

CAPITOLO 1

PROFILI STRUTTURALI E MODELLI IMPOSITIVI TRADIZIONALI

L'EVOLUZIONE IT

1.1 Premessa

Se la residenza fiscale di un soggetto economico è alle Bahamas, la sede legale è alle Bermuda, il server è collocato a Panama, le spedizioni dei suoi prodotti partono dalla Svizzera e la commercializzazione in Italia avviene dal Lussemburgo mediante un software concesso in licenza da una società americana del Gruppo ad una controllata olandese, chi e cosa assoggetteranno ad imposizione (ammesso che tutti prevedano di farlo) i diversi Stati “attraversati” dalla multinazionale?

Le poche righe appena sopra, più che un interrogativo, al quale non è semplice dare una risposta (si potrebbe dire tutto e il contrario di tutto), potrebbero essere considerate l’“epitaffio” dei tradizionali principi di imposizione tributaria, superati oramai dagli effetti dello sviluppo dell’ecosistema digitale.

L’innovazione tecnologica, stimolata dagli alti margini di profitto e dalla possibilità di destrutturare i pilastri a base degli ordinari principi d’imposizione, quali lo spazio ed il tempo, costituisce la forza trainante del mondo digitale, che consente di operare in una dimensione disciplinata da regole improprie, che non riescono a “tracciare” i flussi reddituali e a individuare e a controllare le nuove autostrade commerciali, sulle quali si è spostato il business delle grandi e delle piccole imprese.

Le leggi del mondo reale, caratterizzato dalla “fisicità” delle grandezze, non hanno alcun significato nel mondo virtuale, all’interno del quale non possono essere applicate, poiché ne mancano i presupposti applicativi: non vi è ancora un adeguato tessuto normativo idoneo a regolamentare (anche) la manifestazione di ricchezza derivante dall’utilizzo dell’ecosistema digitale. Ogni altra osservazione, allo stato, è superflua (*sic!*).

Il principio di territorialità, essenza e — allo stesso tempo — limite del potere impositivo di ogni Stato, resta fondamentale nel mondo fisico, giacché definisce e, come detto, limita i confini territoriali entro i quali uno Stato è

sovrano e può, pertanto, esercitare i propri poteri giurisdizionali.

Il mondo virtuale, per definizione, non conosce confini fisici né limiti temporali; pur esistendo nel mondo reale, le aziende, i loro server ed i loro prodotti sfruttano l'ecosistema digitale, investono in nuovi business, fidelizzano o meglio "profilano" il consumatore e trasformano "guadagni virtuali" in profitti tangibili che, sovente, però, si materializzano in "atolli fiscali", rendendo ingovernabile (anche dal punto di vista fiscale) un consistente substrato dell'economia mondiale.

Nasce e si sviluppa, conseguenzialmente, un terreno che diviene un'incubatrice per l'innovazione e per lo sviluppo economico, ma che paradossalmente può costituire l'inizio dell'indebolimento dell'autorità statale.

Questo è lo scenario cui tende la realtà globale in virtù dello sviluppo tecnologico ed informatico registrato nell'ultimo ventennio, che pone delle difficili sfide per gli Stati e, in particolare, crea non poco imbarazzo per il legislatore fiscale, incapace — allo stato — di esercitare la propria potestà impositiva sulle nuove manifestazioni di ricchezza, se non mediante l'utilizzo di "strumenti antiabuso"¹.

La globalizzazione del mercato e degli attori che in esso operano, così come prodotta dall'evoluzione digitale, costituisce indubbiamente una grande opportunità, rispetto alla quale, però, vi è la necessità per le istituzioni di fornire un quadro regolatorio e normativo coerente con i tradizionali principi socio-economici.

Per fornire un'idea della rilevanza del fenomeno, ovvero della sua dimensione, basta riflettere sul fatto che alcuni "colossi del clic", le cc.dd. "*digital enterprises*", il cui *core business* è la realizzazione, lo sviluppo e lo sfruttamento di *intangible asset*, hanno colto "al volo" le opportunità offerte dalla *digital economy*, realizzando nuovi business e massimizzando il derivante guadagno.

Sfruttando lo scollamento esistente tra "profitto di Gruppo" e "profitto geografico"² hanno allocato "efficientemente" i propri profitti.

Nel 2013 Google³ ha realizzato circa 60 miliardi di dollari di fatturato, di

1. In ambito internazionale: GAAR, ovvero *General anti-avoidance rule*.

2. La differenza definitoria ed il pertinente impatto sulla determinazione del reddito e, quindi, sul c.d. "effetto *profit shifting*" vengono illustrati nei capitoli successivi, dove si pone in evidenza che uno degli effetti della dematerializzazione del business delle *digital enterprises* è proprio l' (eventuale) assoggettamento ad imposizione del reddito (di Gruppo) in uno Stato differente da quello in cui è stato prodotto.

3. Google Inc. è un'azienda statunitense che offre servizi online; il suo successo è dovuto (inizialmente) al suo motore di ricerca usato da migliaia di utenti della rete: Google. Non solo, è nota anche per il sistema operativo Android (riguardante la telefonia mobile) e per una serie di servizi tra cui il più popolare è certamente YouTube (piattaforma web, fondata

cui 27 miliardi, pari al 45%, negli Stati Uniti e 33 miliardi, pari al 55%, negli altri Paesi. A fronte di tali ricavi, nel 2013 la richiamata società ha realizzato utili per 14,4 miliardi di dollari, di cui 5,8 miliardi, pari al 41%, negli Stati Uniti e 8,6 miliardi, pari al 59%, all'estero.

La società ha versato 2,2 miliardi di dollari di tasse, di cui 1,5 miliardi, pari al 70%, negli Stati Uniti e 0,7 miliardi, pari al 30%, all'estero⁴.

