un criterio di collegamento basato sulla presenza economica o digitale; **10.1.** La nuova stabile organizzazione introdotta nell'ordinamento italiano; **10.2** Considerazioni critiche sull'ossimoro "stabilità digitale"; **11.** Conclusioni

1. Introduzione

Una delle prime questioni che, intuitivamente, si pone all'operatore del diritto tributario dinanzi allo sviluppo dell'economia digitale inerisce la problematica della territorialità dell'imposizione.

Quando si pensa all'economia digitale, tendenzialmente, si fa riferimento a una realtà virtuale in cui i confini spazio-temporali tendono a rarefarsi e in cui le distanze sono percorribili a una velocità tale da annullarle. In questo contesto, sembra quasi un ossimoro discutere riguardo alle norme che regolano la territorialità delle attività digitali. Tuttavia, più che in altre materie, la territorialità assume un'importanza fondamentale nello studio della disciplina tributaria, considerando che la funzione fondamentale del tributo come motore immobile della struttura statale e del correlativo sacrificio economico del contribuente come costo di appartenenza alla comunità-Stato. In aggiunta a ciò, si consideri come il tributo

rappresenti una voce importante dei costi di un'impresa, la quale, tralasciando i casi di evasione o di elusione fiscale, cerca legittimamente di risparmiare quanto più possibile²³⁴.

Come è noto nella manualistica, si suole affermare che, affinché un tributo possa essere applicato, è necessario che il soggetto o l'oggetto sottoposto a tassazione abbia un collegamento territoriale con l'ordinamento creditore dell'obbligazione. Sostanzialmente, affinché vi possa essere tassazione, è necessario che vi sia la cd. *justification to tax* declinata sia in termini di capacità contributiva, ma anche di territorialità fiscale. Nell'ordinamento domestico, tale asserzione sembra essere giustificata, verificando le regole di territorialità previste per i vari tributi, in cui sembra sempre essere necessario un collegamento territoriale di qualche tipo tra il territorio dello Stato e la ricchezza da tassare e, dunque, non esista nessun tipo d'imposta slegata da un collegamento con il territorio dello Stato sia esso personale o reale.

Ai fini dell'imposizione reddituale, infatti, è necessario che il possessore del reddito abbia un legame con lo Stato italiano o perché residente fiscalmente nel territorio o perché il reddito è stato prodotto in Italia. È altrettanto sicuro che, ai fini dell'imposizione sul valore aggiunto, affinché un'operazione sia tassabile occorre che questa cessione di beni o prestazione di servizi si consideri effettuata nel territorio dello Stato. Questo ragionamento si potrebbe replicare anche per gli altri tributi, come l'imposta sulle donazioni²³⁵, l'imposta di registro²³⁶ e via discorrendo. Viceversa, a livello teorico, tale considerazione non è così pacifica, in quanto nella dottrina internazionale si dubita dell'esistenza di un principio di territorialità cogente nel diritto degli Stati.

Chiaramente la necessità di individuare un collegamento territoriale con la ricchezza da tassare è intimamente legata al tema della capacità contributiva, cosicché un soggetto sia tassato in quel territorio in cui sia più agevole individuare la capacità economica espressa dal soggetto passivo del tributo. Per tale ragione, infatti, le regole fiscali attuali privilegiano

²³⁴ Sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Gregory v Helvering*, "the legal right of a taxpayer to decrease the amount of what otherwise would be his taxes, by means which the law permits, cannot be doubted" (Gregory vs Helvering US 1935) Parallelamente, tra le tante, sentenza della Corte di Giustizia, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544: "la circostanza che la società sia stata creata in uno Stato membro per fruire di una legislazione più vantaggiosa non costituisce per se stessa un abuso di tale libertà"

²³⁵ Art. 2 del Testo Unico sulle successioni e donazioni

²³⁶ Art. 2, primo comma, del Testo Unico del Registro del d.p.r. 131 del 1986

una tipologia di tassazione alla residenza. Questa costruzione si è progressivamente erosa dinanzi allo sviluppo dei moderni mezzi di comunicazione i quali, come abbiamo visto nel I Capitolo, consentono non solo una dematerializzazione dei beni e una telematizzazione dei traffici commerciali, ma anche la nascita di una nuova ricchezza. Ciò rende possibile per gli operatori economici di svolgere i traffici commerciali in un lasso spazio-temporale prima impensabile per le regole giuridiche costruite per un'economia industriale, permettendo alle imprese digitali di operare liberamente senza vincoli territoriali, senza alcuna necessità di una presenza anche minima nel *market State* (trading with a country)²³⁷. Declinando la tematica territoriale alle imprese digitali si comprende che, se nel sistema positivo attuale, le regole erano immaginate per sottoporre a imposizione solo ove vi sia presenza fisica, nella realtà virtuale questo criterio rischia di divenire sostanzialmente inefficace. Per questo, il tema della territorialità tributaria, dopo il tema della capacità contributiva e, dunque, del fatto generatore del tributo, rappresenta una delle questioni preliminari nella corretta individuazione dell'obbligazione tributaria.

Seguendo questo percorso, in questa trattazione si è già spiegata la ragione per la quale si ritiene che questo tema debba comunque essere posposto rispetto al tema dell'individuazione della ricchezza tassabile. Preliminarmente a qualsiasi riflessione sui singoli elementi dell'obbligazione tributaria, si ritiene, infatti, che lo sviluppo di una nuova economia necessiti un ripensamento del sistema tributario, il quale potrebbe nel futuro anche non essere basato sui tributi tradizionali. In questa fase storica, peraltro, si discute dell'opportunità del mantenimento di un sistema fiscale basato sulla tassazione personale, in luogo di quella reale²³⁸.

Come abbiamo già visto nel capitolo precedente, la tassazione personale sembra cedere dinanzi all'avanzata di sistema giuridico sempre più integrato, ma, allo stesso tempo,

²³⁷ In questo senso si legga la distinzione operata da GREGG, *Double Taxation*, in *Transactions*, Year, 1947, vol.33. no.77, il quale distingue tra *trading in a country* e *trading with a country*. In particolare: “a primary principle in the taxation of trade is the distinction to be drawn between trading with a country and trading in a country. If a trader in country A merely exports goods to someone in country B, there is trading with country B but the trader in country A should not be liable to any tax in country B that may arise from the sale there of the goods bought from him”. La differenza fondamentale tra l'economia tradizionale e quella digitale è che quest'ultima consente alle attività produttive di ricorrere a modelli di business per cui non è necessaria la presenza fisica in un territorio per potervi commerciare.

²³⁸ CARPENTIERI, *La crisi del binomio diritto-territorio e la tassazione delle imprese multinazionali*, in *Riv. Dir. Trib.* 2018, vol. 4, *ibidem*.

disgregato da un punto di vista fiscale, e di fronte all'innovazione tecnologica che consente agli operatori economici di strutturare il business, sfruttando le asimmetrie normative e la vetustà di un sistema pensato e plasmato su un modello d'impresa industriale. Pertanto, da questo punto di vista, non avrebbe senso analizzare il tema della territorialità delle imposte tradizionali se si assume che queste stesse forme di prelievo necessiterebbero di una revisione sostanziale. La territorialità, infatti, si deve confrontare con una realtà sociale ed economica che è in una continua evoluzione, la quale ha generato la nascita di una cd. "realtà virtuale", apparentemente slegata da qualsiasi riferimento territoriale stabile. Trascendendo da ragionamenti sui tecnicismi informatici della realtà virtuale, però, è innegabile che in questo non-luogo siano fiorite numerose attività economiche di vario genere che, per un verso, come abbiamo già visto, hanno replicato modelli di business tradizionali su più vasta scala, dall'altro verso, hanno, in verità, creato un nuovo tipo di ricchezza, non facilmente assumibile nelle tipiche categorie.

La nuova economia nasce e si sviluppa nella Rete in cui, per definizione, non si riconosce, a differenza di quanto accade per i mercati dell'economia industriale, l'antica territorialità del mercato, priva com'è di collegamenti tangibili con il territorio inteso come porzione della superficie terrestre su cui lo Stato esercita sovranità. Le problematiche coinvolgono criteri di collegamento dell'imposizione, da sempre legati alla fisicità dei beni e dei servizi che, con l'avanzare dell'economia digitale, appaiono non più in grado di intercettare la nuova ricchezza già minata dalle difficoltà d'individuare il presupposto, ossia la produzione di un reddito e la qualificazione di soggetti passivi dei partecipanti alla catena del valore e, ancora, della necessità di localizzare le operazioni nell'imposizione indiretta. La questione della territorialità, in sintesi, occupa uno degli spazi centrali nella trattazione delle problematiche dell'economia digitale, come, per esempio, nell'Azione 1 del piano Beps dell'OCSE²³⁹, la quale pone al primo posto il tema del *nexus* nell'economia digitale.

Nel compiere queste azioni, però, invece di ripensare profondamente le regole del gioco, si rinnovano parametri vecchi, i quali, però, avevano alla base una cultura e una natura giuridica che non è facilmente riproducibile in queste proposte innovative. Si pensi, a titolo

²³⁹ OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*, OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

meramente esemplificativo, al tema della “Stabile Organizzazione Virtuale” o, d’altra parte, alla tassazione nel luogo di destinazione.

La prima è una proposta che restaura un criterio anticipo di collegamento tra reddito e territorio a una realtà nuova, ma con le difficoltà tecniche di un trapianto di un criterio pensato in altre epoche. La seconda è una forzatura del meccanismo funzionale dell’imposizione sul valore aggiunto che, per un efficace funzionamento degli istituti della detrazione e rivalsa, probabilmente giustificherebbe una tassazione esclusivamente all’origine, al fine di garantire la neutralità effettiva del tributo.

Come è chiaro, però, una discussione efficace della territorialità digitale impone una riflessione preliminare sulle origini e le cause che hanno portato alla nascita di alcuni istituti giuridici e di alcune norme, altrimenti si rischia di non cogliere che l’intima relazione esistente tra Stato e territorialità fa sì che il cambiamento della concezione dello Stato attuale abbia avuto effetti assai rilevanti sul concetto stesso di territorialità.

2. Il rapporto simbiotico tra territorialità e sovranità: dall’endiade al distacco

Il principio di territorialità in materia tributaria nasce come risposta concettuale alle rivendicazioni impositive degli Stati, ed è stato inizialmente ricondotto al concetto generale di sovranità. Seguendo tale impostazione, potendo lo Stato esercitare la propria sovranità entro il proprio territorio e non oltre la propria giurisdizione, ne consegue, in negativo, che la potestà tributaria deve risultare territorialmente delimitata. Pertanto, in origine, la territorialità tributaria era riconducibile a una *species* del *genus* sovranità. D’altronde è evidente che la nozione stessa di territorialità rievoca l’idea del potere sovrano di uno Stato in un dato territorio.

In altre parole, uno Stato può positivizzare e può attuare il proprio diritto solo, e non oltre il territorio in cui mantiene la sua giurisdizione e solo sui soggetti aventi un certo legame con detto Stato. L’eventuale sconfinamento, infatti, sarebbe lesivo della sovranità di un altro ordinamento e in un sistema fondato sul rapporto paritario tra Stati (*superiorem non recognoscens*) questo sarebbe inaccettabile.

In aggiunta a ciò, la tassazione di una ricchezza o di un soggetto non legato al proprio territorio sarebbe non giustificabile da un punto di vista concettuale. Quale legittimità

avrebbe la tassazione in Italia di una manifestazione di ricchezza originata all'estero da un soggetto non avente legami con lo Stato italiano? Sia che si prenda come giustificazione la teoria del beneficio e, dunque, una visione prettamente commutativa del tributo sia che si tenga conto dell'inserimento nella comunità e, dunque, del costo sociale dell'appartenenza a quel territorio, in ogni caso, uno Stato potrebbe sottoporre a imposizione qualsiasi evento rilevante con un minimo di connessione con il proprio territorio. In altre parole, tale connessione "minima" è la giustificazione della tassazione. La dottrina pubblicistica internazionale, sul punto, si è occupata lungamente della territorialità tributaria, discutendo della possibilità di individuarne un limite nell'interesse ragionevole o nel cd. *genuine link*²⁴⁰.

²⁴⁰BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, Giuffrè, 2009. Tale ultima tesi trova il fondamento essenzialmente nella pronuncia della Corte internazionale di giustizia del 6 aprile 1955, caso Nottebohm (International Court of Justice's Nottebohm judgement (April 6, 1955, Liechtenstein v. Guatemala, ICJ Rep. 1955, 4). In questa decisione, la Corte Internazionale di Giustizia ha essenzialmente negato a uno Stato la possibilità di esercitare i suoi poteri di protezione diplomatica su uno dei suoi nazionale nel caso in cui non vi sia alcuna prova di una "vera connessione" tra il cittadino e lo stato stesso ("a State cannot claim that the rules it has thus laid down are entitled to recognition by another State unless it has acted in conformity with this general aim of making the legal bond of nationality accord with the individual's genuine connection with the State which assumes the defence of its citizens by means of protection as against other States"). Si possono trovare anche tendenze simili nella pratica internazionale riguardante i settori del diritto del mare e del diritto penale (e della giurisdizione penale a livello internazionale). Tuttavia, alcuni autori hanno evidenziato la necessità di essere cauti nell'estendere tali principi a un campo di applicazione più ampio di quello dato dalla sentenza stessa, dal momento che il caso riguardava un fatto molto specifico e peculiare (e non correlato alla legislazione fiscale). Gli studiosi hanno anche citato il giudizio sulla Barcelona Traction della Corte internazionale di giustizia (5 febbraio 1970, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, ICJ Rep. 1970, 3), anche riguardo al tema della protezione diplomatica, come un'altra dimostrazione dell'esistenza del territorio limiti all'esercizio delle competenze fiscali e che tali limiti si basano sulla necessità di trovare una connessione efficace con il territorio dello stato. D'altra parte, è stato evidenziato da alcuni autori, tuttavia, che la sentenza sopra menzionata non sarebbe in grado di dimostrare il principio in questione, ma piuttosto costituirebbe la prova del suo esatto opposto, dal momento che la Corte non ha chiaramente affermato la necessità, in base al generale internazionale legge, di criteri di collegamento territoriale affinché uno stato eserciti la propria sovranità ("nel campo della protezione diplomatica di entità aziendali nessun test assoluto della connessione autentica ha trovato applicazione pratica"). Detto questo, è stato anche sostenuto che i principi espressi in entrambe le sentenze sopra menzionate non potevano essere applicati automaticamente al campo di diritto tributario, soprattutto perché ciò che potrebbe costituire un "fattore di connessione" appropriato per legittimare l'esercizio di poteri sovrani degli stati in determinati settori del diritto (ad esempio, diritto internazionale privato, protezione diplomatica, giurisdizione ...) potrebbe non essere appropriato per quanto riguarda la legislazione fiscale, vista la crescente mobilità delle persone, fattori di produzione, ricchezza e altri elementi fiscalmente rilevanti. Per una ricostruzione puntuale della disputa sul piano internazionale, nonché per ampi riferibili bibliografici, si veda il contributo di MAISTO, *Brevi riflessioni sulla evoluzione del concetto di "genuine link" ai fini della territorialità dell'imposizione tributaria tra diritto internazionale generale e diritto dell'Unione europea*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, vol.10, p. 898 ss.

Nella tradizione americana, questo principio è espresso nel combinato disposto di due fondamentali principi costituzionali, ossia la cd. *Due Process Clause* e la cd. *Commerce Clause*²⁴¹ per cui al fine di assoggettare a tassazione una fattispecie da parte dello Stato, non già della Federazione è necessario che: a) sia applicata a un'attività con nesso sostanziale con lo Stato imponente; b) vi sia una ripartizione equilibrata del potere impositivo; c) non ci sia una discriminazione nel commercio interstatale; d) e vi sia una sorta di correlazione rispetto ai servizi forniti dallo Stato, riecheggiando la teoria del beneficio.

Nella nostra tradizione giuridica, a maggior ragione, il principio di territorialità viene valorizzato, collegandolo al principio di contribuzione alle pubbliche spese della comunità statale da parte di un soggetto che vi appartiene o vi è inserito e, dunque, in base a un collegamento economico assai forte. Dunque, un soggetto contribuisce alle pubbliche spese di uno Stato perché vi è inserito, ovvero si configura ciò che è stato definito come “attacco sociale”²⁴². D'altra parte, il pagamento di un tributo nel luogo in cui c'è una connessione è giustificato dal costo di appartenenza all'ordinamento economico-sociale a cui si contribuisce. La territorialità tributaria, in questo senso si configura nell'ordinamento giuridico contemporaneo come principio²⁴³, ossia come una norma implicita esprimente un valore fondamentale. Tale considerazione non è di poco conto considerando che tale principio sta sempre di più soffrendo la crisi del concetto di Stato sovrano, perdendo lo storico collegamento con cui si legava al principio di sovranità²⁴⁴.

Originariamente, il rapporto intimo tra territorialità tributaria e sovranità era fondato in una prospettiva funzionalistica del tributo. Mediante l'applicazione e la riscossione delle risorse finanziarie nel proprio territorio su cui si esercitava la sovranità e con i poteri che

²⁴¹ Sul punto si veda la sentenza Complete Auto del 1977 della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America

²⁴² FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, Cedam, 2004, p. 186.

²⁴³ SACCHETTO, *Territorialità*, Enciclopedia del diritto, (dir. tribut.) [XLIV, 1992]; BERLIRI, *Principi di diritto tributario*, I, Milano, 1967, p.103.

²⁴⁴ Non è un caso, su cui si ritornerà nel III cap., che l'interpretazione data dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea sia orientata a qualificare la territorialità non come principio fondante del diritto tributario nazionale, ma come criterio di riparto del gettito fiscale o, meglio, di equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, si veda la sentenza Corte di Giustizia, C-380/11, DI. VI. Finanziaria di Diego della Valle & C. del 06/09/2012, ECLI:EU:C:2012:552 Sull'equilibrata ripartizione del potere impositivo come limite alla normativa nazionale si vedano Sentenza Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Marks and Spencer, C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763; Sentenza Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ReweZentral, C-347/04, ECLI:EU:C:2007:194.

derivavano dal potere sovrano, gli Stati garantivano e garantiscono il proprio funzionamento e sostentamento.

In quella porzione di terreno, dunque, lo Stato sovrano ha la legittimazione piena a imporre e riscuotere il tributo, oltre quello spazio territoriale lo Stato non ha la possibilità concreta di esercitare quei poteri. Storicamente, poi, il principio di territorialità era strettamente legato alla sovranità, in considerazione del fatto che i tributi si atteggiavano a imposte patrimoniali, soprattutto sui beni immobili, facilmente identificabili anche per gli ordinamenti del passato. Considerato lo stretto collegamento della territorialità con l'idea stessa di Stato, nel corso dei secoli, così come è mutata la considerazione giuridica dello Stato, allo stesso modo, è variato il significato della territorialità.

La realtà vieppiù globalizzata ha fatto sì che gli Stati dovessero far i conti con un'economia non più solo locale. Perciò, lo sviluppo dei traffici commerciali transnazionali ha innovato il concetto della territorialità. Se, nel passato, difficilmente vi era una circolazione di soggetti e di beni nel contesto internazionale e, quindi, gli Stati potevano tassare tutto ciò che avveniva nel proprio territorio con relativa tranquillità, con una maggiore possibilità di mobilità dei soggetti e, alla luce anche dei tentativi di integrazione politica o economica, tra Stati emergeva sempre di più il bisogno di modificare la legislazione tributaria adattandola a una realtà economia in divenire.

Oltre a questo, si deve considerare che, tanto più lo Stato cresceva, tanto più emergeva l'idea di uno Stato sociale, che si occupasse dei bisogni dei cittadini mediante anche meccanismi di perequazione tipici del sistema tributario. Pertanto, dalla non più florida tassazione delle cose si era orientati a tassare le ricchezze mobili e le persone, la cui mobilità aumentava le difficoltà per una territorialità statica. Proprio per queste ragioni, da un punto di vista puramente dogmatico, la dottrina, in particolare quella tedesca²⁴⁵, ha suggerito una distinzione tra un aspetto interno ed uno esterno della norma tributaria.

In particolare, l'aspetto interno della territorialità concerne il problema dell'efficacia della legge nel territorio, noto nella sistematica prevalentemente accolta, come problema

²⁴⁵ GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, I, Genève, 1953, p. 195; VERDROSS, *Völkerrecht*, Wien, 1959, p. 178, che distingue tra una «räumlichen Zuständigkeit» e una «räumlichen Geltungsbereich»; TEICHNER, *Internationales Steuerrecht*, Stuttgart, 1967; VOGEL, *Der Räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechts norm*, Frankfurt am Main-Berlin, 1965, pp. 2 ss. cit in SACCHETTO, voce «Territorialità», in *Enciclopedia del diritto*, (dir. tribut.), XLIV, 1992.

dell'efficacia della norma tributaria nello spazio²⁴⁶, affermandosi il carattere strettamente territoriale della norma dello Stato, in quanto questa è valida solo nel territorio dello Stato che l'ha emanata. In buona sostanza, l'unica norma avente efficacia nel territorio dello Stato è solo ed esclusivamente la norma emanata dall'ordinamento stesso, salvi i casi di accoglimento della normativa straniera mediante rinvii.

Per quanto riguarda l'aspetto esterno della territorialità, questo si sostanzia nella possibilità che la norma tributaria abbia efficacia al di fuori del proprio territorio. Su quest'ultimo punto, poi, si innestano ulteriori due problemi circa, da un lato, la legittimazione nel diritto internazionale per un ordinamento di prevedere l'efficacia di una norma aventi elementi di estraneità e, dall'altro lato, la possibilità di attuare questa norma fuori dai confini territoriali. Il primo aspetto prende il nome di territorialità in senso sostanziale, mentre il secondo di territorialità in senso formale²⁴⁷. La prima forma della territorialità assume rilevanza nell'analisi strutturale della norma giuridica, la quale può fare riferimento a fattispecie estranee al proprio territorio. I fenomeni in atto di globalizzazione dei mercati impongono, infatti, ai legislatori una vieppiù crescente attenzione verso da fattispecie tributarie aventi elementi di estraneità per via di aspetti attinenti alla materialità del fatto (luogo di esercizio dell'attività, di localizzazione del bene, eccetera) o alla persona del contribuente (residente).

È chiaro che, se fino al secolo scorso, i movimenti di persone o merci si stavano sempre più sviluppando, ma, comunque, con un certo legame con il territorio, oggi l'avanzata delle nuove tecnologie rendono incerto qualsiasi tipo di collegamento. Gli Stati, sul tema, decidono normalmente di limitare o, meglio, di regolare l'esercizio della propria sovranità sulla materia tributaria, accordandosi con altri Stati attraverso Trattati contro le

²⁴⁶ BERLIRI, *Principi di diritto tributario*, I, Milano, 1967, p.103.

²⁴⁷ Secondo SACCHETTO La distinzione tra aspetto materiale e aspetto formale della territorialità in materia tributaria è da ascrivere primariamente a: HERZFELD, *Probleme des Internationalen Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des Territorialitäts-problems und des Qualification problems*, in *Vierteljahresschrift für Steuer und Finanzrecht*, Berlin, 1932, p. 441 ss. Nella dottrina nordamericana si veda HELLERSTEIN, il quale suddivide la "giurisdizione dei tributi" in "substantive jurisdiction" (ossia il potere di uno Stato di imporre tributi su transazioni economiche avvenute all'estero, ma con elementi di collegamento con il proprio territorio) e l'"enforcement jurisdiction" (cioè il potere di uno Stato di riscuotere tributi collegati a operazioni economiche sopra cui lo Stato ha "substantive jurisdiction"). Tale interpretazione sembra essere molto vicina a quella di MANGANELLI, *Territorialità dell'imposta*, in *Digesto disc. priv., dir. comm.*, 1998 il quale distingue tra il momento di formazione astratta della norma (definito anche come «aspetto materiale» della territorialità) da quello della sua attuazione concreta (c.d. «aspetto esecutivo» della territorialità).

doppie imposizioni con l'obiettivo di fissare elementi di collegamento, ossia, i criteri in base ai quali è riconosciuta la competenza legislativa dei due Stati contraenti. In altre parole, se si vuole, adottano norme che delimitano il proprio potere (cd. "rules of limitation of law", "Grenznormen")²⁴⁸. Anticipando ciò che ritornerà in seguito, altri ordinamenti si riferiscono a queste norme come "norme di distribuzione", ossia come quelle regole che stabiliscono criteri di collegamento con entrambi i diritti interni e "norma di rinuncia" (*Verzichtsnormen*), ovvero quella che fissa, al contrario, un collegamento solo con uno dei due ordinamenti interni²⁴⁹. Se, apparentemente, le due visioni potrebbero essere definibili come intercambiabili, in verità, esse si riferiscono a due forme della territorialità, la prima come principio regolatore della norma e la seconda come criterio di distribuzione del potere impositivo o del gettito.

Su questi profili si ritornerà comunque in seguito.

L'altro aspetto della territorialità, intesa in senso formale, allude al tema dell'esercizio dei poteri di uno Stato fuori dal proprio territorio. In questo senso, non solo sembrava chiaramente preclusa l'attività pubblica realizzata da un pubblico ufficiale di un Amministrazione Finanziaria in un altro Stato, ma, addirittura, ci si orientava seguendo la massima secondo cui "*no country ever takes notice of the revenue law of another*"²⁵⁰. È di tutta evidenza che molto è cambiato rispetto ai tempi in cui Lord Mansfield enunciava questo precetto. Oggi, infatti, sono diversi gli strumenti che consentono e, talora, obbligano gli Stati a una reciproca collaborazione o cooperazione, talora "sanzionando" gli Stati inadempienti come "paradisi fiscali". Si pensi, partendo dal diritto tributario internazionale, alle norme contenute nei Trattati contro le doppie imposizioni che introducono meccanismi specifici di

²⁴⁸ VOGEL, *On double taxation conventions*, London, 1997, Introduction, paragrafi 26, 20

²⁴⁹ Si rinvia a TARIGO, Criteri di collegamento convenzionali nella recente giurisprudenza della Cassazione, *Rass. Trib.*, 2009, 6, 1610 che, a sua volta, rinvia a SCHAUMBURG, *Internationales Steuerrecht*, Köln, 1993, pag. 565; vuoi denominando "norma di ripartizione" solo quella norma che fissa punti di contatto con un unico ordinamento interno, cfr. XAVIER, *Direito tributário internacional. Tributação das operações internacionais*, Coimbra, 1997, pag. 60, contrapponendo - entro quelle che l'autore denomina "normas de colisão (internacionais)" e riconduce alle "normas de conflitos" - "normas de repartição ou de reconhecimento de competência exclusiva" e "normas de cumulação ou de reconhecimento de competência cumulativa".

²⁵⁰ Questa massima è fatta risalire a Lord Mansfield nella decisione del 5 luglio 1775, nel caso *Holman v. Johnson* ove si rileva che il cd. principio di non collaborazione in materia tributaria (o revenue rule) è la logica conseguenza della tradizionale concezione autoritaria attribuita alla funzione impositiva come espressione del potere sovrano dello Stato e, come tale, da considerarsi necessariamente confinato all'interno del territorio nazionale.

scambio di informazioni. D'altra parte, si faccia riferimento ai Regolamenti e alle Direttive europee in tema di scambio di informazioni o in tema di riscossione. Si rifletta, in ultimo, alle proposte in tema di Joint Tax Audit in cui due o più Amministrazioni Finanziarie prendono parte insieme all'esame congiunto di determinate fattispecie collegate a persone con attività cross-border²⁵¹.

3. La territorialità nel contesto internazionale: tra principio generale e consuetudine

Se in relazione alle normative tributarie riferite a elementi totalmente interni non si pongono problemi di territorialità, per quanto riguarda l'efficacia di norme tributarie aventi elementi di estraneità con l'ordinamento nazionale c'è, come visto, da valutare la legittimazione e l'effettività della stessa. In merito alla prima problematica, vi è da rilevare che, comunemente, si discute sull'esistenza di una consuetudine di diritto internazionale per cui sarebbe precluso a un ordinamento tassare un soggetto non appartenente al proprio ordinamento ovvero un oggetto non presente nel proprio territorio in assenza di un collegamento ragionevole o minimo con il proprio territorio²⁵². Volendo tralasciare momentaneamente le dispute dottrinali circa l'esistenza di un siffatto limite, di cui si dubita da un punto di vista formale²⁵³, ma si giustifica su un piano sostanziale, è necessario

²⁵¹ OECD, Joint Audit report, Sixth meeting of the OECD Forum on Tax Administration, Istanbul, 15-16 September 2010.

²⁵² UDINA, *Il diritto internazionale tributario*, in *Trattato di diritto internazionale*, a cura di Fedozzi e Romano, X, Padova, 1949, p. 85; CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2002, p. 229; MANN, *The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years*, in *Recueil A.D.I.*, 1984, vol. 186, p. 21 ss.; VOGEL, *Il diritto tributario internazionale*, in *Trattato di diritto tributario*, a cura di Amatucci, Padova, Cedam, 1994, p. 699; MELOT, *Essai sur la compétence fiscale étatique*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2004, p. 828 ss.; BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 51 ss.; BAGGIO, *Territorialità del tributo*, Enc. Giur. Treccani – Diritto online, 2014; contra CROXATTO, *Diritto internazionale tributario*, p. 643; BISCOTTINI, *Diritto amministrativo internazionale*, 365; MANGANELLI, *Territorialità dell'imposta*, cit.; MAISTO, *Brevi riflessioni sulla evoluzione del concetto di "genuine link" ai fini della territorialità dell'imposizione tributaria tra diritto internazionale generale e diritto dell'Unione europea*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, vol. I, p. 889 ss.

²⁵³ Si dubita in considerazione delle non chiare conseguenze di un'eventuale violazione. Sul punto, però, si veda FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, cit., p. 398-399 il quale ci segnala due interessanti casi (Santa clara estates Company e Matazlan). Il primo, in particolare, riguarda la riscossione di imposte operata dal governo venezuelano nei confronti di soggetti residenti nel distretto dell'Orinoco anche per il periodo in cui in questo territorio vi era instaurato un governo rivoluzionario. La Camera Arbitrale anglo-venezuelana decise che "the titular government has no right to collect taxes on property which have already

considerare, innanzitutto, che la territorialità deve essere sempre collegata alla nozione di tributo.

Ragionando in questi termini quasi tautologici, si rileva che, se il tributo rappresenta una prestazione patrimoniale imposta dall'ordinamento per partecipare alle spese pubbliche, dovrebbe partecipare alla condivisione delle spese, soprattutto, il beneficiario dell'attività pubblica. È chiaro che questo rapporto non deve essere letto sotto un punto di vista sinallagmatico, in quanto non c'è un vero e proprio *do ut des*, anzi, nella normalità dei casi, potrebbe accadere che coloro che sfruttano maggiormente dei servizi dello Stato non partecipino alle pubbliche spese perché non manifestano capacità contributiva²⁵⁴. Dunque, questo rapporto tra godimento di servizi e partecipazione alla spesa deve essere letto più secondo una logica qualitativa, ossia il dovere del contribuente di partecipare alle pubbliche spese e, correlativamente, il diritto di partecipare alla vita pubblica adempiendo al “costo sociale” dell'appartenenza, ossia le imposte.

Malgrado ciò, nulla vieterebbe, in astratto, che, ad esempio, uno Stato tassasse un soggetto o una operazione assolutamente non collegata con il territorio dello Stato. Come già detto questa fattispecie potrebbe essere considerata irragionevole, ma non preclusa da nessuna norma di diritto internazionale. Semmai il problema principale potrebbe porsi dal punto di vista del concreto *enforcement* della norma. Bisogna considerare, infatti, che l'eventuale produzione di una norma tributaria che violi la territorialità dell'imposta, di per sé, non appare lesiva del principio di territorialità, ma lo diventerà solo nel caso di attuazione in concreto della norma stessa. Sarà, dunque, il potere esecutivo a realizzare violazione del principio di territorialità, non già il potere legislativo.

La considerazione per cui, in realtà, la territorialità, come concetto astratto, abbia però un qualche fondamento e, dunque, possa integrare una consuetudine nel diritto

been paid to a revolutionary government which had gained control over the portion of the national territory wherein the property is located, and taxes so collected must be returned”. Sostanzialmente ai sensi di questa decisione si dovrebbe ripristinare la situazione quo ante con la restituzione di quanto eventualmente già pagato. Tale soluzione per quanto suggestiva appare difficilmente applicabile nella realtà contemporanea. Pur non essendoci alcun esempio giurisprudenziale sulle eventuali conseguenze dall'imposizione in violazione della territorialità, sembrerebbe che l'unica soluzione a una problematica di tal maniera sia politica (proprio come avvenuto nel Mazatlan case in cui il segretario di Stato USA ha protestato con una lettera contro alcune decisioni fiscali del governo messicano)

²⁵⁴ In realtà questa evenienza sembra praticamente impossibile, considerando che chiunque, anche nella veste di consumatore, partecipa delle pubbliche spese pur in modo minimale.

internazionale, è rilevabile dall'analisi dei due elementi costitutivi tipici, ossia: la *diuturnitas* e l'*opinio iuris sive necessitatis*.

È vero che in tutte le legislazioni tributarie mondiali i presupposti assunti come fatti generatori d'imposta contengono elementi di collegamento con l'ordinamento di riferimento²⁵⁵e, forse, la quantità di norme tributarie prodotte con elementi territoriali fa desumere che si possa essere configurata una consuetudine. Alla presenza di un *sufficiently strong interest* si aggiunge talvolta la necessità di svolgere un giudizio comparativo tra tale interesse e quello di altri ordinamenti statuali che pure regolerebbero la medesima fattispecie sulla scorta di un proprio interesse. In sostanza, l'interesse statale alla regolazione di quella fattispecie non dovrebbe apparire solo come sufficientemente solido, ma anche prevalente sull'interesse di altri Stati a regolare diversamente la fattispecie. Quest'ipotesi in realtà è molto suggestiva per la prospettiva dell'esercizio del potere di imposizione extrastatale perché pone in definitiva come parametro di esercizio il necessario rispetto degli interessi degli altri ordinamenti; la conseguenza inevitabile sarebbe quella di porre un generalizzato divieto di concorso delle potestà impositive di due diversi ordinamenti su una medesima fattispecie ossia il riconoscimento del divieto di doppia imposizione come norma di diritto consuetudinario generalmente riconosciuta. È noto che, nell'attuale scenario, non può ritenersi esistente tale consuetudine. La conferma è proprio nella vasta rete di Trattati internazionali che sono stipulati da ciascuno Stato per evitare la doppia imposizione a riprova della necessità di intervenire con uno strumento normativo ad hoc, in assenza di altre indicazioni di diritto internazionali che possano risolvere il conflitto di imposizioni.

Ragionando in generale, l'articolo 38 dello Statuto del Corte Internazionale di Giustizia elenca i principi di diritto internazionale tra le fonti del diritto internazionale, insieme a trattati e regole consuetudinarie, e sono definiti come "i principi generali del diritto riconosciuti da nazioni civili". In altri termini, i principi di diritto internazionale sono (o dovrebbero essere) l'equivalente a livello internazionale dei principi generali "costituzionali" o, meglio, dei principi supremi dell'ordinamento²⁵⁶ incorporati negli ordinamenti giuridici

²⁵⁵ Anche se alcuni ordinamenti assumono a presupposto dell'imposizione requisiti, quali la cittadinanza, che, in concreto, non hanno nulla a che vedere con il territorio.

²⁵⁶ Si veda la giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana e, in particolare, Corte cost., 12-04-1989, n. 203 e Corte cost., 29-12-1988, n. 1146

dei singoli Stati e ivi applicabili, che diventano internazionali rilevanza se condivisa da un numero considerevole di Stati.

Pertanto, un principio per essere riconosciuto come cogente a livello internazionale deve essere presente nella maggior parte dei sistemi normativi dei singoli Stati e deve anche essere considerato dagli Stati stessi come applicabile non solo a livello nazionale, ma anche transnazionale. Tale asserzione è basata essenzialmente sul presupposto che l'ordinamento giuridico internazionale, come tutti gli altri ordini legali, è, o almeno dovrebbe essere, caratterizzato da principi che sono gerarchicamente superiore al diritto consuetudinario e convenzionale.

A partire da questa definizione, alcuni autori hanno sostenuto, per quanto riguarda il campo del diritto tributario internazionale, l'esistenza di un principio di diritto internazionale avente come vincolo la territorialità²⁵⁷. Nelle parole di quegli autori, un tale principio costituirebbe una sorta di "principio di diritto internazionale costituzionale" che limita i poteri sovrani degli Stati, partendo dal presupposto che l'ordinamento giuridico internazionale ruota essenzialmente intorno ai diversi ordinamenti giuridici degli Stati, che devono coesistere e, quindi, devono riconoscersi reciprocamente prerogative e limiti²⁵⁸. Partendo da premesse diverse, però, si è formata una scuola di pensiero per cui la territorialità

²⁵⁷ UDINA, *Il diritto internazionale tributario*, in *Trattato di diritto internazionale*, a cura di Fedozzi e Romano, X, Padova, 1949, p. 83.

²⁵⁸ Ciò detto, gli studiosi dissentono, tuttavia, sull'interpretazione e sull'estensione da dare a questo ipotetico principio "costituzionale" di territorialità, che è stata tradizionalmente interpretato in base a due diversi significati: in un senso più stretto, questo principio comporterebbe la limitazione del campo di applicazione del potere impositivo dello Stato solo per quei casi particolari di fatti, circostanze, eventi o, più in generale, le fonti di reddito situate nel suo territorio. Questa interpretazione del principio in questione, che è la posizione tradizionale sostenuta da autori tedeschi, potrebbe essere definita come "territorialità in senso oggettivo". Secondo questa teoria, il principio in base al quale uno Stato può riscuotere tributi solo sui fatti o sulle persone che sono soggette al suo potere preminente o, in altre parole, alla sua sovranità costituisce la regola fondamentale nel campo della tassazione internazionale e a una sorta di principio a priori del diritto internazionale. Si veda BÜHLER, *Internationales Steuerrecht und Internationales Privatrecht*, Amsterdam, Internationales Steuerelementationsbüro, 1960; D'altra parte, diversi altri autori, in particolare europei e americani, hanno optato per un'interpretazione più ampia del significato del principio di territorialità nel contesto del diritto internazionale, affermando che tale principio consentirebbe agli Stati di tassare i loro cittadini anche in assenza di qualsiasi altra connessione personale o oggettiva al territorio dello Stato per il semplice e semplice fatto di essere i loro cittadini (o cittadini o residenti). L'adozione di questa teoria equivarrebbe ad abbracciare un'interpretazione della territorialità in un "senso soggettivo". Entrambe le interpretazioni del principio di territorialità sembrano supportare la teoria secondo cui, per esercitare i loro poteri di imposizione, gli stati avrebbero bisogno di un fattore di collegamento, un collegamento tra il loro ordinamento giuridico e il contribuente.

rappresenta un principio di diritto internazionale, perché basata sul ruolo centrale del riconoscimento reciproco generale della sovranità degli altri Stati.

Da questa prospettiva, riscuotere i tributi su una situazione o un evento che manca qualsiasi tipo di collegamento (soggettivo o oggettivo) al territorio dello stato impositivo sarebbe una violazione della sovranità di un altro Stato e, dunque, una violazione del diritto internazionale. In particolare, si è teorizzato che i poteri dello Stato nel tassare gli stranieri dovrebbe essere limitati quando si tassano soggetti che non hanno alcun punto di contatto con lo Stato stesso o il suo ordinamento giuridico. Questa tesi è stata giustificata dalla dichiarazione generale secondo cui non sarebbe possibile garantire il rispetto e l'efficacia della sovranità di ogni Stato se tutti gli Stati non riconoscono la libertà fondamentale e uguaglianza di tutti gli stati nell'arena internazionale. Tuttavia, queste ipotesi sono state oggetto di molte critiche.

C'è, infatti, un punto fondamentale da considerare, che è collegato alla definizione di ciò che può costituire un "principio generale di diritto riconosciuto dalle Nazioni civili". Si è osservato sopra che un principio generale nel contesto internazionale la legge non è, in definitiva, nient'altro che un principio "costituzionale" comune ai sistemi nazionali della maggior parte delle nazioni civili e riconosciuto come tale per meramente scopi domestici da parte di singoli paesi. In altre parole, è il fatto che sia un principio incorporato in molti sistemi (costituzionali) nazionali che possono portare a tale principio diventare rilevante come fonte di diritto internazionale. Ciò detto, certamente non sembra possibile affermare che il i sistemi costituzionali della maggior parte degli "stati civilizzati" preveda il riconoscimento di un principio di territorialità fiscale. La riprova di tale statuizione è rinvenibile, a titolo meramente esemplificativo, negli obblighi formali e dichiarativi a cui è sottoposto il contribuente anche per fattispecie estranee al territorio dello Stato che li impone. Tali oneri "dichiarativi", poi, sono giustificati non già affinché le fattispecie dichiarate siano sottoposte a imposizione dallo Stato, quanto per monitorare alcune "fattispecie" a rischio di fenomeni di *profit shifting*. Inoltre, giustificando il diritto per uno stato di imporre tasse su elementi stranieri, persone, cose o eventi se hanno un collegamento efficace con il territorio di quello stato il riferimento al concetto di "sovranità" non sembra del tutto corretto. Innanzitutto, si rileva che il concetto di "sovranità" non pare aver ricevuto una definizione esauriente e unanime. Se, infatti, si declina tale istituto come il diritto di ogni

stato di non subire alcuna diretta interferenza nel suo territorio (o, meglio, nell'esercizio del suo potere sovrano sul suo territorio) da qualsiasi altro Stato, ciò non sembra in grado di implicare in alcun modo il diritto di ogni stato di includere nell'ambito dei suoi poteri di imposizione (e, in generale, della sua attività) elementi "estranei" e che, quindi, dovrebbero essere considerato come facente parte del territorio di un altro Stato.

Astrattamente, infatti, una fattispecie assolutamente estranea al territorio dello Stato riguardante soggetti alieni allo Stato potrebbe essere prevista come fatto generatore dell'imposta, salvi i limiti previsti da altre norme e principi del diritto costituzionale di quello Stato. Inoltre, potrebbe non essere facile applicare automaticamente i suddetti principio del diritto internazionale secondo il quale uno Stato non dovrebbe e non potrebbe prendere da uno straniero di compiere qualcosa in assenza di un legame e tra tale straniero e lo Stato stesso tale da giustificare questo obbligo.

Si è sostenuta ancora l'esistenza del principio di territorialità come generale principio del diritto internazionale facendo riferimento al cosiddetto "principio di efficacia". Partendo da questa idea, alcuni hanno sostenuto l'esistenza di un principio generale di diritto internazionale secondo cui uno Stato può legittimamente espandere i propri poteri di imposizione su elementi, circostanze, fatti o soggetti "estranei" solo nella misura in cui godono del corrispondente potere di assicurare effettivamente ed efficacemente l'applicazione di tale previsione normativa fiscale. Tuttavia, a parte il fatto che non sembra esserci alcun consenso, tra gli studiosi, sulla reale esistenza e valore di un generale "principio di efficacia" come parte del diritto internazionale, questa teoria, pur sostenuta in passato, sembra creare una sorta di sovrapposizione tra le due interpretazioni della territorialità, cioè tra il cd. "aspetto "materiale" e aspetto "formale" della territorialità. In poche parole, questa teoria potrebbe essere sintetizzata, affermando che se uno Stato può far rispettare la propria norma, allora tale Stato sarebbe legittimato a imporre qualsiasi evento tassabile. In una logica darwiniana, questa visione implicherebbe che, dal punto di vista del diritto internazionale, sia permesso a un ordinamento statale di fare tutto ciò che ha il potere di raggiungere effettivamente. Si nota, altresì, che il problema connesso alla concreta applicazione delle leggi fiscali all'estero e della riscossione delle imposte in territori stranieri, al giorno d'oggi, stato, almeno a livello teorico, è risolvibile mediante accordi fra Stati, valorizzando, dunque, il ruolo pattizio del diritto internazionale contro la legge del più forte.

Alla luce di tutto quanto sopra, la teoria giustificante l'esistenza di un principio internazionale che garantisce l'esistenza della territorialità fiscale appare quantomeno azzardata.

In calce a queste riflessioni sul “principio di territorialità”, corre l'obbligo di ricordare che la territorialità può essere declinata anche nel senso di criterio di riparto del potere impositivo. Tale secondo significato è volto a ripartire tra le potestà di imposizione dei diversi Stati materia imponibile avente carattere di internazionalità, nell'intento pratico di realizzare da un lato la neutralità fiscale negli scambi commerciali internazionali e dall'altro l'equità in senso verticale (in capo al singolo operatore internazionale), mentre in precedenza la preoccupazione era di realizzare l'equità in senso orizzontale (tra Stati).

4. La territorialità tributaria nella prospettiva europea: limite e riparto della potestà impositiva tra gli Stati

Nella prospettiva europea, invero, la territorialità viene declinata non già in quanto principio, ma quanto criterio di riparto del potere impositivo tra gli Stati Membri²⁵⁹. Questa interpretazione della territorialità è giustificata nella misura in cui questo ordinamento nuovo, non facilmente identificabile né come Stato Federale né come Confederazione di Stati, abbia competenza esclusiva nel funzionamento del mercato comune e, per l'effetto, abbia rilevanti poteri anche nel modellare un proprio sistema impositivo europeo.

Chiaramente, l'aspetto che, qui si rileva, non coinvolge tanto l'imposizione sul valore aggiunto che è un tributo tipicamente europeo per cui, prima la Comunità, poi l'Unione ne ha dettato i caratteri fondamentali e in concreto il modulo applicativo, demandando agli Stati solo l'attuazione degli scopi già individuati in sede sovranazionale, bensì, ancora di più, implica una riduzione progressiva della libertà statale nella decisione sulle proprie imposte reddituali. Il prelievo delle imposte dirette, come già rilevato, allo stato attuale del diritto unionale resta di competenza degli Stati membri, potendo decidere, in particolare, decidere

²⁵⁹ In generale, sul principio di territorialità, v. Sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 29 novembre 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785, punto 46); del 17 settembre 2009, *Glaxo Wellcome* (C-182/08, EU:C:2009:559, punti 82 e segg.), e del 5 luglio 2012, *SIAT* (C-318/10, EU:C:2012:415, punti 45 e 46), nonché, sul principio di territorialità nel diritto in materia di IVA, anche la sentenza del 12 settembre 2013, *Le Crédit Lyonnais* (C-388/11, EU:C:2013:541, punto 42).

cosa e come tassarlo. In mancanza di un'armonizzazione attraverso il diritto comunitario, spetta infatti agli Stati membri fissare i criteri per la ripartizione delle proprie competenze fiscali, attraverso la conclusione di accordi contro la doppia imposizione o con provvedimenti unilaterali. Già il vecchio art. 293, secondo trattino, CE li esortava esplicitamente ad accordarsi per eliminare la doppia imposizione all'interno della Comunità. Sostanzialmente, in linea generale, il diritto eurounitario non dovrebbe aver rilevanza in tema di tassazione reddituale sia delle persone fisiche che di quelle giuridiche.

Tuttavia, tra le libertà fondamentali, un ruolo fondamentale è giocato dalla libertà di stabilimento, la quale garantisce la mobilità delle imprese nell'UE²⁶⁰. Chiaramente, al fine di garantire questa libertà, l'Unione, sebbene non abbia chiare competenze, salvi casi specifici, sul tema dell'imposizione diretta, deve poter correggere alcune anomalie delle normative degli Stati Membri al fine di evitare di sacrificare qualcuna delle libertà.

Parallelamente, diverse attività produttive hanno sfruttato i benefici delle libertà, stabilendosi in Stati Membri diversi da quelli di origine anche per ragioni fiscali. Escludendo dal ragionamento i casi di strutture parzialmente o totalmente artificiose utilizzate al fine di ottenere essenzialmente vantaggi fiscali di natura abusiva, si è assistito a un progressivo scontro tra le pretese degli Stati Membri di salvaguardare il proprio gettito e quello dei giudici di Lussemburgo di garantire il corretto funzionamento del diritto tributario europeo.

Fin dalla sentenza *Marks & Spencer* la Corte ha riconosciuto che la salvaguardia della ripartizione delle competenze fiscali tra gli Stati membri costituisce un obiettivo legittimo, che può giustificare una limitazione della libertà di stabilimento. In quella sede si è stabilito che il principio di territorialità, vigente nel diritto tributario internazionale e

²⁶⁰ Come sancito dal trattato sul funzionamento dell'Unione europea e confermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi garantiscono la mobilità delle imprese e dei professionisti nell'UE. Per l'ulteriore messa in atto di queste due libertà, le aspettative riguardanti la direttiva sui servizi adottata nel 2006 sono elevate, dal momento che la questione è di importanza fondamentale per il completamento del mercato interno. Base giuridica: Articoli 26 (mercato interno), da 49 a 55 (stabilimento) e da 56 a 62 (servizi) del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Obiettivi: Le persone che esercitano attività indipendenti e i professionisti o le persone giuridiche ai sensi dell'articolo 54 del TFUE che operano legalmente in uno Stato membro possono: i) esercitare un'attività economica in un altro Stato membro su base stabile e continuativa (libertà di stabilimento: articolo 49 del TFUE); o ii) offrire e fornire i loro servizi in altri Stati membri su base temporanea pur restando nel loro paese d'origine (libera prestazione dei servizi: articolo 56 del TFUE). Ciò presuppone non soltanto l'abolizione di ogni discriminazione basata sulla nazionalità ma anche, al fine di poter veramente usufruire di tale libertà, l'adozione di misure volte a facilitarne l'esercizio, compresa l'armonizzazione delle norme nazionali di accesso o il loro riconoscimento reciproco (2.1.6).

riconosciuto dal diritto comunitario, possa costituire un parametro di riferimento, rispetto al quale gli Stati membri possono orientarsi nella ripartizione delle rispettive competenze fiscali.

Peraltro, nella ricostruzione della Corte di Giustizia non esiste una definizione precisa del principio di territorialità. Per tale ragione, spesso, si è dovuto fare riferimento a una formulazione pratica di tale principio, per cui gli Stati, in generale, sottopongono a tassazione senza limiti solo i soggetti residenti nel loro territorio, e inoltre, sulla base dell'obbligo fiscale limitato, i redditi dei soggetti residenti altrove derivanti da fonti nazionali. A tale proposito bisogna anche considerare che è lasciato alla libertà degli Stati membri valutare come utilizzare precisamente le circostanze territoriali e temporali per ripartire le competenze fiscali, purché sia conservata la coerenza della tassazione e non vi sia alcuna inammissibile imposizione multipla²⁶¹. In questo senso, sotto l'aspetto delle norme positive, giova ricordare che, ai termini dell'articolo 65, paragrafo 1, lettera a), TFUE, le disposizioni dell'articolo 63 TFUE «*non pregiudicano il diritto degli Stati membri (...) di applicare le pertinenti disposizioni della loro legislazione tributaria in cui si opera una distinzione tra i contribuenti che non si trovano nella medesima situazione per quanto riguarda il loro luogo di residenza o il luogo di collocamento del loro capitale*».

Seguendo questo tipo di ragionamento, diversi Stati, nella difesa di proprie normative sospettate di essere incompatibili con il diritto unionale davanti alla Corte di Giustizia, hanno sostenuto l'utilizzo del principio di territorialità fiscale come limite alla forza dirimente delle libertà economiche e, in particolare, alla libertà di stabilimento²⁶². In questa ricostruzione si deve ricordare che la Corte di Giustizia ha generalmente accettato i criteri di ripartizione basati sul principio di territorialità e ha in particolare riconosciuto che la residenza costituisce il criterio di collegamento all'imposta sul quale si fonda, di norma, il diritto tributario internazionale odierno allo scopo di ripartire tra gli Stati la competenza tributaria nelle situazioni che comportano elementi di estraneità²⁶³.

²⁶¹ Conclusioni dell'Avv. Generale Kokott in N, C-470/04

²⁶² Tra diversi esempi, si veda un caso italiano Corte di Giustizia, DI. VI. Finanziaria di Diego della Valle & C. SapA, C-380/11.

²⁶³ Su tutte la sentenza della Corte, Gerritse, C-234/01, punto 45.

Si registrano, infatti, come si anticipava, aperture della Corte a favore degli Stati membri per quanto attiene alla coerenza dei regimi impositivi, soprattutto in relazione al principio di territorialità (e, più generalmente, della ripartizione del potere impositivo) che della coerenza parrebbe rappresentare una peculiare declinazione²⁶⁴.

Un richiamo al principio di "territorialità" si rinviene tuttavia già nella lontana sentenza resa nel caso Futura, relativo alla compatibilità comunitaria del collegamento con gli utili prodotto in loco quale condizione posta dalla legislazione lussemburghese per consentire il riporto delle perdite subite da stabili organizzazioni ivi situate, ma ancor più interessante è al riguardo il caso N (Van Dijk), relativo all'exit tax olandese, sul quale merita brevemente soffermarsi. In tale occasione, in particolare, la Corte ha ritenuto di accogliere le osservazioni del governo olandese sul principio della salvaguardia della ripartizione delle competenze fiscali tra gli Stati membri, rispetto al quale il principio di territorialità derivante dal diritto tributario internazionale costituirebbe un utile punto di riferimento. In particolare, le norme olandesi farebbero semplicemente riferimento ad un elemento territoriale collegandolo ad un elemento temporale, vale a dire la residenza nel paese nel periodo in cui il reddito tassabile si è creato. In realtà, nelle proprie conclusioni l'Avvocato generale aveva rilevato come l'obiettivo delle norme olandesi fosse quello di consentire di riscuotere effettivamente le imposte olandesi sulla base della ripartizione ammissibile delle competenze fiscali prevista tra i Paesi Bassi e il Regno Unito, tenuto conto che la convenzione contro la doppia imposizione tra di essi in vigore consentiva ad uno Stato contraente di tassare, in base alle proprie disposizioni fiscali, i redditi da cessione di partecipazione di un soggetto che risiedeva nell'altro Stato, ma che avesse risieduto nel primo nei cinque anni precedenti alla cessione.

Questa conclusione, di per sé indebolita dalla presenza di una particolare disciplina convenzionale, risultava tuttavia rafforzata dal successivo collegamento con il principio di coerenza, affermandosi che "non sarebbe più garantita una tassazione coerente qualora il trasferimento all'estero rendesse impossibile l'imposizione fiscale sui redditi intervenuti durante il soggiorno nello Stato di origine", e che "al riguardo, gli obiettivi della coerenza impositiva e della ripartizione della tassazione in base al principio di territorialità

²⁶⁴ MELIS, *Perdite Intracomunitarie, Potestà Impositiva E Principio Di Territorialità: Unicuique Suum?*, in *Rass. Trib.*, 2008, vol. 5, p. 1486.

coincidono". La Corte, accogliendo le conclusioni dell'Avvocato generale, ha riconosciuto quale "obiettivo di interesse generale" la finalità della norma olandese di garantire una ripartizione del potere impositivo sulla base del principio di territorialità, che nella specie andrebbe individuato - ispirandosi alla prassi internazionale e, in particolare, al modello di convenzione OCSE attesa la mancanza di regole comunitarie sulla ripartizione del potere impositivo - sulla base della residenza del cedente, ma non ha chiarito il rapporto tra principio di coerenza e principio di territorialità.

Il funzionamento della territorialità dell'imposta sul valore aggiunto, d'altro canto, serve a regolare e, talora, limitare il potere impositivo degli Stati, non già dunque in una logica di ripartizione dell'imponibile, quanto di correggere i malfunzionamenti dell'imposta europea. Pertanto, l'applicazione del principio di territorialità dovrebbe garantire la neutralità, in base al quale la riscossione dell'IVA spetta allo Stato membro in cui avviene il consumo finale del bene. Come ha indicato la giurisprudenza, tale meccanismo consente una rigorosa ripartizione del gettito dell'IVA nelle operazioni intracomunitarie e «assicura una chiara delimitazione dei poteri impositivi degli Stati membri interessati»²⁶⁵. In altre occasioni ha garantito che, qualora un soggetto passivo disponga di un centro di attività stabile in un altro Stato rispetto a quello in cui egli ha stabilito la sua sede, le attività economiche che esso compie in tale Stato sono considerate, ai fini dell'applicazione delle disposizioni della sesta direttiva, esercitate a partire da tale centro di attività stabile, giustificandone dunque la possibilità di detrarre in detto Stato²⁶⁶.

5. La declinazione della territorialità: i criteri di collegamento tipici nell'imposizione reddituale

5.1 La tassazione in base alla residenza come attuazione del principio di capacità contributiva

Precisato che il problema dell'esistenza di limiti all'imposizione differisce nettamente da quello della efficacia della legge tributaria nello spazio, riguardante la

²⁶⁵ Conclusioni dell'Avv. Generale Cruz Villalon in *Vogtländische Straßen-, Tief- und Rohrleitungsbau GmbH Rodewisch (VSTR)*, Causa C-587/10, punto 56 e Sentenza Corte di Giustizia, EMAG Handel Eder,

²⁶⁶ Sentenza Corte di Giustizia, *Credit Lyonnaise*, C-388/11

determinazione dell'ambito entro il quale la legge ha effetto come tale, bisogna valutare la possibilità per uno Stato di sottoporre a imposizione qualsiasi fattispecie ovunque verificatasi.

Come già anticipato, si ritiene che la determinazione dei fatti che la potestà normativa tributaria possa disciplinare nel caso in cui presentino elementi di estraneità con l'ordinamento territoriale dello Stato abbia dei limiti intrinseci. Si crede necessario che tra i presupposti assunti a tassazione e l'ordinamento statale vi sia comunque un criterio di collegamento (*reasonable or genuine link*), sia esso di natura soggettiva (come la cittadinanza o la residenza del soggetto passivo) ovvero di natura oggettiva (ad es. l'esistenza dei beni sul territorio dello Stato). Tali elementi o criteri di collegamento possono dunque riguardare, alternativamente, il soggetto passivo del tributo o il presupposto dell'imposta. Sostanzialmente possiamo identificare dei criteri di collegamento oggettivi o soggettivi/personali.

Il passaggio dalla tassazione reale alla tassazione personale, unito alla volontà degli Stati esportatori di preservare una certa potestà impositiva nei confronti delle proprie multinazionali, ha determinato un certo tendenziale favore per un'imposizione, quantomeno reddituale, che tenesse conto più degli aspetti soggettivi del contribuente che dei beni. Ovviamente tale considerazione non significa che i criteri di collegamento oggettivi non vengano utilizzati, ma che questi si contemperano con il criterio personalistico della tassazione. Nella grande maggioranza degli Stati, le imposte sul reddito sono applicate sulla base di entrambi i criteri: in linea di massima, infatti, i soggetti residenti vengono assoggettati all'imposta per il loro reddito ovunque prodotto, mentre i soggetti non residenti vengono assoggettati all'imposta esclusivamente per i redditi derivanti da fonti poste nel territorio dello Stato. I sistemi di imposizione personali, a differenza di quelli strettamente territoriali, consentono di dare effettiva applicazione al principio di capacità contributiva (contenuto, come si è visto anche nella nostra Costituzione all'art. 53), permettendo di prendere in considerazione tutti i redditi prodotti dal soggetto residente. Essi rispondono inoltre all'esigenza di rispettare l'equità dell'imposizione, evitando ogni discriminazione a

favore di coloro che producono, in tutto o in parte, il loro reddito all'estero, in relazione particolarmente alla progressività delle aliquote²⁶⁷.

Ciò, però, si giustifica solo nel caso dell'imposizione sulle persone fisiche, non essendo motivata sotto il profilo della tassazione delle persone giuridiche. L'imposta progressiva sulle società, nello specifico, sebbene astrattamente ipotizzabile, in realtà, non appare giustificata da un punto di vista sistematico. Le imprese, infatti, sono centri di produzione e non di consumo e, dunque, non si pare corretto immaginare una tassazione progressiva sulle attività produttive, assumendo una autonoma capacità di consumo di questo tipo di soggetti²⁶⁸.

Nel diritto tributario la "residenza", quale definita da specifiche norme tributarie che assumono come rilevanti determinati requisiti, assolve la funzione primaria di criterio di collegamento di un soggetto persona giuridica rispetto ad uno Stato, cui conseguentemente spetta la potestà impositiva sui redditi ovunque prodotti da tale soggetto²⁶⁹. La residenza delle persone giuridiche rappresenta il principale criterio di collegamento personale utilizzato nella maggior parte dei sistemi tributari. Viceversa, la presenza di criteri di collegamento reali, che pongono in connessione il reddito al territorio dello Stato nel quale il presupposto d'imposta si è verificato, consentono l'imposizione sui redditi prodotti da soggetti non residenti. Ne consegue che, relativamente ai soggetti residenti, la potestà impositiva statutale non è limitata ai soli redditi prodotti entro il territorio italiano, ma si estende anche ai redditi ovunque prodotti nel mondo (principio della *worldwide taxation*), mentre i soggetti non residenti risultano tassati esclusivamente in relazione ai redditi prodotti entro il territorio dello Stato italiano.

Non rientra evidentemente negli scopi della presente trattazione esporre tutti i criteri di collegamento previsti dalle leggi istitutive delle singole imposte. Tuttavia, si ritiene opportuno descrivere gli aspetti territoriali delle imposte sui redditi che nel nostro ordinamento rivestono un ruolo di primaria importanza ai fini dell'analisi della tassazione dell'economia digitale. Nella generalità degli ordinamenti, la residenza è posta su una base

²⁶⁷ Probabilmente questa considerazione sarebbe da riscrivere completamente alla luce della novella legislativa che ha introdotto la cd. "flat tax" per i redditi esteri di cui all'art. 24-bis del TUIR.

²⁶⁸ Contra si veda su tutti GIOVANNINI, *Il re fisco è nudo*, Milano, Franco Angeli, 2016.

²⁶⁹ GARBARINO, voce "Residenza", in *Digesto, disc. Giur. Comm.*, 2012.

formale (sede legale) e su una base sostanziale (sede dell'amministrazione). I residenti in Italia, per esempio, sono soggetti ad IRPEF o IRES per i redditi ovunque prodotti (worldwide taxation principle). Ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato (art. 73, co. 3 del Tuir).

I tre requisiti, chiaramente alternativi, sono sintomatici di approcci significativamente diversi. La residenza in base alla sede legale rappresenta il criterio formale, ovverossia all'iscrizione nel registro delle imprese del nostro Stato. Gli altri due criteri, invece, sono espressione di una visione sostanzialistica della residenza fiscale. La nozione di "sede dell'amministrazione", in quanto contrapposta alla "sede legale", coincide con quella di "sede effettiva" (di matrice civilistica), intesa come il luogo ove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente e si convocano le assemblee, e cioè il luogo deputato, o stabilmente utilizzato, per l'accentramento, nei rapporti interni e con i terzi, degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e dell'impulso dell'attività dell'ente²⁷⁰. L'oggetto principale, *unicum* italiano nel contesto globale, è localizzabile nel territorio dello Stato se qui è svolta prevalentemente l'attività principale della società, essendo la stessa slegata dal luogo in cui si trova la sede legale, non avendo rilevanza decisiva, a tale riguardo, la circostanza che l'attività di ricerca dei clienti sia effettuata al di fuori del territorio italiano²⁷¹. Chiaramente, l'ampiezza dei criteri generalmente attuati dagli Stati per individuare la residenza rende possibile casi in cui vi possa essere una doppia o anche multipla residenza dello stesso ente giuridico. Per evitare le conseguenze della doppia residenza, gli Stati si accordano tramite i Trattati contro le doppie imposizioni al fine di risolvere eventuali dispute. Il concetto di residenza fa espresso riferimento al concetto adottato nelle leggi nazionali.

In ogni caso, sulle possibili asimmetrie normative esistenti nell'interpretazione della residenza si sono innestati schemi di pianificazione fiscale aggressiva, come il noto *Double Irish*, il quale, per esempio, sfruttava il disallineamento tra la normativa statunitense e quella irlandese in tema di residenza.

²⁷⁰ Cassazione civile sez. trib. 7 febbraio 2013 n. 2869

²⁷¹ Cassazione penale sez. III 27 febbraio 2014 n. 17299

5.2. La tassazione alla fonte mediante l'istituto della Stabile Organizzazione

In primo luogo, dunque, un soggetto è tassato nello Stato in cui ha stabilito liberamente la residenza e, normalmente, lì viene tassato su tutti i redditi ovunque prodotti. È evidente, però, che lo Stato della residenza può non coincidere con lo Stato in cui la ricchezza viene creata e, pertanto, con lo Stato della fonte.

Per contemperare le due esigenze e per evitare quei fenomeni di doppia imposizione internazionale, ossia del caso in cui due Stati rivendichino la potestà impositiva su un soggetto per una stessa fattispecie, gli Stati hanno la necessità di cercare un accordo per non limitare i traffici commerciali intercorrenti tra i due Stati. Come è noto, per evitare questa doppia imposizione si è prevista la stipula di trattati internazionali bilaterali da parte degli Stati i quali, in linea generale, hanno concluso per la tassazione sul reddito ovunque prodotto per lo Stato della residenza e limitatamente al reddito prodotto per lo Stato della fonte.

Tale soluzione si concretizza mediante la creazione dell'istituto della Stabile Organizzazione²⁷².

In premessa è opportuno ricordare che tale istituto è nato da un'intuizione della dottrina germanica²⁷³ e, poi, adottato in seno alla Società delle Nazioni. Come ricordato²⁷⁴, la scelta per questo istituto fu dettata principalmente da due ragioni di fondo: la preferenza per un'imposta personale e la volontà delle potenze economiche dell'epoca di mantenere la potestà impositiva sui gruppi multinazionali che andavano formandosi.

La stabile organizzazione ai fini delle imposte reddituali rappresenta un criterio di collegamento della società residente nel territorio dello Stato, non già un autonomo soggetto di diritto²⁷⁵. Il centro di imputazione dei diritti e dei doveri tributari, infatti, resta pur sempre la casa-madre o, meglio, la società la cui presenza nell'ordinamento estero integra appunto

²⁷² Sulla Stabile Organizzazione esiste una letteratura molto ampia, per questo, mi sia consentito di rinviare fra molti a GARCIA PRATS, *El establecimiento permanente: Análisis jurídico-tributario internacional de la imposición societaria*, 1996; GARBARINO, voce "Stabile Organizzazione", in *Digesto sez. diritto commerciale*, 2009; AIGNER-ZÜGER, *Permanent establishments in international tax law*, Linde, 2003; BORIA, *L'individuazione di una stabile organizzazione*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2014, vol. 1, no. 1; FRANSONI, *La nozione di stabile organizzazione personale nel diritto interno e la rilevanza della "stabilità" dell'organizzazione*, in *Riv. dir. trib.* 2002, Vol. 4, p. 363.

²⁷³ SKAAR, *Permanent Establishment: Erosion of A Tax Treaty Principle*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991.

²⁷⁴ FRANSONI, *La stabile organizzazione: nihil sub sole novi?*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2015, vol. 2, p. 123.

²⁷⁵ FANTOZZI, *La stabile organizzazione*, in *Riv. Dir Trib.*, 2013, vol. 2.

l'esistenza di una stabile organizzazione. Incidentalmente, invece, si deve rilevare che, malgrado voci discordanti, ai fini dell'imposta sul valore aggiunto²⁷⁶, la stabile

²⁷⁶ La normativa IVA comunitaria non conteneva una definizione di stabile organizzazione. Su tale argomento, la Direttiva 77/388/CEE, nel definire il criterio di individuazione del luogo delle prestazioni di servizi ai fini IVA, si limitava a stabilire come tale luogo fosse quello in cui "il prestatore ha fissato la sede della propria attività economica o ha costituito un centro di attività stabile, a partire dal quale la prestazione di servizi viene resa", senza fornire alcuna descrizione di tali espressioni. Allo stesso modo, nell'ambito della successiva Direttiva 2006/112/CE, veniva omessa qualsiasi definizione dei concetti sopra individuati; l'art. 43 di tale Direttiva, infatti, si limitava a sostituire il termine "centro di attività stabile" previsto dalla precedente Direttiva con quello di "stabile organizzazione", senza peraltro fornire alcuna descrizione al riguardo. L'assenza nella Direttiva comunitaria dei concetti utili per individuare le caratteristiche di stabilità e di attività del soggetto passivo nell'ambito della definizione del luogo delle prestazioni di servizi è stata colmata negli anni dalle interpretazioni fornite in proposito dalla giurisprudenza comunitaria. In tale contesto, importanti contributi sono stati forniti con le Sentenze relative alle cause C-168/84, del 4 luglio 1985 e C-190/95 del 17 luglio 1997. Con la prima, la Corte di giustizia ha precisato che "il luogo in cui il prestatore ha stabilito la sede della propria attività economica appare, in proposito, come il punto di riferimento preferenziale, nel senso che la presa in considerazione di un altro centro di attività a partire dal quale viene resa la prestazione di servizi entra in linea di conto solo nel caso in cui il riferimento alla sede non conduca ad una soluzione razionale dal punto di vista fiscale o crei un conflitto con un altro Stato membro" 6. In tale passaggio la giurisprudenza comunitaria, nel definire il criterio di individuazione del luogo di stabilimento del soggetto passivo, sottolinea il riferimento preferenziale alla sede dell'attività economica, ossia al luogo di residenza dello stesso, rispetto al luogo in cui è ubicata la sua stabile organizzazione. La sentenza fornisce altresì i primi elementi necessari ai fini dell'individuazione del luogo di stabilimento del soggetto passivo nel caso in cui lo stesso possieda un centro di attività stabile situato in un Paese diverso da quello della sede. Nella citata sentenza si precisa infatti che "il riferimento di una prestazione di servizi ad un centro di attività diverso dalla sede viene preso in considerazione solo se tale centro di attività abbia una consistenza minima, data la presenza permanente di mezzi umani e tecnici necessari per determinate prestazioni di servizi (...) e se queste prestazioni non possono essere utilmente riferite alla sede dell'attività economica del prestatore". I concetti ivi sottolineati di consistenza minima, permanenza di mezzi umani e tecnici, nonché la necessaria correlazione dei servizi prestati con la struttura del centro di attività stabile (o della sede dell'attività economica del prestatore), ai fini dell'individuazione del luogo di stabilimento del soggetto passivo, rappresentano un'anticipazione degli elementi determinanti i contorni della stabile organizzazione ai fini IVA, come verrà successivamente delineata dal Regolamento (UE) n. 282/2011. Con la seconda Sentenza citata supra, i requisiti della permanenza e della necessaria presenza di fattori umani e tecnici sono stati confermati e chiaramente definiti: al punto 16 del citato documento si precisa infatti che "affinché un centro d'attività possa essere utilmente preso in considerazione, in deroga al criterio preferenziale della sede, come luogo delle prestazioni di servizi di un soggetto passivo, è necessario che esso presenti un grado sufficiente di permanenza e una struttura idonea, sul piano del corredo umano e tecnico, a rendere possibili in modo autonomo le prestazioni di servizi considerate". Come si accennava poc'anzi, proprio tali concetti sono stati inseriti nell'articolo 11 del Regolamento n. 282/2011, atto a definire il concetto di stabile organizzazione ai fini IVA (nell'ambito del ricevimento e dell'erogazione di servizi) precisando che, a tale fine, "la stabile organizzazione designa qualsiasi organizzazione, diversa dalla sede dell'attività economica (...) caratterizzata da un grado sufficiente di permanenza e una struttura idonea in termini di mezzi umani e tecnici atti a consentirle di ricevere e di utilizzare i servizi che le sono forniti per le esigenze proprie di detta organizzazione, (...) di fornire i servizi cui assicura la prestazione l'art. 45 della Direttiva 2006/112/CE (...) l'articolo 192-bis della Direttiva 2006/112/CE". Trattasi, ad evidenza, degli stessi requisiti già individuati dalla giurisprudenza comunitaria, riconducibili nella presenza di una sede fissa e nell'organizzazione di mezzi umani e tecnici in grado di garantire la permanenza della struttura nel territorio del Paese membro in cui la stessa risiede. Sia la struttura, quanto la permanenza della stabile organizzazione, deve possedere quel livello di sufficienza necessario per consentire alla stessa di ricevere ed utilizzare i servizi che le sono forniti per le proprie esigenze (caso in cui la stabile organizzazione sia il committente del servizio) e fornire i servizi di cui assicura la prestazione (nel caso di servizi prestati dalla stabile organizzazione).

organizzazione rileva ai fini dell'individuazione del luogo in cui si realizza l'operazione imponibile²⁷⁷. La stabile organizzazione, dunque, è un istituto peculiare del diritto tributario che non può essere identificato in nessun altro concetto di diritto privato (come la succursale, sede secondaria, ecc.) che, pure, spesso la identificano. Tale istituto si configura, allorché lo stabilimento o, secondo la versione italiana, l'organizzazione sia stabile/permanente, ossia il radicamento con il territorio sia "stabile" in termini di durata sia in termini territoriali.

Il problema dell'uso del concetto di organizzazione rispetto allo stabilimento²⁷⁸ è che rispetto all'organizzazione in forma d'impresa richiede un *quid pluris* costituito da un radicamento dell'attività di impresa nel territorio dello Stato tale da costituire una "strumentalità attiva" finalizzata alla produzione del reddito attraverso una stabile organizzazione personale o materiale.

Sostanzialmente l'organizzazione può essere integrata in due modi attraverso la presenza nello Stato diverso da quello di residenza di un soggetto fisico o giuridico il quale agisce da agente dipendente o esclusivo della società (stabile organizzazione personale) ovvero attraverso la presenza materiale una sede fissa d'affari, ossia l'esistenza dell'organizzazione di mezzi strumentali al raggiungimento di un determinato scopo, dunque il radicamento "stabile" e duraturo della stessa con il territorio e il raggiungimento dello scopo per mezzo della Stabile Organizzazione. La "stabilità" deve essere apprezzata in rapporto al programma imprenditoriale complessivamente considerato e non alla mera estensione temporale della permanenza dell'organizzazione e nel territorio dello Stato.

²⁷⁷ Peraltro, deve rilevarsi che nell'italiano vi è un'identità di definizione tra Stabile Organizzazione ai fini delle imposte dirette e ai fini dell'imposta sul valore aggiunto. In inglese, la prima è definita Permanent Establishment, la seconda Fixed Establishment. Sarebbe, dunque, più opportuno tradurre la Stabile ai fini iva con la perifrasi "centro di attività stabile". Cercare di ricondurre il concetto di stabile organizzazione in una categoria unitaria per entrambe le tipologie di imposte (dirette o indirette) appare difficile, in ogni caso, data la diversità di funzioni della Stabile nelle due categorie. La SO in ambito dell'imposizione diretta è uno strumento di attrazione del reddito nello stato della fonte, viceversa nell'imposizione indiretta è lo strumento di localizzazione della prestazione. Inoltre, anche le fattispecie non sembrano coincidere perfettamente. Nella SO Iva non è presente, sulla base della lettera della norma (art. 53) e sulla base delle interpretazioni giurisprudenziali euro unitarie, la so personale. Sul punto si veda SPIES, *Permanent Establishment versus Fixed Establishment: The Same or Different?*, Bulletin for International Taxation, 12, 2017, 705

²⁷⁸ ROCCATAGLIATA, *Nozione comunitaria di stabile organizzazione: armonizzazione e coordinamento fiscale*, in *Riv. dir. trib. internaz.*, 2002, vol. 31 rileva che probabilmente tale scelta è dovuto più a ragioni linguistiche che giuridiche, ossia si sia voluto evitare la cacofonia dell'utilizzo del termine "stabile stabilimento".

E ciò proprio perché ad estensioni temporali differenziate possono corrispondere, nelle prospettive del programma imprenditoriale, interessi di pari grado, evidenziandosi così una maggiore coerenza di tale approccio alla natura ed alla funzione fondamentale proprie dei criteri di collegamento.

Dunque, ciò giustifica il *quid pluris* di organizzazione che la Stabile Organizzazione deve avere per giustificare la concorrenza alle pubbliche spese da parte di quel soggetto in piena consonanza con il principio personalistico che è la base dell'imposizione diretta. La Stabile Organizzazione, però, come visto *supra*, è motivata anche su ragioni di ripartizione dell'imposta tra più ordinamenti, essendo diretta a tassare in modo reale il reddito prodotto nel paese della fonte e, sincronicamente, stabilire il parametro di reddito tassabile cui commisurare il credito d'imposta nel paese di residenza.

Dunque, in sostanza, la Stabile Organizzazione rappresenta il necessario compromesso tra le istanze degli Stati esportatori, in cui sono residenti le multinazionali, e le pretese degli Stati in cui insiste il mercato di queste attività economiche. Tuttavia, per integrare la presenza di una Stabile Organizzazione in un dato territorio, allo stato attuale, le norme convenzionali, sia OCSE²⁷⁹ che ONU, prevedono una serie di requisiti il presupposto è dato dalla presenza fisica.

6. La crisi della territorialità nelle imposte dirette dinanzi all'economia digitale: il tema della residenza nel mondo virtuale

Internet, più di ogni altro mezzo di comunicazione attualmente conosciuto, ha reso possibile alle imprese digitale la presenza economica in mercati senza alcun bisogno di una presenza locale fisica o giuridica. Le imprese digitali, infatti, generano profitti virtuali da giochi, streaming, archiviazione dati o altre forme di business digitali come piattaforme di social media o motori di ricerca online. Come già detto, per questo, gli attuali schemi di tassazione conosciuti rendono difficile sottoporre questi profitti virtuali alla tassazione

²⁷⁹ Ai sensi del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni OCSE (vers. Dicembre 2017): "For the purposes of this Convention, the term "permanent establishment" means a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on". In termini identici si vedano il Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni ONU (vers. 2017) e anche quello degli Stati Uniti d'America (vers. 2016).

effettiva. Un negozio virtuale, per esempio, non ha locali commerciali fisici, mentre la società che gestisce le attività di questo negozio possono essere localizzate in qualsiasi giurisdizione.

Questo è il motivo per cui è così difficile definire i profitti dell'economia digitale ai fini fiscali. Gli strumenti disponibili nel diritto tributario internazionale sono semplicemente diventati obsoleti e non più idonei a raggiungere lo scopo per cui erano stati immaginati. E, dunque, la crescente diffusione dei mezzi dell'economia digitale il problema sta diventando sempre più urgente. Va sottolineato, in via incidentale, che questo problema esisteva anche prima dell'avvento dell'era di Internet, in particolare, nel caso della tradizionale società di vendita per corrispondenza, ora sostituita da venditori online a distanza (e-tailer). Anche per queste tipologie di imprese era difficile immaginare uno strumento giuridico tributario adatto a costringere queste attività a pagare tributi. La ragione di ciò era essenzialmente la stessa di quella odierna: la distanza geografica tra gli input aziendali dal lato dell'offerta e dalle uscite aziendali dal lato della domanda o, per dirla diversamente, i beni erano prodotti in uno Paese e venduto in un altro. La società di vendita per corrispondenza, dunque, difettavano di una presenza fisica nel Paese di vendita, se non per la distribuzione materiale di cataloghi da cui ordinare, e, per questo motivo, era impossibile sottoporre l'ordine postale profitti della società a tassazione effettiva, anche l'impresa era certamente economicamente attiva in quel locale mercato. Ovviamente, a quei tempi, questa problematica era decisamente meno sentita rispetto a quella creata dalle compagnie internet, a almeno in termini macroeconomici. Ciò avveniva per due ordini di ragioni: da un lato, gli Stati non avevano ancora subito quella profonda crisi che li sta ancora accompagnando dal 2008 a oggi e, dall'altro lato, le vendite per corrispondenza rappresentavano una quota parte di vendite assai meno rilevante di quanto accade oggi con le imprese dell'economia digitale. Tuttavia, i problemi, in questa fase, non si esauriscono nella mancata sottoposizione a imposizione nello Stato della fonte, ma coinvolgono anche lo Stato di residenza, anche se, in questo caso, si parla più propriamente non di mancata imposizione, ma di erosione della base imponibile.

Chiaramente, il presupposto della presenza fisica previsto, per ovvie ragioni, in tema di residenza e di stabile organizzazione, consente alle imprese digitali di potersi strutturare in modo tale da non integrare alcuna presenza fisica e, dunque, di mai integrare una "sede fissa d'affari" o di "sede dell'amministrazione". Ciò, allo stesso modo, può avvenire in uno

Stato, come l'Italia, che prevede un terzo criterio di residenza per le persone giuridiche come la localizzazione dell'oggetto sociale²⁸⁰.

In generale, le stesse tecniche utilizzate per ridurre la tassazione nello Stato del "consumo" possono anche essere utilizzate per ridurre la tassazione nel Paese di residenza fiscale. Questo può coinvolgere contrattualmente l'allocazione del rischio e della proprietà legale di beni mobili come beni immateriali a entità di gruppo in giurisdizioni a tassazione agevolata, mentre le società del gruppo, residenti in giurisdizioni ad alta tassazione, sono sottocompensati per le importanti funzioni relative a questi rischi e intangibili che pure continuano a essere eseguite nella sede centrale. In tale evenienza si può affermare una remunerazione marginale per le funzioni importanti non è compatibile con i principi di una corretta tassazione, soprattutto alla luce delle normative sul transfer pricing, e che tutti i profitti rimanenti dovrebbero essere attribuiti al legittimo proprietario di beni mobili o alla parte che sta effettivamente sopportando il rischio d'impresa. Inoltre, le società possono evitare l'imposizione nel paese di residenza della società capogruppo se tale paese ha un sistema di esenzione o differimento d'imposta per il reddito di origine straniera o non ha un adeguato regime sulle CFC. Ad esempio, la società-madre può trasferire beni immateriali difficili da valutare a una controllata in una giurisdizione a bassa o inesistente tassazione. Così agendo, il reddito percepito rispetto a tali beni immateriali verrà acquisito dalla società ivi residente senza un adeguato compenso alla società madre. Viceversa, un regime CFC efficace potrebbe consentire allo Stato di residenza di tassare il reddito da questi beni immateriali.

Molti ordinamenti, tuttavia, o non hanno ancora un regime CFC, o hanno un regime che non si applica a determinate categorie di reddito che sono altamente mobili o hanno un regime che può essere facilmente evitato usando accordi ibridi di disallineamento.

²⁸⁰ Sui problemi derivanti dalla versione italiana della residenza, si veda, su tutti, MELIS, *Le interrelazioni tra le nozioni di residenza fiscale e stabile organizzazione: problemi ancora aperti e possibili soluzioni*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2014, vol. 1, p. 10029.

7. La crisi della territorialità nelle imposte dirette dinanzi all'economia digitale: tecniche utilizzate per erodere le basi imponibili nello Stato della fonte

7.1 Assenza di presenza fisica nel market State

L'elemento della fisicità della Stabile Organizzazione è sempre stato storicamente presente nell'elaborazione dell'istituto e nella giurisprudenza che si è formata sulla materia che ha valorizzato questo aspetto. Probabilmente l'idea di fondo è quella di trattare la "sede fissa d'affari" *come se fosse* un soggetto autonomo e, dunque, quando la struttura produttiva del soggetto estero ha una forma simile a quella di un soggetto, si concretizza una Stabile Organizzazione. In sostanza, la presenza fisica data dalla Stabile Organizzazione e, dunque, il raggiungimento di un grado minimo di inserimento nel contesto sociale è il segnale di un contatto di una certa intensità tale da giustificare la tassazione in uno Stato diverso da quello di residenza del soggetto.

Nella "new economy" è possibile raggiungere un livello di penetrazione del mercato identico o simile, indipendentemente dai fattori fisici incorporati nella norma PE. In molti modelli di business dell'economia digitale, infatti, una società non residente può interagire con clienti in un paese in remoto tramite un sito Web o altri mezzi senza mantenere una presenza fisica nel paese. In alternativa, è sempre più evidente l'affidamento delle società anche della *old economy* a processi automatizzati tali da ridurre ulteriormente la dipendenza dalla presenza fisica nel mercato locale. Le leggi fiscali della maggior parte dei Paesi richiedono prima un certo grado di presenza fisica i profitti aziendali sono soggetti a tassazione. Inoltre, si è già visto che ai sensi degli articoli 5 e 7 dell'OCSE Modello di convenzione fiscale, una società è soggetta a imposte sui profitti delle sue attività in un paese di che è un non residente solo se ha una sede stabile (PE) in quel paese.

Di conseguenza, tale società non residente non può essere soggetta a imposte nel paese in cui ha clienti. Se è pur vero che le imprese di molti settori hanno clienti in un paese senza stabilimento in quell'ordinamento, comunicando con tali clienti via telefono, posta, fax e tramite agenti indipendenti, questa capacità di mantenere un certo livello di connessione aziendale all'interno di uno Stato senza essere soggetto a tributi sui profitti aziendali ottenuti dai clienti interni al Paese è il risultato di particolari scelte politiche riflesse nelle leggi nazionali e rilevanti trattati sulle doppie imposizioni. In linea generale, questa

fattispecie non dovrebbe porre particolari problematiche, senonché tale capacità di incamerare redditi senza sede fissa in uno Stato è disponibile su vasta scala nell'economia digitale più di quanto non fosse in precedenza.

L'estrema conseguenza della pianificazione fiscale delle imprese digitali, unita a strategie che eliminano o riducono drasticamente la tassazione nello Stato di residenza, però potrebbe portare al fatto che tali entrate non siano tassate in nessun luogo. Inoltre, in alcune circostanze, la contribuzione nello Stato in cui insiste il mercato di un'attività economica potrebbe essere evitata artificialmente frammentando le operazioni tra più entità di gruppo in modo tale da beneficiare delle eccezioni allo status di Stabile Organizzazione per attività preparatorie e ausiliarie, o assicurando altrimenti che ogni luogo in cui è condotta l'attività sia inferiore a eventuali soglie. La circostanza che operazioni commerciali a breve termine possano accumulare profitti sostanziali da fonti nazionali indica al contrario che il contribuente beneficia sostanzialmente dell'infrastruttura del paese ospitante, anche se non esiste alcun PE. Sembra che un'impresa che non ha bisogno di investire in strutture immobiliari o in altri luoghi fissi di attività possa ancora trarre notevoli vantaggi dalla comunità in cui si trovano le sue fonti di reddito. Ciò induce a riflettere sulla possibilità di individuare un criterio di collegamento ai fini dell'imposizione sui redditi, per quelle imprese estere che forniscono in Italia servizi legati all'economia digitale. Spesso, queste imprese estere hanno pochissimi legami tangibili con il territorio, proprio perché il legame fisico non è in nessun modo necessario nella nuova prospettiva economica.

Così impostato il problema è evidente che buona parte delle sfide che l'avanzare della nuova economia pone agli Stati deve esser affrontata attraverso una revisione della nozione di SO così come largamente intesa a livello internazionale²⁸¹. Fino ai più recenti sviluppi, le risposte fornite in sede internazionale, sono apparse largamente insufficienti, perché esse si limitano a prevedere la possibilità per gli Stati di considerare SO anche un server di tipo intelligente, collocato sul territorio nazionale. Questa estensione, si fonda su una sorta di adattamento di nozioni tratte, poiché valorizza i pochi indici di materialità presenti

²⁸¹ Questo ordine di idee non è affatto nuovo, se solo si riflette che già da tempo uno dei più autorevoli e noti studiosi della nozione di stabile organizzazione in ambito internazionale ne ha segnalato l'erosione dovuta proprio all'avanzare del commercio elettronico, cfr. SKAAR *Erosion of the Concept of Permanent Establishment: Electronic Commerce*, Intertax, 2000, 188 ss.

nell'economia digitale. È facile già oggi individuare attività produttive totalmente dematerializzate o prevedere che, in un futuro non troppo remoto, vi sarà una totale dematerializzazione di gran parte delle attività legate all'economia digitale.

Ma allora come fare per evitare che lo spostamento dell'economia verso la dimensione digitale determini una erosione di materia imponibile in favore di altri ordinamenti?

Ponendosi in un'ottica eminentemente giuridica e analizzando la questione *in relazione allo stato attuale della normativa interna* il problema mi sembra non possa esser risolto con operazioni ermeneutiche. La nozione di Stabile Organizzazione è stata, infatti, positivizzata dall'ordinamento interno nell'articolo 162 del TUIR escludendo che la semplice disponibilità di elaboratori elettronici presenti sul territorio per l'invio di dati e notizie funzionali alla vendita costituisca una stabile organizzazione dell'impresa estera.

Così come, in chiave interna, si esclude che un sito web gestito da un'impresa estera sia qualificabile "di per sé" come una stabile organizzazione e l'argomento fondamentale che induce a tale conclusione è che il sito web non costituisce un elemento tangibile, ossia un luogo dove l'impresa possa svolgere le proprie funzioni. In altri termini, il sito web, in ragione delle sue caratteristiche intrinseche, non può configurare una "sede fissa d'affari" dell'impresa non residente, ai sensi dell'art. 162, comma 1 del Tuir²⁸². Inesplorate sembrano poi le questioni attinenti ad alcuni servizi che sono svolti tutti all'interno di internet, senza far riferimento alla cessione di beni, quali ad esempio la cessione degli spazi pubblicitari su piattaforme ad accesso gratuito (come ad esempio fanno Google e Facebook). Qui davvero sembra difficile, se non impossibile, ravvisare una stabile organizzazione dell'impresa estera che vende spazi pubblicitari sul proprio sito.

7.2 Minimizzazione di presenza fisica nel market State

In molti casi, un gruppo multinazionale mantiene un certo grado di presenza negli Stati che rappresentano un mercato significativo per i propri prodotti siano essi fisici o immateriali. Nel contesto dell'economia digitale, un'impresa può costituire una filiale locale

²⁸² BELLI CONTARINI, *Contratto di web hosting e stabile organizzazione*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2008, p. 755 ss.

o una Stabile Organizzazione, con le attività locali strutturate in modo tale da generare pochi profitti tassabili. Può accadere che, in alcuni casi, effettivamente, le attività svolte da queste succursali siano marginali rispetto all'attività della società non residente e, pertanto, la limitata redditività sia giustificata e non crei problemi di erosione delle basi imponibili. Tuttavia, in alcuni casi, considerando le rilevanti differenze di tassazione astrattamente ipotizzabile, emergono orientamenti da parte delle imprese, in particolare, del digitale di limitare la presenza fisica nello Stato ovvero di limitare le funzioni attribuibili alla succursale in modo tale da ridurre o annullare il carico fiscale in capo all'eventuale Stabile Organizzazione. La capacità di allocare funzioni, risorse e rischi in un modo simile da minimizzare la tassazione, tuttavia, crea incentivi, ad esempio, per allocare contrattualmente i redditi in un modo che non riflette pienamente l'effettiva condotta delle parti ovvero come sarebbe stato fisiologico in assenza del costo fiscale. Ad esempio, le risorse immateriali e rischi connessi alle attività svolte a livello locale possono essere allocati tramite accordi contrattuali con altri membri del gruppo che operano in un ambiente a basso costo in un modo da ridurre al minimo l'onere fiscale complessivo del gruppo multinazionale.

Nell'economia digitale, in particolar modo, si assiste all'implementazione di strutture contrattuali o societarie che possono essere utilizzate per ridurre al minimo il carico fiscale nelle giurisdizioni di mercato. Specialmente attraverso l'allocazione contrattuale di attività e rischi che possono includere una società controllata residente o una Stabile Organizzazione. In alcune ipotesi, queste strutture vengono utilizzate per eseguire marketing o supporto tecnico o, comunque, per consentire un accesso più rapido da parte dei clienti ai prodotti digitali venduti dal gruppo. In queste evenienze, però, la società principale si assume contrattualmente i rischi e rivendica la proprietà di beni immateriali generati da queste attività. Una società può, ad esempio, limitare il rischio presso l'impresa localizzata in quello Stato limitando la capitalizzazione di tale entità in modo che non sia finanziariamente in grado di sopportarne il rischio.

Nel caso di attività economiche che vendono prodotti tangibili online, una filiale locale o stabile organizzazione potrebbero farlo mantenere un magazzino e assistere nell'adempimento degli ordini. Queste strutture saranno tassabili nella loro giurisdizione sugli utili attribuibili in base ai servizi che forniscono, riducendo comunque il profitto da queste generato. In alternativa, le funzioni assegnate al personale locale potrebbero non

corrispondere alle funzioni sostanziali svolte in base alle disposizioni contrattuali. Ad esempio, il personale potrebbe non avere l'autorità formale per concludere contratti per conto di un'impresa non residente, ma potrebbero svolgere operazioni che implicano una sorta di mandato a concludere contratti. Se le allocazioni di funzioni, attività e rischi non corrispondono alle assegnazioni effettive, o se è previsto un compenso di lunghezza inferiore a quello delle risorse immateriali di una società principale, queste strutture societarie possono presentare problemi di erosione della base imponibile nello Stato della fonte.