Passando ai dati di bilancio relativi ad un altro colosso digitale, Apple⁵, si rileva che nello stesso anno ha realizzato 171 miliardi di dollari di fatturato, di cui 63 miliardi, pari al 36%, negli Stati Uniti e 108 miliardi, pari al 64%, all'estero. Gli utili sono stati 50 miliardi di dollari, di cui 20 miliardi, pari al 40%, negli Stati Uniti e 30 miliardi, pari al 60%, all'estero.

Nel caso di *Apple* sono state versate imposte per 13 miliardi di dollari, il 92% dei quali è stato versato nelle casse degli USA (circa 12 miliardi di dollari) e il restante 8% (circa 1,1 miliardi) in altri Paesi.

Lo stesso vale per i valori di borsa. Apple e Google insieme rappresentano 1000 miliardi di dollari di capitalizzazione; la Borsa italiana ha una capitalizzazione di 699 miliardi di euro, pari a 776 miliardi di dollari. In alcuni momenti Apple da sola ha capitalizzato più dell'intera Borsa italiana!⁶

I "campioni" dell'economia digitale sono (come è facile comprendere) i campioni dell'economia nel suo complesso.

Davanti a tali, considerevoli numeri, la prima domanda da porsi è se la ricchezza prodotta dalle richiamate multinazionali trova una "coerente" imposizione tributaria, anche in ragione della loro presenza globale e "assorbente" nel mercato di riferimento.

Nello specifico, per quanto di interesse in questa sede, il problema riguarda soprattutto l'applicazione delle imposte sui redditi, le cosiddette imposte dirette⁷.

nel febbraio del 2005, che consente la condivisione e la visualizzazione in rete di video (*video sharing*). Quest'ultimo è il secondo sito web più visitato al mondo dopo lo stesso Google.

4. Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, VI Commissione Finanze, *Resoconto stenografico indagine conoscitiva sulla fiscalità nell'economia digitale*, seduta di martedì 24 Febbraio 2015.

5. Apple Inc. è un'azienda statunitense che produce sistemi operativi, computer e dispositivi multimediali, con sede a Cupertino, nello stato della California. È attualmente una delle aziende più note e produttive del mondo digitale. Il c.d. "Apple case" è oggetto di approfondimento nell'ambito del capitolo 4 della presente pubblicazione.

6. Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, VI Commissione Finanze, *Resoconto stenografico indagine conoscitiva sulla fiscalità nell'economia digitale*, seduta di martedì 24 Febbraio 2015.

7. Se trattassimo contestualmente gli aspetti relativi all'imposta sul consumo rischieremmo di confondere e/o sovrapporre alcuni aspetti peculiari di tale tributo con altri di stretta pertinenza delle II.DD. Un esempio semplice, ma allo stesso significativo, sono le differenti argomentazioni a sostegno dell'individuazione di una stabile organizzazione di una società (uno degli aspetti più critici dei nuovi modelli di business), che ai fini IVA richiede sicur-

Il presente capitolo intende fornire una generale inquadratura della problematica di cui trattasi, contrapponendo la “staticità” delle figure tradizionali di imposizione fiscale alla “dinamicità” dell’evoluzione digitale, della quale si enucleano alcuni dei fenomeni più noti, rinviando l’approfondimento di alcune importanti questioni (*rectius* “innovazioni tecniche” / “*new business model*”) ai capitoli successivi ed in particolare al capitolo 2.

1.2 Profili reddituali: cenni e rinvii

L’imposizione diretta corre lungo due binari paralleli che in alcuni momenti possono incrociarsi (e qui gli Stati intervengono per evitare la conseguente doppia imposizione fiscale/economica), ma che, generalmente, si contrappongono.

Da una parte c’è il principio generale di tassazione secondo il quale i soggetti residenti in un determinato Stato sono assoggettati a imposizione in detto Stato su tutti i redditi da questi posseduti, ovunque prodotti (c.d. “*worldwide taxation*”, di fatto un’evoluzione del “principio territoriale” di imposizione — di seguito richiamato — spinta proprio dall’accresciuta mobilità degli individui nel tempo).

Dall’altro c’è il principio generale di “tassazione alla fonte”, in base al quale lo Stato presso cui è localizzata la fonte del reddito preleva l’imposta in capo a chiunque ne sia il titolare, anche se quest’ultimo è residente al di fuori dello Stato stesso (“soggetto non residente”). A tal proposito, l’articolo 23, del TUIR, disciplina specificatamente l’applicazione dell’imposta ai soggetti non residenti.

A metà strada tra tali due principi impositivi si pone una figura giuridica (una *fictio iuris* ai soli fini tributari) che permette la localizzazione della fonte di un reddito transnazionale in uno Stato e il pertinente assoggettamento ad imposizione, per la quota parte prodotta nel richiamato Paese, mediante una “sede fissa di affari”. Si tratta della c.d. “stabile organizzazione”, intesa come articolazione fisica in territorio straniero di un’impresa residente in un altro Stato, per mezzo della quale quest’ultima svolge le proprie attività (che generano ricchezza) all’interno di uno Stato differente da quello di residenza.

mente un *quid pluris* rispetto a quanto richiesto per le II.DD. Si ritiene opportuno, in questa sede, rammentare solo l’intervenuta modifica dell’IVA a livello europeo, mediante la quale si stabilisce il principio della tassazione nel luogo del consumo e vengono facilitate, attraverso l’istituzione del cosiddetto Mini One Stop Shop (“MOSS”), le compensazioni fiscali fra Stati.

Alla stabile organizzazione viene attribuita una sorta di “autonomia tributaria”.

Bene, i grandi colossi dell’hi-tech — come si avrà modo di argomentare nel prosieguo della presente pubblicazione — hanno manifestato la capacità di esercitare la propria attività in un determinato Stato senza essere ivi residenti e senza ivi configurare una stabile organizzazione, muovendosi su due principali direttrici:

- l’utilizzo delle tecnologie digitali (*ergo* “dematerializzazione” delle attività) per la realizzazione del proprio *core business*;
- la trasformazione di funzioni considerate tradizionalmente principali in attività c.d. “ancillari”, che ai sensi dell’attuale tessuto normativo (domestico e convenzionale) non integrano i presupposti per la configurazione di una “*Permanent Establishment*”.

In estrema sintesi e a titolo meramente esemplificativo, i redditi prodotti in Italia dalle multinazionali digitali estere, benché conseguiti nell’esercizio di attività commerciali imprenditoriali, sfuggono totalmente alla tassazione nel nostro Paese. Il soggetto economico di diritto estero opera “come se” avesse una stabile organizzazione in Italia.

Il 16 settembre 2014 l’OCSE, nel contesto dell’ormai noto *Action Plan*,⁸ volto a contrastare i fenomeni di erosione della base imponibile e di strumentale localizzazione dei profitti da parte delle imprese multinazionali (cc.dd. fenomeni di *profit shifting*), ha pubblicato un *report* relativo alla tassazione della *digital economy*, le cui riflessioni sono state, poi, cristallizzate nel *final Report*, pubblicato il 5 ottobre 2015⁹.

Dalla lettura di tali documenti si rileva la necessità, diffusa, di contrastare le nuove forme di *tax planning* aggressive, agevolate dalla digitalizzazione dell’economia, mediante l’elaborazione di un nuovo criterio di collegamento, il cosiddetto “*nexus*”, tra l’attività svolta dall’impresa digitale e gli Stati titolati ad imporre il prelievo fiscale (anche adeguando semplicemente l’attuale normativa), utile a riavvicinare ed a riallineare “*profitto di Gruppo*” e “*profitto Geografico*”.

8. Lo stesso report è stato, peraltro, discusso e condiviso integralmente da tutti i Paesi presenti alla riunione del G20, svoltasi in Australia il 20 e 21 settembre 2014. L’OCSE evidenzia come l’economia digitale stia diventando essa stessa “l’economia”. La diffusione delle tecnologie ha, infatti, cambiato completamente il modo di intendere l’impresa, che è sempre più mobile, interconnessa, globalizzata e caratterizzata dall’impiego massiccio di beni immateriali e da una nuova forma di ricchezza, data dalle informazioni e dai dati che si possono raccogliere tramite Internet.

9. Cfr. 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>.

1.3 L'imposizione tributaria e la cosiddetta *Web Economy*: le riflessioni degli Organismi internazionali

I documenti dell'OCSE sulla tassazione dell'economia digitale (*Public Discussion Draft – BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy - Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*), forniscono un'approfondita *overview* delle principali evoluzioni registrate negli ultimi anni nel settore dell'*Information Technology* e dei conseguenziali effetti sui modelli di business delle multinazionali, che si caratterizzano per rapidità, efficienza e intangibilità dei rapporti negoziali tra le parti, a differenza di quanto accadeva nel passato.

L'OCSE muove le sue considerazioni in funzione delle cc.dd. *key features*¹⁰ dell'economia digitale, le quali possono assumere rilevanza dal punto di vista fiscale.

I *discussion draft/report* individuano, infatti, con riguardo sia alle imposte dirette che a quelle indirette, le strategie di pianificazione fiscale che possono determinare fenomeni di erosione della base imponibile mediante *profit shifting*¹¹.

Nello specifico, con riguardo alla tassazione diretta¹², assumono particolare rilevanza le strategie elaborate dalle imprese multinazionali al fine di:

- eliminare o ridurre l'imposizione nel Paese di commercializzazione, evitando di instaurare una cd. "*taxable presence*";
- ridurre o eliminare la ritenuta alla fonte ("*withholding tax*");
- contenere il carico fiscale in una cd. *intermediate country*, mediante l'applicazione di regimi preferenziali o di *hybrid mismatch arrangements*;
- ridurre il carico fiscale nel Paese di residenza della *Parent company*.

10. Per un approfondimento su tali questioni si vedano: OECD Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, Luglio 2013; Public Discussion Draft BEPS Action 1 – Address the tax challenges of the digital economy, 24 Marzo 2014, su www.oecd.org; 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.

11. Cfr. P. VALENTE, *Digital economy: il Public Discussion Draft dell'Ocse*, in *Quotidiano IPSOA* del 31 Marzo 2014.

12. Con riguardo, invece, all'imposizione indiretta, si evidenzia che, in determinate circostanze, potrebbero insorgere opportunità di *tax planning* aggressivo per i soggetti economici e, conseguentemente, fenomeni di erosione della base imponibile, connessi alle cd. *remote digital supplies* nei confronti di imprese esenti da IVA, nonché a *remote digital supplies* per le imprese rientranti nella categoria di *multiple location entity* e coinvolte in attività esenti da tassazione indiretta.

Il documento propone una serie di *actions*, ovvero “reazioni” ai fenomeni di *profit shifting* in argomento, quali:

- l’individuazione di modalità dirette a stabilire la tassazione del cd. *stateless income*, tramite il contrasto ai fenomeni di *treaty abuse* e la neutralizzazione degli effetti degli *hybrid mismatch arrangements*;
- l’elaborazione di disposizioni volte a definire e limitare l’uso distorto della disciplina del *transfer pricing*, con particolare riguardo agli arbitraggi favoriti dalla difficile determinazione del “valore normale” per gli *intangibles* (come detto, altamente remunerativi e costituenti il *core business* delle multinazionali digitali);
- la (ri)definizione della figura giuridica della *Permanent establishment*, che maggiormente si presta ad essere “aggirata” dalle aziende della *web economy* (si fa riferimento alla possibilità di modifica della nozione di stabile organizzazione, introducendo il concetto di *significant physical presence* o “stabile organizzazione virtuale”, prescindendo dall’esistenza di una sede fissa d’affari, tradizionalmente intesa).

Nondimeno, l’OCSE propone una seria riflessione sulla possibilità di introdurre, in linea con le raccomandazioni degli Organismi internazionali e con le ultime decisioni assunte in sede europea (tenendo anche conto delle esperienze internazionali), sistemi impositivi adeguati alle transazioni digitali, basati su adeguati meccanismi di stima delle quote di attività imputabili alla competenza fiscale nazionale¹³ (c.d. *apportionment method*).