7.3 La riduzione dell'imponibile negli Stati-intermedi

Una società può essere soggetta a ritenuta alla fonte in uno Stato in cui non sia residente se riceve determinati pagamenti, compresi interessi o canoni, da parte di soggetto residenti. Tuttavia, in alcuni casi, i Trattati contro le doppie imposizioni possono esonerare dall'obbligo di effettuare una ritenuta alla fonte sui pagamenti nell'ipotesi di royalties o di canoni in genere. Ciò consente alle imprese del digitale di potersi strutturare in un modo tale da ridurre fortemente il proprio carico impositivo mediante l'interposizione di società cd. "shell", situate in Stati che hanno sottoscritto Convenzioni favorevoli a questi schemi.

Le società possono anche ridurre le tasse in un paese intermedio generando pagamenti deducibili a entità collegate che si trovano in giurisdizioni a bassa fiscalità. Per esempio, una società operativa situata in una giurisdizione intermedia può utilizzare beni immateriali detenuti da un'altra affiliata in una giurisdizione a bassa tassazione. I diritti d'autore per l'uso di questi beni immateriali possono essere utilizzati per eliminare efficacemente gli utili imponibili nella giurisdizione intermedia.

8. La positiva esperienza della territorialità nell'iva europea

Il settore in cui appare evidente la migliore efficacia dell'approccio multilaterale al commercio elettronico è quello dell'imposizione indiretta e, segnatamente, quello dell'iva. Per stabilire dei criteri di orientamento in materia di iva per le operazioni dell'economia digitale è necessario allargare la riflessione fino a ricomprendervi la qualificazione delle operazioni imponibili quali cessioni di beni o prestazioni di servizi,

perché è noto che i criteri di territorialità previsti per le due categorie sono notevolmente differenti. Da questo punto di vista però, l'opera dell'interprete è stata notevolmente semplificata dal legislatore comunitario il quale ha ascritto la quasi totalità delle operazioni legate all'economia digitale alla categoria delle prestazioni di servizi²⁸³.

Ciò ha indubbi vantaggi applicativi e, da un punto di vista dogmatico, sembra riecheggiare l'idea che la cessione di beni possa avvenire solo per le *res corporales*, per cui tutto ciò che riguarda l'immateriale dovrebbe conseguentemente esser considerato servizio. È stato però evidenziato che molte delle operazioni economiche realizzate attraverso la rete Internet potrebbero esser considerate sia cessioni di beni sia prestazioni di servizi, con la conseguenza di dover cambiare il criterio di territorialità in ragione dell'inquadramento prescelto²⁸⁴. Al riguardo delle prestazioni legate al commercio elettronico il criterio di collegamento è stato fissato nel luogo del committente/fruttore, il che comporta un notevole disagio per gli operatori che forniscono tali servizi, costretti a identificarsi ai fini iva in ciascun paese e ad assolvere gli obblighi relativi a tale imposta per i servizi ivi prestati²⁸⁵.

Recenti modifiche alla Direttiva in materia di IVA contengono poi apposite disposizioni relative alla fornitura di servizi prestati tramite mezzi elettronici²⁸⁶, per i quali si prevede un particolare regime di territorialità. Dal 2015 per questi servizi la regola della territorialità sarà improntata al principio di destinazione; ossia le operazioni si considereranno eseguite nel Paese del committente /fruttore. Ciò da una parte è funzionale a soddisfare esigenze di semplificazione e di razionalizzazione dei criteri impositivi, e al contempo, da un punto di vista teorico si pone in coerenza con l'inquadramento dell'iva quale

²⁸³ Prima delle recenti evoluzioni, che entreranno in vigore nel 2015, il quadro della tassazione iva delle operazioni telematiche era piuttosto composito e ne evidenzia la complessità MICELI *La territorialità iva nelle operazioni telematiche*, in *Rass. Trib.* 2004, p. 580, ss..

²⁸⁴ Si veda sul punto MARELLO, *Le categorie tradizionali del diritto tributario ed il commercio elettronico*, in in *Riv. Dir. Trib.* 1999, vol. I, pp. 595 ss. nonché PIERRO *Beni e servizi nel diritto tributario*, Padova, Cedam, 2003.

²⁸⁵ Peraltro, la rilevanza del luogo del committente, allo stato attuale, opera in maniera asimmetrica per i servizi di telecomunicazione, per i mezzi di teleradiodiffusione e per i servizi prestati tramite mezzi elettronici.

La distinzione ha attualmente una sua rilevanza perché i servizi prestati tramite mezzo elettronico sono imponibili nel paese di appartenenza del committente, mentre i servizi di teleradiodiffusione sono rilevanti nel paese di fruizione del servizio (da parte del committente).

²⁸⁶ Per servizi prestati tramite mezzi elettronici si intendono i servizi forniti tramite internet o altra rete elettronica e la cui natura rende la prestazione essenzialmente automatizzata, corredata da un intervento umano minimo e impossibile da garantire in assenza della tecnologia dell'informazione.

imposta sul consumo, poiché in definitiva ricollega la rilevanza impositiva al Paese in cui ragionevolmente avviene il consumo del servizio prestato elettronicamente.

In generale, la posizione assunta dalla normativa comunitaria – unificazione nella categoria delle prestazioni e localizzazione nel luogo del committente fruitore - ha l'innegabile pregio di fare chiarezza e sembra sposarsi in maniera piuttosto coerente con la regolazione del mercato improntata a criteri di efficienza e di certezza.

Permangono tuttavia notevoli difficoltà applicative e, ragionevolmente, se ne potranno altre, probabilmente ancor più difficili da risolvere. Tra tutte va segnalato l'obbligo di identificazione del committente che grava sul prestatore per poter correttamente addebitare l'imposta; obbligo che implica l'acquisizione di informazioni circa la soggettività passiva del committente che può rivelarsi non sempre facile. Chi ha confidenza con lo strumento telematico sa bene che molte transazioni online avvengono normalmente in maniera anonima o comunque senza che il soggetto prestatore possa aver contatti diretti che gli consentano di verificare la natura di soggetto passivo o meno del committente. Eppure la identificazione sembra esser un dato essenziale per l'applicazione del tributo in ragione del meccanismo impositivo (*reverse charge* nel caso di committente soggetto passivo, addebito diretto in caso di soggetto consumatore finale). Sul punto, il regolamento di applicazione si limita a dire che il prestatore di servizi forniti tramite mezzo elettronico può considerare il proprio committente come soggetto passivo se questo gli fornisce e conferma un valido numero di identificazione IVA (partita iva) e in assenza di informazioni da cui desumere il contrario²⁸⁷. V'è poi la parte più complessa degli oneri che gravano sul prestatore, perché questi è tenuto a comprendere il luogo di fruizione del servizio che potrebbe esser divergente dal luogo di residenza o di stabilimento dichiarato dal soggetto committente. Tassare l'operazione nel luogo di destinazione pone dei problemi notevoli per quei servizi ad accesso *multi proxies*, accesso cioè garantito ad una pluralità di soggetti che hanno residenze diverse e utilizzano il servizio in luoghi e in maniera differente (si pensi al servizio di messa a disposizione di una banca dati che viene fruito da una pluralità di soggetti).

Al di là dei singoli problemi applicativi, che saranno affrontati dagli Stati membri in sede di implementazione, la maggiore novità procedimentale (ma anche sostanziale) che

²⁸⁷ In assenza di comunicazione del numero identificativo iva, quindi, il committente cliente dovrà esser considerato come consumatore finale.

entrerà in vigore dal 1° gennaio 2015 è l'introduzione, per le società che forniscono servizi tramite mezzi elettronici, servizi di teleradiocomunicazione e servizi di telecomunicazione, di un meccanismo opzionale di semplificazione degli obblighi dichiarativi definito Mini One Stop Shop (MOSS). Questo meccanismo consente a tali soggetti passivi di registrarsi ai fini iva in un solo Paese dell'UE, senza doverlo fare – come avviene attualmente - in tutti i Paesi in cui forniscono servizi a consumatori finali. Ovviamente non viene meno il criterio di territorialità che resta ancorato al luogo del committente e che quindi impone al soggetto passivo di addebitare l'iva dello Stato di destinazione. Ciò implica che le singole imprese dovranno, da un lato applicare l'imposta dovuta in relazione alle aliquote presenti nei vari Paesi in cui forniscono il servizio, ma dall'altro dovranno versare l'iva relativa a tali operazioni nel Paese di registrazione. È poi previsto un meccanismo di stanze di compensazione tra i singoli Stati Membri per l'attribuzione del gettito relativo a tali prestazioni.

Le complicazioni, anche da un punto di vista teorico, appaiono evidenti, e una su tutte merita di essere richiamata per il suo valore di novità assoluta nell'intendere i rapporti tra autorità fiscali appartenenti a Stati diversi. Con l'introduzione del meccanismo MOSS si impone alle autorità fiscali nazionali di delegare il controllo (inteso in senso atecnico) sulla corretta applicazione dell'imposta alla amministrazione fiscale del Paese di registrazione dell'operatore, senza che essa possa interferire nella verifica della corretta determinazione dell'imposta dovuta per le operazioni svolte sul proprio territorio e per le quali è stata applicata l'iva nazionale (benché versata ad un'autorità straniera). Incomincia così, nel settore dell'iva, l'affermazione di un principio di mutuo riconoscimento delle decisioni e in generale delle risultanze dell'attività svolte da un'autorità fiscale di un diverso Paese, benché l'operazione imponibile sia rilevante territorialmente per lo Stato che è destinato ad essere il beneficiario del gettito e che stabilisce le aliquote di imposta.

9. L'evoluzione dei criteri di collegamento negli Stati Uniti d'America: da Quill a “Kill Quill” in Wayfair

Ragionando in chiave comparata, sembra di sicuro interesse l'esperienza della tassazione dell'economia digitale negli Stati Uniti, in particolare, sul tema della territorialità

nell'imposizione diretta e indiretta. Sotto il profilo dell'imposizione sul consumo, vi è da rilevare in premessa che la maggior parte degli Stati appartenenti alla Federazione americana ha scelto di introdurre un *complementary sales-and-use tax regime* con uno statuto proprio che può divergere, anche significativamente, rispetto a quello di altri Stati, non essendo previsto un sistema federale di armonizzazione del tributo²⁸⁸. Questo sistema di tassazione locale, nato come emergenziale²⁸⁹, ma ormai definitivo, prevede una forma di imposizione indiretta sulle cessioni di beni e, talvolta²⁹⁰, sulle prestazioni di servizi realizzate nel territorio dello Stato. Il modulo applicativo del tributo prevede che il venditore, stabilito nello Stato, deve applicare e addebitare tale tributo al consumatore finale in occasione dell'effettuazione di operazioni soggette all'imposta (*taxable sales*).

Dialogando in chiave comparata con l'ordinamento europeo, questo tributo sembra avere alcuni profili simili con la struttura giuridica dell'imposta sul valore aggiunto, specialmente, considerando la condivisione della stessa natura di imposta indiretta orientata a colpire la manifestazione di capacità contributiva espressa nella fase del consumo. Cercare di individuare altri tratti comuni con l'imposta sul valore aggiunto, però, appare complicato, in quanto le divergenze tra questi tributi sembrano essere considerevoli, coinvolgendo finanche i tre profili essenziali del tributo europeo, ossia la soggettività, l'oggettività e la territorialità.

Tra le differenze più importanti, si segnala il fatto che, mentre l'iva è un'imposta plurifase non cumulativa neutrale per l'operatore economico²⁹¹, la sales tax, d'altra parte, si sostanzia in un'imposta monofase sui consumi applicata solo al momento della vendita,

²⁸⁸ Si pensi che uno degli elementi tipici della struttura del tributo, ossia l'aliquota, per esempio, può divergere anche sensibilmente con il rischio di alimentare la concorrenza fiscale tra gli Stati. Per questa ragione, fin dal 2000, esiste il cd. Streamlined Sales Tax Project, con cui si intende semplificare la tassazione sulle vendite negli Stati Uniti. Da questo progetto è nato poi il cd. Streamlined Sales and Use Tax Agreement che tenda di armonizzare alcuni aspetti delle sales taxes dei vari Stati, mediante regole comuni e l'istituzione di alcuni organi a livello sovranazionale che garantiscono l'uniforme applicazione del tributo. Per approfondimenti, si veda HAHN, *Sourcing and the Streamlined Sales Tax Project*, in *Journal of State Taxation*, 2008, Vol. 26, no. 3, pp. 23-51; HEALY, *Streamlined Sales Tax Project*, in *Journal of State Taxation*, 2006, Vol. 24, no. 3, pp. 9-12.

²⁸⁹ SHOUP, HAIMOFF, *The Sales Tax*, in *Columbia Law Review*, 1934, vol. 34, p. 809.

²⁹⁰ HELLERSTEIN, HELLERSTEIN, YOUNGMAN, *State Taxation, State and Local Taxation: Cases and Materials*, St. Paul, MN, Thomson/West, 2005, p. 701.

²⁹¹ MONDINI, *Il principio di neutralità dell'iva tra mito e (perfettibile) realtà*, in *Principi di diritto tributario europeo*, a cura di Di Pietro, Tassani, Padova Cedam, 2013, p. 271.

escludendo così le operazioni intermedie *business-to-business*²⁹². In altre parole, lo schema essenziale prevede l'applicazione del tributo non per ogni anello della catena produttiva, così come avviene nell'iva, ma solo in un'unica fase, quella della vendita in cui il cd. *retailer* addebita il tributo al consumatore finale e versa, successivamente, il dovuto al Fisco.

Con riferimento specifico alla questione della territorialità, pur nelle specificità di ogni regime speciale, il sistema dell'iva risente della configurazione di imposta generale sugli scambi, dovuta dagli operatori economici sul volume d'affari²⁹³, e, di conseguenza, pone maggiore attenzione sulla localizzazione dell'operazione imponibile e, dunque, sul luogo dello scambio e del consumo²⁹⁴.

Lo statuto americano delle *sales taxes*, assumendo la capacità contributiva espressa dalla vendita in sé, tiene conto dell'individuazione territoriale del venditore, non tanto del territorio in cui avviene il consumo. Per questo motivo, la struttura tipica delle *sales taxes* coerentemente non imponeva, almeno fino a questa decisione, alcun obbligo formale o sostanziale al venditore non stabilito nello Stato.

In tali evenienze, infatti, l'imposta operava e opera come una cd. *use tax*, demandando, di conseguenza, al consumatore finale l'onere di liquidare e di versare il tributo nelle casse statali in sostituzione del venditore. Sostanzialmente, nelle ipotesi in cui il venditore non fosse presente fisicamente nel territorio, ma operasse da remoto nel territorio dello Stato, questo non poteva essere assoggettato alla *sales tax* e l'unica forma di imposizione sul consumo si realizzava mediante la cd. *use tax* nei confronti del consumatore finale. Nella fenomenologia, però, le imprese, operanti nel mercato del commercio elettronico, avevano tutto l'interesse a stabilirsi in uno degli Stati che non adottava una *sales tax* per poi operare da lì verso qualsiasi altro territorio, non avendo obblighi nei confronti delle Amministrazioni tributarie statali. Questa forma di riscossione, però, per ovvie ragioni, alimentava una forte evasione dell'imposta con conseguente perdita di gettito per gli Stati della Federazione che hanno adottato questa forma di prelievo. Ben pochi, infatti, erano i

²⁹² VAN BREDEORDE, *A Normative Evaluation of Consumption Tax Design: The Treatment of the Sales of Goods under VAT in the European Union and Sales Tax in the United States*, in *Tax Lawyer*, 2009, Vol. 62, no. 4, pp. 1055-1084.

²⁹³ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Banco Popolare di Cremona, C-375/03, ECLI:EU:C:2006:629

²⁹⁴ In generale si veda sul punto FAZZINI, *Il principio di territorialità nel tributo sul valore aggiunto*, Padova, Cedam, 1995, *ibidem*.

consumatori che, dopo aver acquistato un bene online, dichiaravano, liquidavano e versavano il tributo, talvolta anche di modesta entità, al Fisco statale.

Per ovviare a questo *vulnus* dello schema dell'imposta, diversi Stati, negli anni, hanno cercato, in vario modo, di obbligare l'operatore economico, non presente nel territorio, ad applicare e a riscuotere il tributo. Tale giurisprudenza, inaugurata con la sentenza *National Bellas Hess*²⁹⁵ e precisata in *Quill v Illinois*²⁹⁶, stabiliva che era precluso agli Stati della Federazione riscuotere "sales taxes" dai venditori non legati al proprio territorio con un certo tipo di connessione o nesso (o, se si preferisce, costringere i venditori a distanza di imporre la sales tax ai consumatori da riversare poi allo Stato, per le vendite all'interno del territorio di questo). La base giuridica del ragionamento della Corte in questi precedenti era costituita essenzialmente da due parametri costituzionali: la (*Dormant o Negative*) *Commerce Clause*²⁹⁷; e la *Due Process Clause*, risultante dal combinato disposto del Quinto e Quattordicesimo Emendamento alla Costituzione statunitense. Il primo precetto vietava e vieta qualsiasi tipo di limitazione commerciale tra Stati positiva, mediante oneri non dovuti, e negativa, mediante discriminazioni quantitative o qualitative. In altre parole, poiché la Costituzione demanda solo al Congresso qualsiasi potere per regolare i traffici commerciali interstatali, agli Stati della Federazione è precluso qualsiasi intervento legislativo che possa alterare il commercio all'interno degli Stati Uniti.

Volendo richiamare un parallelo con la giurisprudenza a noi più vicina, si tenga presente il famoso caso *Dassonville*²⁹⁸ della Corte di Giustizia dell'Unione Europea con cui si vietava "ogni normativa commerciale degli Stati membri che *potesse* ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari".

Sulla possibile alterazione del regolare funzionamento del mercato interstatale, la Corte Suprema intervenne con la sentenza *Complete Auto*²⁹⁹, sostenendo che la tassazione

²⁹⁵ Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *National Bellas Hess v. Department of Revenue of Illinois*, 386 U.S. 753 (1967).

²⁹⁶ Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Quill Corp. v. North Dakota*, 504 U.S. 298 (1992). Per questa ragione, quando si fa riferimento alle norme che hanno tentato di indurre la Corte a revisionare il proprio precedente, talora, si usa la locuzione "Kill Quill" cfr. GALLE, *Kill Quill, Keep the Dormant Commerce Clause: History's Lessons on Congressional Control of State Taxation*, in *Stanford Law Review Online*, 2018, Vol. 70, pp. 158-166.

²⁹⁷ L'art. 1, sezione 8 della Costituzione americana statuisce che "*the Congress shall have Power...to regulate commerce with foreign nations, and among the several states, and with the Indian Tribes*".

²⁹⁸ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, C-8/74 – *Dassonville*, dell'11 luglio 1974 ECLI:EU:C:1974:82

²⁹⁹ Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Complete Auto Transit, Inc. v. Brady*, 430 U.S. 274 (1977).

statale dei traffici all'interno della Federazione fosse compatibile con la *Commerce Clause* solo nel rispetto di alcuni criteri precisamente individuati, ossia: l'applicazione a un'attività con nesso sostanziale; la ripartizione equilibrata del potere impositivo; la non discriminazione nel commercio interstatale; una sorta di correlazione rispetto ai servizi forniti dallo Stato, riecheggiando la teoria del beneficio. La seconda norma di rango costituzionale ha il fondamento nella cd. *due process jurisdiction*, la quale funge da salvaguardia dalla negazione arbitraria della vita, della libertà o della proprietà da parte del governo al di fuori della legge. Tale clausola, applicata anche nel diritto tributario attraverso l'equiparazione della tassazione a una privazione della proprietà³⁰⁰, limita il potere degli Stati nell'imposizione fiscale dei commerci interstatuali, richiedendo l'esistenza di una "connessione minima" tra lo stato e la fattispecie sottoposta a tassazione. Questa "connessione minima" è stata interpretata come quel *minimum contact*, non necessariamente fisico³⁰¹, sufficiente a prevenire la violazione delle tradizionali nozioni di *fair play and substantial justice*³⁰².

In questo contesto, fino agli inizi degli anni Novanta, il combinato disposto dei due principi costituzionali obbligava gli Stati a tenere in considerazione un doppio criterio di collegamento per cui un potenziale fatto generatore poteva essere tassato solo se integrava entrambi i criteri. Tuttavia, l'emersione di modelli di business, come la vendita per corrispondenza, che consentivano alle attività produttive di commerciare con uno Stato senza la necessità di presenza fisica (il cd. *trading with a country*)³⁰³, preoccupava gli Stati, i quali erano limitati nella loro sovranità impositiva dall'interpretazione fornita dalla Corte Suprema. Il passaggio cruciale è rappresentato dal caso *Quill* in cui la Corte sanciva una

³⁰⁰ Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Browning v. Hooper*, 269 U.S. 396, 46 S. Ct. 141, 70 L. Ed. 330 (1926).

³⁰¹ Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Burger King v. Rudzewicz*, 471 U.S. 462 (1985) in cui si legge che "*Jurisdiction in these circumstances may not be avoided merely because the defendant did not physically enter the forum.*"

³⁰² Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *International Shoe v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945).

³⁰³ In questo senso si legga la distinzione operata da GREGG, *Double Taxation*, 33 Transactions, Year 77 (1947), 86, il quale distingue tra *trading in a country* e *trading with a country*. In particolare: "*a primary principle in the taxation of trade is the distinction to be drawn between trading with a country and trading in a country. If a trader in country A merely exports goods to someone in country B, there is trading with country B but the trader in country A should not be liable to any tax in country B that may arise from the sale there of the goods bought from him*". La differenza fondamentale tra l'economia tradizionale e quella digitale è che quest'ultima consente alle attività produttive di ricorrere a modelli di business per cui non è necessaria la presenza fisica in un territorio per potervi commerciare.

evoluzione sostanziale della giurisprudenza sulla *Due Process Clause*, ritenendo che questa non ostasse all'abbandono del requisito formale della presenza fisica all'interno di uno stato a favore di una valutazione più flessibile e ragionevole che tenesse conto anche dei contatti dell'attività con il mercato di riferimento.

D'altra parte, però, si invalidava l'abbandono della presenza fisica in quanto mancante del "*substantial nexus*" con lo Stato così richiesto dalla *Commerce Clause*. Di conseguenza, un'impresa avrebbe potuto aver un "contatto minimo" con lo Stato impositore, come richiesto dalla clausola *Due Process*, e tuttavia avrebbe potuto mancargli il "nesso sostanziale" con lo stesso Stato così come richiesto dalla clausola del commercio. In sintesi, un criterio di collegamento slegato dalla presenza fisica nel territorio poteva essere legittimo ai sensi della *Due Process Clause*, ma non della *Commerce Clause*, poiché i due parametri costituzionali non sono affatto identici e sono animati da diverse preoccupazioni e politiche costituzionali. La *Due Process Clause* riguarda la correttezza formale e sostanziale dell'azione governativa, mentre la clausola sul commercio e il relativo nesso attiene gli effetti della regolamentazione statale sull'economia nazionale e sui traffici interstatali all'interno della Federazione.

Per non ostacolare gli scambi commerciali fra Stati, pertanto, si impediva allo Stato di emanare qualsiasi norma che avesse potuto obbligare un operatore economico, non residente o senza strutture fisiche in detto ordinamento (*bright-line test*)³⁰⁴, a riscuotere il tributo dai consumatori finali, i quali restavano gli unici debitori d'imposta. Un vincolo di questo tipo, infatti, sarebbe stato considerato come un ostacolo alla libertà delle imprese di commerciare nel mercato federale. La giurisprudenza *Quill*, però, lasciava insoddisfatti gli Stati, i quali non potevano sottoporre a imposizione indiretta tali attività imprenditoriali che, grazie allo sviluppo tecnologico, stavano sempre di più aumentando il loro volume d'affari, sfruttando peraltro i vantaggi fiscali provenienti dalla regola della presenza fisica³⁰⁵. La Corte Suprema, nel suo *revirement* con la sentenza *Wayfair* ha superato (*overruled*)

³⁰⁴ HOLDERNESS, *Questioning Quill*, in *Virginia Tax Review*, 2018, Vol. 37, no. 2, pp. 313-364.

³⁰⁵ Dalla sentenza in epigrafe emerge che si è stimato che le sentenze *Bellas Hess* e *Quill* abbiano prodotto un mancato gettito per gli Stati quantificabile in una somma tra gli 8 e i 33 miliardi di dollari all'anno. Solo nello Stato del South Dakota la perdita è stimata sui 50 milioni di dollari all'anno.

apertamente l'orientamento precedente in tema di tassazione del commercio elettronico interstatale, annullando gli effetti delle due decisioni *Bellas Hess* del 1967 e *Quill* del 1992.

La motivazione della decisione, innanzitutto, muove dal ragionamento per cui, se gli Stati della Federazione possono tassare una transazione solo se il soggetto ha una presenza fisica nel proprio territorio, allora ne deriva una limitazione ai poteri sovrani dello Stato perché questo non è libero di assoggettare a tassazione fattispecie che, comunque, presentano un nesso con il proprio territorio. Secondo i giudici, nella giurisprudenza risalente, non si sarebbe tenuto conto degli sviluppi economici e tecnologici della società americana che hanno permesso l'affermazione di modelli di business del tutto diversi rispetto a quelli conosciuti nell'epoca in cui si era consolidata la giurisprudenza precedente. Fondamentalmente, pur in vigenza di regole formalmente immutate, l'evoluzione tecnologica ha reso necessario un sensibile aggiornamento dell'interpretazione della *Commerce Clause* e, indirettamente, del principio o criterio di territorialità dell'imposta sulle vendite. Il requisito "fisico" di cui alla sentenza *Quill* era stato immaginato per garantire certezza all'applicazione delle norme e, dunque, prevenire eventuali dubbi derivanti dall'interpretazione del "*substantial nexus*" della sentenza *Complete Auto*. Veniva fissato, infatti, un criterio tangibile e netto, che, almeno in linea teorica, avrebbe dovuto, da un lato, limitare il potere di imporre tributi agli Stati nei commerci interstatali e, dall'altro lato, implicitamente ripartire la materia imponibile tra Stati. Questi obiettivi, però, non sono stati efficacemente raggiunti e, per questo, l'interpretazione precedente della *Commerce Clause* fatta in "*Quill create(d) rather than resolve(d) market distortions*", prevedendo un limite del tutto arbitrario e facilmente aggirabile da parte degli operatori del mercato digitale, i quali possono operare senza necessità di stabilirsi negli Stati in cui commerciano. Pertanto, da un punto di vista pragmatico, il requisito della presenza fisica aveva fallito nel raggiungere gli scopi per cui era stato ideato.

Volendo, invece, leggere la sentenza seguendo una prospettiva sistematica, la decisione sembrerebbe modificare i parametri della territorialità³⁰⁶, intesa sia come principio, in quanto limite all'imposizione, che come criterio, cioè ripartizione dell'imponibile. In primo luogo, dopo questo pronunciamento, la minima connessione che

³⁰⁶ FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, Giuffrè, 2004; SACCHETTO, voce *Territorialità* (dir. tribut.), in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, 1992.

giustifica la tassazione può essere rinvenuta anche in un collegamento reale/oggettivo, come la presenza economica, nel territorio di riferimento, abbandonando un criterio personalistico. In questo senso la decisione si pone, idealmente nella scia di *Quill* che, già allora, aveva convalidato lo stesso criterio di collegamento, pur ritenuto incostituzionale, alla luce della *Commerce Clause*. In secondo luogo, la sentenza intende correggere i problemi di concorrenza generati dalla regola *Quill*, avendo riguardo sia alla concorrenza fiscale tra Stati sia alla competizione tra imprese. La giurisprudenza precedente al nuovo orientamento, infatti, aveva promosso una distorsione del mercato tra operatori economici appartenenti a medesime categorie merceologiche, ma con differenti modelli di business, e un malfunzionamento del riparto del potere impositivo tra gli Stati della Federazione.

La necessità di individuare un criterio di collegamento fisico aveva dunque creato un rifugio fiscale per le imprese del commercio elettronico che avevano progressivamente limitato la loro presenza fisica in alcuni Stati e che avevano provveduto a vendere i propri prodotti ai consumatori dello Stato senza assolvere l'imposizione sulle vendite, stabilendosi in Stati che non avevano introdotto un siffatto tributo. Il risultato di ciò è che l'interpretazione della *Commerce Clause* aveva sostanzialmente limitato il potere degli Stati di imporre tributi su questo tipo di operazioni, garantendo, peraltro, una serie di vantaggi ingiustificati per gli *out-of-state sellers* che mancavano di presenza fisica.

Secondo questa logica si giustifica l'introduzione di una norma, come questa del South Dakota, la quale ha sostanzialmente discriminato tra imprese del commercio elettronico e di quello tradizionale contraddicendo uno dei principi fondamentali dell'OCSE³⁰⁷. Tale differenziazione, però, viene interpretata e validata, seppure implicitamente, alla luce del criterio di proporzionalità per cui la *Commerce Clause* “*treats economically identical actors differently for arbitrary reasons*”.

In sintesi, il test previgente di presenza fisica risultava una valutazione artificiale non adatta al moderno commercio elettronico, rappresentando una indebita imposizione da parte del potere giudiziario sull'autorità degli Stati di riscuotere i tributi e svolgere funzioni

³⁰⁷ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, 11 in cui si legge: “Because the digital economy is increasingly becoming the economy itself, it would be difficult, if not impossible, to ring-fence the digital economy from the rest of the economy for tax purposes. The digital economy and its business models present however some key features which are potentially relevant from a tax perspective”

pubbliche. Per queste ragioni economiche, giuridiche e sociali, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha deciso di abbandonare definitivamente la necessità del requisito della presenza fisica nell'imposizione di tributi da parte degli Stati.

Sul piano dell'imposizione diretta, invece, si rileva che il superamento della connessione minima di cui *alla Due Process Clause*, con il caso *Quill*, ha comunque avuto effetti importanti³⁰⁸, confermando implicitamente che il requisito della presenza fisica non fosse necessario ai fini delle imposte sul reddito³⁰⁹.

10. La convergenza verso un criterio di collegamento basato sulla presenza economica o digitale

Di fronte a questo quadro, che non appare superabile in via interpretativa, si stanno avanzando, in sede internazionale, delle proposte concrete e sembra svilupparsi un consenso piuttosto diffuso sulla necessità di rivedere alla radice la nozione di Stabile Organizzazione, o comunque creare dei criteri di collegamento alternativi. Il recente rapporto sull'azione 1 nell'ambito del programma BEPS ha infatti individuato come prioritaria la revisione della nozione di stabile organizzazione enumerando una serie di proposte che sono state oggetto di discussione. Tra le proposte avanzate, particolare attenzione deve esser riconosciuta alla introduzione di una nuova nozione di collegamento territoriale che troverebbe applicazione per le attività totalmente dematerializzate e che sarebbe integrato da una *significativa presenza digitale o economica* nel paese estero in cui opera una società³¹⁰.

Prima di tutto, è bene chiarire il rapporto sussistente tra questo istituto e la cd. Stabile Organizzazione Virtuale³¹¹. La presenza digitale o economica potrebbe rappresentare, da un

³⁰⁸ COALSON – MARCUS, *What Is Substantial Nexus after Quill*, State and Local Tax Lawyer, Vol. 2, pp. 17-58

³⁰⁹ Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Geoffrey, Inc. v. SC Tax Com'n*, 437 S.E.2d 13 (1993) in cui si legge che "it is well settled that the taxpayer need not have a tangible, physical presence in a state for income to be taxable there. The presence of intangible property alone is sufficient to establish nexus (...) A taxpayer who is domiciled in one state but carries on business in another is subject to taxation measured by the value of the intangibles used in his business".

³¹⁰ Sul punto si ricordano in particolare OCSE, BEPS ACTION 1 „Tax Challenges Arising from Digitalisation” Interim Report (April 2018), COMMISSIONE EUROPEA, Package on taxation of digital economy (March 2018), Proposal for a new nexus based on „significant digital presence” (SDP) e, infine, alcune proposte normative di Stati come l'India e Israele.

³¹¹ HELLERSTEIN, *Jurisdiction to Tax in the Digital Economy: Permanent and Other Establishments*, in *Bull. Intl. Tax.*, 2014.

alto, uno dei criteri della sussistenza di una Stabile Organizzazione, e, dall'altro lato, un criterio di collegamento nuovo che sostituisce completamente l'istituto.

Inoltre, concludendo questa *actio finis regundorum*, si deve discernere ancora tra significativa presenza digitale e significativa presenza, essendo quest'ultima generalizzata rispetto ai vari settori economici rispetto alla prima specifica per le attività digitali³¹². Nelle proposte, tuttavia, è facilmente verificabile che questa distinzione concettuale diventa assai nebulosa, finendo per risultare una sostanziale endiade.

Secondo l'OCSE³¹³, questa presenza significativa potrebbe ritenersi integrata sulla base di diversi elementi tra i quali predomina il requisito del "numero significativo di contratti stipulati dall'impresa estera con clienti residenti per la fornitura di servizi immateriali". Si tratta, a ben vedere, dell'introduzione di un criterio di collegamento territoriale legato ad una soglia di fatturato che si realizza con clienti residenti o che sono comunque localizzati nel Paese³¹⁴. Questa proposta si fonda su un criterio che può esser indicativo di un'effettiva appartenenza del soggetto estero alla comunità statale interna, e segnatamente alla vita economica del Paese, perché in sostanza valorizza il numero e la dimensione degli "affari" che si svolgono con soggetti residenti, ossia quei soggetti che manifestano la forma più ampia di inserimento alla comunità statale di riferimento³¹⁵.

Questa iniziativa mira a risolvere quelle fattispecie in cui "*the continual increase in the potential of digital technologies and the reduced need in many cases for extensive physical presence in order to carry on business, combined with the increasing role of*

³¹² ESCRIBANO LOPEZ, *An Opportunistic, and yet Appropriate, Revision of the Source Threshold for the Twenty-First Century Tax Treaties*, in *Intertax*, 2015, Vol. 43, no. 1, p. 6.

³¹³ È bene ricordare che, seppure l'Ocse propone questo nuovo criterio, nel report finale del 2015 non ne fece alcun cenno cfr. GONZÁLEZ, BARREDA, *A Historical Analysis of the BEPS Action Plan: Old Acquaintances, New Friends and the Need for a New Approach*, in *Intertax*, 2018, vol. 46, no. 4, p. 278.

³¹⁴ Proposta che, peraltro, era già stata avanzata nella letteratura nordamericana, cfr. COCKFIELD, *Reforming the Permanent Establishment Principle Through a Quantitative Economic Presence Test*, in *Can. Bus. L. J.*, 2003, vol. 38, pp. 400-422.

³¹⁵ Nella proposta, avanzata, i parametri dai quali si potrebbe desumere il collegamento territoriale sono individuati come di seguito:

- relazioni con i clienti o utenti in un periodo di 6 mesi, combinato con alcuni criteri di presenza fisica, diretta o attraverso un agente.
- vendita di beni o servizi attraverso mezzi che coinvolgono una relazione stretta con i clienti nel Paese, tra cui i) un sito web in lingua del Paese; ii) che offra la spedizione dal fornitore nel Paese; iii) utilizzo di canale bancario o altri canali del fornitore nel paese; o iv) offerta di beni e servizi con fonte nel Paese.
- Forniture di beni o servizi ai clienti nel Paese quale risultato, o che comunque coinvolga, una raccolta di dati sistematica o contributi di contenuto dalle persone nel Paese.

network effects generated by customer interactions, can raise questions as to whether the current rules to determine nexus with a jurisdiction for tax purposes are appropriate"³¹⁶ (il cd. problema “scale without mass”).

In concreto, riferendoci alle principali iniziative nel mondo, è facilmente verificabile che i requisiti che segnalano una certa presenza economica o digitale possono essere sintetizzati in tre indici: entrate totali generate all'interno di un Paese, fattori digitali (ad esempio nome di dominio locale, piattaforma digitale locale, opzioni di pagamento locali), e, infine, fattori basati sull'utente (ad es. Numero di utenti attivi, numero di contratti, ecc.)³¹⁷.

La nozione di “presenza digitale significativa” costituisce un’ipotesi integrativa rispetto alla casistica già prevista e disciplinata dalle vigenti disposizioni domestiche ed europee in tema di stabile organizzazione ai fini della tassazione dei redditi societari. Il modo di intendere la stabile organizzazione “digitale” tiene conto dell’interazione di tre fattori presenti nelle imprese della digital economy: scale without mass, ossia la possibilità di ampliare la propria presenza economica in altre giurisdizioni superando i confini spaziali e prescindendo dalla presenza fisica sul loro territorio³¹⁸.

10.1. La nuova stabile organizzazione introdotta nell’ordinamento italiano

Fra gli altri interventi che hanno interessato l’art. 162 del Tuir, degni di particolare nota nel presente contesto sono l’introduzione della nuova lett. f-bis) del co. 2 e la radicale modifica del co. 5. Per effetto del primo intervento, viene ricompresa nell’espressione “stabile organizzazione” «(...) una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso»; evidente come il testo normativo valorizzi negativamente l’effetto di uno sviluppo tecnologico inaspettato. Con il secondo, invece, si è inteso rimuovere dalla cd. negative list «(...) la disponibilità a qualsiasi titolo di elaboratori elettronici e relativi

³¹⁶ OCSE, 2015.

³¹⁷ Se ci riferiamo alle principali proposte normative orientate in tal senso, ossia nell’Unione Europea, in India e Israele, si nota che una soglia minima di fatturato è prevista nella proposta europea e indiana, ma non in quella israeliana; viceversa i fattori digitali sono tenuti in considerazione solo in quest’ultima. Infine, i fattori basati sulla clientela sono comuni a tutte le proposte, sebbene con alcune correzioni.

³¹⁸ URICCHIO – SPINAPOLICE, *La corsa ad ostacoli della web taxation*, Rass. Trib., 2018, 4, 461

impianti ausiliari che consentano la raccolta e la trasmissione di dati ed informazioni finalizzati alla vendita di beni e servizi».

L'effetto combinato è quello di rendere ormai superfluo, per la configurazione di una stabile organizzazione in Italia - specie nelle operazioni effettuate per il tramite di strumenti tecnologici - quell'elemento aggiuntivo, vale a dire una struttura organizzativa di un certo livello, caratterizzata dalla presenza di personale e di risorse strumentali destinate alla specifica attività, tali da configurare in maniera evidente una sede fissa d'affari deputata in concreto allo svolgimento dell'attività all'interno dello Stato e non semplicemente un mero supporto per attività di fatto svolte all'estero e, semplicemente, "canalizzate" telematicamente nel territorio dello nazionale.

Si attende quindi con ansia che vengano chiariti quali siano gli indici in presenza dei quali debba darsi per certa l'assoggettabilità alla normativa fiscale nazionale; i primi commentatori osservano infatti come l'entità dei ricavi generati sul territorio dello Stato o il numero degli utenti registrati, costituendo indubbiamente gli indici più evidenti di una presenza significativa e continuativa, possano non bastare, tanto più considerando il fatto che sono di recente venute meno talune forme di "indirizzamento automatico" in forza delle quali ad un utente italiano che utilizzasse un proprio device tecnologico all'estero era impedito accedere alla versione locale della piattaforma di vendita del fornitore operante world wide; è quindi auspicabile che il concetto di "presenza significativa e continuativa" possa materializzarsi soltanto al cospetto di ulteriori elementi, quali, a titolo puramente esemplificativo: la disponibilità di un nome di dominio locale e • l'adattamento dei contenuti della piattaforma tecnologica utilizzata al gusto, alla cultura, al quadro normativo nazionale (per esempio in materia di quantificazione dei prezzi e/o di predisposizione delle clausole generali di vendita). Come si è detto in premessa, l'elemento di maggior criticità della novella è rappresentato dal fatto che essa costituisce una misura unilaterale, di diritto interno, destinata a soccombere ogni qual volta l'Amministrazione Finanziaria italiana si veda costretta a condividere con altre le proprie aspettative di attribuzione di reddito in base ad accordi internazionali, sovraordinati nella gerarchia delle fonti del diritto. Al punto che se ne è giustificata l'adozione soprattutto nella prospettiva di ampliare la platea delle fattispecie concrete ricadenti nella disciplina dettata dall'art. 1-bis, decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50 (rubricato "Procedura di cooperazione e collaborazione rafforzata"), costituente la prima

risposta di ampio respiro alla perdita di gettito per effetto della “smaterializzazione digitale” dell’economia.

10.2 Considerazioni critiche sull’ossimoro “stabilità digitale”

L’abbandono della materialità come indice di collegamento e la sua sostituzione con parametri “intangibile” ma comunque verificabili, quale l’ammontare degli affari stipulati dal non residente con i residenti non sembra, dal punto di vista interno, porre particolari problemi di tipo teorico³¹⁹. Numerose potrebbero invece essere le problematiche di tipo applicativo e prima tra tutte la necessità che detto criterio sia adottato in contemporanea dalla maggior parte dei paesi aderenti all’OCSE. Ciò per l’evidente motivo che questo nuovo criterio di collegamento riconosciuto unilateralmente da uno Stato altererebbe il faticoso equilibrio raggiunto, sulla base delle Convenzioni, di riparto di potestà impositiva; potrebbero così, con ogni probabilità, moltiplicarsi i fenomeni di doppia imposizione internazionale che proprio le convenzioni mirano a contrastare o quantomeno attenuare³²⁰.

Sotto certi aspetti, seppure questa proposta potrebbe rappresentare una evoluzione tecnologica dell’istituto della Stabile Organizzazione, rilevando il *digital place of business*, tuttavia, a parere dello scrivente, ne rivoluziona i caratteri fondamentali. In via di estrema sintesi, la Stabile Organizzazione, pur rappresentando non un soggetto di diritto, ma un mero criterio di collegamento di una società non residente, è trattato anche nella determinazione del reddito come *se fosse un soggetto autonomo*³²¹. Dando, invece, rilevanza al tipo di

³¹⁹ Oltre agli aspetti eminentemente pratici e legati al controllo delle soglie, uno dei problemi teorici che potrebbe porsi è quello relativo alla quantificazione del reddito imponibile nel paese in cui si radica la soggettività passiva in forza del superamento della soglia. Questo problema, ovviamente, è già presente per la quantificazione del reddito della stabile organizzazione, ma la tassazione riconnessa ad una significativa presenza digitale ne aumenta la complessità dal momento che il centro di imputazione dei costi non può essere considerato presente in Italia, essendo solo il Paese in cui la società ha la sede fiscalmente rilevante.

³²⁰ L’adozione unilaterale da parte di uno Stato di tale meccanismo integrerebbe il fenomeno del *treaty override*, per il quale si veda di recente DE PIETRO, *Tax treaty override*, The Hague, Wolters Kluwer Law and Business, 2014.

³²¹ Esistono due metodi di determinazione del reddito della SO, cfr. GAFFURI, *La determinazione del reddito della stabile organizzazione*, in *Rass. Trib.*, 2002, vol. 1: “Il primo ha natura analitica e si fonda sulla presunzione che la sede locale sia un’entità separata e distinta dalla sede centrale; conseguentemente, il risultato reddituale della stabile organizzazione è calcolato considerando singolarmente, sulla base delle rilevazioni contabili, i proventi e i costi relativi a ciascuna operazione realizzata, comprese quelle intercorse tra la stabile organizzazione e la casa madre, che assumono piena rilevanza fiscale”.

Il secondo metodo, all’opposto, ha carattere sintetico e fa leva sull’appartenenza della sede locale

presenza digitale nello Stato e, dunque, alla porzione di reddito ivi prodotta, nulla rilevando i rapporti interstatali, sembra che questa proposta avvicini sempre di più la tassazione personale verso una tassazione di tipo reale.

Pur considerando, infatti, che la tassazione personale è quel tipo di imposizione che risponde meglio al principio di personalità delle leggi tributarie³²², si deve rilevare che, prima che nella realtà digitale, dall'economia globalizzata questa impostazione è messa in crisi³²³. È questa difficoltà emerge in tutta la sua “forza” nel tentativo di introdurre novità o aggiornamenti in concetti antichi e pensati per un'altra economia. Tralasciando il tema della presenza digitale di cui alla proposta di direttiva della Commissione Europea di cui si vedranno alcune implicazioni teoriche nel prossimo Capitolo, i tentativi di aggiornare la Stabile Organizzazione o di sostituirla mediante la creazione di una presenza digitale non sembrano del tutto coerenti con il sistema tributario.

Innanzitutto, la Stabile Organizzazione Virtuale, basata sulla presenza digitale, rischia di essere ancora più distorsiva³²⁴ del sistema di quanto già non lo fosse la versione tradizionale. In primo luogo, i principi e le regole applicabili alle Stabili Organizzazioni fisiche dovrebbero continuare ad applicarsi alle Stabili Organizzazioni Virtuali, almeno, limitatamente all'interazione tra le attività fisiche e digitali. Ciò significa che entrambe offriranno maggiori possibilità di frammentazione delle basi imponibili in un Paese e di sfruttamento delle loro diverse soglie e dell'attribuzione delle regole sugli utili. Inoltre, non sembra giustificabile nell'attuale dicotomia residenza-fonte, un criterio di collegamento che sembra spostare la territorialità sulla fonte in luogo della residenza in assenza di cambiamenti normativi a livello nazionale, europeo e internazionale.

11. Conclusioni interlocutorie

all'organizzazione dell'impresa estera.

³²² GRIZIOTTI, *L'imposition fiscale des étrangers*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, 1926, 147

³²³ Rilevava la difficoltà di prevedere un'imposizione personale in una realtà economica internazionale già EINAUDI, *La coopération internationale en matière fiscale*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1928, vol. 81: “l'impôt personnel est anachronique dans les Etats nationaux actuels, ou il doit laisser la place a des types d'impos toujours plus reels”

³²⁴ MARTÍN JIMÉNEZ, *BEPS, the Digital(ized) Economy and the Taxation of Services and Royalties*, in *Intertax*, 2018, vol. 46, no. Issue 8/9, pp. 620–638.

Come si è già evidenziato, la base del nostro ragionamento muove dall'attuale dicotomia esistente tra imposizione alla fonte e quella alla residenza su cui è incardinato l'intero sistema tributario internazionale. Tuttavia, non è mancato chi ha rilevato³²⁵ una possibile variazione del sistema conosciuto, modificando i parametri in tassazione all'origine e tassazione a destinazione. In questo senso, l'origine dovrebbe indicare il lato dell'offerta della produzione di reddito, dove la produzione dei fattori di capitale e lavoro (input aziendali) convergono, come nel caso dell'organizzazione durevole di capitali e manodopera utilizzata nell'imposta sul reddito e nei sistemi di tassazione delle società per determinare se un business viene gestito. La "destinazione", d'altro canto, rappresenta il lato della domanda della produzione di reddito ed è il luogo in cui i beni e i servizi prodotti sono venduti sul mercato (output aziendali) e dove l'esistenza di una fonte di reddito è condizionata dalla partecipazione a scambi economici o sociali.