Il cuore del dibattito nazionale ed internazionale è, quindi, rappresentato, indubbiamente, dal perimetro dell’intervento normativo, in considerazione del fatto che si potrebbe:

- optare per l’introduzione di nuove metodologie di determinazione dell’imponibile ai fini dell’imposizione sul reddito;
- rivedere le ordinarie regole di imposizione, soprattutto con riferimento alla tassazione alla fonte, magari con un coordinamento con il principio del “*world wide taxation*”.

L’introduzione di un nuovo e diverso criterio di territorialità che preveda l’imposizione di taluni redditi conseguiti da imprese estere, indipendentemente dalla sussistenza nel territorio dello Stato di una stabile organizzazione, renderebbe necessaria una integrazione dell’attuale art. 23 del TUIR, che già dispone, ad esempio, una regola di territorialità dell’imposizione per le imprese estere che conseguono

13. In merito, cfr. il capitolo 6, riguardante la c.d. “web tax” che, in un’ottica (anche) comparatistica illustra alcuni degli aspetti peculiari delle principali iniziative legislative assunte da alcuni Stati sul tema, in particolare la Gran Bretagna, con la “Diverted Profit Tax”.

no *royalties* (lettera c) o compensi di natura artistica o professionale, lettera d))¹⁴;

— ipotizzare l'istituzione di tributi “*ad hoc*”¹⁵.

Il 28 maggio 2014, la Commissione europea ha ricevuto il rapporto finale predisposto dall'*High-level Expert Group on Taxation of the Digital Economy*, il gruppo di esperti sulla tassazione della *web economy* costituito nell'ottobre del 2013.

In particolare, il Gruppo di esperti è stato incaricato dalla Commissione di:

- identificare le criticità più rilevanti, principalmente nell'ambito dell'UE, nell'imposizione della *digital economy*;
- ipotizzare ed esporre le potenziali iniziative risolutive.

La *digital economy*, a parere del richiamato Gruppo, non richiede l'applicazione di un *tax framework* “dedicato”, ma potrebbe essere regolata mediante un adattamento degli istituti giuridici già presenti nel panorama tributario internazionale e domestico.

Infine, sempre secondo il parere espresso dagli esperti, il progetto sulla “base imponibile comune consolidata” (СССВ) può rappresentare un'opportunità per l'adozione di nuovi standard internazionali e per l'avvio di un reale processo di armonizzazione dell'arcipelago normativo riguardante la fiscalità internazionale, che non si limiti ad una gestione unitaria solo con riferimento all'IVA, ma che si estenda anche all'imposizione diretta, almeno in quei settori che sovente costituiscono “disconnessioni” normative nelle quali il *taxpayer* transnazionale trova terreno fertile per ottimizzare indebitamente il carico fiscale.

Giunti a questo punto, si ritiene importante spostare per un attimo l'attenzione su di un aspetto che spesso sfugge nel commentare le iniziative ed i dibattiti in argomento, ma che fornisce il grado di difficoltà nel regolare un fenomeno fluido e mutevole, quale quello in parola. Si fa riferimento all'assenza, sia nei documenti OCSE che nel Rapporto delle Commissione, di una definizione puntuale, dedicata di *digital economy*. È corretto, necessario illustrare le opportunità fornite dalla “rete”, discutere di Internet e del

14. Sul punto cfr. G. MAISTO, *Web economy, da concertare la territorialità allargata*, in *Il Sole 24 Ore*, del 12 Aprile 2014.

15. Tale, ultima soluzione potrebbe rivelarsi, però, un'“arma a doppio taglio”, in considerazione del fatto che significherebbe — potenzialmente ed al fine di garantire un elevato grado di certezza nell'applicazione della norma — individuare singole fattispecie e “regolarle” dal punto di vista dell'esercizio del potere impositivo. Viceversa si tenderebbe ad avvicinare la scelta legislativa ad una regola generale antiabuso o, ad esempio, alla *Diverted Profit Tax* inglese.

relativo utilizzo, ma non è la rete di telecomunicazioni a costituire la *digital economy*, né Internet (nato e utilizzato, come noto, inizialmente per scopi militari), ma sono le relative modalità di utilizzo.

Siccome le modalità di utilizzo del mondo dell'IT sono numerose e rimesse all'ingegno degli operatori, diviene impossibile fornire una definizione precisa di *digital economy*. Purtuttavia, anche al solo fine di contestualizzare la fenomenologia di cui trattasi, a parere di chi scrive, la *digital economy* potrebbe essere definita come quell'ecosistema trasversale nel quale vi è la probabilità che un prodotto dell'IT possa essere strumento di evoluzioni/applicazioni economiche e commerciali.

La nuova "applicazione economica" risentirà dei benefici e sfrutterà, pertanto, le opportunità tipiche dell'ecosistema digitale, come:

- "mobilità" degli utenti, delle funzioni e degli *assets* operativi dell'impresa (variabili "diluite" nel territorio di diversi Stati);
- "uso massivo di dati", utile a creare il c.d. "profilo utente";
- "effetto network", il quale si crea grazie alle interazioni e alle sinergie tra gli utenti;
- "volatilità", la quale è generata dalla rapidità dell'innovazione tecnologica e dalla sostanziale insussistenza di barriere all'ingresso per le nuove imprese nel settore, spingendo le multinazionali ad ottimizzare l'impiego e gli effetti della risorsa tecnologica.

Alla luce delle considerazioni appena esposte, non è escluso che in sede di pianificazione fiscale, affianco ai tradizionali *tax planners* inizino a sedere anche ingegneri ed esperti in IT, affinché individuati i Paesi che la multinazionale deve "attraversare" per cogliere i rispettivi benefici fiscali si possa implementare (anche dal punto di vista informatico) l'architettura societaria ed il relativo *business model*, massimizzando le opportunità offerte dall'evoluzione tecnologica: ecco che dal sistema tradizionale si passa (il confine è, come detto, l'impiego della "tecnologia") nel mondo della *digital economy*.