Si comprende che questa visione, accolta ai fini dell'imposizione indiretta, può legittimamente generare qualche dubbio rispetto alla contrapposizione classica residenza-fonte. Tuttavia, per i motivi che si spiegheranno infra, parrebbe opportuno invece immaginare di ragionare su questo piano. Questo, infatti, significherebbe tener conto, per esempio, non solo della posizione in cui capitale e lavoro convergono (il paese di origine), come è attualmente nel caso dei redditi d'impresa, ma anche del luogo in cui questi beni e servizi sono effettivamente venduti o forniti (il paese di destinazione), come avviene attualmente nell'IVA. Come sopra già menzionato, l'idea alla base dell'imposta societaria è essenzialmente quella di imporre tributi il più vicino possibile alla posizione geografica della fonte reddituale. La fonte geografica, infatti, è la posizione in cui viene creato il valore. Solo che dietro questa apparente banalità, in realtà, si nascondono una serie di interrogativi circa la reale ed effettiva localizzazione del luogo di creazione del valore, di generazione del profitto, di acquisizione di valore aggiunto.

³²⁵ DE WILDE, *Tax Jurisdiction in a Digitalizing Economy; Why 'Online Profits' Are So Hard to Pin Down*, in *Intertax*, 2015, vol. 12, p. 796; MUSGRAVE, *Principles for Dividing the State Corporate Tax Base*, in *The State Corporation Income Tax: Issues in Worldwide Unitary Combination*, a cura di Charles E. McLure, Jr., Stanford, Hoover Institution Press, 1984, p. 228; KEMMEREN, *Source of Income in Globalizing Economies: Overview of the Issues and a Plea for an Origin-Based Approach*, in *Bull. for Intl. Taxn.*, 2006, vol. 60, no. 11, pp. 430-452.

A queste domande, purtroppo, non si può dare una risposta semplice. Pur essendo vero che si potrebbe, più o meno agevolmente individuare il beneficiario effettivo dei redditi prodotti *worldwide*, tuttavia, questo assunto non necessariamente implica che il valore sia stato creato o aggiunto in quello stadio. Anzi, in quella fase, il profitto potrebbe essere semplicemente incamerato, senza alcun tipo di attività concreta di quell'impresa.

Il profitto, infatti, è il risultato dell'interazione dell'offerta e richiesta ed ambedue le fasi sono necessarie ai fini della generazione di valore. Ciò potrebbe portarci a concludere che nella ricerca di un criterio di tassazione che possa individuare un luogo in cui il valore viene effettivamente creato, si dovrebbe aver riguardo circa entrambi i lati dell'attività economica, ossia la domanda e l'offerta, invece di limitarsi a guardare gli input aziendali del lato dell'offerta, come facciamo ora. Se si intende accogliere un criterio siffatto, emerge un nuovo problema circa la ripartizione, non tanto del potere impositivo, quanto del gettito fiscale derivato. I fattori di produzione di capitale e lavoro delle imprese digitali potrebbero essere allocati in tutto il mondo, così come i beni e i servizi prodotti sono scambiati su base mondiale. Ora, tralasciando le formule più adatte di ripartizione della base imponibile tra Stati, ciò che interessa è comprendere che esiste un'alternativa alle attuali soluzioni e che queste opzioni indicano una certa insoddisfazione verso le odierne regole del gioco.

In questo senso, l'attacco all'istituto della Stabile Organizzazione è evidente. Pur resistendo rispetto alla proposta di suddivisione tra origine e destinazione, i principi ispiratori della Stabile Organizzazione soccombono dinanzi alle nuove alternative proposte di istituzionalizzazione dell'istituto della presenza digitale. Rappresentando, infatti, la Stabile Organizzazione un criterio di riparto territoriale del reddito prodotto, appare evidente che i problemi posti nell'ambito dell'economia tradizionale aumentano nell'economia digitale che, per definizione, è a-territoriale ed a-spaziale. Non si comprende come una Stabile organizzazione che deve essere ancorata ad un territorio, possa essere adatta all'economia digitale.

Fermo restando che la varietà dei modelli di impresa deve indurre alla massima cautela rispetto alla possibilità di individuare delle attendibili costanti per ciò che attiene al luogo ove si forma il valore aggiunto, è chiaro che le imprese della *digital economy* rendono estremamente difficile la "localizzazione" del reddito e, specularmente, la prestazione del servizio. Se, però, l'imposta sul valore aggiunto è un'imposta anche sul consumo e, quindi,

la territorialità dell'operazione può essere legittimamente spostata sul luogo del consumo con le conseguenti problematiche in relazione alla neutralità dell'imposta, l'imposta reddituale deve fare i conti con la natura personale e il corretto riparto del gettito tra gli Stati.

I report dell'OCSE hanno evidenziato come molti schemi di pianificazione fiscale aggressiva sono attuati mediante il ricorso a transazioni o *arrangements* "artificiosi", in quanto privi di effettiva sostanza economica o non coerenti con funzioni e attività svolte. In riferimento al tema della stabile organizzazione, la cui (attuale) definizione convenzionale può dare adito a situazioni di cd. *artificial avoidance* dello status di *permanent establishment*. Innanzitutto, una prima modalità di pianificazione fiscale aggressiva riguarda il tentativo di evitare che si configuri una stabile organizzazione personale e, dunque, che non ci sia un agente dipendente o esclusivo della società non residente nello Stato della fonte. In sostanza, le imprese digitali potrebbero avere clienti in uno Stato in cui non hanno presenza, comunicando con gli interessati tramite strumenti digitali (mail, messaggistica istantanea o, comunque, internet) o tramite agenti indipendenti. Ovviamente, la possibilità di mantenere contatti con un mercato senza presenza fisica non è solo una peculiarità dell'economia digitale, potendo essere, ormai, estesa a qualsiasi livello dell'economia stessa, ma questa particolarità è sicuramente più accentuata in questa tipologia di imprese.

Analogamente, in relazione alla stabile organizzazione materiale, le imprese multinazionali "artificialmente" frammentano le attività tra le diverse entità del gruppo, affinché le stesse, ai vari livelli, si qualificano come preparatorie o ausiliarie, ai sensi dell'art. 5, paragrafo 4 del Modello OCSE. Una disposizione oggetto di attenzione è quella di cui al paragrafo 4 dell'art. 5 del Modello OCSE, secondo il quale una stabile organizzazione non può ritenersi sussistere laddove una sede fissa di affari venga utilizzata esclusivamente per lo svolgimento delle attività ivi indicate e/o che assumono carattere preparatorio o ausiliario rispetto all'attività di impresa. In primo luogo, si rileva che alcune previsioni contenute nel paragrafo 4 non fanno specifico riferimento alle attività "preparatorie o ausiliarie". Ciò contrasta con quello che dovrebbe essere l'original purpose del paragrafo, vale a dire, "coprire" soltanto le attività, appunto, a carattere preparatorio o ausiliario. La disposizione dovrebbe pertanto essere modificata al fine di subordinare tutte le attività elencate nel paragrafo 4 dell'art. 5 del Modello OCSE alla condizione del carattere "preparatorio o ausiliario".

Tuttavia, al di là degli aspetti tecnici della normativa nazionale che attua gli standard OCSE, si rileva che, in verità, allo stato attuale il problema della perdita di gettito degli Stati dovuto a questa tipologia di strutture societarie in grado di minimizzare o evitare la presenza nei “market State” è un falso problema o, meglio, non si tratta di ipotesi, nella normalità dei casi, né di elusione o di abuso né tantomeno di evasione fiscale.

Nell’attuale panorama tributario internazionale, c’è un tendenziale favore per una tassazione illimitata nello stato di residenza e una tassazione reale nello stato della fonte solo in presenza di una stabile organizzazione. Si possono allora ipotizzare due situazioni di “irregolarità” tributaria in cui la residenza è fittizia ovvero la stabile organizzazione è evitata tramite artifici. Ambedue le situazioni, però, sono patologiche, mentre nella normalità le imprese che operano nel digitale legittimamente riescono a evitare la presenza nello stato in cui commerciano perché non hanno necessità di esserci fisicamente, grazie agli strumenti tecnologici. In realtà, il problema del mancato gettito derivante dalle operazioni commerciali compiute da parte delle imprese digitali negli ordinamenti, diciamo così, non a bassa fiscalità sembra essere un problema molto sentito dalle classi dirigenti di tutto il mondo. Si deve considerare, però, che tutti i dati esistenti forniti dalle varie organizzazioni non chiariscono che cosa intendono per mancato gettito. Allo stato attuale lo Stato in cui si svolge il consumo non ha legittimazione impositiva su queste imprese.

Le ragioni per cui, comunque, l’economia digitale rappresenta un potenziale problema per le casse erariali dei singoli Stati sono principalmente due: da un lato le imprese grazie alla globalizzazione dell’economia hanno possibilità di movimento che prima mancavano.

Le imprese possono liberamente stabilirsi ovunque nel mondo e da qui liberamente commerciare verso chiunque, oltre a questo vi è da considerare che, allo stesso modo, i fattori produttivi sono altamente mobili. Dunque, in questo panorama così composto in cui il bene può essere dematerializzato e l’impresa può localizzarsi ovunque, l’unico soggetto è fisicamente individuabile e che ha scarsa possibilità di movimento è il consumatore. In secondo luogo, è necessario considerare che, mentre gli Stati cercano, in tutti i modi, di accaparrarsi quota parte del gettito delle imprese digitali, altri Stati, mediante vari strumenti, minimizzano il carico fiscale per le imprese, incentivandole a stabilire la residenza nel proprio ordinamento. Insomma, al di là dei pochi casi in cui un’impresa si stabilisce tramite

strutture artificiali in uno Stato, normalmente le imprese si stabiliscono in Stati a bassa fiscalità e, da lì, effettivamente operano. Pertanto, il *vulnus* alle casse erariali è soltanto in parte da ascrivere alle imprese digitali, le quali, in quanto organizzazioni sociali pluripersonali, non stanno celando reddito agli Stati, ma stanno pianificando la loro struttura societaria e, per quanto sembri ingiusto, stanno legittimamente risparmiando sulle imposte nel mercato globale del fisco.

In sostanza ciò che si vuol affermare che il problema della territorialità nell'ambito della tassazione delle imprese digitali è un problema di politica fiscale perché nel contesto globale le repubbliche digitali³²⁶, ossia i big player dell'economia digitale, possono scegliere dove e come essere tassati, mentre gli Stati, impotenti di fronte alla globalizzazione, sono costretti a mercanteggiare con le imprese non solo il *quantum debeatur*, ma anche l'*an debeatur*.

Tuttavia, eventuali modifiche solo in riferimento ai criteri di collegamento rischiano di rivelarsi poco efficaci. L'individuazione di nuovi criteri di collegamento potrebbe incidere, infatti, solo sui modelli di business tipici del commercio elettronico e non già risolvere i normali gap tributari degli altri *big player* dell'economia digitale. Dunque, in attesa di un ripensamento approfondito del presupposto dell'imposizione dell'economia digitale, adattare i criteri di collegamento potrebbe rappresentare una soluzione di breve periodo, idonea a risolvere una parte dei problemi. In altre parole, potrebbe servire a tassare con le odierne imposte sui redditi alcuni modelli di business che, allo stato attuale, possono strutturarsi in modo tale da minimizzare il carico fiscale nello Stato della fonte.

Sempre più proposte sul nexus si muovono nella direzione della tassazione nel *market jurisdiction*. Questo, perché nella visione odierna, l'economia digitale non può essere segregata dall'economia "ordinaria".

Ciò significa che l'alternativa all'approccio proposto dall'OCSE (cioè, "non fare nulla")³²⁷ non è orientata solo al fatto che i profitti siano attribuiti al luogo di destinazione dei servizi, ma anche di estendere questo principio ai profitti da tutte le altre attività commerciali internazionali. In altre parole, per attribuire la base imponibile per l'imposta sugli utili in base del principio di destinazione. Proprio in piena consonanza con il sistema

³²⁶ TREMONTI, Bugie e verità. Le ragioni dei popoli, Milano, Mondadori, 2014, pp. 12-14.

³²⁷ DE WILDE, op.ult.cit.

dell'iva, valorizzando i principi regolatori del sistema dell'imposta armonizzata, neutralità su tutti, anche ai fini dell'imposizione diretta.

Ovviamente non è previsto in alcun modo una identificazione dell'imposta diretta nell'indiretta, in quanto la base imponibile continuerebbe a essere basata sul reddito, con l'unico cambiamento di una diversa ripartizione geografica della base imponibile. Ciò promuoverà un uso efficiente dei fattori di produzione a livello microeconomico, con possibili danni sul piano macroeconomico. Questo perché, per fini fiscali, quindi non importerà più in quale Stato un'azienda scelga di investire, poiché il tributo non inciderà sui costi nello Stato di stabilimento. Imporre come luogo di tassazione il mercato dovrebbe indurre le imprese verso l'efficienza economica, essendo così inelastica la tassazione rispetto alle attività economiche.

Globalizzazione e digitalizzazione significano che ora stiamo vivendo in un "villaggio globale", in cui tutto e tutti sono 'connesso online'. I sistemi fiscali delle imposte reddituali societarie, tuttavia, sono ancora basati sulla realtà economica di un secolo fa. E lì i difetti in questi sistemi sono particolarmente evidenti nel caso di profitti online, che ora non siamo in grado di tassare in modo efficace. Tuttavia, per chi ritiene che l'economia digitale sia da trattare diversamente considerandone la diversità strutturale e genetica rispetto all'economia tradizionale, potrebbe anche immaginare che l'imposta sui redditi societari sia sostituita da un'imposta che gravi sui fattori di produzione, considerandone un valore autonomo e diverso rispetto al reddito prodotto. Insomma, la proposta di un'imposizione reale sul valore digitale, considerato come un valore distinto e autonomo, potrebbe indurre a concludere circa l'inutilità dei ragionamenti sopra l'individuazione di nuovi criteri di collegamento. Questi, invece, acquisiscono un nuovo significato, considerando che potrebbero legare, ancora più facilmente, il valore e il luogo di tassazione.

Il difetto genetico della proposta, sopra vista, infatti, attiene l'esclusione dal campo di riflessione di tutta quella serie di imprese che operano sì nel digitale, ma senza vendere beni o servizi. Queste imprese, invece, carpiscono dati, fornendo "gratuitamente" dei dati utili alla profilazione e alla rivendita. Sulla base di quella proposta si potrebbe individuare il luogo del consumatore/cliente come Stato dell'imposizione?

Da questo punto di vista, sembra assai difficile. Poiché, in verità, l'unico rapporto economico è tra impresa digitale e impresa "pubblicizzata", in quel dato modello di business.

Inoltre, non tiene conto di quel valore, a sé stante compreso nella nozione stessa di economia digitale. Per questo, un'eventuale contaminazione di una imposta personale sul reddito e sul patrimonio potrebbe essere una proposta tale da poter superare i dubbi sulla localizzazione territoriale del reddito, individuando, invece, come criterio di collegamento il luogo di generazione della ricchezza digitale, la quale potrebbe essere agevolmente attribuita alla giurisdizione del cliente/consumatore.

In sintesi, un ritorno al passato, ossia a un'imposizione personale con caratteri di realtà assai più spinti, potrebbe rappresentare una soluzione di largo respiro nella corretta individuazione dell'imponibile e della nuova ricchezza nell'economia digitale.

CAPITOLO IV: LA TASSAZIONE DELL'ECONOMIA DIGITALE TRA TENTATIVI NAZIONALI, ATTENDISMO INTERNAZIONALE E PROPOSTE EUROPEE: ALLA RICERCA DI UN DIFFICILE EQUILIBRIO

SOMMARIO: 1. Il complicato ordito di fonti nella regolamentazione della tassazione dell'economia digitale; 2. Il diritto nazionale nel mercato digitale: particolarismi e tentativi temerari; 3. Il ruolo della Comunità internazionale nel tentativo di regolamentazione della fiscalità digitale: l'irrefrenabile attendismo dell'Ocse; 4. Il Mercato e l'affermazione del diritto tributario europeo: il ruolo del Mercato Unico Digitale; 5. L'attivismo europeo in cerca di "convergenze parallele" nella tassazione del Mercato Unico Digitale; 5.1 Proposta di direttiva sulla presenza digitale significativa; 5.2. La proposta di una digital service tax; 6. L'individuazione di nuovi indici di ricchezza e la determinazione dell'imponibile; 7. Nuovi modelli impositivi per una nuova ricchezza: il rinnovato ruolo dell'Europa per un'imposizione digitale comune; 8. Conclusioni

1. Il complicato ordito di fonti nella regolamentazione della tassazione dell'economia digitale

Dopo aver analizzato la struttura delle principali imposte sia in termini di presupposto oggettivo (*what*) e territoriale (*and where to tax?*) e delle difficoltà di adattamento delle tradizionali categorie alla nuova realtà economica, si intende ora verificare quale sia il soggetto attivo (*who?*) che possa in maniera più efficace (*and how?*) tassare la ricchezza dell'economia digitale. Pare, infatti, ineludibile che la parte finale di questa ricerca sia destinata a comprendere quale sia il miglior modo di ripartire la potestà impositiva tra i vari Stati per tassare correttamente la ricchezza digitale nascente da fattori produttivi differenti e dislocati in luoghi diversi del mondo³²⁸.

È di tutta evidenza che questa analisi si sviluppa secondo un percorso apparentemente paradossale, perché si conclude il lavoro con l'analisi delle fonti del diritto. Tuttavia, dal nostro punto di vista, in verità, solo dopo aver esaminato quali sono i problemi strutturali in termini di determinazione e localizzazione della ricchezza, si può efficacemente trattare la tematica di quale sia la fonte del diritto più adatta alla positivizzazione di regole tributarie

³²⁸ ASSONIME, Web tax: il vero interrogativo non è "cosa tassare" ma "chi può tassare" (di VACCA), in Position Papers, 2018, vol. 1.

per l'economia digitale e, dunque, della tecnica più efficace nella tassazione dei redditi nomadi delle imprese digitali.

In pratica, questa ultima parte della ricerca intende verificare quale sia il mezzo più idoneo a massimizzare il risultato, ovverossia, non di una maggiore o “giusta” imposizione, quanto per una più efficace tassazione delle imprese digitali. Allo stato attuale, infatti, le regole fiscali previste per la tassazione dell'economia digitale sono individuabili su un triplice livello: internazionali, europee e nazionali. In particolare, ai fini dell'imposizione indiretta, al netto degli accordi sul commercio internazionale che riguardano le cessioni di beni e, dunque, il modello di business del commercio elettronico indiretto, è presente un duplice livello europeo e nazionale con alcune forme di soft law internazionali, nello specifico, sulle cessioni di beni. Appare, invece, significativamente diversa la situazione riguardo alla tassazione diretta delle imprese digitali, per la quale è previsto un multilivello di fonti del diritto.

Innanzitutto, l'imposizione sui redditi o sul patrimonio delle società resta di competenza esclusiva dei singoli Stati, i quali hanno piena libertà di stabilire le regole più adatte alle proprie esigenze e al proprio modello di Stato sociale. Per quanto riguarda, poi, le fattispecie aventi carattere di estraneità rispetto al territorio dello Stato, gli Stati stipulano degli accordi internazionali bilaterali con cui regolano i traffici economici interstatuali al fine di evitare la doppia (non) imposizione dei contribuenti. Tali Convenzioni servono, in prima battuta, a non onere il contribuente di una doppia (o, in alcuni casi, multipla) imposizione sullo stesso presupposto d'imposta e, dunque, a favorire gli scambi commerciali fra gli Stati. Negli ultimi anni, nondimeno, si è sviluppato un interesse da parte degli ordinamenti a non consentire ai contribuenti di sfruttare questi Trattati internazionali per non essere sottoposti a tassazione (cd. Convenzione contro la doppia non imposizione)³²⁹.

Oltre a questo livello, internazionale, gli Stati appartenenti all'Unione Europea hanno creato un ulteriore complesso di norme destinate alla salvaguardia dei principi propri del Mercato Interno e che si applicano anche all'imposizione diretta per le ragioni che si esplicheranno appresso.

³²⁹ Si veda la ricostruzione operata da VOGEL, *Double Tax Treaties and Their Interpretation*, 4 Int'l Tax & Bus. Law. 1 (1986)

Insomma, in questo coacervo normativo appare arduo trovare il livello più corretto in cui positivizzare norme tributarie destinate alla regolamentazione dell'economia digitale. Considerando che l'alterazione di questo difficile equilibrio, può portare alla inefficacia o illegittimità della modifica stessa.

Di rilievo, per delineare la struttura del sistema, infatti, risulta il rapporto tra fonti europee e fonti nazionali, fra fonti nazionali e internazionali e, per finire, fra fonti europee e internazionali. Sul primo punto, l'Italia, similmente agli altri Stati Membri, ha acconsentito alla cessione di quote della propria sovranità alle Istituzioni europee in virtù dell'art. 11 Cost. A differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'atto dell'entrata in vigore del Trattato. Infatti, istituendo una Comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità, di capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale, ed in ispecie di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni degli Stati alla Comunità, questi hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi.

Pur senza approfondire questo aspetto, si rileva che l'eventuale aporia della norma interna con la norma europea non comporta l'automatico annullamento della prima, quanto la disapplicazione da parte del giudice nazionale direttamente o successivamente alla risposta al precedente rinvio pregiudiziale esperito. In questa fase, peraltro, la creazione della formula "osta" ovvero "non osta" da parte della "Corte suprema europea"³³⁰ ha alimentato il sospetto che la Corte di Giustizia si stia sempre di più attribuendo il ruolo di una Corte costituzionale, valutando, attraverso l'interpretazione della fonte europea, anche la compatibilità della norma dello Stato con il diritto unionale.

Sul secondo punto, si segnala la prevalenza di un atteggiamento di favore verso il contribuente (deroga *in bonam partem*), a mente, in particolare, dell'art. 169 del Testo Unico sulle Imposte dei Redditi per cui le disposizioni nazionali "si applicano, se più favorevoli al contribuente, anche in deroga agli accordi internazionali contro la doppia imposizione".

³³⁰ BIAVATI, Diritto processuale dell'Unione Europea, Giappichelli, Torino, 21

Pertanto, pur in vigenza di una prevalenza del diritto internazionale sul diritto nazionale, almeno ai sensi dell'art. 117 della Costituzione, il sistema nazionale consente al contribuente di poter optare per il sistema più favorevole³³¹. Infine, sull'ultimo aspetto, si rileva che la Corte di Giustizia, in più occasioni, ha ribadito, ferme restando le competenze degli Stati Membri sulla regolamentazione dell'imposizione diretta, la primazia del diritto unionale nel caso in cui si verifichi un contrasto con una normativa convenzionale³³².

Dunque, un sottile equilibrio che vive e si alimenta nella ricerca di un giusto mezzo tra il riparto di competenze tra ordinamenti e la gerarchia delle fonti in cui, peraltro, la debolezza di uno degli attori può alterare sensibilmente il bilanciamento raggiunto.

2. Il diritto nazionale nel mercato digitale: particolarismi e tentativi temerari di imposizione della ricchezza digitale

Come abbiamo già parzialmente visto nei precedenti capitoli, i singoli ordinamenti statali hanno cercato, a più riprese e in diverse forme, di tassare l'economia digitale, percependo, quantomeno, un certo disallineamento tra la realtà economica e le norme fiscali. Sono, infatti, davvero pochi gli Stati che hanno scelto di non produrre alcuna norma sul tema della fiscalità dell'economia digitale.

In linea generale, si potrebbero dividere le misure adottate dagli Stati in riforme inerenti alla tassazione diretta e/o la tassazione indiretta ovvero in ragione dello sviluppo di forme di tassazione già note o di introduzione di tributi nuovi o, ancora, in base ai modelli di business presi in considerazione. Altre distinzioni potrebbero essere svolte a seconda che le norme siano state introdotte come misure transitorie ovvero come misure sistemiche.

Senza tralasciare ordinamenti rilevanti, la nostra ricerca verterà, in particolare, sulle iniziative volte a regolare la tassazione dell'economia digitale da parte degli Stati Membri dell'Unione Europea, poiché, considerando la presenza del triplice livello di fonti, le misure

³³¹ Si prenda per esempio la sentenza della Cassazione sentenza del 20/03/2015 n. 5649.

³³² Sentenza Corte di Giustizia, C-336/96, Gilly, ECLI:EU:C:1998:221, punti 24 e 30; Sentenza Corte di Giustizia, C-307/97, Saint Gobain NV, ECLI:EU:C:1999:438, punto 56 o, da ultimo, C-607/08 *Sauvage and Lejeune*

eventualmente adottate devono essere, da un lato, compatibili con il diritto unionale e, dall'altro lato, essere in armonia con le convenzioni sottoscritte da quello Stato.

Mentre l'OCSE e l'Unione europea - insieme al G20 - mirano a una soluzione multilaterale³³³, preferibilmente a livello mondiale (magari utilizzando lo Strumento multilaterale (MLI)³³⁴ come strumento per l'attuazione a livello di trattato con un approccio armonizzato Posizione dell'UE), alcuni Stati hanno già adottato misure unilaterali.

Come già riportato, il "compenso di perequazione" indiano del 6% sui pagamenti a società straniera per i servizi di pubblicità online e per l'Australia e la diverted profit tax del Regno Unito, come norma antiabuso speciale per l'elusione della Stabile Organizzazione, sono probabilmente gli esempi più rilevanti, oltre all'Italia che ha introdotto, sospendendone gli effetti, una ritenuta alla fonte sulle transazioni digitali. Inoltre, alcune misure unilaterali per determinate transazioni o settori dell'economia digitale sono caratteristiche comuni dei sistemi fiscali esistenti; molti Paesi, ad esempio, già impongono tasse sul gioco d'azzardo online e sulle scommesse o applicano norme fiscali speciali per l'economia di condivisione (ad esempio, per riscuotere le tasse turistiche). Azioni di questo tipo - limitate o generali, ma comunque unilaterali, tuttavia, potrebbero non essere efficaci per tutti gli Stati, considerando, a seconda della loro struttura legale, ad esempio, i loro obblighi relativi ai trattati fiscali o le condizioni economiche del Paese.

Inoltre, da una prospettiva europea, "[d] approcci nazionali eversivi all'interno dell'UE possono frammentare il mercato unico, aumentare l'incertezza fiscale, destabilizzare la parità di condizioni e aprire nuove scappatoie per l'abuso fiscale".

Se c'è una certa certezza nello spazio fiscale digitale, è che le giurisdizioni continueranno a creare e implementare le proprie tasse digitali³³⁵. Le potenziali conseguenze di queste misure unilaterali sono ben note, ma finora gli effetti sono apparentemente positivi per alcuni

³³³ Si veda, per esempio, OECD Secretary-General A. Gurría at the ECOFIN meeting del 16 Settembre 2017 in Tallinn, disponibile al link <http://www.oecd.org/about/secretary-general/ecofin-international-taxation-opening-remarks.htm>; ARCHIDONA HIDALGO, *Reflections on Multilateral Tax Solutions in a Post-BEPS Context*, in *Intertax*, 2017, Vol. 45, No. 11; GARCIA ANTON, *The 21st Century Multilateralism in International Taxation: The Emperor's New Clothes?*, in *World Tax Journal*, June 2016, p. 147.

³³⁴ Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting (24 Nov. 2016), Treaties IBFD, signed in Paris on 7 June 2017.

³³⁵ SARFO, *Finding Middle Ground over Unilateral Digital Taxation*, in *Bulletin for International Taxation*, 2018, Vol. 72, No. 4a/Special Issue.

singoli Paesi e hanno spinto alcune grandi multinazionali a siglare accordi con gli Stati pur di garantirsi certezze sul livello di tassazione.

Tuttavia, questa dinamica probabilmente cambierà man mano che un numero maggiore di Paesi adotterà le proprie misure. L'ambiente fiscale si potrebbe saturare e le imprese digitali troveranno modi per aggirare tali regole o iniziare a percepire gli effetti della doppia imposizione. In assenza di una riforma fiscale condivisa a livello globale, gli ordinamenti nazionali continueranno a positivizzare norme speciali per la tassazione dell'economia digitale, ma questo, oltre ad alimentare i dubbi sopracitati, potrebbe rappresentare il *trigger point* per permettere una completa revisione del sistema attualmente conosciuto. Pur non potendo sottacere che le misure entrate in vigore nel Regno Unito, Italia, Ungheria e proposte in altri Stati Membri possono effettivamente creare dei problemi alla tenuta complessiva del sistema fiscale europeo, invero non si può sottolineare che, solo, sulla spinta di queste proposte si sta progressivamente muovendo la Commissione Europea e sta cercando soluzioni effettivamente anche l'OCSE. Dunque, il ruolo degli Stati non può limitarsi a subire passivamente schemi di pianificazione fiscale aggressiva posti dalle imprese del digitale, senza alcuna possibilità di reazione concreta.

Tra le azioni più interessanti, quantomeno sul piano teorico, si segnalano l'Impuesto Catalán sobre la Provisión de Servicios de Comunicaciones Electrónicas³³⁶, previsto dalla Ley 15/2014, del 4 dicembre, nella Comunità Autonoma Catalana; l'imposta ungherese sulla pubblicità³³⁷, affiancata alla "normale" imposta sui redditi, sui ricavi derivanti dalla fornitura di servizi pubblicitari, che si applica ai *provider* oltre una certa soglia; la equalization levy indiana di cui abbiamo già discusso; la ritenuta alla fonte italiana; e, infine, l'imposta francese cd. TCA - Taxe sur les services fournis par les opérateurs de communications électroniques³³⁸.

L'unico *fil rouge* che lega questi tributi è la volontà di opporsi a questo apparente strapotere delle imprese digitali, colpendo, di volta in volta, la pubblicità, la fornitura di servizi pubblicitari ovvero di servizi elettronici in generale o altro ancora. Tutto ciò, però, è

³³⁶ Per dettagli si rinvia a ROZAS VALDES, *El impuesto catalán sobre la provisión de servicios de comunicaciones electrónicas*, Revista de Privacidad Y Derecho Digital, 2015, 139

³³⁷ 2014. évi XXII. Törvény a reklámadóról ossia "Imposta sulla pubblicità"

³³⁸ Codificata all'art. 302 bis KH del Code général des impôts

inteso a colmare dei vuoti nella normativa fiscale prendendo ad esempio singoli modelli di business, senza, però, comprendere che la ricchezza dell'economia digitale non può essere ridotta a uno o più modelli, ma, in verità, rappresenta una ricchezza novella in sé e per sé.

Poi, è evidente che la maggior parte delle critiche mosse a questa tipologia di interventi normativi si basa sull'assunto, da dimostrare, che un intervento isolato sia non conforme alla politica fiscale internazionale. Ciò che, però, si manifesta in tutta la sua forza è l'attuale insofferenza degli Stati nazionali nei confronti delle organizzazioni internazionali.

3. Il ruolo della Comunità internazionale nel tentativo di regolamentazione della fiscalità digitale: l'irrefrenabile attendismo dell'Ocse

L'OCSE, pur percependo in largo anticipo rispetto ad altri organismi internazionali, i pericoli per la fiscalità derivanti dall'avvento del digitale, tuttavia, negli ultimi periodi ha cercato di affermare il proprio ruolo nel contesto internazionale con ampi studi sul tema, purtuttavia, senza concrete proposte di modifiche dello status quo.

Fin dai primi report, infatti, l'OCSE ha puntualmente osservato che l'avvento del digitale stava radicalmente cambiando l'economia e, di conseguenza, che gli statuti tributari degli Stati aderenti avrebbe dovuto di conseguenza subire qualche cambiamento.

In data 16 marzo 2018, lo stesso ente è stato protagonista della pubblicazione di un interim report in tema di tassazione dell'economia digitale (*Tax Challenges Arising from Digitalisation*)³³⁹, in attesa dell'emanazione, nel 2020, di un più dettagliato final report.

Quest'ultimo report esamina l'impatto che la digitalizzazione sta avendo sull'ambiente economico e fornisce un aggiornamento del Report/Azione 1 dei BEPS riguardo al modo migliore di affrontare le sfide fiscali dell'economia digitale. In particolare, questo “resoconto intermedio” fornisce un'analisi approfondita della creazione di valore attraverso i diversi modelli di business digitalizzati, concentrandosi sulle principali caratteristiche dei mercati e dei processi digitali di creazione di valore. L'analisi è completata da studi di casi con l'obiettivo di identificare i fattori chiave che sono prevalenti nelle imprese più digitalizzate. Oltre a questo, si descrivono gli attuali progressi nell'attuazione del pacchetto BEPS, con

³³⁹ OECD (2018), *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

particolare attenzione alle misure specifiche relative alla digitalizzazione e il conseguente impatto sul comportamento di attività altamente digitalizzate. Fornisce anche una panoramica degli sviluppi politici e fiscali potenzialmente rilevanti per la digitalizzazione, con particolare attenzione alle misure attuate da paesi che cercano di affrontare aspetti delle più ampie sfide fiscali identificati nella relazione Action 1 2015.

Il Rapporto, in particolare, offrendo una descrizione delle principali sfide poste all'efficacia delle norme fiscali internazionali, propone una riflessione *de jure condendo*, ossia una soluzione globale basata sul consenso, pur riconoscendo che non vi sia unità di vedute tra gli Stati e che, anzi, un certo numero di Paesi ha introdotto misure provvisorie potenzialmente negative.

In quest'ottica, il lavoro pur meritorio dell'OCSE rischia di ridursi ad un'analisi, ancorché molto dettagliata, della situazione attuale, senza, però, la pretesa di voler modificare sensibilmente il quadro normativo esistente.

Fin dal 2015, le raccomandazioni OCSE erano orientate a modificare solo alcuni aspetti della normativa degli Stati nazionali, proponendo, tra l'altro, di modificare l'elenco delle eccezioni alla definizione di stabile organizzazione per garantire che ciascuna di esse sia limitata alle attività che sono di carattere preparatorio o ausiliario e introdurre una nuova regola anti-frammentazione; modificare la definizione di stabile organizzazione per affrontare talune situazioni che possono interessare le vendite online; intervenire sulle regole della CFC per includere nel reddito da assoggettare a tassazione in capo alla società controllante estera quello prodotto dall'impresa controllata operante nell'economia digitale.

In quella fase, pur evidenziando la possibilità di dover ripensare queste proposte, l'OCSE si limitò solo a considerare talune proposte come le modifiche alle eccezioni della Stabile Organizzazione, alternative alle attuali soglie della Stabile Organizzazione, l'imposizione di una ritenuta alla fonte per alcune transazioni digitali e all'introduzione di una equalisation levy.

Il Rapporto del 2018, pur non sconfiggendo apertamente le conclusioni di tre anni prima, ha tuttavia inteso cambiare rotta probabilmente sulla spinta degli interventi normativi di alcuni Stati e, soprattutto, per la rinnovata spinta riformatrice dell'ordinamento europeo, il quale, pur riconoscendo il lavoro svolto in sede internazionale, con le due proposte di

direttiva ha impresso un significativo cambio di marcia alla discussione sulla tassazione dell'economia digitale.

4. Il Mercato e l'affermazione del diritto tributario europeo: il ruolo del Mercato Unico Digitale

Nell'ambito della presente ricerca sul consolidamento dell'economia digitale nel mercato unico europeo e sui consequenziali effetti sui modelli classici d'imposizione diretta negli Stati Membri, sembra opportuno avviare questa indagine dal ruolo avuto, in passato, dall'economia industriale nella creazione del mercato europeo e delle conseguenti regole poste a presidio dello stesso nell'evoluzione dei sistemi giuridici nazionali.

Le ragioni per cui si ritiene che una trattazione sui profili fiscali dell'economia digitale non possa prescindere da un'analisi primaria della e nella disciplina europea del mercato sono molteplici. Diverse questioni problematiche con cui si confronta nell'economia digitale il legislatore, in particolare, quello tributario, in verità, sono problemi atavici del diritto, nati con la globalizzazione dell'economia e cresciuti fino a divenire insostenibili, almeno per le casse erariali dei singoli Stati, con la rivoluzione digitale.

La digitalizzazione dell'economia, infatti, ha contribuito ad accelerare un processo di globalizzazione non solo economica già avviato nell'era industriale. Le imprese, invero, già da tempo, potevano stabilirsi liberamente, allocando beni e fattori produttivi in base alle diverse ragioni di opportunità politica, giuridica, sociale o economica, e operare da qualsiasi parte del globo in modo assolutamente libero, creando strutture societarie internazionali in grado di minimizzare ovvero ottimizzare il carico fiscale sia nello stato di residenza sia nello stato della fonte³⁴⁰. In maniera simmetrica, i consumatori/clienti possono già da tempo acquistare liberamente, al netto delle frontiere doganali, i beni e i servizi da qualsiasi operatore economico. Le barriere statuali fisiche e giuridiche allo sviluppo di un'economia integrata e alla circolazione dei redditi, dunque, erano già da tempo in crisi.

Gli effetti della globalizzazione dell'economia erano evidenti, in particolare, in riferimento ai modelli impositivi tradizionali, ancorati a un territorio di riferimento, che si

³⁴⁰ Sul punto si veda la ricostruzione operata da CIPOLLINA, *Profili evolutivi della cfc legislation: dalle origini all'economia digitale*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2015, vol. 3, p. 356.

contrapponevano a soggetti e beni che potevano muoversi liberamente nel globo. Tale realtà economica contribuiva a inviluppare sistemi impositivi fondati sulla tassazione nello stato di residenza dell'operatore economico e, dunque, sulla contribuzione alle pubbliche spese nello Stato in cui si riteneva che questo beneficasse della spesa pubblica. Potendo le imprese liberamente stabilirsi, fino a minimizzare la presenza di fattori produttivi nello stato di residenza, avendo come limite ultimo le costruzioni di puro artificio³⁴¹, queste potevano e possono scegliere l'ordinamento più favorevole sotto il profilo fiscale³⁴².

Il prodotto di tali scelte imprenditoriali è rappresentato plasticamente dalle decisioni di molti ordinamenti di operare in una logica di competizione fiscale³⁴³ nel tentativo di intercettare, attraverso significative riduzioni del carico impositivo, nelle diverse forme, una quota parte dei redditi nomadi nell'economia globale³⁴⁴. Ancora di più, nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione Europea, le imprese hanno cercato di sfruttare fino, in alcuni casi, di abusare delle norme del diritto unionale, stabilendosi in uno Stato e operando in altri Stati del mercato europeo, talvolta in piena consonanza con le libertà fondamentali³⁴⁵ e, altre volte, in elusione o anche evasione del diritto tributario nazionale.

³⁴¹ FALSITTA, *Unità e pluralità del concetto di abuso del diritto nell'ordinamento interno e nel sistema comunitario*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2018, vol. 4, p. 333; PIANTAVIGNA, *Abuso del diritto e fiscalità nella giurisprudenza comunitaria: un'ipotesi di studio*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2009, vol. 3, p. 369; vedi anche LANG, HEIDENBAUER, *Wholly Artificial Arrangements*, in *A Vision of Taxes Within and Outside European Borders*, a cura di Hinnekens L. & P., The Netherlands, Kluwer Law International, 2008, p. 597-615. Tra le tante sentenze della Corte di Giustizia, senza pretesa di esaustività, C-264/96, ICI, 324/00 Lankhorst-Hohorst, 446/03 Marks & Spencer, 196/04 Cadbury Schweppes, 524/04 Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, 231/05 OY AA, 451/05 ELISA, 251/06 ING.AUER, 105/07 Lammers & Van Cleeff, 162/07 Ampliscientifica and Amplifin, 303/07 Aberdeen Property Fininvest Alpha, 330/07 Jobra, 397/07 Commissione/Spagna, 182/08 Glaxo Wellcome, 311/08 SGI, 436/08 Haribo, 437/08 Österreichische Salinen, 267/09 Commissione/Portogallo, 318/10 SIAT, 504/10 Tanoarch, 33/11, A, 112/14 Commissione/Regno Unito. Tra le sentenze della Suprema Corte di Cassazione: Cassazione civile, sez. trib., 16 dicembre 2015, n. 25281, Cassazione civile, sez. trib., 19 dicembre 2014, n. 27087, Cassazione civile, sez. trib. 7 febbraio 2013 n. 2869.

³⁴² FRANSONI, *Spunti in tema di abuso del diritto e "intenzionalità" dell'azione*, in *Rass. Trib.*, 2014, vol. 3, p. 403

³⁴³ AUJEAN, *Tax Competition and Tax Planning: What Solution for the EU?*, in *EC Tax Review*, 2014, Vol. 23, no.2.

³⁴⁴ VLCEK, *Offshore Finance and Global Governance, Disciplining the Tax Nomad*, UK, Palgrave MacMillan, 2017; CIPOLLINA, *I redditi nomadi delle società multinazionali nell'economia globalizzata*, in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienze delle Finanze*, 2014, vol. 1.

³⁴⁵ GAOUA, *Taxation of the digital economy : French reflections*, in *European taxation European Taxation*, 2014, vol. 1, p. 10.

La maggiore globalizzazione conseguente allo sviluppo del digitale, in sintesi, non rappresenta un fenomeno nuovo per il diritto tributario³⁴⁶, ma l'economia digitale e le sue originali caratteristiche ne hanno amplificato, a dismisura, gli effetti.

Nell'economia globalizzata lo Stato ha perso progressivamente la forza impositiva che consentiva di recuperare risorse che, tendenzialmente, erano agevolmente determinabili nel proprio territorio. Gli operatori economici, d'altra parte, riescono addirittura a decidere dove allocare la propria ricchezza, scegliendo dove e come farla (non) tassare³⁴⁷.

Questa affermazione, seppur estremizzata, rappresenta in modo inequivocabile quel fenomeno rappresentato dall'efficace espressione di "mercato delle imposte"³⁴⁸.

Da questa considerazione emerge un'altra delle ragioni per cui appare fondamentale un approccio europeo al tema della fiscalità delle imprese digitali, ossia il problema della concorrenza fiscale tra Stati in un mercato ormai globale³⁴⁹, ma soprattutto nell'ambito dell'Unione Europea. Gli avvocati generali della Corte di Giustizia hanno ammesso, deplorando tale situazione giuridica e auspicando un intervento politico correttivo³⁵⁰, che nell'ambito dell'ordinamento interno europeo, la concorrenza fiscale tra gli Stati Membri è, in assenza di armonizzazione comunitaria, ineludibile³⁵¹ e può portare gli Stati a minimizzare il carico fiscale al fine di attirare investimenti esteri.

La globalizzazione e la concorrenza fiscale (dannosa) tra Stati, pur non rappresentando un problema realmente nuovo, raggiungono un grado di "pericolosità" per la tenuta del sistema nell'economia digitale come in nessun altro ecosistema, poiché le

³⁴⁶ GARBARINO, *Nuove dimensioni della transnazionalità dell'imposizione*, in *L'evoluzione dell'ordinamento tributario italiano*, a cura di AA.VV., Atti del convegno "I settanta anni di Dir. Prat. Trib.", Padova, 2000, p. 745.

³⁴⁷ URICCHIO, *Le frontiere dell'imposizione tra evoluzione tecnologica e nuovi assetti istituzionali*, Cacucci, Bari, 2010, p. 20.

³⁴⁸ BORIA, *Diritto tributario europeo*, Giuffrè, Milano, 2016, p.24.

³⁴⁹ AVI-YONAH, *Tax Competition, Tax Arbitrage, and the International Tax Regime*, in *University of Michigan Law & Economics Working Papers*, disponibile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=955921; ROSEMBUJ, *Harmful Tax Competition*, in *Intertax*, 1999, p. 316; TANZI, *Globalization, Tax Competition and the Future of Tax Systems* (No. 141), New York, 1996. Disponibile su <http://papers.ssrn.com/abstract=883038>; tra i Report: OCSE, *Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue*, Parigi, 1998, p. 44.

³⁵⁰ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi in caso Causa C-298/05 *Columbus Container*, punti 163 e seguenti.

³⁵¹ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Conclusioni dell'Avvocato Generale Leger in caso C-196/04, *Cadbury Schweppes*, punti 53 e seguenti.

imprese operanti nel mondo virtuale tendono al massimo dell'efficienza a sfruttare i vantaggi offerti dalla tecnologia per ottimizzare le proprie strutture fiscali.

La scelta di una ricerca europea, in ogni caso, non poggia solo su questi elementi, ma anche se non soprattutto in prospettiva dell'analisi delle fonti del diritto, ossia la primazia del diritto unionale vista in una duplice logica: discendente, nel senso di supremazia del diritto europeo rispetto al diritto nazionale e, allo stesso modo, rispetto all'attuazione del diritto internazionale negli ordinamenti domestici; ascendente, nel senso che qualsiasi soluzione nazionale "originale" o derivata dall'implementazione di soluzioni internazionali dovrà essere filtrata attraverso una chiave di lettura tipicamente europea e, dunque, attraverso il parametro del diritto originario, del diritto derivato e soprattutto del ruolo dei principi.

Per queste ragioni un approccio tipicamente europeo alla fiscalità digitale dovrebbe essere ritenuto preferibile, rispetto a un approccio nazionale che è vittima dei suoi particolarismi ed egoismi e rispetto a un approccio internazionale, debole politicamente e giuridicamente, ostaggio delle proposte conservative degli Stati di residenza e delle risposte isolate di Stati in cerca di gettito.

Gli stessi limiti dei sistemi impositivi, dunque, messi in discussione in passato dai fenomeni di integrazione economica, oggi, dinanzi a un'economia digitale rischiano di divenire obsoleti. Il successo del digitale, sostanzialmente, ha aggravato quel processo di frantumazione dei sistemi impositivi.

Il plurale è d'obbligo, in vista della notevole frantumazione dei sistemi d'imposizione, a livello oggettivo e territoriale: il primo, pensando alla regolamentazione odierna dell'imposizione diretta ed alla estensione, rivisitazione e moltiplicazione dei tributi di scopo; il secondo, se si pensa all'importanza sempre crescente che va assumendo la materia del federalismo fiscale e quindi della decentralizzazione e delocalizzazione del potere impositivo, ma soprattutto se si pensa alla condivisione dei poteri e della responsabilità fiscale tra l'ordinamento europeo e gli ordinamenti nazionali.

La nuova immaterialità, infatti, sta prendendo progressivamente il posto della dematerializzazione con la sua capacità di non dover ricondurre a beni materiali dematerializzati tutte le potenzialità economiche offerte da un'economia digitale. Con la dematerializzazione, infatti, cambia il modo di fruire del bene, viceversa con l'immaterialità

il valore economico scaturisce dalla creazione di nuovi beni accomunati dalla dimensione digitale, ma che tanto più si arricchiscono quanto più servono a combinare diverse forme di fruizione in ragione dello stesso sviluppo del mondo digitale.