1.4 *Digital economy: profili strutturali*

Il reddito prodotto dalle multinazionali digitali, che operano su scala mondiale secondo delle architetture societarie che consentono di non essere considerati soggetti residenti e di non integrare gli elementi costitutivi della stabile organizzazione, è trasferito - in linea di massima, come dimostrano alcune inchieste avviate da vari Stati - in Paesi fiscalmente accoglienti.

Normalmente, tali società (o meglio i relativi flussi finanziari) attraversano Paesi come l'Irlanda o l'Olanda, per giungere, grazie all'utilizzo del noto schema "*double Irish with a Dutch sandwich*" (e rispettive varianti), a noti "paradisi fiscali", come le Bermuda, le Isole del Canale, dove c'è una tassazione molto ridotta, se non nulla.

Rinviando ai capitoli seguenti per le argomentazioni di dettaglio, è sufficiente sapere che basta una triangolazione Olanda - Irlanda - Bermuda per spostare il reddito e differirne la tassazione negli Stati Uniti (ove la maggior parte delle multinazionali digitali ha sede¹⁶) o in altri Stati, dove le stesse producono ricchezza. Tutto ciò, nel pieno rispetto formale della normativa fiscale e degli accordi stipulati tra i diversi Stati.

Ciò posto, l'economia digitale e il potere impositivo corrono su due rette parallele, che potrebbero incontrarsi seguendo alternativamente due strade:

- tassare il reddito o, comunque, il patrimonio delle multinazionali digitali attraverso forme che si collocano tra l'imposizione sul reddito e l'imposizione para-patrimoniale;
- non tassare le società ma il bene pubblico Internet, ovvero l'utilizzo della rete Internet, spostando il prelievo impositivo sulla capacità contributiva dimostrata dal soggetto che utilizza la "rete", la comunicazione e l'informazione¹⁷.

Il *core business* delle multinazionali digitali, come detto, è riconducibile alla realizzazione, allo sfruttamento ed all'implementazione di beni immateriali, i cc.dd. *intangibles*.

Non solo, i loro *business model* sono idonei a valorizzare nuovi parametri commerciali grazie all'uso massivo dei dati riguardanti i consumatori, generando il c.d. "*effetto network*", ovvero quell'effetto che nell'economia tradizionale deriva dalle cc.dd. "economie di scala".

In tale contesto, l'elevatissimo grado di dematerializzazione dell'industria digitale consente di evitare la c.d. "*taxable presence*" nel mercato di riferimento, ove materialmente genera profitto il soggetto economico, riducendo, suddividendo, "spezzettando" le funzioni, gli *asset* e i rischi d'impresa, che vengono "polverizzati" in più Stati.

16. La presenza di società high tech negli Stati Uniti è da ricondurre, peraltro, ad un accordo stipulato — diversi anni fa — dalle stesse con il Governo americano, che prevedeva un'aliquota impositiva, in determinati casi e al ricorrere di specifici presupposti, del 2-3%. Muovendo da tale accordo, alcune società non solo lo hanno sfruttato indebitamente ma hanno anche utilizzato tecniche di tax deferral per spostare *sine die* il momento impositivo negli USA, creando nocumento anche agli stessi Stati Uniti

17. Cfr. "Camera dei Deputati, VI Commissione Finanze, Resoconto stenografico indagine conoscitiva sulla fiscalità nell'economia digitale", seduta di martedì 24 Febbraio 2015, audizione del Prof. Franco Gallo.

Ancora, tali beni sono fortemente remunerativi e facilmente trasferibili tra consociate, secondo una valorizzazione che proprio in ragione della loro unicità e della loro intangibilità è di difficile definizione. Pertanto, anche qualora si riuscisse a configurare una *taxable presence* alla “fonte”, queste imprese potrebbero pur sempre disporre di tecniche di erosione della base imponibile, mediante (a mero titolo di esempio) deduzioni di *fees* corrisposte all’*head office* (la capogruppo) o ad altre imprese del gruppo non residenti, sotto forma di interessi, *royalties*, sfruttando, ad esempio:

- l’interposizione di cosiddette “*shelf companies*”, ovvero soggetti economici “inconsistenti”, localizzati in Paesi *ad hoc* per godere dei regimi convenzionali privilegiati (generalmente, infatti, sono collocate in Stati che offrono un favorevole network convenzionale);
- le tecniche del *transfer pricing*, anche in ragione della cennata difficoltà di individuazione di *comparables* necessari per la determinazione del c.d. “valore normale”.

È evidente, quindi, che sebbene l’*incipit* della premessa al presente capitolo (il riferimento all’*epitaffio*) sia alquanto provocatorio, non si può prescindere da una riflessione di base: non è semplice riuscire ad adeguare le ordinarie e tradizionali strutture impositive ai nuovi modelli di business ed alle nuove architetture societarie delle multinazionali, che si evolvono verso nuovi orizzonti e nuove strategie elusive, mediante schemi di *tax planning* non aggressivi ma “da aggredire”.

1.5 Modelli impositivi tradizionali: tra interpretazione e inadeguatezza applicativa. Cenni e rinvii

L’individuazione di substrati giuridici che dispieghino i loro effetti sulle nuove forme di *tax planning* è propedeutica e necessaria alla distinzione dei profili fisiologici da quelli patologici che contraddistinguono i comportamenti del *taxpayer*.

In assenza di validi criteri di carattere teorico e generale, infatti, non è agevole distinguere in maniera oggettiva e uniforme, nell’ambito della naturale e legittima tendenza dei contribuenti che operano sul piano internazionale a ricercare la soluzione fiscale meno onerosa, i comportamenti da ricondurre all’area del lecito risparmio d’imposta, da quelli di carattere evasivo o elusivo.

In tale contesto, le uniche concrete soluzioni sono il risultato di prese di posizione delle singole legislazioni nazionali — e, in una certa misura, di

disposizioni contenute in apposite Convenzioni stipulate fra Stati — che, nel quadro delle proprie scelte di politica di contrasto ai suddetti fenomeni evasivi ed elusivi, vengono a precostituire appositi strumenti normativi — per lo più in forma di presunzioni o di fattispecie ad applicazione immediata — tali da ricondurre a tassazione, nell'ambito dei rispettivi sistemi giuridici, materia imponibile allocata in altri ordinamenti. Prese di posizioni univoche, tuttavia, generano comunque distorsioni impositive, con effetti negativi anche sul sistema economico e concorrenziale.

È necessario distinguere, pertanto, due importanti momenti nell'ambito dell'esercizio del potere impositivo statale, ovvero quello:

- fisiologico: l'individuazione dei presupposti applicativi dei tributi; se, come e quando assoggettare ad imposizione una determinata fattispecie.

Pur nelle diversità che intercorrono fra i vari sistemi di reazione agli illeciti fiscali di tipo internazionale adottati dai diversi Stati, è possibile trarre un principio di carattere generale, sicuramente empirico ma la cui valorizzazione potrebbe essere la base su cui lavorare per costruire nuovi "meccanismi impositivi", adeguati alle nuove architetture societarie: uno Stato è legittimato a pretendere l'imposizione tributaria dei profitti connessi se e nella misura in cui detti profitti, in definitiva, si concretizzano all'interno del proprio territorio (valorizzazione del concetto di "mercato di riferimento" quale luogo in cui si realizza l'oggetto sociale); ovvero, se all'interno dei propri confini siano individuabili i benefici economici prodotti (un principio che richiama vagamente quello di tassazione nel Paese di produzione del reddito);

- patologico: l'individuazione delle modalità di aggiramento dei presupposti impositivi ed il conseguente intervento "correttivo".

In tal senso, i paragrafi 13 e 14 del Commentario all'art. 1 del Modello OCSE sottolineano la particolare utilità delle cc.dd. "clausole antiabuso", soprattutto con riguardo ai trattati contro le doppie imposizioni stipulati con Paesi "fiscalmente accoglienti", che si offrono quali "*side*" per facili interposizioni/triangolazioni societarie.

Il richiamato Commentario, già nella versione del 2003, al paragrafo 9.1, poneva due importanti quesiti in merito:

- i benefici delle Convenzioni fiscali devono essere concessi qualora vengano concluse operazioni che costituiscono un abuso delle disposizioni di tali convenzioni?
- le disposizioni ed i principi giurisprudenziali volti a prevenire gli

abusi fiscali facenti parte dell'ordinamento giuridico di uno Stato contraente sono in conflitto con le Convenzioni fiscali?

Considerate le riflessioni appena esposte, si ritiene che gli Stati non abbiano l'obbligo di concedere i benefici fiscali previsti da una Convenzione per evitare le doppie imposizioni qualora sia data esecuzione ad operazioni che concretano un abuso delle disposizioni della Convenzione.

La riduzione del carico fiscale, attraverso una strumentale allocazione delle strutture produttive, ovvero mediante una specifica gestione dei flussi finanziari e reddituali se, in linea generale, può ritenersi un obiettivo fisiologico e consentito, trova un limite nella necessità di non infrangere, tanto in maniera palese, quanto in forma più o meno occulta, regole e divieti esplicitamente o implicitamente contenuti nelle legislazioni fiscali dei diversi Stati ed in quell'insieme di principi e norme che costituisce il diritto internazionale tributario¹⁸.

In via generale, i metodi utilizzati per realizzare fenomeni di evasione o di elusione fiscale internazionale, sebbene molteplici e diversificati, possono essere ricondotti a due schemi "tradizionali":

- trasferimento del contribuente, che si concretizza nel posizionamento strumentale della persona fisica o dell'impresa in un'area con pressione fiscale più mite rispetto a quella d'origine;
- trasferimento della materia imponibile, che, a sua volta, può realizzarsi sia con la semplice allocazione strumentale delle fonti di produzione del reddito, sia attraverso una loro strumentale riqualificazione.

Tali, due paradigmi, come si avrà modo di vedere nei capitoli successivi, costituiscono schemi che risentono del "radicamento" fisico di un soggetto economico ad un particolare territorio e della manifestazione concreta di ricchezza, non contemplando fenomeni mutevoli e dematerializzati come quelli introdotti dai nuovi modelli di *business*, che consentono di generare *business profit* senza integrare i presupposti applicativi dell'imposizione tributaria.

Lo stesso concetto di residenza fiscale, la base giuridica di un sistema impositivo, ad esempio, viene minato dalle nuove architetture societarie che

18. L'OCSE ha recentemente affrontato la questione nel Report *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241695-en>; argomento già oggetto più volte di attenzione dell'OCSE ma centrale nel contesto attuale, dove imprese multinazionali di livello mondiale sfruttano le "pieghe" delle Convenzioni contro le doppie imposizioni per minimizzare (talvolta a livelli prossimi allo zero) il carico fiscale complessivo del gruppo ("Profitto di Gruppo").

sfruttano le asimmetrie definitorie tra i diversi Stati fino a divenire veri e propri “apolidi fiscali”¹⁹.

L’evoluzione dei sistemi evasivi o elusivi difficilmente può essere rappresentata in maniera completa ed esaustiva, anche in ragione del continuo adattamento al mutamento dei singoli ordinamenti nazionali²⁰.