Si realizza così una singolare interazione tra una ricchezza che contribuisce all'espansione della dimensione di mercato e la progressiva dilatazione della dimensione del mercato che rafforza la creazione di ricchezza digitale, aumentando la molteplicità delle forme che la digitalizzazione assume in un mercato, consentendo anche la moltiplicazione dei soggetti coinvolti e la continua intercambiabilità di consumatori produttori e utenti. Appare, dunque, comprensibile e giustificato che la dimensione si estenda, a mano a mano, che si sviluppa la ricchezza e che, d'altra parte, lo sviluppo della ricchezza richieda per affermarsi una dimensione sempre più ampia.

Pertanto, risultano, da un lato, ancora più inadeguati per il mercato dell'economia digitale quei limiti territoriali che tradizionalmente hanno accompagnato lo sviluppo dei mercati nazionali a definire l'ambito di efficacia della sovranità nazionale e, dall'altra parte, ingiustificati per il mercato dell'economia digitale i limiti territoriali che contribuiscono a regolare giuridicamente la circolazione dei beni nella ricerca della sicurezza offerta dal traffico giuridico nazionale che a sua volta rispondeva alle regole del relativo ordinamento o presidiavano il territorio nel traffico internazionale di merci.

Questi limiti statuali allo sviluppo di questa nuova forma di economia, in verità, come già anticipato, erano stati già messi in crisi dalla continua espansione del mercato globalizzato tradizionale, sebbene la mobilità dei fattori produttivi e dei soggetti non fosse così accentuata. Lo sviluppo dell'economia industriale, che era nata nella corrispondenza tra ambito giuridico di sovranità nazionale e operatività economica del mercato, sollecitava per un proprio pieno sviluppo la creazione di uno spazio di scambio più ampio dei tradizionali confini nazionali.

Lo sviluppo dell'economia industriale ha così indotto nell'ambito europeo a una progressiva estensione del mercato di riferimento, superando i tradizionali confini nazionali, che, in ogni caso, restavano come presidio territoriale dell'efficacia dell'ordinamento giuridico nazionale, ma con la creazione di un mercato comune.

Mentre lo sviluppo dell'economia industriale sollecitava conseguentemente in Europa una progressiva integrazione dei mercati nazionali, in quello che originariamente

previsto come comune sarebbe diventato mercato unico e, infine, interno in un assetto definitivo dal Trattato di Maastricht non sarebbe ulteriormente mutato, si accentuava il rischio di alimentare pluralismi giuridici che avrebbero finito per ostacolare con regole nazionale lo sviluppo dell'economia europea che invece aveva richiesto un mercato interno.

Da questa considerazione si evidenzia l'impellente esigenza che il mercato diventato europeo non trovasse un limite nelle norme nazionali, corollario della coesistenza di pluralismi giuridici. Le norme domestiche, infatti, avrebbero rischiato di compromettere lo stesso sviluppo dell'economia, vittima di un'incertezza continua e ricorrente, che avrebbe finito con il vanificare poi gli stessi obiettivi di sviluppo economico che la creazione di un mercato integrato com'era diventato quello europeo.

Gli stessi estensori del Trattato di Roma che istituiva la CEE, consci delle difficoltà descritte, avevano immaginato che gli organi individuati dall'art. 4 dello stesso, ossia Assemblea, Consiglio, Commissione, Corte di Giustizia, avessero il compito di eseguire i compiti affidati alla Comunità, tra cui, ai sensi dell'art. 3, l'abolizione fra gli Stati membri dei dazi doganali e delle restrizioni quantitative all'entrata e all'uscita delle merci, come pure di tutte le altre misure di effetto equivalente, l'istituzione di una tariffa doganale comune e di una politica commerciale comune nei confronti degli Stati terzi, l'eliminazione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali, e, soprattutto, il ravvicinamento delle legislazioni nazionali nella misura necessaria al funzionamento del mercato comune che si andava plasmando.

Dalla necessità economica e politica di ampliare i confini nazionali per permettere l'istituzione e l'efficacia di un mercato comune, nacque la risposta giuridica, concretatasi nell'adozione di norme in un ordinamento giuridico nuovo, una Comunità Europea, intesa non come sommatoria degli interessi particolari dei singoli Stati, ma come sintesi degli interessi europei.

A questo nuovo ordinamento, in ossequio al principio di attribuzione delle competenze, venivano attribuiti poteri legislativi tali da garantire una piena efficacia del mercato unico, attraverso una progressiva sottrazione, in nome della *primauté* del diritto europeo³⁵², della sovranità statale che l'adesione alla Comunità e, poi, all'Unione ha

³⁵² La preminenza o primazia (*primauté*) del diritto comunitario trovava già conferma nell'art. 189 del Trattato istitutivo, a norma del quale i regolamenti erano obbligatori e direttamente applicabili in ciascuno degli Stati

comportato attraverso non già una limitazione di sovranità, ma una vera e propria cessione di quote di sovranità.

Più che una rinuncia a trattare autonomamente i temi implicati nelle libertà fondamentali, affidando agli organismi comunitari il potere di regolare in via normativa tali materie³⁵³, sembrerebbe, infatti, che l'ordinamento nazionale abbia abdicato al ruolo di legiferare in alcune materie, cedendo quote di sovranità a un ordinamento di nuova origine, le cui norme sono sovraordinate rispetto a quelle nazionali³⁵⁴. Tale distinzione non è di poco conto considerando che i Trattati fondativi dell'Unione hanno dato vita, diversamente dai trattati internazionali ordinari, ad un ordinamento giuridico nuovo, dotato di proprie istituzioni, a favore del quale gli Stati che ne sono membri hanno limitato, in settori sempre più ampi, i propri poteri sovrani, e che riconosce come soggetti non soltanto tali Stati, ma anche i cittadini degli stessi³⁵⁵.

Tale soluzione rappresentava un successo unico nelle tradizioni giuridiche nazionali perché ha comportato una progressiva integrazione degli ordinamenti nazionali in quello europeo, dando origine ad un ordinamento sempre più integrato, che ha superato quella contrapposizione tra ordinamento giuridici che lo sviluppo dell'economia industriale in un mercato comune non avrebbe potuto sopportare e, nella prospettiva della teoria delle fonti del diritto, quella logica binaria tra ordinamento nazionale e ordinamento internazionale, rappresentando un originale *tertium genus*.

membri.

Il trasferimento, dunque, effettuato dagli Stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani, di fronte alla quale un atto unilaterale ulteriore, incompatibile col sistema della Comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia.

La Corte Costituzionale italiana, dal canto suo, ha riconosciuto la necessaria disapplicazione della disposizione interna confliggente con quella europea e, quindi, l'effetto diretto di quest'ultima nell'ordinamento nazionale, pur affermando l'autonomia e distinzione dei due ordinamenti (tesi dualista), ancorché coordinati nella ripartizione delle competenze sancite dai Trattati istitutivi.

La norma europea prevale, dunque, sia sulle norme recate da leggi ordinarie, sia su quelle contenute nella Costituzione ed in leggi costituzionali, salvo il rispetto dei "principi fondamentali" dell'ordinamento, ossia dei "controlimiti". La preminenza gerarchica delle fonti europee è riconosciuta dalla stessa Costituzione italiana nell'art. 117 Cost. (come modificato dalla l. Cost. n. 3/2001) che limita la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto "dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali".

³⁵³ BORIA, *Diritto tributario europeo*, Milano, Giuffrè, 2016, p.37.

³⁵⁴ GALLO, *Il diritto e l'economia. costituzione, cittadini e partecipazione*, in *Rass. Trib.*, 2016, vol. 2, p. 287.

³⁵⁵ Sentenze della Corte di Giustizia Van Gend & Loos, C-26/62, EU:C:1963:1, pag. 23, e Costa, C- 6/64, EU:C:1964:66, pag. 1144, Commissione c. Consiglio C-28/12, punto 39; Parere della Corte di Giustizia 1/09, EU:C:2011:123, punto 65 e Parere 2/13, EU:C:2014:2454, punto 157.

L'integrazione normativa che ne è derivata non ha definito, se non con il tempo e con il lavoro della giurisprudenza della Corte di Giustizia, un ruolo primario di regole del mercato di precetti che con un'alternanza unica erano destinati ai legislatori, nella forma delle direttive, o ai cittadini, nella forma dei regolamenti³⁵⁶, e impegnavano variamente il giudice che, a seconda dei casi, sostituiva il legislatore nella responsabilità applicativa.

L'idea, a lungo coltivata, di gettare in Europa le basi di una convivenza stabile e pacifica tra gli Stati, da attuarsi tramite una progressiva unione politica dei popoli, ha radici lontane, ma sostanzialmente prende forma più concreta nei tragici anni della Seconda Guerra Mondiale³⁵⁷. Non deve dunque stupire che poco dopo la fine del conflitto, nel 1951, sia stata creata la Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA) cui parteciparono sei paesi: Belgio, Paesi Bassi, Lussemburgo, Italia, Germania, Francia.

L'evento fu tanto più significativo e importante, in quanto tra i Paesi fondatori vi erano due tra i Paesi, Germania e Francia, che più aspramente si erano fronteggiati sia nel primo, che nel secondo conflitto mondiale, e che intendevano così inaugurare, sul piano economico, una stagione totalmente nuova. Tra l'altro, a contribuire ad un significato politico, oltre che economico, dell'esperimento unitario, vi era il fatto che proprio i giacimenti delle risorse di carbone e di ferro erano state tra le principali cause dei conflitti, essendo situate in zone di confine tra Francia e Germania (Ruhr, Alsazia, Lorena). Non bisogna infatti dimenticare, ad ulteriore coronamento, che il carbone (quale fonte di energia) e l'acciaio contribuivano in maniera determinante proprio all'industria bellica; uno sfruttamento comune e regolamentato di tali risorse era un efficace strumento di prevenzione e quasi – oserei dire – di esorcizzazione di futuri conflitti.

L'idea di fondo di una pacificazione economico-politica, preludio ad una futura unione, fu perfezionato poi nel 1957, con la nascita della Comunità Economia Europea e della Comunità Europea per l'Energia Atomica, sempre tra i medesimi paesi fondatori.

³⁵⁶ È vero, altresì, che anche alcune direttive, al ricorrere di alcune condizioni, ossia la sussistenza, secondo la giurisprudenza della corte costituzionale e della Corte di Giustizia C.E.E., di alcuni presupposti sostanziali: a) la prescrizione deve essere "incondizionata", cioè non deve lasciare alcun margine di discrezionalità agli stati membri in ordine alla sua attuazione; b) la prescrizione deve essere "sufficientemente precisa", nel senso che deve essere determinata con completezza, e non abbisogna quindi "di alcuna ulteriore puntualizzazione di dettaglio" (corte cost. N. 168 del 1991); c) lo stato destinatario della direttiva, nei cui confronti il singolo faccia valere la disposizione comunitaria, deve risultare inadempiente per non aver dato attuazione alla direttiva sono direttamente applicabili (Corte di Giustizia, sentenza Francovich, casi riuniti C-6/90 e C-9/90).

³⁵⁷ Si ricordi il Manifesto di Ventotene di Altiero Spinelli

L'ambizioso tentativo di integrazione politica, infatti, è stato sviluppato mediante un'idea funzionalista di integrazione economica, al fine di addivenire conseguentemente a una unione politica, in un mercato comune sulla base delle quattro libertà fondamentali (libera circolazione delle persone; libera circolazione dei servizi; libera circolazione delle merci; libera circolazione dei capitali), dei principi di non discriminazione, di divieto di aiuti di stato.

Come vedremo, malgrado le resistenze degli Stati, la creazione del mercato unico, osservando l'assenza di riferimenti espliciti alla fiscalità, ha costretto, infatti, gli ordinamenti giuridici statuali a ripensare i propri modelli impositivi nell'alveo della dicotomia tra competenza tributaria, condivisa tra Comunità e Stati, e potere impositivo, prerogativa dell'ordinamento statale.

L'avvento del mercato, innanzitutto, ha contribuito a mettere in crisi il ruolo centrale della legge tributaria³⁵⁸, divenendo la protagonista nel momento in cui è stato individuato come obiettivo dal Trattato di Roma. Mentre nella logica finanziaria dei padri costituenti il tributo indicava l'espressione del sacrificio economico compiuto dai consociati in ragione della propria capacità contributiva al fine di partecipare alle pubbliche spese³⁵⁹, in una visione comunitariamente orientata il tributo rappresenta, invero, un elemento economico in grado di alternare il perfetto funzionamento del mercato e, dunque, come fenomeno incidente sulla formazione dei prezzi e potenzialmente influenzante la circolazione delle merci³⁶⁰.

Da questa considerazione emerge ancor di più come l'economia abbia finito per imporre la propria forza sul diritto³⁶¹, affermazione su cui si è già ampiamente discusso nel primo capitolo.

Agli albori dell'ordinamento europeo, storicamente individuato all'atto della sottoscrizione del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, avvenuto a Roma il 25 marzo 1957³⁶², non vi erano specifiche norme tributarie, ma si evidenziò un chiaro

³⁵⁸DI PIETRO, *Il consenso all'imposizione e la sua legge*, in *Rass. Trib.* 2012, vol. 1, p. 11

³⁵⁹ In generale sulla nozione di tributo VIOTTO, voce "*Tributo*", in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione commerciale, Torino, Utet, vol. XVI, 1999, pp. 221-256.

³⁶⁰ DI PIETRO, *Per una costituzione fiscale europea*, Cedam, San Giuliano Milanese, 2014, p.442.

³⁶¹ SANTINI, *Il commercio*, Saggio di economia del diritto, il Mulino, Bologna, 1979.

³⁶² Citare i trattati precedenti, tra cui CECA ecc.

obiettivo di realizzare una “comunità economica” in un’ottica teleologica, intesa come prima fase della costituzione di una piena integrazione prima economica e poi anche politica.

Con il Trattato CEE gli Stati aderenti (Italia, Francia, Repubblica Federale di Germania, Paesi Bassi, Belgio e Lussemburgo) intendevano istituire una comunità economica con il compito di promuovere, mediante l’instaurazione di un mercato comune e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell’insieme della Comunità, un’espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano.

Come è risaputo, tuttavia, diversamente da quanto accaduto con la coeva Associazione Europea di Libero Scambio³⁶³, con l’istituzione di questa Comunità si è creato, a differenza dei comuni trattati internazionali, un nuovo ordinamento giuridico, integrato nell’ordinamento giuridico degli Stati membri³⁶⁴, andando al di là di un accordo che si limita a creare degli obblighi reciproci fra gli Stati contraenti³⁶⁵.

La costituzione di una Comunità e, poi, di una Unione economica al fine di operare una efficace integrazione economica ha reso necessario un processo di armonizzazione fiscale delle discipline tributarie degli Stati Membri³⁶⁶.

L’armonizzazione, infatti, non è un obiettivo *ex se*, ma è funzionale invece alla realizzazione del mercato interno e alla tutela delle libertà fondamentali³⁶⁷. Storicamente, passando in rassegna gli eventi che hanno portato all’attuale assetto giuridico europeo vi è da rilevare che l’incidenza dell’ordinamento europeo sul diritto tributario sembrava limitata, in considerazione del fatto che i Trattati istitutivi non contenevano specifici riferimenti alla normativa tributaria. Le normative tributarie nelle tradizioni nazionali potevano, infatti, alimentare i pluralismi giuridici, dovendo continuare a garantire adeguate risorse finanziarie per il funzionamento statale, affidando al consenso parlamentare il riparto eguale del sacrificio economico che questo comportava, ma che, nel contesto europeo, rischiavano di

³⁶³ FISCHER, *Il progetto d’integrazione Ue non è solo il mercato unico*, il sole 24 ore, 19 giugno 2016.

³⁶⁴ Corte di Giustizia, Sentenza Caso C-6/64, *Costa v Enel*.

³⁶⁵ Corte di Giustizia, Sentenza Caso C-26/62, *Van Gend en Loos*.

³⁶⁶ QUADRI, *Armonizzazione fiscale europea*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 23.

³⁶⁷ FANTOZZI, *L’armonizzazione comunitaria degli ordinamenti tributari, tra autorità e consenso*, in *Profili autoritativi e consensuali del diritto tributario*, a cura di La Rosa, Milano, Giuffrè, 2008, p. 4.

divenire ostacolo a un mercato integrato imposto dallo sviluppo dell'economia industriale che vedeva nei pluralismi impositivi della Comunità un ostacolo al libero e incondizionato atteggiarsi delle forze sul mercato al confronto tra domanda e offerta. La fiducia nella concorrenza tra imprese nel contesto europeo era tale che il libero funzionamento del mercato non poteva essere falsato o alterato dalle pretese fiscali nazionali che, pur legittime per gli ordinamenti nazionali, si sarebbero potute rivelare pregiudizievoli per gli effetti economici che le scelte impositive nazionali, pur legittime, avrebbero potuto provocare all'integrazione economica.

Per valutare la conformità di scelte nazionali nel contesto giuridico europeo, diventavano prioritari parametri sconosciuti alla visione di diritto finanziario e di scienza delle finanze che aveva sempre accompagnato la scelta delle strutture impositive nella loro articolazione soggettiva, oggettiva e territoriale, come il principio di neutralità e di proporzionalità³⁶⁸ che sarebbero diventati criteri fondamentali dell'effettività misurata a obiettivi economici che il mercato integrato aveva imposto.

Così lo sviluppo dell'economia industriale ha alimentato la creazione del mercato europeo, ossia quell'idea di liberare l'atteggiarsi delle forze nel mercato senza che le frontiere fiscali potessero costituire un ostacolo, abbandonando provvisoriamente il sogno di un'integrazione politica piena in nome di un'efficace ed efficiente integrazione economica e, conseguentemente, giuridica, in ragione della prevalenza del fatto economico sull'atto giuridico.

In questo mercato, l'integrazione con la sua vorticoso dinamica si afferma con effetti sugli scambi con la garanzia della neutralità fiscale e sulla concorrenza dei beni e dei servizi, coniugando consumi, produzione e scambi internazionali³⁶⁹.

Questo mercato una volta divenuto interno ha sofferto quindi la progressiva trasformazione dei mercati che da tradizionali diventavano sempre più digitali, indebolendo ancor di più le fragili barriere rimaste nel processo di integrazione economico-giuridica.

³⁶⁸ MONDINI, *Contributo allo studio del principio di proporzionalità nel sistema dell'IVA europea*, Pisa, Pacini, 2012.

³⁶⁹ Sul punto esemplificativo l'esordio delle Conclusioni dell'Avvocato Generale Mayras in caso C-2/74, *Reynes*, secondo cui: "l'integrazione economica, che è lo scopo essenziale del trattato di Roma, comporta sia l'incremento degli scambi in un mercato unico, sia la libera circolazione delle merci e delle persone. Essa apre alle imprese ed ai lavoratori un campo d'azione che si estende a tutta la Comunità, e moltiplica le relazioni d'affari contribuendo in tal modo ad infrangere le barriere nazionali, ormai troppo anguste"

Secondo un classico percorso nell'analisi delle fonti del diritto di origine europea aventi rilevanza nel diritto tributario non si può non partire dal ruolo dei Trattati, vertice della piramide di fonti europee. I Trattati, sebbene non formalmente, rappresentano la carta costituzionale dell'ordinamento giuridico europeo³⁷⁰ nell'ambito di quella trasformazione dell'Unione Europea da ordinamento giuridico internazionale a ordinamento giuridico costituzionale³⁷¹. La primazia delle norme dei Trattati rispetto alle fonti derivate (regolamenti, direttive e decisioni) è ricavabile dal tenore dell'art. 263, paragrafo 2, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea che indica tra i motivi d'impugnazione degli atti delle istituzioni la violazione del Trattato medesimo³⁷².

Delineato, seppur sinteticamente, il ruolo di fonte prima delle norme contenute nei Trattati, per quel che riguarda la materia tributaria vi è da dire che ci sono diverse norme che interessano la normativa tributaria³⁷³, in particolare in tema di libera circolazione delle merci

³⁷⁰ Sentenza Corte di Giustizia, *Les Verts*, C-293/84, p. 23

³⁷¹ MANGIAMELI, *L'ordinamento europeo*, volume 2, Giuffrè, Milano, 2006, p. 132

³⁷² Si pensi al caso Corte di Giustizia, *Sentenza, Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*, C-236/09 in cui la Corte ha annullato una direttiva sulla parità di trattamento tra donne e uomini nel lavoro in quanto contrastante con le norme del TUE e del TFUE.

³⁷³ Malgrado questo, le fonti di diritto primario dell'ordinamento europeo, ossia i Trattati, contengono pochi riferimenti alla materia tributaria, soprattutto, limitati al tema dell'imposizione indiretta.

Per quanto di interesse ai nostri fini, la prima norma da tenere in considerazione nell'analisi della fiscalità europea è l'art. 26 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, il quale prevede che "l'Unione adott(i) le misure destinate all'instaurazione o al funzionamento del mercato interno, (...) ossia (corsivo mio) uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati".

Al fine di assicurare la creazione e l'efficacia di questo Mercato interno anche avendo riguardo alla garanzia di un'adeguata concorrenza interna, l'art. 113 del TFUE consente al Consiglio di adottare "le disposizioni che riguardano l'armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte sulla cifra d'affari, alle imposte di consumo ed altre imposte indirette".

Per quanto attiene la ripartizione delle competenze tra Stati membri ed Unione europea in materia fiscale, oltre all'esclusiva competenza dell'Unione in materia doganale (artt. 30 ss. TFUE), viene in considerazione l'art. 113 TFUE, secondo cui il Consiglio, deliberando all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo (e del Comitato economico e sociale), adotta le disposizioni riguardanti l'armonizzazione delle legislazioni in materia di imposta sulla cifra d'affari, imposta di consumo ed altre imposte indirette, al fine di assicurare il funzionamento del mercato unionale ed evitare distorsioni di concorrenza.

Ne sono esempio la Direttiva 90/434 in materia di fusioni, scissioni, conferimenti e scambi di azioni intracomunitari; la Direttiva 2011/96 in materia di utili distribuiti tra società madri e figlie situate in diversi Stati membri. Tali ambiti di competenza unionale sono ricompresi nei concetti di "armonizzazione fiscale" e di "ravvicinamento degli ordinamenti" e si sostanziano nella creazione di modelli impositivi omogenei che, per effetto delle direttive, sono innestati negli ordinamenti nazionali, in vista della realizzazione di un mercato europeo libero, senza barriere e discriminazioni, idoneo a garantire le "libertà fondamentali europee" (libera circolazione di merci, persone, capitali, servizi).

L'apporto della Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE) che, attraverso l'interpretazione dei principi europei, ha determinato la progressiva erosione delle competenze nazionali anche in settori fiscali non armonizzati ma, comunque, entro il limite di applicazione del diritto europeo.

(art. 28 e ss. TFUE), di tutela della concorrenza, nella forma del divieto di aiuti di stato (art. 108 e 109 TFUE), oltre alle disposizioni circa la non discriminazione e l'armonizzazione in materia di imposizione indiretta³⁷⁴.

Nessuna norma, quantomeno esplicita, invece è rintracciabile in tema di imposizione diretta, in quanto è stato ripetutamente affermato, fin dalla redazione della Costituzione Europea, che la disciplina delle imposte sul reddito e sul patrimonio dovesse essere lasciata agli Stati Membri. Questa impostazione politica, in particolare per quanto riguarda le imposte personali, si giustifica avendo riguardo alla funzione dei tributi sul reddito e sul patrimonio negli ordinamenti nazionali, nello specifico sulla corrispondenza tra contribuente e chi beneficia delle pubbliche spese.

Nell'ambito dell'Unione, però, contrariamente a quanto accade in tema di imposte personali sempre maggior peso sta acquistando l'ordinamento eurounitario nella fiscalità delle imprese. L'impatto del diritto europeo su questa materia è giustificato nella logica mercantile, ossia quella di garantire un libero atteggiarsi delle forze economiche nel mercato di riferimento, tentando di limitare qualsiasi intervento distorsivo dell'equilibrio raggiunto.

Di fronte al primato del mercato integrato risulta difficile ripristinare il primato della responsabilità finanziaria e del riparto del sacrificio una volta stabilmente adottati modelli d'imposizione che siano in grado di meglio rispondere alle esigenze di un mercato integrato. Allo stesso momento l'ordinamento non vuole lasciare ai pluralismi giuridici l'autonomia di decidere forme d'imposizione in conflitto con il mercato integrato.

Dunque, malgrado l'assenza di riferimenti espliciti ad alcuni elementi fondamentali di un sistema impositivo sembra che il Trattato con poche norme abbia individuato dei propri modelli impositivi orientati a una logica economica e non finanziaria.

Il mercato, pertanto, si è imposto giuridicamente alla fiscalità con un lessico nuovo e con formule giuridiche innovative nei rapporti tra ordinamenti tributari.

Si parla, a proposito, di integrazione fiscale europea di carattere negativo, perché realizzata mediante limiti imposti dalla giurisprudenza europea ai legislatori nazionali in nome dei superiori principi unionali. Si veda, sul punto, DI PIETRO, *Atti societari ed imposizione indiretta. Dalle Direttive comunitarie alla nuova riforma tributaria*, Cedam, Padova, 2005; see also DI PIETRO, *Per una costituzione fiscale europea*, Cedam, Padova 2008.

³⁷⁴ MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 160.

Le ragioni dell'integrazione non apparivano casuali né destinate ad essere contingenti, essendo fin dal trattato di Roma coerenti con l'obiettivo comune della neonata comunità economica europea che si era posta come obiettivo primario condiviso dagli stati firmatari della creazione di un mercato comune e che successivamente è stato condiviso fino al Trattato di Lisbona dagli altri Stati in seguito aderenti tanto da segnare una significativa evoluzione lessicale dal mercato unico a quello interno.

Le formule giuridiche erano quelle imposte dalla creazione dell'ordinamento europeo per sottrazione, provocato appunto dall'attribuzione se pur progressiva delle competenze con conseguente consapevole e volontaria limitazione di sovranità accettata dagli stati, non già per imposizione secondo i tradizionali canoni dello Stato westfaliano.

L'armonizzazione nella sua originalità avrebbe dovuto conciliare il vincolo funzionale che rientrava nella competenza dell'Unione tanto da giustificare e fondare la relativa modellistica impositiva e le soluzioni giuridiche positive, quelle cui sarebbe stata affidata la disciplina nazionale con l'uso di formule e categorie naturalmente coerenti con le proprie tradizioni giuridiche. Il loro riconoscimento in sede europea, con l'autorevole avallo dei Trattati, avrebbe dato forza e fondamento a quel pluralismo giuridico che lo strumento stesso dell'armonizzazione aveva accettato richiedendo per sua stessa efficacia una scelta responsabile e consapevole dei Parlamenti nazionali nel contribuire però all'integrazione del mercato una volta accettato di attuare un modello impositivo proveniente dall'ordinamento europeo perché ritenuto quello meglio realizzante obiettivi coerenti con il ruolo economico del mercato indifferenti e diversi a quelli della tradizione finanziaria nazionale. L'effettività, volendo utilizzare categorie proprie dell'ordinamento europeo, di tale obiettivo sarebbe stata rimessa e almeno formalmente continua a essere rimessa alla disciplina degli Stati, dovendo, quindi, accettare le relative tradizioni coerenti con le categorie utilizzate nella classificazione dei beni dei diritti dei contratti dei rapporti giuridici e della loro validità ed efficacia.

D'altra parte, il necessario supporto normativo senza il quale l'obiettivo economico e la relativa modellistica sarebbe rimasta nella responsabilità dei relativi governi senza trovare con il precetto la garanzia del comando e del vincolo che l'accompagnava

Il ruolo necessitato della norma nazionale avrebbe quindi per sua stessa definizione alimentato un pluralismo giuridico così spiccato da dare origine a tali differenze delle disciplinari con diretto coinvolgimento dei presupposti impositivi da preoccupare la stessa

commissione di fronte a 27 sistemi. Un pluralismo giuridico che formalmente affermato non ha mai potuto far valere un primato rispetto all'integrazione del mercato cui avrebbe dovuto pur sempre essere funzionalmente orientato ed ispirato. Il divario tra un obiettivo economico da salvaguardare e le tradizioni giuridiche da utilizzare per garantire l'effettività giuridica ha potuto essere colmato dall'interpretazione lontana dai parametri ermeneutici classici tradizionali, ma largamente funzionale all'obiettivo dell'integrazione del mercato tanto da depurare anche i limiti giuridici che le categorie nazionali di riferimento potevano porre. Al pluralismo quindi il mercato ha opposto facendolo prevalere un funzionalismo eclettico e diffuso che ha finito con l'erosione progressivamente l'efficacia delle categorie nazionali.

Non solo ma con l'interpretazione si sono progressivamente dilatati i confini dell'integrazione economica cui si era ispirata la modellistica impositiva per la neutralità economica coinvolgendo progressivamente anche scelte nazionali che pur corrispondendo ai modelli imposti ne hanno stesse caratteristiche come misure ad effetto equivalente. Il primato del mercato e la garanzia della sua integrazione reprime o limita la ricerca nazionale di forme d'imposizione che corrispondano a politiche fiscali di riequilibrio e redistribuzione del sacrificio o della massimizzazione del gettito con l'evidente intento di evitare duplicazioni che potrebbero rendere o più gravoso o concorrente l'obiettivo del mercato cui l'armonizzazione è stata ispirata

Questo ha comportato, in nome dell'uniforme applicazione, una sostanziale "economicizzazione" degli ordinamenti consegnando quindi un'applicazione più ampia e con la diretta influenza e responsabilità nell'ambito interno dove i giudici nazionali hanno dovuto avvalersi sempre più di un'interpretazione comunitariamente orientata. Questa a sua volta ha progressivamente acquisito il giudizio sulla compatibilità con l'ambigua forma dell'<osta> ovvero <non osta> che nella visione originaria spettava al giudice interno, incidendo in misura e con ancora maggiore efficacia su quegli stessi ordinamenti che avrebbero dovuto garantire l'attuazione del modello, ma che sono anche giudicati nella loro compatibilità e quindi subiscono un'ulteriore erosione con il giudizio di compatibilità che è destinata a trovare sempre più nel giudice piuttosto che nel legislatore il soggetto responsabile dell'effettività dell'integrazione economica cui erano state consegnate le scelte nazionali.

Così il mercato riafferma un primato rispetto al pluralismo giuridico che diventa sempre più formale e l'integrazione economica erode con interpretazione e compatibilità lo spazio di competenza legislativa nazionale affidando sempre più al giudice nazionale il ruolo di attuazione del diritto europeo. Così secondo un processo del tutto originale si avvicina progressivamente integrazione economica con integrazione giuridica dove evidentemente la piena efficacia della modellistica comunitaria prevale su ogni considerazione di sistema o di finanziamento o di riparto anche senza mettere formalmente in discussione il pluralismo giuridico su cui si fonda il riparto delle competenze e che coinvolge in maniera ampia tutti i poteri costituzionalmente definiti sulla produzione applicazione interpretazione dell'imposizione indiretta.

Ne risente la territorialità che nell'autorità di chi l'aveva affermato superava il corollario della sovranità per affidarsi direttamente a scelte ordinamentali per affermare più e meglio l'integrazione economica e quindi con i limiti alla sovranità anche il modello classico del conflitto tra sovranità nel riparto territoriale del potere d'imposizione erede ancora di una finalità finanziaria che invece l'armonizzazione aveva voluto o superare o ignorare. Il mercato europeo e quelli internazionali erano presidiati, invece, in maniera più rigorosa con la relativa scomparsa degli ordinamenti nazionali.

Tutta l'evoluzione è volta ad affermare con tenacia la piena disciplina con diretto coinvolgimento anche di settori ignorati dall'armonizzazione ma necessari per evitare competizione.

La protagonista dell'integrazione economica nel mercato si rivela sempre più l'interpretazione nelle sue forme più articolate coinvolgendo in unica responsabilità di garantire l'integrazione economica la Corte per di quella dell'uniforme applicazione dell'incidenza della compatibilità e i giudici per l'interpretazione comunitariamente orientata e quella adeguatrice molto più che il legislatore.

Il mercato non governa solo i rapporti interni, ma anche quelli transazionali, trattandosi della naturale evoluzione di un mercato maturo completato che riesce con l'interpretazione anche a spegnere progressivamente le residue resistenze dei pluralismi giuridici, impedendo sostanzialmente una volta realizzato e riconosciuto che il riparto delle competenze possa mettere in discussione quello che aveva saputo e potuto creare con l'investitura diretta per la modellistica impositiva.

La preoccupazione non è più certo quella della ricerca di neutralità in un mercato diventato unico, ma proprio perché unico non può accettare che si rispongano rapporti tra ordinamenti in nome della piena sovranità impositiva quella che ha definitivamente ceduto con la creazione del mercato per il mercato dunque non valgono più ma solo la concorrenza si vuole affermare con il timore di una riaffermazione dei mercati nazionali forti della mancanza di competenza possano essere messi in discussione quelli che invece appartengono al miglior risultato. Da qui il vincolo dove ancora una volta viene esaltato il pluralismo giuridico presidio degli stati e dei loro mercati e con essi la sovranità e la territorialità l'ambito è rispetto sulla transnazionalità e quindi il mercato intervenga a impedire non a regolare conflitti con i mercati nazionali ma non per mancanza di competenza quello nei mercati nazionali gli ordinamenti non possono permettere e quindi le procedure sono quelle non così focalizzate nel sistema delle fonti europee ma invece realizzate in forme affidate principalmente ai singoli è il successo del coordinamento è l'evidenza sociologica dell'avvicinamento.

La vittoria apparente dei mercati nazionali e la concorrenza fiscale dei sistemi non dei regimi e quindi in questo caso la funzionalista tutta orientata ai regimi transazionale provoca invece una produzione

In questo caso il ruolo del mercato nell'agire delle forze concorrenziali una volta garantita la costituzione viene salvaguardato dall'interpretazione ma con effetti transazionali che però a loro volta sollecitano progressivamente la modifica dei regimi nazionali. Non più interpretazione versus produzione come nel mercato ma interpretazione versus produzione come necessario sollecito a garantire l'adeguamento secondo parametri nazionali Il pieno agire in un mercato libero delle forze non ostacolate dai regimi transazionali sollecita poi a riprendere per osservare i parametri nazionali di eguaglianza e di riparto che l'interpretazione sui regimi transazionali aveva ignorato pur orientata ad evitarli

La progressiva affermazione del mercato come interno o come garanzia nei confronti del mercato o come limite alla concorrenza ha progressivamente affermato con l'interpretazione e la produzione il primato del mercato ma erodendo anche il pluralismo giuridico s'indebolisce sia per effetto dell'interpretazione che della produzione interpretazione e produzione con la funzione economica della fiscalità

Rimane il confronto tra mercati al di fuori della dimensione transazionale in questo caso si differenzia da quella precedente che è e rimane un conflitto tra i singoli mercati con quello europeo cui si riferisce e alla quale deve essere conforme la dimensione transazionale. Il confronto tra mercati è accettato nel pieno rispetto del pluralismo giuridico e la pluralità di ordinamenti coinvolge scelte sistemiche

L'unico limite viene di nuovo riscontrato negli interventi fiscali settoriali e con effetto economicamente benefico che andrebbero a favore solo di alcune imprese o di alcuni settori o di alcuni territori determinando poi un'alterazione alla parità concorrenziale che nella visione del confronto tra mercati i regimi di tassazione generali proprio perché sistemici non alterano.

Il pluralismo in questo caso riprende completamente il proprio ruolo e la propria ispirazione, ma le finalità finanziarie che l'avevano ispirato e il rapporto del sacrificio come corollario dell'eguaglianza sostanziale che l'avevano presidiata sono ormai stabilmente condizionate dall'esistenza di altri mercati rispetto ai quali si affermano aspetti di attrattività nella logica societaria di poter applicare compiutamente la residenza e quindi attrattività di altri redditi.

5. L'attivismo europeo in cerca di “convergenze parallele” nella tassazione del Mercato Unico Digitale

La Comunicazione della Commissione Europea al Parlamento e Consiglio del 21 settembre 2017, dal titolo “*A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market*”, analizza le questioni attinenti alle sfide fiscali poste dalla digitalizzazione dell'economia globale evidenziando la necessità di un sistema di tassazione equo, efficace e adeguato.

Il Consiglio dei Ministri delle Finanze dell'Unione Europea ha risposto, invitando la Commissione europea ad approfondire possibili misure a carattere temporaneo ed in particolare un contributo sulle entrate digitali nell'Unione Europea (*equalization levy*).

Il 21 marzo 2018 la Commissione ha, quindi, presentato un Pacchetto di misure per la tassazione equa dell'economia digitale, composto da una Comunicazione, una Raccomandazione e due proposte di Direttive³⁷⁵.

In particolare, la Commissione ha presentato due proposte di Direttiva in relazione alla tassazione dell'economia digitale che prevedono: a) un intervento di tipo strutturale sulle regole in materia di individuazione e tassazione della stabile organizzazione, introducendo il concetto di "Presenza Digitale Significativa" quale nesso di imponibilità del reddito prodotto in un determinato Paese e prevedendo regole per l'attribuzione del profitto a tale Presenza Digitale Significativa; b) un intervento di tipo congiunturale e temporaneo, attraverso l'introduzione di una web tax sui ricavi di taluni servizi digitali da pagare nel Paese in cui detti servizi vengono fruiti.

5.1 La proposta di direttiva sulla presenza digitale significativa

Una proposta di Direttiva n. 2018/72, dal titolo *laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence*, con l'obiettivo di estendere il concetto di stabile organizzazione di società residente in altro Stato Membro o Paese Terzo, come applicata ai fini dell'imposta sulle società in ciascuno Stato membro, in modo tale da includere il requisito della presenza digitale attraverso la quale un'impresa è interamente o parzialmente portata avanti, stabilendo altresì alcuni principi per la determinazione dell'imponibile ai fini dell'imposta sulle società.

Nella proposta di Direttiva in oggetto, l'art. 4 contiene la definizione di una nuova ipotesi di stabile organizzazione, che viene tipizzata al ricorrere di un'attività di fornitura di servizi digitali, tramite un'interfaccia digitale, svolta in uno Stato membro, purché nel singolo periodo d'imposta essa raggiunga, nel complesso dei servizi forniti anche da parte di imprese associate a tale entità, limiti dimensionali alternativi, puntualmente indicati e basati sui parametri dei ricavi, del numero di utenti e del numero di contratti.

³⁷⁵ Le proposte di Direttive, rispettivamente, in materia di "significativa presenza digitale" COM(2018) 147 final e "imposta sui servizi digitali" COM(2018) 148 final

Il concetto di una significativa presenza digitale è inteso a stabilire un nuovo criterio di collegamento tra ricchezza tassabile e una giurisdizione fiscale. Per questo, dovrebbe essere considerato come un'aggiunta all'istituto della Stabile Organizzazione.

Le regole proposte per stabilire un nesso tassabile di un'attività economia digitale in uno Stato membro si basano sulle entrate derivanti dalla fornitura di servizi digitali, il numero degli utenti di servizi digitali o il numero di contratti per un servizio digitale. Questi criteri sono dunque gli strumenti più idonei per verificare la presenza digitale di un'impresa in una giurisdizione in base a questi indicatori di attività economica.

Questi elementi dovrebbero riflettere il collegamento economico delle imprese digitali su una vasta base di utenti, il coinvolgimento degli utenti e i contributi degli utenti, nonché il valore creato dagli utenti per queste attività, inglobando diversi tipi di modelli di business. Inoltre, i criteri quantitativi dovrebbero garantire una comparabilità trattamento in diversi Stati membri, indipendentemente dalla loro dimensione, tralasciando i casi irrilevanti.

Proprio su questo aspetto la Direttiva colpisce nel segno, individuando una nuova ricchezza fondata sul valore dei dati e sull'interazione dell'utenza con le imprese digitali.

Incidentalmente si rileva che si esclude la vendita di beni o servizi meramente "agevolata" dall'utilizzo di internet o da una rete elettronica possa essere considerata servizio digitale.

C'è una significativa presenza digitale in uno Stato membro se sono soddisfatti uno o più dei seguenti criteri: se i proventi della prestazione dei servizi digitali per gli utenti in una giurisdizione superano 7 000 000 EUR in un periodo d'imposta, se il numero degli utenti di un servizio digitale in uno Stato membro supera i 100 000 in un anno fiscale o se il numero di contratti commerciali per i servizi digitali supera i 3 000.

Come spiegato nella valutazione d'impatto, è essenziale che ciascuna soglia sia sufficientemente definita elevata per escludere casi marginali in cui i profitti attribuibili a una presenza digitale non sarebbero idonei a coprire i costi di compliance per una stabile organizzazione, in modo da garantire proporzionalità della misura mentre operano queste tre soglie alternative.

Per definire lo Stato Membro del consumo si fa riferimento all'Indirizzo IP (Internet Protocol) del dispositivo o, se più accurato, qualsiasi altro metodo di geolocalizzazione.

L'art. 5 della proposta di Direttiva disciplina il trattamento da riservare agli utili attribuibili alla presenza digitale significativa, attratti "unicamente al regime di imposta sulle società" dello Stato in cui sussiste una tale ipotesi di stabile organizzazione.

Gli utili attribuibili o relativi alla significativa presenza digitale devono essere determinati avendo riguardo ai redditi che la presenza digitale avrebbe avuto se fosse stata un'impresa separata e indipendente che svolge le stesse attività o attività simili in condizioni identiche o simili, in particolare nei suoi rapporti con altre parti dell'impresa, tenendo conto delle funzioni svolte, delle risorse utilizzate e dei rischi assunti, attraverso un'interfaccia digitale, la determinazione degli utili attribuibili o relativi alla significativa presenza digitale deve essere basata su un'analisi funzionale. Al fine di determinare le funzioni della presenza digitale, e attribuire la proprietà economica di attività e rischi, le attività economicamente significative svolte da tale presenza attraverso un'interfaccia digitale devono essere prese in considerazione.

A tal fine, le attività intraprese dall'impresa attraverso un'interfaccia digitale relativa a dati o utenti devono essere considerate attività economicamente significative della presenza digitale significativa che attribuiscono a tale presenza i rischi e la proprietà economica delle attività.

Per determinare gli utili attribuibili, si tiene debitamente conto delle attività economicamente significative svolte dalla significativa presenza pertinenti allo sviluppo, alla valorizzazione, alla manutenzione, alla protezione e allo sfruttamento delle attività immateriali dell'impresa. In particolare, della raccolta, archiviazione, elaborazione, analisi, distribuzione e vendita dei dati e dei contenuti generati dagli utenti, la vendita di spazi pubblicitari online; la messa a disposizione di contenuti creati da terze parti su un mercato digitale; e, in ogni caso la fornitura di qualsiasi servizio digitale. Tale determinazione, poi, dovrebbe essere svolta con il metodo del profit split, a meno che non si dimostri che non ci sia un metodo più adatto generalmente accettato dalla comunità internazionale. Viene così esclusa qualsiasi potestà impositiva concorrente e fattispecie di doppia imposizione, sotto il profilo dell'imposizione diretta sul reddito della società. Il comma 2 dell'art. 5 specifica, anche a scopo antielusivo, che sono da considerarsi utili attribuibili alla presenza digitale significativa o in relazione ad essa quelli che la stessa avrebbe ottenuto qualora fosse stata un'impresa autonoma, avente ad oggetto attività identiche o analoghe, svolte per mezzo di

un'interfaccia digitale ed in condizioni simili, con particolare riguardo alle relazioni con altre parti dell'impresa.

5.2. La proposta di una digital service tax

Una seconda proposta di Direttiva n. 2018/73, rubricata *the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services*, dovrebbe istituire un Sistema comune di digital services tax ('DST' ovvero imposta sui servizi digitali cd. "ISD") sui ricavi derivanti da talune attività digitali.

La Proposta della Commissione si concentra sulla incompatibilità con l'attuale realtà economica delle normative tributarie attuali e, in particolare, sull'inefficacia degli attuali criteri di territorialità, intesi come tassazione nel luogo di creazione del valore. La Commissione, in attesa di un intervento in sede internazionale, ha inteso proporre l'introduzione di una Imposta sui Servizi Digitali (ISD) da applicare, nella misura del 3%, sui ricavi derivanti da servizi digitali forniti da società di grande dimensione.

L'ISD mira a tassare, nel Paese in cui vengono prodotti, i ricavi generati da servizi digitali che si caratterizzano per la creazione di valore da parte degli utenti, cioè per i quali la partecipazione degli utenti ad una attività digitale (in particolare l'accesso, la navigazione e l'uso di interfacce digitali come siti web, social network e applicazioni in genere) costituisce un contributo fondamentale per la produzione dei ricavi, ossia quei modelli imprenditoriali, recita testualmente la relazione, "che non potrebbero esistere nella loro forma attuale senza la partecipazione degli utenti". Vengono, quindi, assoggettati a tassazione i ricavi ottenuti dalla monetizzazione del contributo degli utenti, generati dalla fornitura di servizi puntualmente indicati dalla proposta. In sostanza, la tassazione riguarda i ricavi derivanti dal trattamento dei contributi degli utenti, non la partecipazione degli utenti in sé.

La base imponibile dell'ISD è data da i ricavi lordi dell'impresa percepiti in cambio della fornitura di servizi digitali, come sopra delineati, al netto dell'IVA e di altre imposte "analoghe".

A differenza della web tax italiana (di cui al II cap) l'ISD riguarda sia le operazioni B2B che B2C, giacché soggetto passivo è l'imprenditore, l'operatore economico

professionale, ma "utente" è considerata qualsiasi persona o impresa, senza quindi che rilevi la natura di consumatore finale del committente del servizio ovvero l'ambito di fruizione del medesimo, nell'esercizio d'impresa o meno. L'ISD colpisce solo le società di rilevante dimensione. In particolare, sono soggette alla ISD le società per le quali, nel periodo di imposta, siano verificate entrambi le sottoelencate condizioni: • importo totale dei ricavi a livello mondiale superiore a 750 milioni di euro; • importo totale dei ricavi imponibili nell'Unione europea superiore a 50 milioni di euro. Al ricorrere di entrambe le condizioni l'impresa è considerata soggetto passivo dell'ISD, quand'anche fosse stabilita in una giurisdizione extra UE. L'idea di fondo espressa nelle soglie è quella di una capacità economica di imprese di grandi dimensioni, nelle quali si sviluppa la capacità di coinvolgere un'ampia utenza, che costituisce un elemento necessario alla remuneratività del modello imprenditoriale considerato, secondo il canone dell'apporto di valore significativo dato dalla partecipazione della clientela. In merito ai ricavi imponibili nell'Unione, l'attenzione è rivolta ai casi che presentino "una presenza digitale significativa" a livello unionale, da valutare in relazione ai ricavi oggetto dell'ISD.