In tale contesto, di fronte ad un tessuto normativo rigido, la cui unica ancora di salvezza sembra essere l’insieme delle “norme antiabuso”²¹, molto simili alle c.d. “norme penali in bianco”, si generano disfunzioni economiche e tributarie a danno degli Stati più virtuosi, che non riescono:

- ad assoggettare ad imposizione fiscale le nuove forme di manifestazione di ricchezza, volatile, mutevole e non tracciabile;
- ad attrarre capitali e nuovi investimenti, non solo perché tendono ad adottare un modello impositivo con un elevato *tax rate*, ma anche perché, nel ricorso all’interpretazione della norma e della fattispecie, nel riempire di contenuto la norma antielusiva, generano incertezza per l’imprenditore, che rinuncia sovente all’investimento.

A tale situazione, che possiamo definire “statica”, si contrappone un

19. Cfr. “Apple case”, capitolo 4.

20. Tuttavia, non si può fare a meno di richiamare l’attenzione sulle seguenti metodologie evasive/elusive più avanzate: l’operatività sul territorio nazionale di stabili organizzazioni di imprese estere non formalmente costituite, che sebbene fino a qualche anno fa “occultavano” la propria presenza su di un territorio “nidificandosi” in consociate formalmente autonome dal punto di vista giuridico, oggi bypassano l’integrazione stessa di tale costrutto giuridico sfruttando le opportunità ed i vantaggi portati dall’innovazione tecnologica; l’artificioso drenaggio di componenti reddituali mediante operazioni di *stripping* o grazie a strumenti o operazioni “ibride”, utili ad ottenere un doppio indebito vantaggio fiscale, strumentalizzando — paradossalmente — l’interrelazione tra i tessuti convenzionali pensati per evitare la doppia imposizione; il *treaty shopping*, mediante il quale si tende a sfruttare indebitamente un certo regime vantaggioso contenuto in una o più Convenzioni contro le doppie imposizioni, soprattutto attraverso l’artificiosa localizzazione di una struttura economica in uno dei Paesi aderenti alla Convenzione, affinché detta struttura diventi funzionale alla fruizione delle agevolazioni previste dal Trattato, altrimenti non accessibili; il “rule shopping”, che consiste nella ricerca, all’interno di una Convenzione internazionale, della disposizione che comporta il minor prelievo fiscale, adeguando ad essa, quanto meno da un punto di vista formale, le operazioni economiche che s’intendono porre in essere. Le pratiche maggiormente adottate nell’ambito del *rule shopping* investono le disposizioni convenzionali sul regime dei dividendi, in relazione ai quali il modello OCSE prevede la tassazione anche nello Stato della fonte, attraverso l’applicazione di una ritenuta alla fonte. Il contribuente, per evitare tale ritenuta, potrebbe far ricadere la propria fattispecie produttiva di reddito nell’ambito di un’altra disposizione convenzionale, riquilificando la natura stessa del reddito.

21. Non si può non fare un cenno al D.Lgs. n. 85/2015, n. 190, pubblicato in Gazzetta Ufficiale, in data 18 agosto 2015, attuativo della legge 11 marzo 2014, n. 23, in materia di certezza del diritto nei rapporti tra Fisco e contribuente. Oltre ad introdurre una norma generale antiabuso, ha previsto la possibilità, per il contribuente stesso, di presentare un’istanza di interpello preventivo all’Agenzia delle Entrate al fine di conoscere se le operazioni che intende realizzare potrebbero configurare fattispecie di abuso del diritto.

mondo in continua e “feroce” evoluzione, che è quello della *Information & Technology*.

In definitiva, diritto positivo e sviluppo tecnologico costituiscono, oramai, due mondi che viaggiano a due velocità differenti, sicché il Legislatore fiscale si interroga sulle modalità da adottare per farli incontrare.

Ciò posto, non si può parlare di *digital economy* (e dei pertinenti risvolti) senza conoscere il substrato sul quale essa si dipana, ovvero lo sviluppo tecnologico che ha costituito l’input per i nuovi modelli di business (cfr. capitolo 2). Di seguito, pertanto, si espongono, senza pretesa di esaustività e senza eccedere in tecnicismi tipici della materia, le principali tappe dell’evoluzione tecnologica: i numeri e la loro dimensione, come si vedrà, forniscono la misura dell’evoluzione dell’IT registrata nell’ultimo ventennio.

La comprensione di alcuni profili “tecnici”, che ai più possono apparire superflui (ma in realtà non lo sono), consente di approcciare alla tematica in argomento con la giusta cognizione di causa e di formulare le pertinenti riflessioni muovendo dalla “forza motrice” delle nuove strutture fiscali.

1.6 Internet: uno strumento²²

La nascita di Internet è una storia ormai nota e consultabile ovunque, ma percorrendo l’evoluzione digitale che ha portato all’attuale ecosistema tecnologico/informatico molto probabilmente si comprenderanno meglio il funzionamento e le potenzialità della tecnologia a nostra disposizione.

A questo proposito si deve citare una regola, nota come “legge di Moore”, che stabiliva di poter raddoppiare il tasso di crescita del livello di integrazione per i dispositivi digitali ogni 24 mesi (divenuti poi 18).

A parità di condizioni, il minore utilizzo di componenti informatici è indice di maggiore integrazione e di maggiore sviluppo tecnologico. Nel grafico, l’introduzione cronologica di ogni processore è allineato con il numero di transistori impiegati per la sua realizzazione; la scala utilizzata in questo caso non è lineare. I produttori principalmente coinvolti in questo grafico sono: Intel, AMD e Motorola. Altri *chip makers* hanno partecipato in modo marginale o come seconde sorgenti, cioè produzione su licenza (Fig. 1.1).

22. I paragrafi che seguono si pongono il fine di illustrare, da un punto di vista prevalentemente tecnico, senza purtuttavia eccedere nella specificità del linguaggio, gli steps evolutivi dei sistemi IT. Una loro seppure veloce lettura si ritiene possa essere utile per comprendere alcuni aspetti dei capitoli successivi e soprattutto per formulare riflessioni in ordine alle criticità degli attuali sistemi impositivi a confronto con le opportunità offerte dallo sviluppo tecnologico. Una conoscenza trasversale dell’argomento, per quanto sbilanciata ovviamente a favore degli aspetti tributari, si ritiene essere necessaria nel caso di specie.

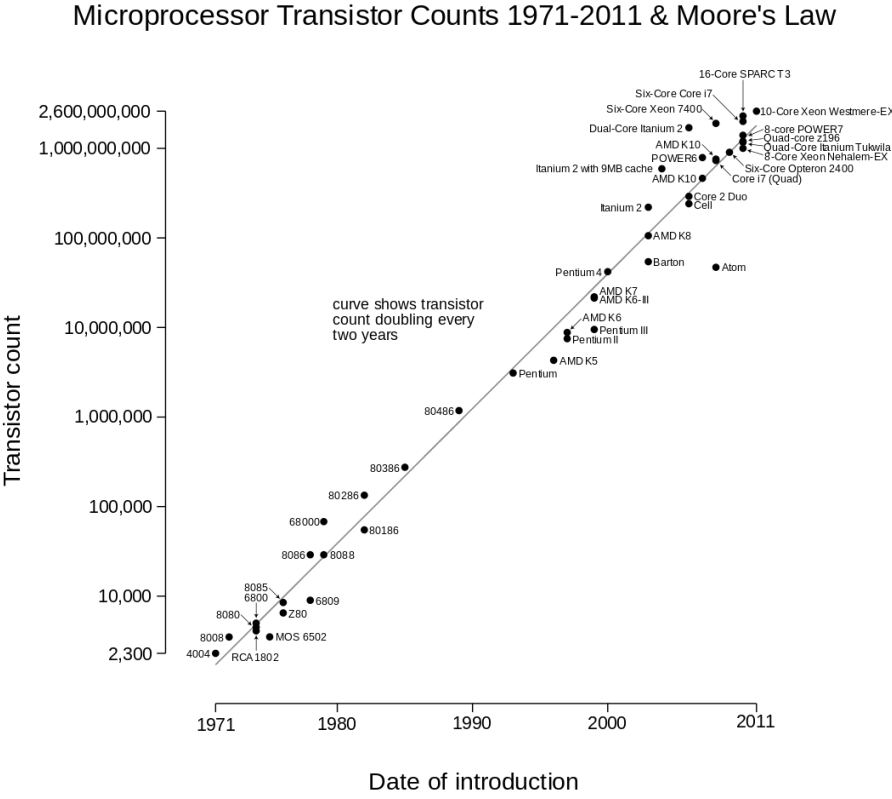


Figura 1.1

È evidente che la maggiore concentrazione di “prodotti ad alta tecnologia”, quali i microprocessori, in altri termini il “cervello” di un sistema informatico, si registra tra gli anni 2000 e 2011, anni in cui le multinazionali digitali hanno strutturato (e poi consolidato) le nuove configurazioni societarie ed i loro nuovi *core business*.

L'utilizzo di microprocessori più sofisticati consente, infatti e a titolo esemplificativo, la creazione di complessi software in grado di gestire più operazioni, di svolgere più funzioni, concentrando il tutto su di un server, magari situato all'estero e di proprietà di una società residente in un altro Stato ancora. Vengono, quindi, drenate oltre confine e con maggiore facilità, alcune funzioni, alcuni rischi e alcuni *assets*, che prima erano rilevanti per l'individuazione di una stabile organizzazione in un determinato Paese.

1.7 La nascita del PC

L'introduzione del personal computer (PC) verso la fine degli anni '70 ha decisamente avviato il significativo sviluppo della tecnologia elettronica. La sfida lanciata da Bill Gates con la famosa frase «un PC su ogni scrivania» ha prodotto fin troppe modifiche e stravolgimenti nelle consuetudini economiche e sociali (basti pensare al numero di lettere che oggi vengono scritte a mano!).

Tuttavia, la vera protagonista dell'evoluzione digitale, che trova un primo elemento in comune con il mondo imprenditoriale, è "l'integrazione", intesa come la possibilità di confinare nello stesso spazio dispositivi sempre più piccoli, aumentando in modo notevole le caratteristiche proprie dei sistemi digitali che sono: (i) quantità di memoria e (ii) potenza di calcolo.

Non solo, oltre ai microprocessori, i *chip makers* hanno tenuto fede a questa sorta di impegno tecnologico, implementando un'altra funzione digitale, ovvero la memoria, soprattutto quella di massa: maneggiare distrattamente schede di memoria da 32 Gigabyte, magari di dimensioni "trascurabili", non consente di rendersi conto che 30 anni fa un disco fisso da 45 Megabyte pesava 2,6 Kg ed ingombava quanto una scatola di scarpe.

Basta osservare la Fig. 1.2, in cui si possono riconoscere due dispositivi comunemente utilizzati, una pen drive USB da 16 GB ed una memoria micro SD, per rendersi conto del significato e dell'importanza del concetto di "integrazione".

Il confronto visivo fra un processore odierno (un esponente della famiglia Intel i7, ad esempio) e l'8086, che equipaggiava il personal computer italiano probabilmente più famoso (Olivetti M24), non è poi così sconvolgente come lo è, invece, il rapporto fra le loro prestazioni; la cosa che risulta più evidente è il numero dei "piedini" di collegamento al sistema (1150 contro 40), che per i più esperti del settore è indice di maggiore complessità di architettura (Fig. 1.3).

Inoltre, anche i primi possessori di PC avevano spesso l'esigenza di trasferire informazioni o di reperirle in modo più rapido e conveniente rispetto ai metodi tradizionali, quali la "posta" o le conversazioni telefoniche. Mutuando una modalità già utilizzata per gli utenti dei computer installati presso grossi centri di calcolo (detti *mainframe*), l'unica possibilità era quella di dotarsi di un modem e collegarsi all'unica rete disponibile, quella telefonica, realizzata e quindi adatta a trasferire segnali analogici (quelli generati dalla voce umana per mezzo del microfono).

Soprattutto fra privati, la comunicazione iniziava con una chiamata vocale