Di cruciale importanza per il funzionamento del tributo è il luogo dell'imposizione: l'imposta è dovuta negli Stati membri in cui si trovano gli utenti, senza che rilevi il contributo finanziario alla generazione dei ricavi dell'impresa, di tal che venga considerata anche la quota parte di creazione di valore derivante dalla partecipazione gratuita alle attività digitali. Si rammenta, infatti, che, pur potendosi esserci prestazioni di servizi non remunerate monetariamente, il modello di tributo intende valorizzare la "ricchezza" prodotta dall'apporto dell'utenza per il tramite di piattaforme digitali, nel momento in cui questa assume concretezza e si realizza, a fronte della fruizione di servizi digitali dietro corrispettivo.

Con riguardo al luogo di imposizione, questo assume rilevanza per stabilire il criterio di collegamento rispetto alla sovranità impositiva di ciascuno Stato membro, dirimente nell'ottica del riparto del gettito tributario tra Stato fonte e Stato residenza, che connota tutte le questioni di fiscalità transazionale. Si considera che gli utenti si trovano nello Stato membro corrispondente all'indirizzo di protocollo internet (IP) del dispositivo da costoro utilizzato, fatto salvo l'uso di qualsiasi altro metodo di geolocalizzazione più accurato.

È previsto un meccanismo di semplificazione, nella forma dello sportello unico (One-Stop-Shop), per consentire ai soggetti passivi l'adempimento agevolato degli obblighi

strumentali al funzionamento dell'Imposta. Il soggetto passivo è tenuto a dichiarare, per ciascuno Stato membro, l'importo totale dei ricavi imponibili che si considera ottenuti dallo stesso in quello Stato, nonché liquidare l'ISD dovuta. La proposta di Direttiva rinvia alle norme dettate dai vari Stati membri, per quanto concerne gli obblighi contabili e di registrazione e le misure di contrasto all'evasione, elusione e abuso fiscali con riguardo all'ISD. Specifiche disposizioni attinenti allo scambio di informazioni sono contenute negli articoli da 20 a 23; in particolare vengono posti a carico dello Stato membro di identificazione obblighi di comunicazione agli altri Stati membri su identificazione, dichiarazione e pagamenti dell'ISD.

In questo “pacchetto” sulla tassazione dell'economia digitale, peraltro, la Commissione ha inteso raccomandare agli Stati membri di adeguare le convenzioni in materia di doppia imposizione concluse con giurisdizioni terze al fine di estendere il concetto di stabile organizzazione alla "presenza digitale significativa", per mezzo della quale una società esercita in tutto o in parte la sua attività.

6. L'individuazione di nuovi indici di ricchezza e la determinazione dell'imponibile

Come ampiamente discusso, in questo groviglio di fonti e normative statali, europee e internazionali, di proposte dottrinali e di raccomandazioni varie, gli orientamenti che sembrano prevalere riguardano l'emersione del dato come ricchezza a sé stante e il tentativo di collegare i criteri di collegamento dei principali o dei nuovi tributi al *market State*. Ciò considerato è interessante comprendere, una volta individuato il *what* and il *where* to tax, anche l'*how*, ossia le modalità concrete di determinazione della ricchezza da tassare. L'attribuzione dei profitti, infatti, è una considerazione chiave nello sviluppo di un criterio di collegamento basato sulla presenza economica o digitale significativa, nei casi in cui un'impresa non ha una presenza fisica nel paese interessato.

Occorre, quindi, considerare le modifiche apportate alle regole di attribuzione degli utili deve essere fatta se l'opzione di presenza economica significativa è stata adottata, pur garantendo parità di trattamento nella misura tra le imprese soggette a tributi per la presenza nel paese in cui insiste il suo mercato (cioè società locale o stabile organizzazione

tradizionale) e quelli che sono sottoposti a imposizioni in quanto presenti digitalmente o economicamente.

Una presenza economica significativa associata a poca o nessuna presenza fisica, ossia inesistenza di attività materiali e/o di personale nell'altro Paese, non implicano probabilmente lo svolgimento di qualsiasi funzione dell'impresa nel senso tradizionale. A meno che non siano apportate modifiche significative alle regole esistenti di attribuzione dei profitti, non sarebbe possibile allocarle qualsiasi reddito significativo anche con il nuovo criterio. Diversi adeguamenti ai principi esistenti sono stati presi in considerazione nel corso del lavoro, compresa l'assegnazione di funzioni aziendali gestite in remoto tramite sistemi automatizzati alla presenza economica significativa, oltre a trattare i clienti e gli utenti come criteri performanti di determinate funzioni per conto di un'azienda in determinate circostanze. Altro sostanziale allontanamento dalle regole esistenti, come la sostituzione di un'analisi funzionale con un'analisi basata sulla teoria dei giochi che allocherebbe i profitti per analogia con un processo di contrattazione all'interno di una joint venture, sono stati considerati in dottrina³⁷⁶. Tutto ciò, tuttavia, richiederebbe una sostanziale discontinuità rispetto agli standard esistenti di allocazione degli utili all'interno di una multinazionale operante in più giurisdizioni, che sono attualmente basati su un'analisi delle funzioni, dei beni e dei rischi delle imprese interessate. Pertanto, si è concluso che, a meno che non ci sia una sostanziale riscrittura delle regole per l'attribuzione dei profitti, dovrebbero essere considerati metodi alternativi.

Un altro approccio considerato sarebbe quello di ripartire i profitti dell'intera impresa alla presenza digitale o sulla base di una formula predeterminata, o sulla base di fattori di allocazione variabile determinati caso per caso. Nel contesto di una significativa presenza economica, l'implementazione di un metodo basato sulla ripartizione frazionaria richiederebbe l'esecuzione di tre fasi successive: definizione della base imponibile da dividere, la determinazione delle chiavi di ripartizione per dividere quella base imponibile, e la ponderazione di queste chiavi di allocazione.

È importante notare che le leggi nazionali della maggior parte dei Paesi usano l'attribuzione dei profitti metodi basati sui conti separati della PE, piuttosto che sulla

³⁷⁶ PELLEFIGUE., *Transfer pricing economics for the digital economy*, in *International transfer pricing journal*, 2015, Vol. 22, no. 2.

ripartizione frazionaria. Inoltre, i metodi di ripartizione frazionaria sarebbero un allontanamento dagli attuali internazionali standard. Infatti, perseguendo tale approccio nel caso di applicazione del nuovo criterio di allocazione dei profitti produrrebbe risultati fiscali molto diversi a seconda del fatto che il business sia condotto attraverso una stabile organizzazione "tradizionale", una società separata o con una presenza digitale significativa. Dati tali limiti, i metodi di ripartizione frazionaria non sono stati ulteriormente perseguiti.

L'uso di metodi di presunzione empirici come i sistemi di "profitto presunto" è, a volte un modo, per evitare i calcoli del profitto basati sui conti del contribuente in situazioni dove un'alta percentuale di spese associate ai ricavi sono sostenute all'estero, rendendo difficile da una prospettiva pratica controllare a livello locale.

I metodi di profitti ritenuti sono stati utilizzati, ad esempio, nel settore assicurativo, applicando un coefficiente basato sul rapporto di profitto ai premi lordi delle compagnie di assicurazione residenti ai premi lordi ricevuti da titolari di polizze nel paese di origine.

Nel contesto di un nesso basato su una presenza economica significativa, è possibile che l'approccio sarebbe quindi quello di considerare la presenza equivalente a una presenza fisica da cui l'impresa non residente gestisce un'impresa commerciale e determina il considerato reddito netto applicando un rapporto tra le spese presunte e le entrate derivanti da transazioni concluse con clienti residenti, quindi allineati a uno dei fattori chiave dell'opzione come descritto sopra. Determinazione di un appropriato *ratio* dipenderebbe da una serie di fattori, tra cui l'industria interessata, il grado di integrazione della particolare impresa e tipo di prodotto e servizio fornito. Un possibile approccio sarebbe quindi quello di classificare i contribuenti per settore e applicare uno specifico settore industriale percentuale di profitto.

Un approccio più raffinato sarebbe quello di dividere i contribuenti all'interno di un dato settore in classi aggiuntive basate su fattori rilevanti (ad esempio, beni strumentali, fatturato, dipendenti), con una percentuale di profitto specifica all'interno di ciascuna fascia. La determinazione di quest'ultima percentuale richiederebbe un'analisi approfondita dei margini di profitto effettivi di contribuenti nazionali che operano nella stessa classe specifica di industria o tipo di attività.

I metodi di profitto sono generalmente percepiti come relativamente facili da amministrare e aumentare le entrate. Tuttavia, per grandi gruppi multinazionali con strutture

complesse che operano in molti settori di business, applicando molteplici margini di profitto presunti specifici del settore alla stessa presenza economica significativa presenta diverse sfide pratiche.

Un'altra sfida si riferisce alla comparabilità dei modelli di business digitali e tradizionali quando si considera l'applicabilità di tali margini di profitto presunti. Molti modelli di business digitali hanno un'altra struttura dei costi rispetto ai modelli di business tradizionali, in modo tale da adeguare i margini ai margini questo contesto è molto probabile che sia richiesto. Inoltre, l'applicazione dei metodi di profitto presunto in questo contesto può essere considerato un sostanziale allontanamento dagli attuali internazionali standard, che comportano un debito d'imposta anche quando non ci sono profitti reali generati attraverso la significativa presenza economica.

Un modo possibile per mitigare questo impatto negativo sarebbe essere di creare una presunzione confutabile limitata a situazioni in cui il contribuente straniero è in grado dimostrare che la sua attività complessiva (o specifica linea di business correlata all'attività di la presenza economica significativa se può essere isolata dalle altre attività commerciali dell'impresa) si trova in una posizione in perdita alla fine dell'anno fiscale.

7. Nuovi modelli impositivi per una nuova ricchezza: il rinnovato ruolo dell'Europa per un'imposizione digitale comune

Le proposte di Direttiva 147 e 148 stabiliscono preliminarmente che gli utili attribuibili a una presenza digitale significativa in uno Stato membro sono soggetti "unicamente" al regime di imposta sulle società di detto Stato membro.

La regola che si vuole introdurre, in pratica e diversamente da quella generalmente prevista dalle convenzioni bilaterali per le stabili organizzazioni, è quella di una tassazione esclusiva degli utili della presenza digitale significativa nello Stato membro in cui essa si trova.

L'attribuzione del profitto alla presenza digitale significativa si effettua con il criterio tipico previsto per le stabili organizzazioni e dunque ipotizzando l'esistenza di un'entità distinta ed indipendente che svolge attività identiche o analoghe in condizioni identiche o analoghe, in particolare nelle sue relazioni con altre parti della società, tenendo conto delle

funzioni esercitate, degli attivi utilizzati e dei rischi assunti, attraverso un'interfaccia digitale.

Il metodo per determinare l'attribuzione di profitto alla presenza digitale significativa è il profit split (utilizzando come fattori di ripartizione dell'utile complessivo le spese sostenute per la ricerca, lo sviluppo e la commercializzazione, nonché il numero di utenti e i dati raccolti in ciascuno Stato membro). La proposta, però, lascia libertà circa l'utilizzo di un altro metodo, tra quelli accettati a livello internazionale, laddove si dimostri che esso è più appropriato, visti i risultati dell'analisi funzionale.

La portata soggettiva di entrambe le proposte della Commissione è generalmente molto ampia, comprese tutte le persone giuridiche, anche se sono trasparenti ai fini dell'imposta sul reddito. Tuttavia, le soglie relative alle dimensioni complessive dell'impresa, ovvero 750 milioni di EUR, e le dimensioni dell'impronta digitale nell'Unione europea, ossia 50 milioni di EUR, riducono significativamente l'ambito soggettivo della direttiva DST. Ai fini di un SDP, la restrizione per l'ambito soggettivo deriva da trattati fiscali che, in molti casi, impedirebbero l'applicazione di un SDP a entità residenti in paesi non UE.

La portata oggettiva di entrambe le proposte rappresenta un cd. "ring-fencing" dei servizi digitali rispetto ai servizi tradizionali³⁷⁷. Lo scopo della proposta di DST è limitato, in quanto si applica solo ai due seguenti tipi di modelli di business digitali: (1) il modello pubblicitario; e (2) il modello di intermediazione. La logica dell'ambito restrittivo è di mantenere una stretta connessione con la creazione di valore dell'utente, il che rende le considerazioni sul contributo degli utenti uno strumento molto utile nell'interpretazione della direttiva DST. Al contrario, secondo la direttiva SDP, la connessione alla creazione di valore dell'utente è molto più distante, in quanto il regime copre anche una serie di servizi digitali, in cui la partecipazione degli utenti è di importanza marginale. Di conseguenza, la guida all'interpretazione deve essere cercata altrove. Questo altrove è il sistema IVA dell'Unione europea, da cui è stato tratto, in pratica, il concetto di servizi digitali per la direttiva SDP.

L'ambito territoriale della direttiva DST e della direttiva SPD si basa sulla posizione dell'"utente" del servizio digitale. Tuttavia, tale posizione non è un concetto fisso ma, piuttosto, varia tra le diverse situazioni. Le norme su come individuare un utente sono molto

³⁷⁷ NIEMINEM, *The Scope of the Commission's Digital Tax Proposals*, in *Bulletin for International Taxation*, 2018, Vol. 72, No. 11.

più "su misura" rispetto alla direttiva DST rispetto all'approccio alquanto brutale adottato nella direttiva SDP.

Le proposte della Commissione saranno presentate al Parlamento europeo per consultazione e al Consiglio per adozione. Resta da vedere se gli Stati membri dell'UE adotteranno le proposte all'unanimità, cosa necessaria. I ministri delle finanze dell'UE hanno discusso le proposte in Bulgaria entro la fine di aprile 2018, ma erano fortemente divergenti. Alcuni Stati membri dell'UE - a parere degli autori a ragione - invitano a una risposta globale coordinata insieme all'OCSE / G20 (che raccomandava nella relazione finale dell'azione 1 BEPS di monitorare gli sviluppi e la nuova relazione nel 2020). Dopotutto, l'economia digitale non è legata ai confini dell'Unione europea, ma le imprese digitali operano a livello globale. Inoltre, la risposta e le eventuali contromisure dagli Stati Uniti dovrebbero essere considerate seriamente dai leader dell'UE, dal punto di vista degli autori, poiché molti dei giganti tecnologici presi di mira sono statunitensi.

Comunque sia, la pazienza sembra essere una virtù, poiché la Spagna ha annunciato all'inizio di maggio 2018 che introdurrà il proprio DST in ogni caso dal 1 ° gennaio 2019³⁷⁸. L'obiettivo è finanziare le pensioni pubbliche, che appare un atto di reinvenzione delle regole. I piani della Commissione europea sono senza dubbio grandiosi. Anche l'intenzione della Commissione è chiara: tassare alcuni dei profitti dei giganti della tecnologia. Secondo alcuni detrattori della proposta, la DST non potrebbe essere considerata un'imposta indiretta e, per questo, i trattati sulla doppia imposizione dovrebbero neutralizzare l'impatto di questa proposta³⁷⁹.

8. Conclusioni

Pur non condividendo le premesse, si concorda con coloro i quali³⁸⁰ hanno sostenuto che uno dei temi fondamentali che si pongono è di stabilire a chi spetta il compito di tassare questa enorme ricchezza prodotta, del tutto "apolide". Tutti gli Stati sono ansiosi nella

³⁷⁸ Actualización del Programa de Estabilidad y del Plan Presupuestario 2018 (Reino De España 2018 – 2021)

³⁷⁹ VAN HORZEN - VAN ESDONK, *Proposed 3% Digital Services Tax*, International Transfer Pricing Journal, 2018 (Volume 25), No. 4

³⁸⁰ ASSONIME, *Web tax: il vero interrogativo non è "cosa tassare" ma "chi può tassare"* (di VACCA), in Position Papers, 2018, vol. 1.

volontà di accaparrarsi una quota parte dei redditi e della ricchezza prodotta dalle imprese digitali. Pertanto, si sta generando un forte conflitto tra gli interessi dei singoli Stati impedisce di trovare soluzioni soddisfacenti al problema.

Come noto, dall'avvento del nuovo corso trumpiano, gli Stati Uniti rivendicano con forza la loro potestà impositiva pressoché esclusiva, essendo il Paese di residenza della maggior parte delle capogruppo delle imprese multinazionali del web. La riforma fiscale americana è diventata una realtà il 22 dicembre 2017, quando il presidente Donald Trump ha firmato la legge. L'atto rappresenta un cambiamento fondamentale e significativo nella tassazione delle imprese negli Stati Uniti, in particolare per quanto riguarda la tassazione dei redditi esteri³⁸¹.

Oltre a una significativa riduzione del carico impositivo, sono state introdotte misure aventi la finalità di incentivare il rimpatrio degli investimenti nello sviluppo di attività immateriali e dei conseguenti flussi derivanti dal loro sfruttamento sui mercati globali, contemporaneamente ostacolando fenomeni di *profit shifting* particolarmente diffusi all'interno dei gruppi multinazionali e perpetrati mediante ricorso ad assidui rapporti intra-gruppo *cross-border*³⁸².

In particolare, è stato introdotto l'istituto del *Global Intangible Low Tax Income* (c.d. GILTI), in base al quale verranno assoggettati a imposizione negli U.S.A. i profitti generati da *Controlled Foreign Companies*, non già rientranti nel campo di applicazione della succitata *Subpart F* ed eccedenti il "reddito di *routine*" determinato in base ad appositi parametri; la *Base Erosion Anti-Abuse Tax* (c.d. BEAT), che introduce una sorta di *minimum tax*, ad integrazione dell'imposta sui redditi ordinaria, attraverso la fissazione di specifici limiti alla deducibilità di pagamenti nei confronti di consociate estere, a fronte di rapporti *intercompany*; e la *Foreign-Derived Intangible Income* (c.d. FDII), che in un'ottica agevolativa, concede alle imprese residenti negli Stati Uniti la parziale defiscalizzazione dei redditi derivanti dall'esportazione di prodotti e servizi.

³⁸¹ WHITE, *How Reform in the US Affects Microsoft's Tax Structure*, Int'l. Tax Rev., Vol. 29, Issue 6 (July/August 2018), 14

³⁸² ANTONACCHIO, *Riforma fiscale U.S.A.: nuove misure anti-abuso e incentivi per i gruppi multinazionali*, in Fisco, 2018, no. 20, p. 1953.

Orbene, in un'ottica anti-elusiva, la nuova disciplina della GILTI è stata introdotta con l'obiettivo di scoraggiare l'erosione della base imponibile negli Stati Uniti da parte dei gruppi multinazionali, attraverso la descritta imputazione del diritto di sfruttamento degli *intangibles* fuori dai confini statunitensi, in capo a *subsidiaries* localizzate in Paesi a bassa tassazione, ancorché tale istituto non miri a colpire esclusivamente gli extra-profitti generati da società a bassa tassazione, per effetto dello sfruttamento di attività immateriali

Per contro, negli altri Stati, diversi da quello nordamericano, in cui si è sviluppato il mercato digitale, si ritiene che gran parte del profitto prodotto dalle multinazionali digitali spetti a loro, proprio in virtù del fatto che la creazione di valore si è sviluppata nella loro giurisdizione. Tuttavia, queste pretese impositive sono frustrate dal fatto che queste imprese operano in questi Stati senza alcuna presenza fisica. Allo stato attuale, vi sono anche giurisdizioni intermedie che sottopongono a tassazione una quota parte dei redditi, poiché alcune di queste imprese operano da questi Stati attraverso una succursale.

In questa condizione è chiaro che ogni Stato mira a massimizzare la propria quota parte di ricchezza da sottoporre a imposizione nella propria giurisdizione, in tal modo, però, si rischia di indebolire definitivamente la tenuta del sistema fiscale internazionale già compromessa dalla debolezza della bilateralità.

In questo senso, la proposta di un nuovo approccio multilaterale alla tassazione internazionale deve essere veduta sicuramente con favore, tuttavia, non si può negare che questo implicherebbe un'azione dei governi nazionali coordinata che è abbastanza difficile da immaginare nel breve periodo. Per questo, molto più realisticamente, una declinazione diversa del criterio di territorialità, quantomeno a livello europeo, con un'imposizione coordinata potrebbe rappresentare una soluzione assolutamente efficace ed efficiente.

È chiaro, infatti, che, considerando la necessità di revisione del sistema di tassazione delle imprese digitali con l'inserimento di criteri di realtà sempre più incisivi in quella diretta e con leggere modifiche nella tassazione indiretta, non si può affermare con sicurezza che solo a uno Stato possa competere il compito di tassare la ricchezza digitale. Infatti, questa ricchezza appare diffusa nell'economia digitale è come tale non può essere ricondotta in modo forzato a un unico ordinamento, ciò che, invece, può e deve essere fatto e immaginare una sintesi dei tre elementi già visti nel primo capitolo, ossia economia, impresa e mercato al fine di individuare il luogo e il soggetto attivo più adatto a questo tipo di tassazione.

In questo difficile scenario internazionale, l'Unione Europea ha proposto una soluzione c.d. "transitoria" (la c.d. targeted solution e, cioè, una digital tax europea) volta, in particolare, ad evitare la frammentazione del mercato UE. Tale frammentazione – deleteria per la crescita dell'UE e, perciò, da scongiurare in radice – è inevitabilmente determinata, da un lato, dalla rapida espansione della digital economy in settori finora tipicamente riservati all'impresa "tradizionale" (come il settore dei servizi finanziari, assicurativi, ecc.) e che, dunque, impone agli Stati membri di non poter più rinviare contromisure idonee ad impedire l'evidente e iniqua sottrazione all'imposizione delle imprese digitali, a discapito di quelle tradizionali; dall'altro lato, dal fatto che proprio queste misure difensive a carattere unilaterale, ove adottate, finiscono per essere una reazione non solo di scarsa efficacia ma – proprio perché unilaterali – anche causa di ulteriore distorsione del mercato.

In definitiva, quindi, sarebbe opportuno portare avanti questa iniziativa, non solo perché rappresenta, allo stato attuale, l'unica soluzione al problema ragionevolmente percorribile in tempi brevi e con qualche speranza di successo, ma anche (e soprattutto) perché l'alternativa è quella di restare fermi e continuare a temporeggiare (in attesa non si sa bene di cosa!) laddove, invece, altri Stati – come gli USA – già stanno adottando strumenti per avocare a sé (e solo a sé) la tassazione di tutta questa enorme ricchezza.

Pertanto, se si vuole ottenere davvero un Mercato Unico Digitale che garantisca pari condizioni agli operatori economici digitali e che permetta alle imprese europee di svilupparsi in un fair *context* una riforma fiscale realmente europea sembra l'unica strada percorribile.

CONSIDERAZIONI FINALI

SOMMARIO: **1.** A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market. Verso un'imposizione europea: strada obbligata?; **2.** Le alternative alle proposte europee con l'unico minimo comun denominatore della sfiducia nei confronti dell'attuale sistema impositivo; **3.** Crisi del modello impositivo: nuovi presupposti, una rinnovata territorialità e antichi problemi nella determinazione degli imponibili; **4.** A modest proposal per un'imposizione del Mercato delle imprese digitali: un tributo europeo sulle rilevanti organizzazioni produttive digitali

1. A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market. Verso un'imposizione europea: strada obbligata?

L'analisi delle due Direttive, esaminate nel capitolo precedente, ha il merito di approfondire il tema della corretta individuazione della capacità contributiva che le due proposte stesse intendono colpire e sulla reale necessità di nuove imposte, nonché sulla concreta adeguatezza di contrastare, con strumenti *ad hoc*, il fenomeno delle “pianificazioni fiscali aggressive” nel contesto dell'economia digitale. Le due proposte di Direttiva appaiono completamente diverse nello scopo e negli effetti di politica economica. La soluzione strutturale di lungo periodo introduce un nuovo criterio costitutivo di una stabile organizzazione, applicando il normale regime fiscale dello Stato di localizzazione, con la conseguenza macroeconomica di determinare una diversa allocazione del carico impositivo che, però, a livello complessivo rimane invariato. Mentre la soluzione di breve periodo è una sorta di accisa sui ricavi che determina un aumento del carico impositivo a favore delle Nazioni che consumano prodotti digitali. Eppure, le due idee hanno il merito di segnalare un'esigenza ormai indefettibile di ridiscutere gli assiomi classici dei sistemi impositivi a ogni livello normativo e, in particolare, a livello europeo. Certamente le due iniziative legislative evidenziano criticità diffuse anche redazionali, ma, comunque, hanno il merito di obbligare gli ordinamenti a ragionare su idee evolutive dello *status quo*. L'attesa di una soluzione salvifica da parte dell'Ocse aveva fossilizzato iniziative diverse che potessero essere, se non risolutive, quantomeno lenitive degli effetti dell'avvento del digitale sui sistemi fiscali. Il perdurare della crisi sociale, economica e politica, poi ha suggerito ad alcuni Stati, tra cui

l'Italia, di attivare iniziative che, ancorché fossero isolate, hanno avuto ampio eco e seguito a livello globale. Quasi con l'emersione di un movimento centripeto che ha portato a una armonizzazione, partita dai singoli ordinamenti, i quali stanno vieppiù convergendo verso la soluzione di breve respiro, rappresentata dalla DST.

Sicuramente l'iniziativa europea non è esente da critiche, sintetizzabili nelle seguenti affermazioni: si tratta di una soluzione "regionale" e non concertata a livello internazionale; non si comprende la reale natura di questo tipo di soluzioni, o detto in altra maniera, non si capisce se questa DST riguardi l'imposizione diretta o indiretta; non è chiarito cosa si intenda per "profitti digitali"; si aggiunge alle imposte già in vigore; potrebbe creare conflitti tra l'Unione Europea e le potenze emergenti; e, soprattutto, una guerra commerciale con gli Stati Uniti. Su quest'ultimo punto, *in primis*, era solo una questione di tempo prima che gli Stati Uniti lanciassero un monito inequivocabile sulle proposte eurounitarie sull'imposizione delle imprese digitali, obiettando merito ai presunti profili di discriminazione contenuti e sull'eventuale violazione delle attuali norme fiscali internazionali. Questa "protesta" degli Stati Uniti è arrivata tramite una lettera inviata al presidente della Commissione europea Jean-Claude Juncker e al presidente del Consiglio europeo Tusk dal Comitato finanziario del Senato degli Stati Uniti, ossia l'organo legislativo preposto alla redazione delle leggi di natura fiscale nel Congresso degli Stati Uniti³⁸³. In una rara dimostrazione di bipartitismo per il corpo legislativo statunitense, la missiva è stata sottoscritta dal presidente repubblicano Orrin Hatch e dal suo omologo democratico Ron Wyden. I due nella missiva insistono sull'abbandono da parte dell'Unione della DST, puntando sul fatto che le società tecnologiche statunitensi avranno un aggravio d'imposizione, in violazione dei principi di tassazione internazionali. La lettera afferma testualmente: "*The EU DST proposal has been designed to discriminate against U.S. companies and undermine the international tax treaty system creating a significant new transatlantic trade barrier that runs counter to the newly launched US and EU dialogue to reduce such barriers. Therefore, we urge the EU to abandon this proposal, urge the member states to delay unilateral action and instead refocus*

³⁸³ Si rinvia, per esempio, all'articolo apparso sul "The Irish Times" a firma di Patrick Smyth dal titolo EU digital tax discriminates against US companies disponibile su <https://www.irishtimes.com/business/economy/eu-digital-tax-discriminates-against-us-companies-senators-1.3670717>

efforts on reaching consensus with other leading economies within the OECD on any new digital taxation models". In questa missiva, inoltre, il Comitato afferma: "*EU already has a revenue-tax based on the location of the customer – the VAT. Consequently, the DST will undoubtedly lead to double taxation*". Le critiche a questo disegno legislativo non si fermano alla sola guerra commerciale, inaugurata dalle nuove imposizioni doganali e tributarie dell'Amministrazione Trump, ma anche al rapporto futuro tra Europa e le nuove economie, in particolare, asiatiche. Il capo del settore tributi dell'OCSE, il francese Saint-Amans³⁸⁴, durante una conferenza sulla imposizione tributaria internazionale pronunciata all'inizio di ottobre a Bruxelles, ha affermato che l'UE ragiona con un "*two-hemisphere brain*" quando si parla di tassazione digitale. Mentre l'UE vuole tassare le compagnie tecnologiche statunitensi con la tassa sui servizi digitali, l'UE non vuole che la Cina e l'India utilizzino lo stesso tipo di prelievo indiretto basato sulle entrate sulle proprie aziende. Al di là di queste preoccupazioni che attengo più a ragioni di politiche fiscali ed economiche, altri giudizi negativi più di interesse ai nostri fini riguardano la natura di questo tipo di proposte. Prima di tutto, quando si indaga la DST bisogna effettivamente domandarsi a quale categoria impositiva conosciuta possa essere riferita. Ciò non serve solo a scopi accademici, ma soprattutto a definirne più chiaramente l'ambito di applicazione e, in particolare, l'efficacia e l'efficienza della normativa. Bisognerebbe, ad esempio, analizzare rapporto tra la proposta di DST e le regole GATS (General Agreement on Trade in Services), nate per garantire un commercio senza discriminazioni. Gli Stati, infatti, non possono normalmente discriminare i loro partner commerciali (cd. *Most favoured nation clause*) e i beni e prodotti importati dovrebbero essere trattati allo stesso modo, almeno dopo che questi sono entrati nel mercato. Lo stesso dovrebbe valere per i servizi esteri e domestici, nonché per marchi, diritti d'autore e brevetti stranieri e locali (cd. *National treatment clause*). Alcuni dei servizi coperti dalla DST sono, allo stesso tempo, suscettibili nelle clausole sul commercio internazionale e, pertanto, rischiano di violare le due regole sopra citate. Tuttavia, sono previste alcune eccezioni e, in particolare, misure "*within the scope of a tax treaty*" e misure "*aimed at ensuring the equitable or effective imposition or collection of direct taxes*". Chiaramente, se considerassimo la DST come un'imposta diretta, questo problema non si porrebbe, essendo

³⁸⁴ Si veda Bloomberg News, OECD's Tax Chief Backs U.S. Treatment of Digital Giants, by John Kirwan disponibile su <https://www.bna.com/oecd-tax-chief-n73014483025/>

previsto espressamente dall'eccezioni ammissibili e, in questo senso, il considerando sostiene: *“In order to alleviate possible cases of double taxation where the same revenues are subject to the corporate income tax and DST, it is expected that Member States will allow businesses to deduct the DST paid as a cost from the corporate income tax base in their territory, irrespective of whether both taxes are paid in the same Member State or in different ones”*. Qualificare la DST come un'imposta sui redditi, però, potrebbe far esplodere problemi di contrasto, almeno teorico, con i singoli regimi nazionali, con i Trattati internazionali sottoscritti dagli Stati Membri e, soprattutto, potrebbe porsi in aporia con i Trattati istitutivi e il riparto di competenze ivi sancito.

Come già segnalato nei capitoli precedenti, data la struttura essenziale di questo nuovo tributo, sembrerebbe più opportuno parlare di imposizione indiretta, assimilabile a un'accisa, aggiungendosi al valore della transazione. In questo caso, ammesso che sia applicabile in alcuni servizi, l'eccezione *“scope of a tax treaty”*, espressamente prevista nel GATS, dovrebbe “salvare” questa proposta nel contesto internazionale.

La DST sembra atteggiarsi, dunque, come un'imposta indiretta, anche avendo riguardo alla base giuridica della proposta, rappresentata dall'art. 113 del TFUE, ossia la norma che consente al Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale di adotta le disposizioni che riguardano l'armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte sulla cifra d'affari, alle imposte di consumo e, soprattutto, alle altre imposte indirette, nella misura in cui detta armonizzazione sia necessaria per assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno ed evitare le distorsioni di concorrenza. Da questa affermazione emergono con forza alcuni argomenti che militano a favore della proposta europea, quantomeno a livello teorico: ossia il buon andamento del mercato interno e i tentativi di evitare le distorsioni di concorrenza. Però oltre alla protezione del corretto funzionamento del Mercato, soprattutto, in tema di concorrenza tra imprese digitali, nella proposta europea sono evidenti alcune preoccupazioni circa la sostenibilità delle pubbliche finanze degli Stati Membri dell'Unione e la lotta alle pianificazioni fiscali aggressive poste in essere dalle multinazionali digitali.

La proposta di lungo respiro della tassazione delle società con una significativa presenza digitale, invece, sembra essere in linea con un'evoluzione “tradizionalistica” del sistema impositivo, ossia che non vuole stravolgere gli istituti attuali, ma semplicemente

aggiornarli alla realtà virtuale. La Raccomandazione di inserire nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni sottoscritte dagli Stati Membri, poi, si arresta dinanzi al reticolo di Trattati fiscali sottoscritti globalmente, i quali rischiano di indebolire fortemente le spinte innovative della Commissione.

Dal nostro punto di vista, la soluzione di lungo periodo immaginata dalla Commissione Europea, in realtà, appare essere una manovra diversiva, al fine di raggiungere il vero obiettivo, ossia dell'approvazione o, meglio, della discussione della misura di breve periodo che consenta di tassare almeno in una minima misura i giganti del web come moneta politica da spendere alle prossime elezioni europee.

Come premesso, per quanto le proposte sembrano essere perfettibili, sono senza dubbio un'ottima base di partenza su cui ragionare con gli altri Stati Membri che, tradizionalmente, sono assai allergici alla regolamentazione dell'economia digitale, dati gli innegabili vantaggi di cui hanno usufruito negli anni dalla presenza di sedi delle multinazionali nel proprio territorio.

Non è un caso che, proprio, la vituperata Digital Service Tax, in realtà, sia la proposta che abbia ricevuto un maggiore seguito. Non sembra, infatti, accidentale che l'Italia abbia introdotto una misura simile, che la Spagna³⁸⁵ e l'uscente Regno Unito³⁸⁶ stiano per approvare misure simili nella Legge di Bilancio per il 2019 o il 2020. Probabilmente il desiderio è quello di guadagnarne, per ricordare un vecchio adagio, "pochi, maledetti e subito", però non si può sottovalutare che le soluzioni, seppure immaginate come transitorie, siano ritenute ormai non ulteriormente rinviabili da parte di alcuni ordinamenti.

Concludendo, se la gestazione delle due proposte di direttiva sulla tassazione dell'economia digitale sembra essere lunga, in una sorta di dialogo orizzontale tra le Corti, un ruolo significativo potrebbe essere giocato dalla Corte di Giustizia, la quale, fino ad adesso, ha sempre difeso l'equa ripartizione del potere impositivo, con una giurisprudenza che ha talvolta giustificato l'esistenza di una concorrenza fiscale dannosa³⁸⁷.

³⁸⁵ Cfr. Articolo apparso su El Pais, il 28 aprile 2018, El Gobierno pondrá en marcha un impuesto digital en 2019 https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/04/28/midiner/1524911466_110063.html

³⁸⁶ Cfr. articolo apparso sul The Guardian, il 29 ottobre 2018, UK finally takes on arrogant tech giants with digital services tax di Nils Pratley, <https://www.theguardian.com/uk-news/2018/oct/29/uk-digital-services-tax-budget-facebook-google-amazon>

³⁸⁷ Conclusioni Jaaskinen punti 122 -134 in Commissione c. Gibilterra, C-106/09 e C-107/09

Seppure nei limiti del riparto delle competenze, un intervento deciso da parte dei giudici di Lussemburgo che limiti, in qualche modo, la possibilità per gli Stati Membri di concorrere nella “race to the bottom”, magari con l’utilizzo degli strumenti propri del regime degli aiuti di Stato, potrebbe finalmente spingere le Istituzioni Europee verso una nuova era della tassazione dell’economia digitale in un mercato europeo pienamente integrato. Per questo il compito della Corte di Giustizia potrebbe essere importante nel ridisegnare i confini di una fiscalità europea che sia più integrata così da contrastare il sempre più crescente “mercato delle imposte”, in cui la concorrenza non è tanto quella tra imprese, ma quella tra Stati, i quali, al fine di attirare investimenti e capitali nel proprio ordinamento, usano la leva fiscale, offrendo condizioni sempre più vantaggiose ai giganti del web. In questo l’opera degli attori istituzionali europei, invece, potrebbe portare a una circoscrizione dell’ambito territoriale di riferimento del Mercato, costruendo dei confini artificiali estesi quanto l’Unione Europea al fine di garantire la certezza e l’effettività delle norme poste a presidio del gettito degli Stati Membri e dell’Unione stessa. Tale azione sarebbe ispirata alla nascita del Mercato Unico e, poi, Comune con la differenza sostanziale che, in quell’occasione, si dovevano abbattere le barriere statuali che limitavano il Mercato, qui si tratta di crearle “artificialmente” per integrare e garantirne l’efficacia e l’effettività di un vero Mercato Unico Digitale³⁸⁸.

2. Le alternative alle proposte europee con l’unico minimo comun denominatore della sfiducia nei confronti dell’attuale sistema impositivo

Al di là dei giudizi di valore che possono essere mossi nei confronti delle iniziative della Commissione Europea, ciò che appare evidente dall’analisi anche delle alternative proposte in sede internazionale e nazionale, anche dalla dottrina, è laconicamente la sfiducia per l’attuale impianto sistematico del diritto tributario. A qualsiasi livello, infatti, si propongono soluzioni diverse e diversificate per affrontare la sfida dell’economia digitale. Come è noto, da tempo si contrappongono diverse visioni sulla tassazione del Web, da un lato quella che cerca di salvaguardare le categorie giuridiche tradizionali svalutando le

³⁸⁸ FREGNI, *Mercato unico digitale e tassazione: misure attuali e progetti di riforma*, in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, 2017, vol.1, p. 51.

peculiarità dell'informatica, dall'altro quella che aspira ad una disciplina *ad hoc*, sullo sfondo il trend alla *deregulation* (rectius *no-regulation*). Sul versante tributario tale classica tripartizione si ripropone in termini analoghi, ma negli ultimi anni emerge sempre più la tendenza ad implementare nuove forme di tassazione, specificamente concepite per il Web³⁸⁹. Rinviamo a quanto già scritto nei Capitoli precedenti sulle varie proposte di breve e medio periodo, in questa ultima parte si tenterà di sviluppare un ragionamento solo sulle soluzioni di lungo periodo che possano essere adottate in sede sovranazionale. Una prima soluzione sarebbe quella di accettare la logica e la metodologia BEPS delle Azioni 8-10, puntando, dunque, sul transfer pricing e sulla cd. *value creation* (*functions performed and risks*). In particolare, attraverso il livellamento del campo di gioco tra tassazione alla fonte e alla residenza (residenza come fonte qualificata per la tassazione dello Stato, il vero collegamento). Le linee guida dell'OCSE dovrebbero agli Stati di mercato di assegnare un valore molto rilevante al "mercato" se il concetto di beni immateriali fosse pienamente sviluppato, come già successo negli Stati Uniti o in Canada. Sostanzialmente, si prescinderebbe da ragionamenti sulla legittimità della tassazione alla fonte con la Stabile Organizzazione, ma, in sostanza, si renderebbero obsoleti questi istituti poiché il luogo di creazione di valore si concentrerebbe principalmente sulla posizione geografica della funzione e delle risorse delle persone, del capitale e del rischio. Infine, alcune delle restanti Azioni (in particolare 5, 6 e 7) sarebbero idonee a completare il quadro della tassazione dell'economia digitale secondo una logica pienamente rispondente ai dettami elaborati in sede Ocse.

Una seconda possibilità è offerta, come ampiamente visto, dalla possibilità di estensione dell'istituto della Stabile Organizzazione, attraverso elementi economicisti o di presenza digitale, ossia quando il business "*carried on through it consists wholly or partly of the supply of digital services through a digital interface*". Per i commenti critici, si rinvia a quanto già segnalato nel Cap. III. In quella sede, si sono comunque segnalati alcuni aspetti sull'apparente contraddittorietà di una "stabilità digitale" sulla falsariga di quanto accade per la Stabile Organizzazione tradizionale, oltre che per i tempi tecnici di introduzione di una

³⁸⁹ ARIATTI, GARCIA ANTON, *La nuova e variegata frontiera della "Google Tax": profili comparatistica*, in *La digital economy nel sistema tributario*, a cura di AA.VV., cit., 247 e seg.

forma di criterio di collegamento siffatto per cui dovrebbero essere cambiati migliaia di Trattati contro le doppie imposizioni.

Un'altra opportunità è data dall'introduzione di una ritenuta alla fonte sulle transazioni economiche digitali che può essere al netto³⁹⁰ o al lordo dei costi³⁹¹, pur strutturalmente limitata ai soli servizi digitali e a redditi passivi. Ovviamente, si pone un problema terminologico sul campo di applicazione, considerando che i servizi di cui a questa proposta dovrebbero essere distinti dai servizi di cui all'art. 14 del Modello di Convenzione ONU. Inoltre, è chiaro che questa ritenuta dovrebbe essere alternativa all'introduzione di una Stabile Organizzazione digitale, ossia in assenza di quest'ultima si dovrebbe operare una ritenuta di tal guisa. Tuttavia, anche in questa proposta la debolezza è data dalla difficoltà tecnica e politica di approvazione, oltre che dalla non chiarezza ideologica.

Ancora, vi è chi³⁹² ha proposto una riforma fondamentale della base imponibile, la quale dovrebbe basarsi su fattori relativamente immobili, o dove sono situati gli azionisti o dove sono localizzati i consumatori. In altre parole, una tassazione *destination-based*, attingendo alle esperienze in materia di IVA. Il punto di partenza di questa proposta è l'applicazione in tutti gli Stati e l'applicazione in un contesto di cooperazione internazionale. In questo caso, lo Stato di destinazione ha una giurisdizione sostanziale per tassare quella ricchezza, con la destinazione almeno come base legittima per tassare come fonte, raccogliendo le entrate in base a un meccanismo OSS e, poi, eventualmente, redistribuendole tra altri ordinamenti che in qualche modo hanno partecipato alla generazione della ricchezza.

Infine, vi è chi³⁹³ sostiene la necessità di integrare l'economia digitale in un *a formula-based TP regime or profit-splitting*. Insomma, soluzioni variegate si stagliano all'orizzonte, ma con un'incognita, oltre che sui tempi e le possibilità politiche di realizzazione, soprattutto sugli attori che concretamente devono attuare queste proposte

³⁹⁰ DE WILDE, Comparing Tax Policy Responses for the Digitalizing Economy: Fold or All-in, *Intertax*, 2018, Issue 6/7, pp. 466–475

³⁹¹ BÁEZ MORENO, *Debate: A Note on Some Radical Alternatives to the Existing International Corporate Tax and Their Implications for the Digital(ized) Economy*, in *Intertax*, 2018 vol. 46, no. Issue 6/7, pp. 560–564. Questa teoria tende a un'estensione dell'art. 12A del Modello di Convenzione ONU tale da ricomprendere anche operazioni digitali.

³⁹² DEVEREUX, VELLA, *Debate: Implications of Digitalization for International Corporate Tax Reform*, in *Intertax*, 2018, vol. 46, no. 6/7, pp. 550–559.

³⁹³ DOURADO, *Debate: Digital Taxation Opens the Pandora Box: The OECD Interim Report and the European Commission Proposals*, in *Intertax*, 2018, vol. 46, no. 6/7, pp. 565–572.

teoriche. Il multilivello esistente nel diritto tributario obbliga a riflessioni di questo tipo e la soluzione non può essere lasciata a un multilateralismo, ostaggio e vittima dei particolarismi nazionali, e, contemporaneamente, non possono essere i singoli Stati ad organizzare contromisure efficaci per un fenomeno globale.

Per le altre proposte, assai innovative come la cd. *bit tax*, la *hit tax*, la stessa *equalization levy* si rinvia a quanto già espresso nel Cap. II, ma, ad ogni modo, queste sembrano pensate e immaginate per interventi isolati degli Stati più che per una soluzione concertata a livello globale o regionale.

Da questo punto di vista, però, quello che, in questa tesi, è stato definito “l’irrefrenabile immobilismo” delle sedi internazionali deve fare i conti con le spinte di segno avverso degli Stati OCSE, ONU o di altre organizzazioni. La riforma fiscale di Trump, il comunismo liberista cinese e, in generale, le spinte dei restanti Stati, spesso, non sono convergenti sull’obiettivo della tassazione dell’economia digitale, poiché ognuno vuole massimizzare la propria quota parte di gettito fiscale e nell’attuale contesto internazionale non sembra possibile soddisfare tutte le istanze.

3. Crisi del modello impositivo: nuovi presupposti, una rinnovata territorialità e antichi problemi nella determinazione degli imponibili

Dopo aver analizzato le caratteristiche principali della *digital economy* e delle imprese che operano in tale settore, pare evidente ormai che non sia possibile rimanere ancorati ai classici concetti della fiscalità internazionale e che, pertanto, siano necessari, quantomeno, degli adattamenti date le peculiarità del settore digitale che la disciplina fiscale deve considerare. L’analisi delle principali opportunità di *base erosion e profit shifting* sia nell’imposizione diretta, attraverso la possibilità di evitare di configurare il criterio di collegamento territoriale che giustifica l’imposizione sui redditi di impresa nello Stato della fonte e la riduzione e la suddivisione delle funzioni e dei rischi presso il territorio di più Stati hanno consentito, anche in quantità consistente, di diminuire il reddito prodotto nello Stato della fonte e, in generale, di erodere le basi imponibili *worldwide*. Si pensi anche alla massimizzazione delle deduzioni per i pagamenti effettuati nei confronti dello stesso head office o ad altre imprese del gruppo oppure al mancato assoggettamento a ritenute per

pagamenti ricevuti da soggetti residenti presso il *market jurisdiction*, sfruttando l'interposizione di *shell companies* localizzate in paesi che godono di regimi convenzionali privilegiati. Nell'imposizione indiretta, invece, si sono indagate, seppur sinteticamente, le opportunità di pianificazione fiscale aggressiva in materia di IVA nel caso in cui una delle parti della transazione sia un soggetto passivo con limitato diritto di detrazione. Si tratta, in particolare, dell'ipotesi in cui tali soggetti acquistino servizi elettronici da imprese residenti in Stati che non prevedono imposte sul valore aggiunto oppure prevedono aliquote d'imposta minori ovvero di ipotesi in cui si realizzino operazioni volte ad aggirare le limitazioni del diritto di detrazione in capo a determinate articolazioni dell'impresa. Dopo aver esaminato queste problematiche connesse all'economia digitale, si sono espresse delle possibilità modalità di reazione ai fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva in tale settore.

Dal nostro punto di vista, ad ogni modo, pare che i problemi possano essere ricondotti a una serie di domande "giornalistiche": ossia *cosa tassare?*, *dove tassare?*, *chi tassa?* *Come tassare?*. Dietro l'apparente banalità di questi interrogativi, in verità, si cela il nucleo fondamentale delle tematiche fiscali dell'economia digitale. Con la prima domanda, sostanzialmente, ci si interroga sulla possibilità che gli attuali indici di capacità economica siano idonei ed efficaci nell'economia digitale. Infatti, come visto, dunque, in base alle molteplici iniziative legislative e idee dottrinali sembra affiorare una certa sfiducia nei confronti della tassazione reddituale classica, con la preferenza verso tipologie di imposizione indiretta ovvero verso ipotesi nuove o miste, quasi tutte orientate verso una tassazione di tipo reale più che personale, dando ragione alla scuola einaudiana a distanza di un secolo. Emerge, per l'appunto, un certo grado di scetticismo nell'imposta reddituale in sé e per sé, con un progressivo spostamento da una tassazione personale a una tassazione reale. Nella dottrina, tuttavia, si è già segnalata una certa abitudine nel considerare la tematica della territorialità dell'imposizione, come il problema centrale della fiscalità digitale, ragionando, dunque, sul luogo di creazione del valore. Per i motivi già evidenziati prima, però, sarebbe forse opportuno ribaltare il ragionamento, discutendo, invece, del concetto di valore e di catena del valore digitale. Si è già visto che nell'economia digitale, il valore è spesso creato da una combinazione di algoritmi, dati utente, funzioni di vendita e conoscenza in cui vi è una rilevante partecipazione dell'utente. Insomma, a ben vedere, la catena del valore potrebbe essere significativamente lunga e, in questi passaggi, potrebbe esserci una

importanza frammentazione del valore, fino a far disperdere il luogo in cui questo viene realmente creato, ammesso che se ne possa individuare uno e uno solo.

Perciò si deve considerare che è proprio l'oggetto del valore ad essere significativamente diverso dalla impresa manifatturiera, in cui la catena del valore assumeva sì valore unitario, ma, ogni anello aveva una propria ragione individuale. Nell'economia digitale i singoli elementi sono da considerare come anelli di una catena del valore che assume pieno rilievo solo a livello complessivo. I singoli anelli hanno peraltro un valore atomistico, cui si associa un plusvalore olistico, quando tutti gli anelli sono correttamente concatenati: in altri termini, se il valore degli anelli si realizza compiutamente a livello associativo, solo nell'ambito di una catena complessiva che rappresenti l'intera filiera, esso ha anche un valore singolarmente apprezzabile. La creazione di (plus)valore si associa alla sua diffusione e condivisione in un contesto evolutivo in cui il valore delle informazioni assume una portata sempre più rilevante.

Seppure non sia affatto pacifico a livello internazionale se ed in che misura i dati e la partecipazione degli utenti rappresentino un contributo effettivo alla creazione del valore da parte dell'impresa³⁹⁴, dal punto di vista accolto in questa ricerca, non si può fare a meno di interrogarsi sulla nozione di valore digitale; altrettanto vero è che vi sia concordia di opinioni nemmeno sulla rilevanza e sulla importanza, quanto alla localizzazione della creazione del valore, di alcuni fattori che sono sì tipici delle imprese digitali, ma presenti anche in imprese "tradizionali", quali la c.d. *cross-jurisdictional scale without mass* ed il crescente ricorso ad *IP assets*. Non è semplicemente, dunque, una questione di disallineamento tra luogo di tassazione dei profitti e luogo di effettiva creazione del valore³⁹⁵, ma è di individuazione proprio del valore che potrebbe non identificarsi con i classici concetti economici rilevanti di reddito e consumo.

Come anticipato prima, questa tipologia d'impresa ricade nei cd. modelli di business valore, in cui la ricchezza effettiva dell'impresa non è da rinvenire tanto nella redditività, ma quanto nella organizzazione dei mezzi produttivi digitali e non. Sia chiaro ciò non significa che le imprese digitali non siano altamente redditive, anzi è vero proprio il contrario per tutta

³⁹⁴ DELLA VALLE, *La web tax italiana e la proposta di direttiva sull'imposta sui servizi digitali: morte di un nascituro appena concepito?*, in *Fisco*, 2018, vol.16, p.1507.

³⁹⁵ LEO, *Quale tassazione per l'economia digitale*, in *Fisco*, 2018, vol. 21, p. 2007.

quella serie di ragioni già esplicitate. Tuttavia, la potenzialità economica espressa dai modelli di business di queste imprese riesce a intercettare in modo migliore la ricchezza rispetto ai canonici indici di reddito e consumo. Il valore di queste nuove imprese, dunque, non è solo nella loro capacità di monetizzare l'impressionante mole di dati a loro disposizione, ma anche nella possibilità di vendere la propria attività. Se questo valore sia da tassare, in quanto espressione di forza economica, Sempre più proposte sul nexus si muovono nella direzione della tassazione nel *market jurisdiction*. Questo, perché nella visione odierna, l'economia digitale non può essere segregata dall'economia "ordinaria".

Ciò significa che l'alternativa all'approccio proposto dall'OCSE (cioè, "non fare nulla")³⁹⁶ non è orientata solo al fatto che i profitti siano attribuiti al luogo di destinazione dei servizi, ma anche di estendere questo principio ai profitti da tutte le altre attività commerciali internazionali. Imporre come luogo di tassazione il mercato dovrebbe indurre le imprese verso l'efficienza economica, essendo così inelastica la tassazione rispetto alle attività economiche. A maggior ragione nella territorialità, dunque, è ben visibile un approccio reale alla tassazione internazionale che mal si concilia con la tradizionale personalità dell'imposizione diretta.

Tuttavia, si può ritenere che l'economia digitale sia da trattare diversamente considerandone la diversità strutturale e genetica rispetto all'economia tradizionale, potrebbe anche immaginare che l'imposta sui redditi societari sia sostituita da un'imposta che gravi sui fattori di produzione, considerandone un valore autonomo e diverso rispetto al reddito prodotto. Insomma, la proposta di un'imposizione reale sul valore digitale, considerato come un valore distinto e autonomo, potrebbe indurre a concludere circa l'inutilità dei ragionamenti sopra l'individuazione di nuovi criteri di collegamento.

Dunque, l'affermazione sempre più convinta di un tipo d'imposizione reale, dato dal successo completo dell'imposta sul valore aggiunto e dalle proposte che mirano a creare imposte indirette, e una sempre più crescente insofferenza all'imposizione diretta che, ormai, pesa, quasi esclusivamente, sulla componente lavoro e pochissimo sul capitale e sull'impresa, comporta un rimescolamento delle carte in merito all'individuazione di nuovi e sempre diversi indici di capacità economica.

³⁹⁶ DE WILDE, op.ult.cit.

La territorialità, d'altra parte, è vittima della globalizzazione dei beni e dei mercati. Se questo principio-criterio era nato nell'identità tra Stato e mercato di riferimento, tutto questo nell'economia digitale si dissolve fino a far scomparire i caratteri tipici dei criteri di collegamento. Da questo punto di vista, appare singolare immaginare una declinazione digitale dell'istituto della Stabile Organizzazione, plasmato in contesti e con fini assai differenti. La "sede fissa d'affari" prussiana, dovendo garantire al neonato Impero una liberalizzazione dei traffici commerciali all'interno della Germania, non può essere in grado di resistere alla forza dell'economia e, per tanto, sarebbe auspicabile che, in alternativa, ci si orientasse su altri lidi. Peraltro, l'individuazione di criteri di collegamento come "la presenza digitale" sembra essere la piena e definitiva conferma dell'accesa realtà che le forme d'imposizione stanno assumendo.

Oltre ai profili oggettivi e territoriali, la discussione è accesa anche per quanto riguarda il chi e il come. Mentre c'è una generale concordia sull'inutilità, inefficacia o dannosità delle soluzioni unilaterali, soprattutto nell'ambito europeo, c'è una controversia su quale sia il livello più adeguato alla regolamentazione fiscale dell'economia digitale tra chi sostiene la necessità di un'azione coordinata globale e chi azzarda l'ipotesi europea o, comunque, regionale. Su questo, sgombrando il campo da polemiche che riguardo la politica fiscale internazionale, europea e nazionale, ma ragionando solo su basi giuridiche sembra di tutta evidenza che una soluzione internazionale, soprattutto non multilaterale, possa decadere dinanzi alla primazia del diritto unionale che è l'unica fonte normativa del Mercato interno. Se il Mercato Digitale è destinato a diventare un nuovo pilastro delle politiche economiche europee, è necessario che anche lo Statuto fiscale sia regolato in sede eurounitaria, con lo strumento di cui all'art. 113 ovvero art. 115 del TFUE.

4. *A modest proposal* per un'imposizione del Mercato delle imprese digitali: un tributo europeo sulle rilevanti organizzazioni produttive digitali

Proprio partendo da queste ultime riflessioni, in fondo alla ricerca si intende avanzare una proposta di riforma che parta da questo assioma di cui si è cercato di dimostrare la fondatezza nel Cap. I: la ricchezza digitale è qualcosa di differente rispetto agli indici di ricchezza conosciuti nell'economia tradizionale. Da questo punto di vista, infatti, non

sembra che l'attuale assetto in cui si prevede una forma di imposizione diretta sui redditi che derivano, con i relativi aggiustamenti, dalle scritture contabili delle imprese digitali siano in grado di rappresentare in maniera veritiera la capacità economica di queste attività produttive. Oltre alle note questioni territoriali di allocazione della ricchezza grazie a strutture societarie, sembrerebbe che la rappresentazione dei ricavi possa essere solo un indice di ricchezza di questa categoria di imprese.

Come si è già scritto nel corso di questa ricerca, accanto alle “imprese valore”, ossia quelle attività che, fin dall'inizio dell'attività e dopo la creazione iniziale del loro Prodotto minimo vitale, offrono un valore reale per il quale i loro clienti sono disposti a pagare e, dunque, idonee a generare immediatamente un reddito, esistono le “imprese-volume” digitali che basano il successo del loro modello di business sul gran numero di utenti che utilizzano il loro prodotto. Queste attività produttive, tendenzialmente, maturano in due fasi: nella prima di queste fasi, sviluppano il loro primo prodotto minimo vitale con l'obiettivo di offrire valore ai propri utenti, ma nella maggior parte dei casi senza una chiara idea di come si genererà il reddito. In una seconda fase, evolvono il loro modello di business alla ricerca di diversi metodi di monetizzazione che offrono il loro ampio database di centinaia di migliaia o milioni di utenti. Una delle chiavi del successo delle società del volume è la loro rapida crescita, una crescita di cui hanno bisogno per diventare lo standard all'interno del settore e posizionarsi come leader. Le società di volume sono caratterizzate perché all'inizio non hanno la fatturazione iniziale. Tuttavia, richiedono grandi quantità di fondi per svolgere le loro azioni di comunicazione.

Entrambe le tipologie di impresa sono unite dal fatto che la loro catena del valore relativa alla filiera informativa dei big data, generalmente, sia fondata su una serie di passaggi progressivi, singolarmente rappresentati da anelli. Ogni anello della catena rappresenta un punto di congiunzione con i passaggi precedenti e successivi, con un valore aggiunto incrementale che assume un rilievo economico e giuridico. La predetta catena del valore³⁹⁷ può essere sintetizzata in questi passaggi: raccolta, organizzazione, elaborazione, analisi, archiviazione e indicizzazione dei dati. Insomma, in questo tipo di contesto, emergono tipologie di attività che, per natura, potrebbero non avere alta redditività ovvero

³⁹⁷ Si veda, su tutti, VISCONTI, La valutazione economica dei database (banche dati), Dir. Industriale, 2017, 4, 358

accanto alla redditività contabile, in realtà potrebbero avere una capacità di generare reddito che non è rinvenibile nelle scritture contabili. In altre parole, pur non generando profitti elevati, il loro valore è dato dalla possibilità di essere rivendute nel mercato anche a prezzi assai rilevanti. Insomma, queste attività produttive hanno un valore inglobato nella loro esistenza, destinato a esporsi in contabilità solo a distanza di anni.

È bene chiarirsi non si sta discutendo se tassare una *res sperata*, quanto di ragionare sul momento (*when?*) in cui e sul come queste imprese digitali acquisiscono una autonoma capacità economica che, in nuce, posseggono già. Se il valore può essere dato dall'organizzazione dei fattori produttivi digitali da parte dell'attività produttiva digitale, bisognerebbe comprendere quando questa azienda "digitale", ossia complesso di beni organizzati dall'imprenditore, possa essere tassata, chiaramente con un'aliquota marginale assai ridotta, considerando che verrebbe ad atteggiarsi come un tributo patrimoniale.

Il valore dei dati, per esempio, ha molto in comune con il valore del nostro lavoro³⁹⁸: un singolo lavoratore, al di fuori delle professioni più rare, può essere sostituito da un altro con competenze simili. Ma quando i lavoratori si organizzano per trattenere il loro lavoro, hanno molto più potere per garantire ai datori di lavoro più valore. Proprio come un lavoratore è un'isola, ma i lavoratori organizzati sono una forza da non sottovalutare, gli utenti delle piattaforme digitali dovrebbero organizzarsi non solo per una migliore protezione dei nostri dati, ma per un nuovo contratto che garantisca a tutti le parti dei profitti storici che rendiamo possibili. In sostanza, allorquando l'attività imprenditoriale raggiunga una certa soglia, quantitativa e qualitativa, oltre la quale, si può affermare con certezza che essa organizzi mezzi produttivi digitali, questo soggetto può essere tassato con un'imposizione di natura patrimoniale. La capacità contributiva, ivi espressa è assai simile a quella che ha giustificato l'introduzione di un tributo, come l'Irap, la vera imposta sul valore aggiunto nel sistema tributario. L'Irap, infatti, colpisce il valore della produzione netto delle imprese, ovvero il valore aggiunto prodotto da un'azienda attraverso l'utilizzo dei fattori produttivi al netto dei costi di acquisto dei beni utilizzati nel processo di produzione e dei costi indiretti.

³⁹⁸ Esempio tratto dal Guardian, The wealth of our collective data should belong to all of us, a firma di Chris Huges

In questo senso, il tributo, qui immaginato, dovrebbe colpire ogni attività diretta alla produzione o allo scambio di beni e servizi e la prestazione di servizi in quanto “digitalmente” organizzata. Ciò che dovrebbe contare ai fini dell’imposta è infatti la potenzialità economica espressa da un apparato produttivo digitale, prescindendo da ogni manifestazione di ricchezza in capo al soggetto ed essendo indipendente dalla capacità contributiva del soggetto che deve pagarla. Con questo tributo sarebbe assoggetto infatti il valore aggiunto, ossia, l’incremento di valore che si verifica nell’ambito della produzione e distribuzione di beni e servizi grazie all’intervento dei fattori produttivi digitali: algoritmi, dati, ecc. L’imponibile di questo tributo, poi, si dovrebbe fondare su un criterio misto basato su criteri contabili con correttivi di natura fiscale che, ovviamente, non è possibile approfondire in questa sede, ma non dovrebbero tradire il carattere reale dell’imposta, la quale non dovrebbe essere deducibile ai fini delle imposte sui redditi e, dunque, senza alcun collegamento con altre imposte.

Questo tributo non si limiterebbe a colpire attività specifiche o a “ring-fence” l’economia digitale rispetto alle altre attività produttive, ma evidenzerebbe, almeno in parte, l’esistenza di indici di ricchezza declinati sul digitale e, come tali, più adatti alle sfide di questa nuova economia. Un tributo, dunque, che colpisca la manifestazione di ricchezza data dal valore aggiunto dato dall’apporto di una organizzazione digitale all’attività d’impresa. La presenza di soglie, poi, dovrebbe garantire l’esenzione per le start-up o comunque le Piccole e Medie Imprese, le quali, invece, possono utilizzare, magari con incentivazioni, il digitale al fine di migliorare la propria capacità produttiva. Dunque, questo tributo sarebbe destinato a colpire solo alcune multinazionali tecnologiche che, grazie alla dissolvenza di questa ricchezza e ad altre tecniche di arbitraggio fiscale, di livelli di imposizioni più bassi rispetto ad altre imprese di altri settori merceologici. Questa forma d’imposizione, però, non dovrebbe essere giudicata in un’ottica parasanzionatoria, quanto quella di riallineare la tassazione a una ricchezza realmente considerata come un *quid pluris*. Al fine di applicare efficacemente questo tributo, poi, è imprescindibile un intervento europeo che cercando una misura di “armonizzazione” e di rimozione degli ostacoli per un Mercato Unico Digitale potrebbe avere anche la base e la giustificazione giuridica a una forma di imposizione che potrebbe realizzare, più e meglio di altre proposte, il sogno della nascita di una contribuzione realmente europea di queste società.

Se la profondità del cambiamento economico dovuta all'avvento del mercato digitale è stata tale da spingere la Commissione a pubblicare i piani per creare un mercato unico digitale, poggiata su tre pilastri (migliorare l'accesso ai beni e servizi digitali in tutta Europa per i consumatori e le imprese; creare un contesto favorevole e parità di condizioni affinché le reti digitali e i servizi innovativi possano svilupparsi; massimizzare il potenziale di crescita dell'economia digitale), allo stesso modo, si dovrebbe immaginare uno Stato fiscale europeo adeguato all'avvento del Mercato Digitale autenticamente europeo. Per correggere le storture date da un basso livello di contribuzione da parte di alcuni grandi player, si potrebbe immaginare l'introduzione di questo tributo, anche transitoriamente, in attesa di una riforma sostanziale dell'assetto fiscale europeo, magari con l'introduzione di una European Corporate Income Taxation.

In questa prospettiva, la base legislativa da cui si potrebbe partire è l'art. 115 del TFUE, la cui *ratio legis* è il ravvicinamento delle norme degli Stati membri in tema di mercato interno o, ancora, l'art. 113 sempre del TFUE. Più in particolare, nel campo delle imposte dirette, la competenza di stabilire i criteri con cui tassare i redditi e i capitali spetta agli Stati membri, liberi di concordare i *connecting factors*, ma soggetti, comunque, all'*acquis communautaire*. Tutte le iniziative legislative dell'Unione in ambito impositivo devono sempre rispettare i principi di sussidiarietà e proporzionalità (art. 5 del TUE). Intendendo la sussidiarietà come la possibilità di intervento sovranazionale nel caso in cui gli Stati membri non possano raggiungere gli obiettivi individualmente e gli stessi possano essere più facilmente raggiunti unitariamente, questo sembra proprio il caso dell'economia digitale, pur nel rispetto del vincolo di proporzionalità, *id est* della limitazione a quanto sia necessario per raggiungere gli obiettivi fissati dai trattati. Lo strumento legislativo, come specificamente previsto dall'art. 115 del TFUE, attraverso cui si potrebbe intervenire è la Direttiva, ma, in aggiunta, la Commissione potrebbe adottare atti di soft law, raccomandazioni e pareri, senza passare attraverso la procedura legislativa e, anche, basandosi sulle regole del new Comitology, potrebbe adottare atti non legislativi di portata generale che integrano o modificano determinati elementi non essenziali dell'atto legislativo delegante. Come sottolineato dagli esperti della Commissione sulla tassazione dell'economia digitale nel 2014, bisogna riflettere su proposte radicali in quanto queste agevolano la riflessione sui problemi concettuali e sulle dinamiche evolutive che l'attuale

dibattito in ambito BEPS ha lasciato da parte. La creazione di un mercato non potrà dal punto di vista giuridico, essere accompagnato da misure fiscali in materia di imposte sui redditi per realizzare pienamente il ruolo della fiscalità nel mercato europeo digitale com'era accaduto con l'integrazione fiscale delle imposte indirette con riferimento al mercato dell'economia industriale.

La orientata creazione del mercato europeo digitale sollecita, quindi, una valutazione finale sulla quale orientare gli effetti della ricerca. Di fronte ad un mercato integrato dell'economia digitale è importante mettere a confronto le debolezze dei modelli impositivi nazionali per presupposti soggettivi e territoriali con il duplice effetto di diminuire la concorrenza fiscale tra Stati fissandola su un criterio del reddito contabile e di sovranità territoriale fondata sulla fonte o sulla residenza, e verificare, allora, soluzioni impositive europee che a loro volta possano risolvere una mancanza sovranazionale, coerente col mercato integrato dell'economia digitale. Le soluzioni potrebbero così a loro volta trovare dei criteri di territorialità di cui si potrebbero valutare gli effetti sul consumo.

La realizzazione e la promozione di un'imposta europea sulle rilevanti organizzazioni produttive digitali potrebbe non solo aiutare la crescita del Mercato Europeo e di start-up europee, ma anche far nascere, anche in Europa, l'idea che il tributo non sia solo un costo per un'impresa, ma anche il costo di appartenenza alla Comunità e di inserimento nel Mercato Unico Digitale.

PRINCIPALI ABBREVIAZIONI

ALES: Alternative Levy on E-Sales;

B2B: Business to Business;

B2C: Business to Consumer;

BEAT: Base Erosion and Anti-Abuse Tax

BEPS: Base Erosion and Profit Shifting;

BRICS: Brasile Russia India Cina Sudafrica;

CFC: Controlled Foreign Companies;

CIT: Corporate Income Taxation;

DST: Digital Service Tax;

ECOFIN: Economic and Financial Affairs Council;

GILTI: Global Intangible Low-Taxed Income;

GST: General Service Taxation;

IRAP: Imposta Regionale sulle Attività Produttive;

IRES: Imposta sui Redditi delle Società;

IRPEF: Imposta sul Reddito delle Persone Fisiche;

ISD: Imposta sui Servizi Digitali;

IVA: Imposta sul Valore Aggiunto;

MLI: Multilateral Instrument;

OCSE /OECD: Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico / Organisation for Economic Co-operation and Development;

ONU: Organizzazione delle Nazioni Unite;

PE: Permanent Establishment;

PIL: Prodotto Interno Lordo;

R&D: Research and Development;

R&S: Ricerca e Sviluppo;

SO: Stabile Organizzazione;

TFUE: Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea

TP: Trasfer Pricing;

TUE: Trattato sull'Unione Europea

UE: Unione Europea;

BIBLIOGRAFIA

*Per ragioni di spazio, non ho inteso riportare in bibliografia i Report delle organizzazioni pubbliche e private internazionali o nazionali

ADONNINO P., *Internet* (diritto tributario), Enc.treccani, agg. 2002.

AGRAWAL, *India at the forefront in implementing BEPS-related measures: equalization levy in line with Action 1*, in *International transfer pricing journal*. - Amsterdam, 2016, Vol. 23, no. 4 ; pp. 323-326.

AHMED, *Cryptocurrency & Robots: How to Tax and Pay Tax on Them*, in *South Carolina Law Review*, 2018, Vol. 69, Issue 3.

AIGNER-ZÜGER, *Permanent establishments in international tax law*, Linde Verlag Wien,, 2003

AINSWORTH, VIITASAARI, *Payroll tax compliance and blockchain*, in *Tax notes international*, 2017, Vol. 85, no. 11 ; p. 1007-1024.

ALGUACIL MARI', *Collaborazione sociale e amministrazione tributaria elettronica nell'ordinamento spagnolo*, in *Giur. Imp.*, 2018, 1.

ALLEY, *Minimizing tax revenue loss from internet transactions: part I*, in *Journal of international taxation*, 2014, Vol. 25, no. 10 ; p. 39-52.

ALTSHULER, GRUBERT, *Formula Apportionment: Is it better than the current system and are there better alternatives?* in *National Tax Journal*, 2010, vol. 63 no. 4, pp. 1145–1184. Disponibile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1844926

AMATUCCI, *L'adeguamento dell'ordinamento tributario nazionale alle linee guida dell'OCSE e dell'UE in materia di lotta alla pianificazione fiscale aggressiva*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2015, n.1.

AMATUCCI, *Ruling fiscali, discrezionalità amministrativa e compatibilità con il diritto sovranazionale*, in *Dir. Prat. Trib. Intl.*, 2018, n.1.

AMORÓS VIÑALS, *Planificación fiscal agresiva*, *Estudios Financieros*, in *Revista de Contabilidad y Tributación*, 2013, no. 362, pp. 23-58.

ANTONACCHIO, *Riforma fiscale U.S.A.: nuove misure anti-abuso e incentivi per i gruppi multinazionali*, in *Fisco*, 2018, no. 20.

ARCHIDONA HIDALGO, *Reflections on Multilateral Tax Solutions in a Post-BEPS Context*, in *Intertax*, 2017, Vol. 45, No. 11.

ARORA, *Understanding Australia's 'Netflix tax'*, in *Tax notes internationale*. - Falls Church, 2015, Vol. 80, no. 11, pp. 931-935.

- ARTONI, DEVILLANOVA, *Riflessioni sul rapporto fra economia e diritto*, in *Ars interpretandi*, 2013, vol.2, luglio-dicembre.
- ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Problemi giuridici*, 1959, Vol.I.
- ASHLEY, *The digital economy is creating a PE conundrum*, in *International tax review*, 2013, Vol. 24, no. 6.
- ASHWORTH, LECLÈRE, BAILLEUL-MIRABAUD, *France tightens the noose on digital companies*, in *Tax planning international: European tax service*, 2017, Vol. 19, no. 3.
- ASSONIME, *Web tax: il vero interrogativo non è “cosa tassare” ma “chi può tassare”* (di VACCA), in *Position Papers*, 2018, vol. 1.
- AUERBACH, DEVERAUX, SIMPSON, *Taxing Corporate Income*, in *Dimensions of Tax Design: The Mirrlees Review*, a cura di J. Mirrlees et al., Oxford, Oxford University Press, 2010.
- AUJEAN, *Tax Competition and Tax Planning: What Solution for the EU?*, in *EC Tax Review*, 2014, Vol. 23, no.2.
- AULT, SCHOEN, & SHAY, *Base Erosion and Profit Shifting: A Roadmap for Reform*, in *Bulletin for International Taxation*, 2014, vol. 68, n.6/7.
- AVERARDI, *Incentivi alle imprese e "Industria 4.0". il ritorno delle politiche industriali?*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2017, vol. 5.
- AVI-YONAH, *Structure of International Taxation: A Proposal for Simplification*, in *Texas Law Review*, 1995, vol. 74, pp. 1301–1362. Disponibile su http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/tlr74§ion=78
- AVI-YONAH, *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime*. New York, Cambridge University Press, 2007. Disponibile su <https://books.google.com/books?hl=it&lr=&id=nb1lzmC6xb8C&pgis=1>
- AVI-YONAH, *Slicing the Shadow: A Proposal for Updating U.S.*, in *International Taxation. Tax Notes*, 2012, vol. 135, no.10, pp. 1229–1334. Disponibile su <http://repository.law.umich.edu/articles/826>
- AVI-YONAH, *The Case for a Destination-Based Corporate Ta*, in *SSRN Electronic Journal*, 2015. <http://doi.org/10.2139/ssrn.2634391>
- AVI-YONAH, *International Taxation of Electronic Commerce*, in *Tax Law Review*, 1996, vol. 507.
- AVI-YONAH, SARTORI, OMRI, *Global Perspectives on Income Taxation Law*. New York, Oxford University Press, 2011.

- AVI-YONAH, *Tax Competition, Tax Arbitrage, and the International Tax Regime*, in *University of Michigan Law & Economics Working Papers*, disponibile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=955921
- AVOLIO, PEZZELLA, *La web tax italiana e la tassazione dei servizi digitali*, in *Fisco*, 2018, vol. 6.
- AZAM, *The political feasibility of a global e-commerce tax*, in *The University of Memphis law review*, 2013, Vol. 43, no. 3 ; p. 711-766.
- BÁEZ MORENO, *Debate: A Note on Some Radical Alternatives to the Existing International Corporate Tax and Their Implications for the Digital(ized) Economy*, in *Intertax*, 2018 vol. 46, no. Issue 6/7, pp. 560–564.
- BÁEZ MORENO, *The taxation of technical services under the United Nations Model Double Taxation Convention: a rushed- yet appropriate - proposal for (developing) countries?*, in *World tax journal*, 2015, Vol. 7, no. 3 ; p. 267-328.
- BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, Giuffrè, 2009.
- BAGGIO, *Territorialità del tributo*, Enc. Giur. Treccani – Diritto online, 2014.
- BAL, *EU VAT Proposals to Stimulate Electronic Commerce and Digital Publishing*, in *International VAT Monitor*, March/April 2017.
- BAL, *Taxing Virtual Currency: Challenges and Solutions*, in *Intertax*, 2015, vol. 5, no. 380.
- BALESTRA, *Rilevanza, Utilità (e Abuso) dell'abuso Del Diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, vol. 3.
- BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, Padova, Cedam, 1998.
- BARTELSMAN, BEETSMA, *Why pay more? Corporate tax avoidance through transfer pricing in OECD countries*, in *Journal of Public Economics*, 2003, vol. 87, no. 9/10, 2225–2252. [http://doi.org/10.1016/S0047-2727\(02\)00018-X](http://doi.org/10.1016/S0047-2727(02)00018-X)
- BASAK, *Equalization Levy: A New Perspective of E-Commerce Taxation*, in *Intertax*, 2016, vol. 11.
- BASILAVECCHIA, *Sulla costituzionalità dell'Irap: un'occasione non del tutto perduta*, in *Rass. trib.*, 2002.
- BATISTONI FERRARA, *Prime riflessioni sul salvataggio dell'Irap*, in *Rass. trib.*, 2001.
- BECKER, ENGLISCH, *Taxing Where Value Is Created: What's 'User Involvement' Got to Do with It?*, *Intertax*, 2019, n. 2, p. 161.
- BEGHIN, *Diritto tributario*, Cedam, Padova, 2017.

- BELLI CONTARINI, *Contratto di web hosting e stabile organizzazione*, in *Riv. Dir. Trib.* 2008.
- BENJAMIN, WIGAND, *Electronic Commerce: Effects on Electronic Markets*, in *Journal of Computer-Mediated Communication*, 1995, vol. 1, no.3.
- BENJAMIN, WIGAND, *Electronic Markets and Virtual Value Chains on the Information Superhighway*, in *Sloan Management Review*, 1995, vol. 36, no. 2.
- BERETTA, *Il regime fiscale delle locazioni brevi*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2018, vol. 3.
- BERLIRI, *Principi di diritto tributario*, I, Milano, 1967.
- BERNARDI, *La tassazione della Digital Economy nell'Action Plan BEPS n.1 dell'OCSE e nella "Dichiarazione di Bari" del G7*, in *Le nuove forme di tassazione della Digital Economy*, a cura di Del Federico e Ricci, Roma, Aracne, 2000.
- BERTI, voce "sovranità", in *Enciclopedia del Diritto*, 2007.
- BHARGAVA, CHOUDHARY, KRISHNAN, *Pricing and product design: Intermediary strategies in an electronic market*, in *International Journal on Electronic Commerce*, 2000, vol.5, no.1.
- BIASCO, *I danni della concorrenza fiscale in Europa*, in *Rass. Trib.*, 2015, vol. 1.
- BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Giappichelli, Milano, 3° ed., 2005
- BIRD, *Global taxes and international taxation: mirage and reality (Part 2)*, in *Journal of international taxation*, 2017, Vol. 28, no. 3, pp. 50-60.
- BISCOTTINI, *Diritto amministrativo internazionale*, Cedam, Padova, 1966
- BIZIOLI, *Il processo di integrazione dei principi tributari nel rapporto fra ordinamento costituzionale, comunitario e diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2008.
- BLUM, *Permanent Establishments and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative – The Nexus Criterion Redefined?*, in *Bulletin for International Taxation*, 2015, Vol. 69, No. 6/7.
- BOCCIA, LEONARDI, *The challenge of the digital economy : markets, taxation and appropriate economic models*, Palgrave Macmillan, 2016.
- BONELL, *Lex Mercatoria*, voce del Digesto (disc. Sc. Commerciali 1993).
- BORIA, *Diritto tributario europeo*, Giuffrè, Milano, 2017.
- BORIA, *Il sistema tributario*, in *Il diritto tributario*, a cura di Fantozzi, Assago, Utet, 2013.
- BORIA, *L'individuazione di una stabile organizzazione*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2014, vol. 1.

BORIA, *La ricerca e l'innovazione industriale come fattori di una fiscalità agevolata*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2017, vol. 5.

BOUTELLIS, *Fiscalité du commerce électronique*, in *Revue de Droit Fiscal*, 1998.

BOZZI, *La disciplina delle obbligazioni restitutorie nelle proposte di direttiva sui contratti di vendita online e sulla fornitura di contenuti digitali*, in *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, a cura di Addante, , Milanofiori Assago, Cedam, 2016.

BRADLEY, *Ahead in the cloud*, *Taxation*, 2015, Vol. 175, no. 4494, p. 18-20.

BRATTON, MCCAHERY, *Tax Coordination and Tax Competition in the European Union: Evaluating the Code of Conduct on Business Taxation*, in *Common Market Law Review*, 2001, vol. 38, no. 3, pp. 677–718. Disponibile su <http://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?id=335935>

BRAUNER, BÁEZ MORENO, *Withholding taxes in the service of BEPS Action 1 : address the tax challenges of the digital economy*, WU International Taxation Research Paper Series No. 2015-14.

BRAUNER, PISTONE, *Adapting Current International Taxation to New Business Models: Two Proposals for the European Union*, in *Bulletin for International Taxation*, 2017, Vol. 71, No. 12

BRAUNER, *What the BEPS?*, in *Florida Tax Review*, 2014, vol. 16, no. 2, pp. 55–115. Disponibile su <http://papers.ssrn.com/abstract=2457256>

BRIGGS, TILSON, *The digital economy: indirect tax and e-services*, in *International tax review*, 2015, Vol. 26, no. 2.

BUCCISANO, *Fiscalità ambientale tra principi comunitari e costituzionali*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2016, vol. 2.

BÜHLER, *Internationales Steuerrecht und Internationales Privatrecht*, Amsterdam, Internationales Steuerdokumentationsbüro, 1960.

CABRITA, *Author France proposes new tax rules for e-commerce and the sharing economy*, in *Tax notes international*, 2015, Vol. 80, no. 5.

CALDERÓN CARRERO, QUINTAS SEARA, *The Concept of “Aggressive Tax Planning” Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS era: Redefining the Border between Legitimate and Illegitimate Tax Planning*, in *Intertax*, 2016, vol. 3.

CALZOLAIO, voce *Protezione dei dati personali*, in *Digesto Disc. Pubblicistiche*, 2017.

CANNAS, *Reduced rates and the digital economy: the treatment of (e-)books highlights some possible inconsistencies of the EU VAT system*, in *EC tax review*, 2017, Vol. 26, no. 2.

- CARINCI, *La questione fiscale nella costituzione europea, tra occasioni mancate e prospettive per il contribuente*, in *Rass. Trib.*, 2005, vol. 2.
- CARPENTIERI, *La crisi del binomio diritto-territorio e la tassazione delle imprese multinazionali*, in *Riv. Dir. Trib.* 2018, vol. 4.
- CASSANO, *E-Commerce: opportunità e rischi del nuovo mercato globale*, in *A&F*, 2000, vol.4.
- CASSESE, *Il futuro del diritto pubblico*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2017, vol. 2.
- CELLINI, *Economia digitale*, in *Luiss University Press*, 2012.
- CENTORE, SUTICH., *Taxation and digital economy : Europe is ready*, in *Intertax*, 2014, Vol. 42, no. 12.
- CERIONI, *The New “Google Tax”: The “Beginning of the End” for Tax Residence as a Connecting Factor for Tax Jurisdiction?*, in *European Taxation*, 2015.
- CERMINGNANI, LUPI, *Valore aggiunto economico e razionalizzazione dell'Irap*, in *Dialoghi Tributari*, 2014, vol. 1.
- CERRATO, *La procedura di cooperazione e collaborazione rafforzata in materia di Stabile Organizzazione (cd. web tax transitoria)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2017, vol. 6.
- CHIRCU, KAUFFMAN, *Reintermediation Strategies in Business-to-Business Electronic Commerce*, 4(4) in *International Journal on Electronic Commerce*, 2000, vol. 4, no. 4.
- CIPOLLINA, *Armonizzazione vs competizione fiscale: il trade off Europa/Italia*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2004, vol. 1.
- CIPOLLINA, *I redditi “nomadi” delle società multinazionali nell'economia globalizzata*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2014, vol. 1.
- CIPOLLINA, *Profili evolutivi della cfc legislation: dalle origini all'economia digitale*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2015, vol. 3.
- COALSON, MARCUS, *What Is Substantial Nexus after Quill*, *State and Local Tax Lawyer*, Vol. 2, (1997), pp. 17-58
- COCKFIELD, *BEPS and global digital taxation*, in *Tax notes international*, 2014, Vol. 75, no. 11.
- COCKFIELD, *Designing tax policy for the digital biosphere : how the internet is changing tax laws*, in *Connecticut law review*, 2002, Vol. 34.
- COCKFIELD, HELLERSTEIN, MILLAR, WAERZEGGERS. *Taxing global digital commerce*. Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer Law & Business, 2013.

- COCKFIELD, *Reforming the Permanent Establishment Principle Through a Quantitative Economic Presence Test*, in *Can. Bus. L. J.*, 2003, vol. 38.
- COCKFIELD, *The law and economics of digital taxation: challenges to traditional tax laws and principles*, in *Bulletin for international fiscal documentation*, 2002, Vol. 56, no. 12.
- COGO, *Le regole del contratto tra social network e utente sull'uso della proprietà intellettuale del gestore, dell'utente e degli altri utenti - riflessioni a partire dall'individuazione del fenomeno, dei suoi soggetti e della funzione del contratto*, Aida. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo, 2012, XX.
- CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2002.
- COOTER, *Diritto ed economia*, Enciclopedia delle scienze sociali, Treccani-online, 1993.
- CORASANITI, *Profili fiscali del commercio elettronico*, in AAVV, *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina*, (a cura di ROSSELLO, FINOCCHIARO)
- CORASANITI, *Profili fiscali del commercio elettronico*, in *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina*, a cura di Rossello, Finocchiaro, Tosi, Torino, Giappicchelli editore, 2003.
- CORDELL, *New taxes for a new company*, in *Government Information in Canada/Information gouvernementale au Canada*, 1996, Vol. 2, no. 4.
- CORDELL, *Taxing the Internet: the proposal for a bit tax*, in *Journal of Internet Banking and Commerce*, 1997, vol. 2, no. 2.
- CUEMAN, *The Netflix Tax: Chicago's Extension of Its Amusement Tax to Include Electronically Delivered Entertainment Faces Numerous Challenges and Sets the Stage for Taxing on Streaming-Based Entertainment*, in *DePaul Bus. & Comm. L.J.*, 2016-2017, vol. 15, no. 159.
- D'ANGELO, *La territorialità del tributario nell'era di Internet*, in *Ianus Diritto e Finanza*, 2014.
- D'ANGELO, *Le diverse declinazioni della soggettività passiva iva: il caso clinico delle società cc.dd. in house*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2018, vol. 4.
- DALLERA, voce "imposta sul patrimonio", *Digesto*, 1994.
- D'ANGELO, *Nuove imposte ed economia digitale*, in *Studi Tributari Europei*, 2016, vol. 1.
- DE MITA, *Diritto tributario (giur. cost.)*, in *Enc. Dir.*, Annali III.
- DE PIETRO, *Tax treaty override*, The Hauge, Wolters Kluwer Law and Business, 2014.
- DE SANTIS, MAZZETTI, *Web tax e ritenuta sulle proprietà intellettuali spingono all'emersione delle stabili organizzazioni occulte*, in *Fisco*, 2018, vol. 18.

- DE WILDE, *Comparing Tax Policy Responses for the Digitalizing Economy: Fold or All-in*, in *Intertax*, 2018, vol. 6/7.
- DE WILDE, *Tax Jurisdiction in a Digitalizing Economy; Why 'Online Profits' Are So Hard to Pin Down*, in *Intertax*, 2015, vol. 12.
- DEL FEDERICO, *Le nuove forme di tassazione della Digital Economy ed i limiti delle scelte legislative nazionali*, Per un nuovo ordinamento tributario, Genova, 2016.
- DELLA VALLE, *La web tax italiana e la proposta di direttiva sull'imposta sui servizi digitali: morte di un nascituro appena concepito?*, in *Fisco*, 2018, vol.16.
- DEVERAUX, DE LA FERIA, *Designing and implementing a destination-based corporate tax*, in *Oxford University Centre for Business Taxation*, 2014, WP 14/07. Disponibile su <http://eureka.sbs.ox.ac.uk/5081/1/WP1407.pdf>
- DEVERAUX, SØRENSEN, *The Corporate Income Tax: international trends and options for fundamental reform*, Brussels, European Economy EU Commission Directorate-General for Economic and Financial Affairs, Economic Papers, 2006. Disponibile su http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication530_en.pdf
- DEVEREUX, VELLA, *Are We Heading Towards a Corporate Tax System Fit for the 21st Century?*, *Fiscal Studies*, 2014, vol. 35. Disponibile su <http://papers.ssrn.com/abstract=2532933>
- DEVEREUX, VELLA, *Debate: Implications of Digitalization for International Corporate Tax Reform*, in *Intertax*, 2018, vol. 46, no. 6/7.
- DI COCCO, *Il commercio elettronico*, in *Manuale di diritto dell'informatica e delle nuove tecnologie*, a cura di Pattaro, Clueb, Bologna, 2002.
- DI PIETRO (a cura di), *La dimensione fiscale dell'impresa tra ordinamento e mercati*, Bari, Cacucci, 2014.
- DI PIETRO, *Atti societari ed imposizione indiretta. Dalle Direttive comunitarie alla nuova riforma tributaria*, Padova, Cedam, 2005.
- DI PIETRO, *El CW como modo de financiación de la innovación: el papel de la fiscalidad en Italia*, in *Nueva Fiscalidad*, 2017, vol. 4.
- DI PIETRO, *Il consenso all'imposizione e la sua legge*, in *Rass. Trib.* 2012, vol. 1.
- DI PIETRO, *Imposte Moderne e Stati Post Nazionali*, in *European Tax Studies*, 2016, vol. 1.
- DI PIETRO, *Per una costituzione fiscale europea*, Cedam, San Giuliano Milanese, 2014.
- DIAN, *Google, panino fiscale servito*, in *Dir Prat. Trib.*, 2013, vol. 5.

DOERNBERG, HINNEKENS, *Electronic Commerce and International Taxation*, Deventer, Kluwer Law International, 1998.

DOS SANTOS, LOPES, *Tax sovereignty, tax competition and the base erosion and profit shifting concept of permanent establishment*, in *EC tax review*, 2016, Vol. 25, no. 5/6.

DOUMA, *Optimization of tax sovereignty and free movement*, Amsterdam, IBDF, 2011
Disponibile su https://books.google.it/books?hl=it&lr=&id=PeNup9jn2IC&oi=fnd&pg=PA3&ots=9WYxk0Zfut&sig=TsN0B8px_Skjw92NxV7po_dXfVQ

DOURADO, *Debate: Digital Taxation Opens the Pandora Box: The OECD Interim Report and the European Commission Proposals*, in *Intertax*, 2018, vol. 46, no. 6/7.

DUBIN, *The EU digital service VAT change and the potential effects on suppliers and their customers*, in *Tax notes international*, 2015, Vol. 77, no. 6.

EDREY, *Income Tax Base: Moving from the British Source Doctrine to the American Concept of Accretion to Wealth--The Israeli Experience*, in *Transnational Lawyer*, 1990, vol. 3. Disponibile su <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tranl3&id=441&div=&collection=>

EGGERT, CHIEN, ROBERT, *Action 1: addressing the tax challenges of the digital economy*, in *International tax review*, 2015, Vol. 26, no. 10.

EINAUDI, *La coopération internationale en matière fiscale*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1928, in FRANSONI, *La stabile organizzazione: nihil sub sole novi?*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2015, vol.2.

ELBERSE, BARWISE, HAMMOND, *The impact of the internet on horizontal and vertical competition: Market efficiency and value chain reconfiguration*, in *The Economics of the Internet and E-commerce*, in *Advances in Applied Microeconomics*, a cura di Baye, 2002, Vol. 11, no. 1.

ELLIFFE, *The lesser of two evils : double tax treaty override or treaty abuse?*, in *British tax review*, 2016, no. 1.

ENGLISCH, *BEPS Action 1: Digital Economy – EU Law Implications*, in *British Tax Review*, 2015, Special Number.

ENGLISCH, *Seminar G: VAT and Direct Taxation of the Digital Economy*, in *Internationales Steuerrecht.*, 2016, Vol. 25, no. 17.

ESCRIBANO LOPEZ, *An Opportunistic, and yet Appropriate, Revision of the Source Threshold for the Twenty-First Century Tax Treaties*, in *Intertax*, 2015, Vol. 43, no. 1.

FALCÃO, MICHEL, *Assessing the tax challenges of the digital economy : an eye-opening case study*, in *Intertax*, 2014, Vol. 42, no. 5.

- FALSITTA, *Il principio della capacità contributiva nel suo svolgimento storico prima e dopo la costituzione repubblicana*, Milano, Giuffrè, 2014.
- FALSITTA, *Rilevanza delle circolari "interpretative" e tutela giurisdizionale del contribuente*, in *Rass. Trib.*, 1988, vol. 1.
- FALSITTA, *Unità e pluralità del concetto di abuso del diritto nell'ordinamento interno e nel sistema comunitario*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2018, vol. 4.
- FANTOZZI, *A Coordination on the Interpretation and Application of International Tax Law*, in *Departures from the OECD Model and Commentaries*, a cura di Maisto, Amsterdam, IBFD, 2014.
- FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Padova, Cedam, 2003.
- FANTOZZI, *L'armonizzazione comunitaria degli ordinamenti tributari, tra autorità e consenso*, in *Profili autoritativi e consensuali del diritto tributario*, a cura di La Rosa, Milano, Giuffrè, 2008.
- FANTOZZI, *La nuova disciplina Ires: i rapporti di gruppo*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, vol. 4.
- FANTOZZI, *La stabile organizzazione*, in *Riv. Dir Trib.*, 2013, vol. 2.
- FAZZINI, *Il principio di territorialità nel tributo sul valore aggiunto*, Padova, Cedam, 1995.
- FEDELE, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, Giappichelli, 2005, cit. p. 22
- FEDELE, *La funzione fiscale e la capacità contributiva*, in *Diritto tributario e Corte costituzionale*, a cura di AA.VV, Napoli, ESI, 2006.
- FEDELE., *Prime osservazioni in tema di Irap*, in *Riv. dir. tributario*, 1998, vol. I.
- FERNANDES, ASHWORTH, BOUVIER, *BEPS Action 1 and the digital economy : an unsolvable issue?*, in *Tax planning international : European tax service*, 2016, Vol. 18, no. 7.
- FERNANDEZ, HEIJ, POPE, *Tax Policy and Electronic Commerce*, in *Bulletin for International Taxation*, 2002, Vol. 56, No. 1.
- FICARI, *Il regime fiscale delle transazioni telematiche*, a cura di Ficari, Torino, Giappichelli 2004.
- FICARI, *Regime fiscale delle transazioni telematiche*, in *Rass. Trib.*, 2003, vol. 3.
- FILIPCZYK, *Why is tax Avoidance Immoral? Ethics, Metaethics and Taxes*. academia.edu, Warsaw, 2015 Disponibile su https://www.academia.edu/9096703/why_is_tax_avoidance_immoral_ethics_metaethics_and_taxes
- FILIPPI, voce "Imposta sul valore aggiunto", in *Enciclopedia del Diritto*, 1993.

- FINOCCHIARO, *Lex mercatoria e commercio elettronico, Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*, CeI, 2001 in **II** contratto telematico, a cura di V. Ricciuto - N. Zorzi, Padova, Cedam 2002.
- FISCHER, *Il progetto d'integrazione Ue non è solo il mercato unico*, il sole 24 ore, 19 giugno 2016.
- FLORA, *La "tela di Penelope" nella legislazione penale tributaria*, in *Riv. trim. dir. pen. Econ.*, 2017, ¾.
- FLYNN, *Preparing for digital taxation in a blockchain world*, in *Tax planning international review*, 2016, Vol. 43, no. 10.
- FOX, MURRAY, *The sales tax and electronic commerce: So what's new?* in *National Tax Journal*, 1997.
- FRANSONI, *La nozione di stabile organizzazione personale nel diritto interno e la rilevanza della "stabilità" dell'organizzazione*, in *Riv. dir. trib.* 2002, Vol. 4.
- FRANSONI, *La stabile organizzazione: nihil sub sole novi?*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2015, vol. 2.
- FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, Cedam, 2004.
- FRANSONI, *La web tax: miti, retorica e realtà*, in *Riv. Dir. Trib.* (supplemento online), 5 aprile 2018.
- FRANSONI, *Per la chiarezza di idee su Bill Gates e la tassazione dei robot*, in *Riv. Dir. Trib.* (supplemento online) del 10 marzo 2017.
- FRANSONI, *Spunti in tema di abuso del diritto e "intenzionalità" dell'azione*, in *Rass. Trib.*, 2014, vol. 3.
- FRECKNALL, GLAISTER, *Electronic Commerce and International Taxation*, in *European Management Journal*, 2001, vol. 19, no. 6. Disponibile su [http://doi.org/10.1016/S0263-2373\(01\)00090-1](http://doi.org/10.1016/S0263-2373(01)00090-1)
- FREGNI, *Mercato unico digitale e tassazione: misure attuali e progetti di riforma*, in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, 2017, vol.1.
- FREGONARA, *Imprese innovative e nuove fonti di finanziamento - l'equity based crowdfunding: un nuovo modello di finanziamento per le start up innovative*, in *Giur. It.*, 2016, vol. 10.
- FRONDA, *BEPS and the digital economy : why is it so taxing to tax?*, in *International tax review*, 2014, Vol. 25, no. 6.
- FUCHS, *The Israeli tax authority - overstepping the bounds of digital taxation*, in *notes international*, 2015, Vol. 78, no. 5.

- FUEST, SPENGLER, *Profit shifting and “aggressive” tax planning by multinational firms: Issues and options for reform*, in ZEW-Centre for European Economic Research, 2013. Disponibile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2303676
- GAFFURI, *La compatibilità dell'imposta regionale sulle attività produttive con i precetti fondamentali dell'ordinamento giuridico: stato della questione*, in *Riv. dir. trib.*, 1999, vol. 1.
- GAFFURI, *La determinazione del reddito della stabile organizzazione*, in *Rass. Trib.*, 2002, vol. 1.
- GAFFURI, *L'attitudine alla contribuzione*, Milano, 1969.
- GALGANO, *Diritto commerciale*, voce del Digesto, disc. Sc. Commerciali, 1989.
- GALLE, *Kill Quill, Keep the Dormant Commerce Clause: History's Lessons on Congressional Control of State Taxation*, in *Stanford Law Review Online*, 2018, Vol. 70.
- GALLIERS, NEWELL, SHANKS, TOPI, *Call for papers for the special issue: the challenges and opportunities of 'datification'; Strategic impacts of 'big' (and 'small') and real time data – for society and for organizational decision makers*, in *Journal of Strategic Information Systems*, 2015, vol. 24, no. II–III.
- GALLO, *Ancora in tema di eguaglianza tributaria*, in *Riv. Dir. Trib. e Sc. Finanze*, 2013, vol. 4.
- GALLO, *Il diritto e l'economia. Costituzione, Cittadini e Partecipazione*, in *Rass. Trib.*, 2016, vol. 2.
- GALLO, *Mercato unico e fiscalità: aspetti giuridici del coordinamento fiscale*, in *Rass. Trib.*, 2000, vol. 3.
- GALLO, *Ratio e struttura dell'Irap*, in *Rass. trib.*, 1998, vol. 3.
- GALLO, *Sviluppo, occupazione e competitività: profili fiscali*, in *Rass. Trib.*, 1999, vol. 4.
- GALLO, *Tributi, Costituzione, crisi economica*, in *Rass. Trib.*, 2017, vol. 1.
- GALLO., *Imposta regionale sulle attività produttive (IRAP)*, in *Enc. Dir., App.*, V, 2001.
- GAOUA, *Taxation of the digital economy : French reflections*, in *European taxation European Taxation*, 2014, vol. 1.
- GARBARINI, *La disciplina fiscale del commercio elettronico: principi ispiratori, problematiche applicative e prospettive di sviluppo*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2000, vol.71, no.5.
- GARBARINO, *Nuove dimensioni della transnazionalità dell'imposizione*, in *L'evoluzione dell'ordinamento tributario italiano*, a cura di AA.VV., Atti del convegno “I settanta anni di Dir. Prat. Trib.”, Padova, 2000.

- GARBARINO, Nuove dimensioni della transnazionalità dell'imposizione, *Rass. trib.* 2000, 866;
- GARBARINO, *Profili impositivi delle operazioni di commercio elettronico*, in *Dir. prat. trib.*, 1999, vol. I.
- GARBARINO, voce "Residenza", in *Digesto, disc. Giur. Comm.*, 2012.
- GARBARINO, voce "Stabile Organizzazione", in *Digesto sez. diritto commerciale*, 2009.
- GARCIA ANTON, *The 21st Century Multilateralism in International Taxation: The Emperor's New Clothes?*, in *World Tax Journal*, 2016.
- GARCIA PRATS, *El establecimiento permanente: Análisis jurídico-tributario internacional de la imposición societaria*, 1996.
- GENSCHEL, *Globalization, tax competition, and the fiscal viability of the welfare state*, MPIfG working paper 01/1, 2001, Disponibile su <http://www.econstor.eu/handle/10419/41660>
- GIACOMELLO, MENDEZ, *Cuius Regio, Eius Religio, Omnium Spatium? State Sovereignty in the Age of the Internet*, in *Information & Security - An International Journal*, 2001, vol. 7, no. 1. Disponibile su http://procon.bg/bg/system/files/07.01_Giacomello_Mendez.pdf
- GIANNATTASIO, *Permuta (diritto vigente)*, in *NN.D.I.*, XII, Torino, 1965.
- GIARDINA, *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva*, Milano, Giuffrè, 1961.
- GIOVANNINI, "Costo" e "inerenza" nel diritto tributario, in *Rass. Trib.*, 2017, vol. 4.
- GIOVANNINI, *Il re fisco è nudo*, Milano, Franco Angeli, 2016.
- GIOVANNINI, *Le metodologie di ricerca nel diritto tributario*, in *Rass. Trib.*, 2016, vol. 1.
- GIOVANNINI, *Legalità ed equità: per un nuovo sistema impositivo*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2017, vol. 6..
- GIOVANNINI, *Principi costituzionali e nozione di costo nelle imposte sui redditi*, in *Rass. Trib.*, 2010, vol. 3.
- GIOVANNINI, *Ripensare la capacità contributiva*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2016, vol. 1.
- GÓMEZ REQUENA, MORENO GONZÁLEZ, *Los libros electrónicos y el tipo reducido de IVA desde la perspectiva de la neutralidad fiscal*, La ley Unión Europea, 2017.
- GONZÁLEZ, BARREDA, *A Historical Analysis of the BEPS Action Plan: Old Acquaintances, New Friends and the Need for a New Approach*, in *Intertax*, 2018, vol. 46, no. 4.
- GRAETZ, O'HEAR, *The "Original Intent" of US International Taxation*, in *Duke Law Journal*, 1997, vol. 46, no. 5. Disponibile su <http://www.jstor.org/stable/1372916>

- GRANDINETTI, *Gli accordi preventivi con le imprese aventi attività internazionale*, in *Rass. Trib.*, 2017, vol. 3.
- GRAZIADIO, *Mercati digitali e diritto antitrust*, in *Dir. Industriale*, 2006, vol. 6.
- GREGG, *Double Taxation*, in *Transactions, Year*, 1947, vol.33. no.77.
- GREGGI, *Genuine Nexus or Perpetual Allegiance ? (Some Considerations on the “Diverted Profit Tax” Proposal)*, in *ITax*, 2015, vol. 4, no. 1.
- GREGGI, *Il Rapporto BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) dell’OCSE e la sua incidenza sull’attività di tutela dell’interesse erariale*, in *Rivista della Guardia di Finanza*, 2013, vol. 61, no.6.
- GREGGI, *Profili fiscali della proprietà intellettuale nelle imposte sui redditi*, Pisa, Pacini Giuridica, 2009.
- GREGGI, *The Dawn of a General Anti Avoidance Rule: the Italian Experience*, in *ITax*, 2016, vol. 5, no. 1.
- GREGGI, voce “Patent box”, in *Digesto disc. Commerciale*, 2017.
- GRIZIOTTI, *Il principio della capacità contributiva e sue applicazioni*, in *Riv. dir. fin.*, 1949, vol. I, no. 15.
- GRIZIOTTI, *L'imposition fiscale des entrangers*, in *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*, 1926.
- GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, I, Genève, 1953.
- GUPTA, *Taxing the new gig economy*, in *Bulletin for International Taxation*, 2018, Vol. 72, No. 4a/Special Issue.
- HAHN, *Sourcing and the Streamlined Sales Tax Project*, in *Journal of State Taxation*, 2008, Vol. 26, no. 3.
- HAM - VAN DER, RETZER, *Tax challenges of digital economy transactions and current OECD, German PE developments*, in *Tax planning international: European tax service*, 2015, Vol. 17, no. 1.
- HARLEY, *VAT and the digital economy: how can VAT evolve to meet the challenge of e-commerce?*, in *Tax Planning International E Commerce*, 1999, Vol. 1, no. 10.
- HARRINGTON, *Increased taxation of the digital economy : can OECD countries get it if they really want?*, in *Tax notes international*, 2014, Vol. 73, no. 2.
- HEALY, *Steamlined Sales Tax Project*, in *Journal of State Taxation*, 2006, Vol. 24, no. 3.

HECKEMEYER, OVERESCH, *Multinationals' profit response to tax differentials: Effect size and shifting channels*, ZEW-Centre for European Economic, 2013. Disponibile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2303679

HEEREN, *Sustainability of the arm's length principle as the basis for international income allocation in a digitalising economy : recommendations for the Dutch and international legal system based on a multi-jurisdictional legal comparison taking into consideration the OECD/G20 BEPS project*, in Publisher Kluwer publication, 2016.

HELLERSTEIN, HELLERSTEIN, YOUNGMAN, *State Taxation, State and Local Taxation: Cases and Materials*, St. Paul, MN, Thomson/West, 2005.

HELLERSTEIN, *Jurisdiction to Impose and Enforce Income and Consumption Taxes: Towards a Unified Conception of Nexus in Value Added Tax and Direct Tax: Similarities and Differences*, the Netherlands, IBFD, 2009.

HELLERSTEIN, *Jurisdiction to tax in digital economy : permanent and other establishments*, in *Bulletin for international taxation*, 2014, Vol. 68, no. 6/7 special issue.

HELLERSTEIN, *Jurisdiction to Tax in the Digital Economy: Permanent and Other Establishments*, in *Bull. Intl. Tax.*, 2014.

HELLERSTEIN, *State Taxation of Electronic Commerce*, in *Tax Law Review*, 1996, vol. 52.

HERZFELD, *Probleme des Internationalen Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des Territorialitäts-problems und des Qualification problems*, in *Vierteljahresschrifts für Steuer und Finanzrecht*, Berlin, 1932.

HINNEKENS, *Application of permanent establishment and other jurisdictional rules to income taxation of electronic commerce*, in *La fiscalità del commercio via Internet: attualità e prospettive*, a cura di Rinaldi, Torino, Giappichelli, 2001.

HINNEKENS, *International tax planning and electronic commerce*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2004.

HINNEKENS, *New Age International Taxation in the Digital Economy of the Global Society*, in *Intertax*, 1997, vol. 4.

HINNEKENS, *The Challenges of Applying VAT and Income Tax Territoriality Concepts and Rules to International Electronic Commerce*, in *Intertax*, 1998, vol. 26, n. 2.

HJI PANAYI, *International tax law following the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, in *Bulletin for international taxation*, 2016, Vol. 70, no. 11.

HOFMANN, RIEDEL, *Comment on Taxing Where Value Is Created: What's 'User Involvement' Got to Do with It?*, *Intertax* 2019, n. 2, p. 172.

HOLDERNESS, *Questioning Quill*, in *Virginia Tax Review*, 2018, Vol. 37, no. 2.

- HONGLER, PISTONE, *Blueprints for a new PE nexus to tax business income in the Era of the Digital Economy*, IBFD, 2015 disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2586196> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2586196>
- HURK, *Tax Planning, Ethics and Our New World*, in *Bulletin for International Taxation*, 2018, vol. 72, No. 2.
- IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1998.
- JOCHUM, ESSERS, LANG, *Practical problems in European and international tax law : essays in honour of Manfred Mössner*, IBFD, 2016.
- JOVANOVIC, MERKX, *Welmory : a recipe for VAT avoidance?*, in *EC tax review*, 2015, Vol. 24, no. 4.
- KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, tr. it. di Losano, Torino, Einaudi Editore, 1966.
- KEMMEREN, *A Global Framework for Capital Gains Taxes*, in *Intertax*, 2018, vol. 4.
- KEMMEREN, *Should the taxation of the digital economy really be different*, in *EC tax review*, 2018, Vol. 27, no. 2.
- KEMMEREN, *Source of Income in Globalizing Economies: Overview of the Issues and a Plea for an Origin-Based Approach*, in *Bull. for Intl. Taxn.*, 2006, vol. 60, no. 11
- KINGSON, *The coherence of international taxation*, in *Columbia Law Review*, 1981, vol. 86, no. 1. Disponibile su <http://www.jstor.org/stable/1122118>
- KLASSEN, LAPLANTE, *Are U.S. Multinational Corporations Becoming More Aggressive Income Shifters?* in *Journal of Accounting Research*, 2012, vol. 50, no. 5. Disponibile su <http://doi.org/10.1111/j.1475-679X.2012.00463.x>
- KOBETSKY, *International Taxation of Permanent Establishments*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011. Disponibile su <http://doi.org/10.1017/CBO9780511977855>
- KOFLER, MAYR, SCHLAGER, *Taxation of the Digital Economy: A Pragmatic Approach to Short-Term Measures*, in *European Taxation*, 2018, Vol. 58, No. 4.
- KOGELS, *Base erosion and profit shifting and value added tax in the digital economy*, in *EC tax review*, 2016, Vol. 25, no. 4.
- KOGELS, *Making VAT fit for the digital world*, in *International VAT monitor*, 2015, Vol. 26, no. 6.
- KRAUTZE, *Impact of cloud computing on permanent establishments under the OECD Model Tax Convention*, in *Tax management international journal*, 2015, Vol. 44, no. 3.
- LA ROSA, voce “*Esenzioni e agevolazioni tributarie*”, in *Enc. Giur.* Vol XXXI, 1989.

- LA VALVA, *L'impatto del BEPS nell'ordinamento italiano con riguardo al regime fiscale della digital economy*, in *Dir. e processo tributario*, 2015.
- LAMENSCH, *European Value Added Tax in the Digital Era - A Critical Analysis and Proposals for Reform*, 2016.
- LAMENSCH, *European VAT in the digital era : a critical analysis and proposals for reform*, 2015.
- LAMENSCH, *Is there any future for the vendor collection model in the 21st century economy?*, in *International VAT monitor*, 2016, Vol. 27, no. 3.
- LAMENSCH, TRAVERSA, VAN THIEL, *Value added tax and the digital economy: the 2015 EU rules and broader issues*, Kluwer Law International, 2016.
- LANG, HEIDENBAUER, *Wholly Artificial Arrangements*, in *A Vision of Taxes Within and Outside European Borders*, a cura di Hinnekens L. & P., The Netherlands, Kluwer Law International, 2008.
- LANG, LEJEUN, *VAT/GST in a global digital economy*, Kluwer Law International, 2015.
- LEO, *Quale tassazione per l'economia digitale*, in *Fisco*, 2018, vol. 21.
- LOGOZZO, *Le accise: inquadramento sistematico e questioni aperte*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2018, vol. 2, no. I.
- LUPI, *Economia digitale tra stabile organizzazione occulta e pubblicità «on line»*, in *Lo Stato civile italiano*, 2014, vol. 3.
- LUPI, *Il diritto amministrativo dei tributi*, Roma, Castelvechi, 2017.
- LUPI, *Il fuorviante accostamento tra Iva e Irap*, in *Rass. Trib.*, 2005, vol. 3.
- LUPI, STEVANATO, *Il valore aggiunto tra Irap e Iva: le due facce di un equivoco*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2005, vol. 2.
- LUTS, KEMPENEERS, *'Case C-648/15 Austria v. Germany: Jurisdiction and Powers of the CJ to Settle Tax Treaty Disputes Under Article 273 TFEU Article*, in *Intertax*, 2018, vol. 1.
- LYMER, HASSELDINE, *Introduction to taxation in an international context, The International Taxation System*, Boston, MA, Springer, 2002.
- MACARIO, *Proliferare delle fonti, armonizzazione e certezza*, in *AIDA*, 2014, vol. 1.
- MACARRO OSUNA, *Non-reduced rates for E-books: has the ECJ allowed a violation of fiscal neutrality?*, in *International VAT monitor*, 2016, Vol. 27, no. 4.
- MACLENNAN, *The Questionable Legality of the Diverted Profits Tax Under Double Taxation Conventions and European Union Law*, in *Intertax*, 2016, vol. 12.

- MACZKOVICS, *Fasten your seat belts: EC scrutinises aggressive tax planning*, in *Tax planning international: European tax service*, 2014, vol. 16.
- MAISTO, *Brevi riflessioni sulla evoluzione del concetto di "genuine link" ai fini della territorialità dell'imposizione tributaria tra diritto internazionale generale e diritto dell'Unione europea*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, vol.10.
- MAISTO, *Le prime riflessioni dell'Ocse sulla tassazione del commercio elettronico*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1998, vol. 1.
- MALHERBE, *Double taxation and national fiscal interests*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2015, vol. 2.
- MALONE, YATES, BENJAMIN, *Electronic Markets and Electronic Hierarchies*, in *Communication of the ACM*, 1987, vol. 30, no. 6.
- MALONE, YATES, BENJAMIN, *The Logic of Electronic Market*, in *Harvard Business Review*, 1989, vol. 67, no. 3.
- MANGANELLI, *Territorialità dell'imposta*, in *Digesto disc. priv., dir. comm.*, Torino, 1998.
- MANGIAMELI, *L'ordinamento europeo*, volume 2, Milano, Giuffrè, 2006.
- MANN, *The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years*, in *Recueil A.D.I.*, 1984, vol. 186.
- MARELLO, *Diseguaglianza, consenso, visibilità: riflessioni sull'introduzione di un'imposta generale sul Patrimonio*, in *Rass. Trib.*, 2014, vol. 5.
- MARELLO, *Le categorie tradizionali del diritto tributario ed il commercio elettronico*, in *Riv. Dir. Trib.* 1999, vol. I.
- MARIAN, *Are cryptocurrencies 'super' tax havens?*, in *Michigan Law Review First Impressions*, 2013, Vol. 112.
- MARINO, *L'unificazione del diritto tributario: tassazione mondiale verso tassazione territoriale*, Studi in onore di Victor Uckmar, Padova, 1997
- MARINO, *L'IRES nel contesto della tassazione delle società nella ue: bilanci e prospettive*, in *Rass. Trib.*, 2015, vol. 1.
- MARTÍN JIMÉNEZ, *BEPS, the Digital(ized) Economy and the Taxation of Services and Royalties*, in *Intertax*, 2018, vol. 46, no. Issue 8/9.
- MATTIONI, voce "sovranità", in *Digesto discipline pubbliciste*, 2012.
- MAUGERI, *Elementi di criticità nell'equiparazione, da parte dell'AEESGI, dei «prosumer» ai «consumatori» e ai «clienti finali»*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, vol.7-8.

- MAYR, SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, Wolters Kluwer, 2016.
- MAZUR, *Taxing the cloud : transfer pricing considerations*, in *Tax notes international*, 2017, Vol. 85, no. 5.
- MCBRIDE, *Indirect tax : innovation, energy, and e-commerce*, in *International tax review*, Vol. 26, no. 1.
- MCLURE, *EU and US sales taxes in the digital age : a comparative analysis*, in *Bulletin for international fiscal documentation*, 2002, Vol. 56, no. 4.
- MCLURE, *Taxation of electronic commerce: Economic objectives, technological constraints, and tax laws*, in *Tax Law Review*, 1996, vol. 52.
- MELIS, *Commercio elettronico nel diritto tributario*, in *Digesto discipline privatistiche*, sezione commerciale, Aggiornamento, IV, Utet, Torino, 2008.
- MELIS, *Commercio elettronico nel diritto tributario*, in *Digesto, disc. priv. sez. comm.* 2008.
- MELIS, *Economia digitale e imposizione indiretta: problemi di fondo e prospettive*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2016, vol. 4.
- MELIS, *Le interrelazioni tra le nozioni di residenza fiscale e stabile organizzazione: problemi ancora aperti e possibili soluzioni*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2014, vol. 1.
- MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Torino, Giappichelli, 2017.
- MELIS, *Perdite Intracomunitarie, Potestà Impositiva E Principio Di Territorialità: Unicuique Suum?*, in *Rass. Trib.*, 2008, vol. 5.
- MELIS, *Profili strutturali dell'imposizione indiretta dell'economia digitale*, in *Diritto, Mercato, Tecnologia*, 2016.
- MELIS, TISCINI, *La tassazione del reddito di impresa: problemi attuali e prospettive di riforma in chiave comparatistica*, in *Rass. Trib.*, 2014, vol. 1.
- MELOT, *Essai sur la compétence fiscale étatique*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2004.
- MERCURIO, *Il commercio elettronico. Profili di diritto internazionale tributario, comunitario ed interno*, Bologna, Gedit, 2009.
- MICELI, *La territorialità iva nelle operazioni telematiche*, in *Rass. Trib.* 2004.
- MICOSSI, *La fiscalità d'impresa nel nuovo mondo globalizzato e digitalizzato*, in *Assonime, Note e Studi*, 2017, vol. 1.

- MINOR, GÄRTNER, *VAT on electronically supplied services to EU consumers: a practical compliance guide for cross-border suppliers of digital goods and services*, in *Publisher Spitze Publishing*, 2014.
- MODUGNO, voce “*Fonti del diritto*”, in *Digesto disc. Sc. Pubbl.*
- MONDINI, *Contributo allo studio del principio di proporzionalità nel sistema dell’IVA europea*, Pisa, Pacini, 2012.
- MONDINI, *Il principio di neutralità dell’iva tra mito e (perfettibile) realtà*, in *Principi di diritto tributario europeo*, a cura di Di Pietro, Tassani, Padova Cedam, 2013.
- MONTALCINI. SACCHETTO C(amillo)., *Diritto tributario telematico*, Torino, Giappichelli, 2017.
- MONTANARI, *Rapporti e contratti informatici: il sistema dell’iva e dei tributi indiretti sugli affari*, in *Diritto dell’informatica*, a cura di Delfini, Finocchiaro, Torino, 2014.
- MORENO GONZÁLEZ, *Tax Rulings: Intercambio de información y ayudas de Estado en el contexto post-BEPS*, in *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2017.
- MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, Cedam, 1973.
- MOSCHETTI, *Irap, imprese e lavoro autonomo, profili costituzionali e applicativi*, in *Atti del Convegno di studi di Pisa*, in *Il Fisco*, 1999, vol. 29.
- MURARO, *L'imposta patrimoniale*, Padova, Cedam, 1986.
- MURATA, DODDS, *Japan's consumption tax treatment of cross-border supplies of services*, in *Tax planning international review*, 2014, Vol. 41, no. 8.
- MUSGRAVE, *Principles for Dividing the State Corporate Tax Base*, in *The State Corporation Income Tax: Issues in Worldwide Unitary Combination*, a cura di Charles E. McLure, Jr., Stanford, Hoover Institution Press, 1984.
- MUSGRAVE, *Sovereignty, entitlement, and cooperation in international taxation*. In *Brook. J. Int'l L.*, 2000, vol. 26, no. 4.
- NAGY, *New Japanese consumption tax rules alter landscape for digital services*, in *Tax notes international*, 2016, Vol. 81, no. 6.
- NIEMINEM, *The Scope of the Commission’s Digital Tax Proposals*, in *Bulletin for International Taxation*, 2018, Vol. 72, No. 11.
- NORR, *Jurisdiction on Tax and International Income*, in *Tax Law Review*, 1961, vol. 17.
- OBERSON, *Taxing Robots? From the Emergence of an Electronic Ability to Pay to a Tax on Robots or the Use of Robots*, in *World Tax Journal*, 2017, Vol. 9, No. 2.

- OKA, *Japan: the cloud, e-commerce and taxable presence*, in *Asia-Pacific tax bulletin*, 2015, Vol. 21, no. 2.
- OLBERT, SPENGEL, *International taxation in the digital economy : challenge accepted?*, in *World tax journal*, 2017, Vol. 9, no. 1.
- OLBERT, SPENGEL, WERNER, *Measuring and Interpreting Countries' Tax Attractiveness for Investments in Digital Business Models*, *Intertax*, 2019, 2, p. 148.
- OLIVIERI, *Del mercato delle cose al mercato delle idee*, in *Rivista delle Società*, 2017, vol. 4.
- O'SHEA, *Fiscal policy in the EU : recent developments*, in *Tax notes international*, 2014, Vol. 74, no. 1.
- OSTERWALDER, PIGNEUR, *Business Model Generation. A Handbook for Visionaries, Game Changers, and Challengers*, New Jersey, John Wiley & Sons, Hoboken, 2010.
- OWENS, *The Tax Man Cometh to Cyberspace, Symposium on Multi-Jurisdictional Taxation*, in *Tax Notes International*, 1997, vol. 14.
- PAARDEKOOPEL [et al.], *Tax considerations for the European Union's digital single market strategy*, in *Intertax*, 2016, Vol. 44, no. 6/7.
- PARADA TORRALBA, *Emprendimiento digital y nuevas oportunidades de negocio*, in *Tendencias y desafíos fiscales de la economía digital*, a cura di Moreno Gonzalez, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- PASERMAN, SKALD, *Israel's take on BEPS Action 1 : taxing the digital economy*, *Tax planning international : European tax service*, 2016, Vol. 18, no. 9.
- PASERMAN, SKALD, LEVY, *Israeli taxation trends and key changes in 2017*, in *Tax planning international : European tax service*, 2017, Vol. 19, no. 2.
- PEDACCINI, *L'imposizione diretta nel contesto dell'economia digitale: stabili organizzazioni "virtuali", ritenute fiscali e la "diverted profit tax" - Direct taxation within the context of digital economy: "virtual" permanent establishments, withholding taxes and the diverted profit tax*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 2015, vol. 4.
- PELLEFIGUE., *Transfer pricing economics for the digital economy*, in *International transfer pricing journal*, 2015, Vol. 22, no. 2.
- PERRONE CAPANO, *La futura "web tax" tra improvvisazione italiana e pragmatismo riformista dell'UE: un'analisi evolutiva*, in *Innovazione e Diritto*, 2017, vol. 6, no. 5.
- PERRONE, *Nuovi criteri di collegamento e ridefinizione del concetto di stabile organizzazione nella Digital Economy*, in *Le nuove forme di tassazione della Digital Economy*, a cura di Del Federico, Aracne, Roma, 2018.

- PFEIFFER, *VAT on "free" electronic services*, in *International VAT monitor*, 2016, Vol. 27, no. 3.
- PIANTAVIGNA, *Abuso del diritto e fiscalità nella giurisprudenza comunitaria: un'ipotesi di studio*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2009, vol. 3.
- PIANTAVIGNA, *Il caso spagnolo Dell: un'interpretazione dinamica della nozione di stabile organizzazione*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2017, vol. 2.
- PIANTAVIGNA, *Tax Competition and Tax Coordination in Aggressive Tax Planning: A False Dichotomy*, in *World Tax Journal*, 2017, Vol. 9, No. 4.
- PIERRO, *Beni e servizi nel diritto tributario*, Padova, Cedam, 2003.
- PIKETTY, *Il capitale nel XXI secolo*, Bompiani, 2014.
- POPA, *Taxation of the Digital Economy in Selected Countries – Early Echoes of BEPS and EU Initiatives*, in *European Taxation*, 2016, Vol. 55, No. 1.
- PROTO, *Considerazioni in tema di applicabilità delle nozioni tradizionali di residenza e stabile organizzazione alle nuove realtà telematiche*, in *Riv. dir. Fin.*, 2005, vol. 3.
- QUADRI, *Armonizzazione fiscale europea*, Torino, Giappichelli, 2003
- QUARANTINO, *New provisions regarding the taxation of the digital economy*, in *European taxation*, 2014, Vol. 54, no. 5.
- RAJGOPALAN, *Copyright law and taxation of software*, in *Asia-Pacific tax bulletin*, 2016, Vol. 22, no. 4.
- RENDAHL, *Cross- border consumption taxation of digital supplies*, Amsterdam, IBFD 2009.
- RENDAHL, *Cross-border consumption taxation of digital supplies : a comparative study of double taxation and unintentional non-taxation of B2C-commerce*, IBFD Academic Council Jönköping International Business School, 2009.
- RINALDI, *I servizi informatici tra principi generali d'imposizione e regime speciale*, in *Lo stato della fiscalità nell'Unione europea. L'esperienza e l'efficacia dell'armonizzazione*, a cura di AA.VV., 2003.
- RINNINSLAND, LOBO, *US-based pushback on BEPS*, in *Intertax*, 2015, Vol. 43, no. 1.
- RIZZARDI, *Tassazione dell'economia digitale: le proposte degli esperti europei*, in *Corriere tributario*, 2014 vol. 40.
- ROBBINS, *Internet, Industry and International Trade: Digital Tradability in Services*, in *Journal of World Trade*, 2018, vol. 52, no. 2.

- ROCCATAGLIATA, *Nozione comunitaria di stabile organizzazione: armonizzazione e coordinamento fiscale*, in *Riv. dir. trib. internaz.*, 2002.
- ROCCATAGLIATA, VALENTE, *Bit tax, ultima frontiera nella società dell'informazione?*, in *Fisco*, 1999.
- ROSEMBUJ, *El impuesto digital*, in *El Fisco*, 2015.
- ROSEMBUJ, *Harmful Tax Competition*, in *Intertax*, 1999.
- ROSEMBUJ, *La capacità contributiva del «non fare». Il concetto di imposta. A proposito di un'importante sentenza della corte suprema degli Usa*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2012, vol. 6.
- ROSENSWEIG, *Tax Authorities Publish Draft Circular on Internet Activity of Foreign Companies*, in *International transfer pricing journal*, 2015.
- ROSSELLO, *La nuova disciplina del commercio elettronico. Principi generali ed ambito di applicazione*, in *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina*, 2003.
- ROZAS VALDES, *El impuesto catalán sobre la provisión de servicios de comunicaciones electrónicas*, in *Revista de Privacidad Y Derecho Digital*, 2015.
- SACCHETTO, *Profili fiscali dell'arbitrato*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2000, vol. 1.
- SACCHETTO, *Territorialità*, in *Enciclopedia del diritto*, (dir. tribut.), XLIV, 1992.
- SAINT, AMANS, RUSSO, *The men behind BEPS*, in *International tax review*, 2014, vol. no. 25.
- SALLUSTIO, *Commercio elettronico diretto ed imposizione sui redditi. Beni digitali, beni immateriali e “de materializzazione” dell'attività d'impresa*, Tesi di Dottorato, LUISS Guido Carli, 2012.
- SALVINI, *I regimi fiscali e la concorrenza tra imprese*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2016, vol.2.
- SALVINI, *La strategia anti-beps nell'economia digitale: la revisione del criterio di collegamento*, in *Rass. Trib.*, 2017, vol. 3.
- SANTINI, *Il commercio*, Saggio di economia del diritto, Bologna, il Mulino, 1979.
- SARFO, *Finding Middle Ground over Unilateral Digital Taxation*, in *Bulletin for International Taxation*, 2018, Vol. 72, No. 4a/Special Issue.
- SARKAR, BUTLER, STEINFELD, *Intermediaries and cybermediaries: A continuing role for mediating players in the electronic marketplace*, in *Journal of Computer-Mediated Communication*, 1995, vol. 1, no. 3.
- SCAZZIERI, *Ricchezza*, voce dell'*Enciclopedia delle Scienze Sociali*, 1997.

- SCHAUMBURG, *Internationales Steuerrecht*, Köln, 1993.
- SCHIAVOLIN, *L'imposta regionale sulle attività produttive: profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 2007.
- SCHIAVOLIN, *Prime osservazioni sull'affermata legittimità costituzionale dell'imposta regionale sulle attività produttive*, in *Giur. It.*, 2001, vol. 10.
- SCHÖN, *Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy*, Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, Working Paper, December 2017.
- SCHÖN, *Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy*, in *Bulletin for International Taxation*, 2018, Vol. 72, No. 4/5.
- SCHWANKE, *Analysis Facebook's Tax Fiasco*, in *Int'l. Tax Rev.*, 2016, Vol. 27, no.3.
- SERRA, *La nottola di Minerva II: atti del sabato del Centro per la filosofia italiana*, Roma, 2012.
- SERRANÒ, *Beni e cose nella fattispecie dell'e-commerce*, in *Boll trib.* 2007.
- SHAFFER, ZETTELMEYER, *The Internet as a Medium for Marketing Communications: Channel Conflict over the Provision of Information*, Working paper, 1999.
- SHAKOW, *The taxation of cloud computing and digital content*, in *Tax notes international*, 2013, Vol. 71, no. 4.
- SHAKTAWAT, MEHTA, *Equalization levy, not a tax on "income"!*, in *Tax planning international review*, 2016, Vol. 43, no. 7.
- SHOUP, HAIMOFF, *The Sales Tax*, in *Columbia Law Review*, 1934, vol. 34.
- SINGH, *Taxation of Digital Economy: An Indian Perspective*, in *Intertax*, 2017, Vol. 45, no. 6/7.
- SKAAR, *Erosion of the Concept of Permanent Establishment: Electronic Commerce*, in *Intertax*, 2000.
- SKAAR, *Permanent Establishment: Erosion of A Tax Treaty Principle*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991.
- SPENCER, *OECD BEPS project: tax challenges of the digital economy (part 1)*, in *Journal of international taxation*, 2014, Vol. 25, no. 1.
- SPIEKERMANN, ACQUISTI, BÖHME, KAI-LUNG HUI, *The challenges of personal data markets and privacy*, in *Electronic Markets*, 2015, Vol. 25, no. 2.
- SPIES, *Permanent Establishment versus Fixed Establishment: The Same or Different?*, in *Bulletin for International Taxation*, 2017, vol. 12.

- STABILE, *Le nuove frontiere della pubblicità e del marketing su internet*, in *Dir. Industriale*, 2009, vol. 5.
- STANLEY, SMITH, *DSM to be enhanced during destination principle expansion*, in *International tax review*, 2015, Vol. 26, no. 8.
- STANLEY, SMITH, *E-commerce: the global shift in taxation*, in *International tax review*, 2016, Vol. 27, no. 9.
- STEWART, *Abuse and economic substance in a digital BEPS world*, in *Bulletin for international taxation*, 2015, Vol. 69, no. 6/7 (special issue).
- SUSARLA, NATARAJAN, *Bandwidth capacity : taxability and controversy*, in *Asia-Pacific tax bulletin*, 2015, Vol. 21, no. 3.
- TABELLINI, *Persone giuridiche (imposta sul reddito delle)* voce dell'*Enciclopedia del Diritto*, XXXIII, 1983.
- TAN, JI, LIM e TSENG, *Using big data to make better decisions in the digital economy*, in *International Journal of Production Research*, 2017, Vol. 55.
- TAN, LEE, TOH, *Singapore : the cloud, e-commerce and taxable presence*, in *Asia-Pacific tax bulletin*, 2015, Vol. 21, no. 2.
- TAN, *Tax treaties interpretation and application under the challenges of the digital economy - issues raised by PanAmSat v Beijing State Tax Bureau*, in *Revenue law journal*, 2006, Vol. 16.
- TANZI, *Globalization, Tax Competition and the Future of Tax Systems (No. 141)*, New York, 2006, Disponibile su <http://papers.ssrn.com/abstract=883038>
- TAPSCOTT, *Blueprint to the Digital Economy: Creating Wealth in the Era of E-Business*, Inc. New York, McGraw-Hill, 1999.
- TAPSCOTT, *The digital economy: promise and peril in the age of networked intelligence*, New York, McGraw-Hill, 1997.
- TARIGO, *Criteri di collegamento convenzionali nella recente giurisprudenza della Cassazione*, in *Rass. Trib.*, 2009, vol. 6.
- TASSANI, *Trasferimento di sede sociali in altro stato UE ed "exit tax"*, in *Giur. Imp.*, 2012, vol. 1.
- TAVARES, BOGENSCHNEIDER, *The new de minimis anti-abuse rule in the Parent-Subsidiary Directive: validating EU tax competition and corporate tax avoidance?* In *Intertax*, 2015, vol. 43, no. 8-9.
- TEICHNER, *Internationales Steuerrecht*, Stuttgart, 1967
- TERRA, WATTEL, *European Tax Law*, 2015, vol. 7.

- TESAURO, *Economia digitale : aspetti civilistici e fiscali*, 2002.
- TINELLI, PARISI, *Le società nel diritto tributario, Digesto Disc. Commerciali*, 1997.
- TING, *I-Tax Apple's International Tax Structure and Double Non Taxation Issue*, in *British Tax Review*, 2014, vol. 1.
- TOMAZELA, *A critical evaluation of the OECD's BEPS project*, in *Tax notes international*, 2015, Vol. 79, no. 3.
- TOSI) Torino, 2003, 445 ss
- TREMONTI, *Assegnazioni agevolate ai soci: un caso di assolutismo fiscale*, in *Corriere Giuridico*, 2000, vol. 2.
- TREMONTI, *Il Fisco "vecchio" di fronte a Internet – L'Europa e la tassazione dei beni intangibili*, il sole 24 ore, 25 settembre 2016.
- TREMONTI, *Le cause e gli effetti politici della prima crisi globale*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2010.
- TRENTA, *"The Italian "Google Tax". National taxation and the European e-Economy"*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2014, vol. 4.
- TRENTA, *Rethinking EU VAT for P2P distribution*, Kluwer Law International, 2015.
- TRENTA, *vat in Peer – to – peer content distribution, towards a tax proposal for decentralized networks*, Jonkoping, 2013.
- TROTT, *Innovation Management and New Product Development*, Prentice Hill, Financial Times, 2008.
- UDINA, *Il diritto internazionale tributario*, in *Trattato di diritto internazionale*, a cura di Fedozzi e Romano, X, Padova, 1949.
- URANIA GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998.
- URICCHIO, *Evoluzione tecnologia e imposizione: la cd. Bit tax. Prospettive di riforma della fiscalità di Internet*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2005, vol. II, n. 4/5.
- URICCHIO, *La fiscalità dell'innovazione nel modello industria 4.0.*, in *Rass. Trib.*, 2017, vol. 4.
- URICCHIO, *Le frontiere dell'imposizione tra evoluzione tecnologica e nuovi assetti istituzionali*, Cacucci, Bari, 2010.
- URICCHIO, *Nuove piraterie e ordinamenti giuridici interni e internazionali*, Cacucci, Bari, 2011.

URICCHIO, *Pubblicità e pubbliche affissioni (Imposte sulle)*, voce del *Digesto Commerciale*, 1995.

URICCHIO, *Some thoughts for e-reforming the tax system: beyond the bit tax*, in *Intertax*, 2006, vol. 12.

URICCHIO, SPINAPOLICE, *La corsa ad ostacoli della web taxation*, in *Rass. Trib.*, 2018, vol. 4.

VALENTE, *Criticità e prospettive in materia di contrasto all'erosione della base imponibile mediante il profit shifting: lo stato dell'arte*, in *Rivista di diritto tributario internazionale*, 2014, vol. 1.

VALENTE, *Digital Revolution. Tax Revolution?*, in *Bulletin for International Taxation IBFD*, 2018, Vol. 72, No. 4a/Special Issue

VALENTE, *Economia Digitale e Commercio Elettronico*, Milano, Wolters Kluwer, 2015.

VALENTE, *Elusione fiscale internazionale*, Milano, Wolters Kluwer, 2014.

VALENTE, ROCCATAGLIATA, *Internet, Aspetti giuridici e fiscali del commercio elettronico*, Roma, Ipsoa, 1999

VALENTE, *Taxless Corporate Income: Balance against White Income, Grey Rules and Black Holes*, in *European Taxation*, 2017, Vol. 57, No. 7.

VALZ, LA PIETRA, COLOMBAIONI, *Italian digital economy rules and EU law*, in *Tax planning international : European tax service*, 2014, Vol. 16, no. 5.

VAN BREDERODE, *A Normative Evaluation of Tax Law Enforcement: Legislative and Political Responses to Tax Avoidance and Evasion*, in *Intertax*, 2014, vol. 42, no. 12.

VAN BREDERORDE, *A Normative Evaluation of Consumption Tax Design: The Treatment of the Sales of Goods under VAT in the European Union and Sales Tax in the United States*, in *Tax Lawyer*, 2009, Vol. 62, no. 4.

VAN DER BOSCH, DIEDERICHSEN e DEMETRIUS, *Blockchain in Global Finance and Tax*, in *Derivatives & Financial Instruments*, 2018, Vol. 20, No. 1.

VAN HORZEN, VAN ESDONK, *Proposed 3% Digital Services Tax*, *International Transfer Pricing Journal*, 2018, Vol. 25, No. 4.

VAN MALDER, *EU's tax challenges in the digital economy*, in *Tax planning international: European tax service*, 2017, Vol. 19, no. 1.

VARANASI, NGAPPAN, *Financial Budget for 2016–2017: Has India Put Its BEPS Foot Forward?*, in *Intertax*, 2016, Vol. 44, no. 6/7

VERDROSS, *Völkerrecht*, Wien, 1959,

- VERGA, *L'industria 4.0 e il futuro dell'occupazione, ovvero un uomo e un cane*, il sole 24 ore, 5 dicembre 2016.
- VIOTTO, voce "*Tributo*", in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione commerciale, Torino, Utet, vol. XVI, 1999.
- VISCONTI, *La valutazione economica dei database (banche dati)*, in *Dir. Industriale*, 2017, 358, vol. 4.
- VLCEK, *Offshore Finance and Global Governance, Discipling the Tax Nomad*, UK, Palgrave MacMillan, 2017.
- VOGEL, *Der Raiimliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechts norm*, Frankfurt am Main-Berlin, 1965 in *Territorialità, Enciclopedia del diritto*, (dir. tribut.), a cura di Sacchetto, 1992.
- VOGEL, *Il diritto tributario internazionale*, in *Tratatto di diritto tributario*, a cura di Amatucci, Padova, Cedam, 1994.
- VOGEL, *On double taxation conventions*, London, 1997.
- WAGH, *The Taxation of Digital Transactions in India: The New Equalization Levy*, in *Bull. Int.l Tax.*, 2016.
- WALKER, ROTH, *Australia: the cloud, e-commerce and taxable presence*, in *Asia-Pacific tax bulletin*, 2015, Vol. 21, no. 2.
- WARREN, *Income tax discrimination against international commerce*, in *Tax Law Review*, 2000, vol. 54, no. 1. Disponibile su http://heinonlinebackup.com/hol/cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/taxlr54§ion=13
- WEILL, WOERNER, *Thriving in an increasingly digital ecosystem*, in *MIT Sloan Management Review*, 2015, vol. 56, no. 4.
- WESTBERG, *Cross-border Taxation of E-Commerce*, Amsterdam, IBFD, 2002.
- WESTBERG, *Digital presence – Does it exist?* in *La Digital Economy nel sistema tributario italiano ed europeo*, a cura di Del Federico Ricci, Padova, Cedam, 2015.
- WESTBERG, *Taxation of the digital economy - an EU perspective*, in *European taxation*, 2014, Vol. 54, no. 12.
- WHITE, *How Reform in the US Affects Microsoft's Tax Structure*, in *Int'l. Tax Rev.*, 2018, Vol. 29, no. 6.
- WILKIE, *Waiting for "BEPS" ... Canada "appears"*, in *International tax journal*, 2014, Vol. 40, no. 5.
- WONG, TAN, *Keeping up with the digital economy*, in *Asia-Pacific tax bulletin*, 2014, Vol. 20, no. 2.

- WOREK., *BEPS and the digital economy*, in *Tax notes international*, 2015, Vol. 79, no. 6.
- XAVIER, *Direito tributário internacional. Tributação das operações internacionais*, Coimbra, 1997.
- YANG, *Amazon Tax under Challenge*, in *Journal of State Taxation*, 2009, Vol. 27, no. 6.
- YANG, AQUILINO, *Updates on e-business tax*, in *Taxes - the tax magazine*, 2017, Vol. 95, no. 2.
- YODER, *Proposed new Subpart F income category: 'foreign base company digital income*, in *Tax management international journal*, 2015, Vol. 44, no. 4.
- ZENNARO, MOSCHETTI, voce *Agevolazioni fiscali*, in *Digesto*, IV ed., Torino, vol. I, 1988.
- ZUCCHETTI, TARDINI, LANFRANCHI, *The Italian "Web Tax": The New Administrative Procedure for Multinational Enterprises to Disclose Hidden Permanent Establishments in Italy*, in *Int. Tr. Pric. Journal*, September/October 2017.