

FISCALITÀ & COMMERCIO INTERNAZIONALE

Direzione scientifica: Marco Piazza e Carlo Garbarino

2018

5

- Stabile organizzazione:
 - modifiche alla definizione
 - ipotesi negative
- Trattati bilaterali UE:
la nozione di prestito “partecipativo”
- Porto franco di Trieste: il Decreto n. 368/2017
e i vantaggi per le imprese
- USA: la rivoluzione fiscale

SCHEDA PAESE

- Cile

INSERTO

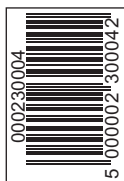
- Vietnam

PROCEDURE

- Documentazione probatoria idonea
per la provenienza di utili da fonte estera

Il Blog
di Marco Piazza

su *postilla*



AUMENTA LA TUA REALTÀ

MERCATI ESTERI

nuove opportunità di business per te e i tuoi clienti



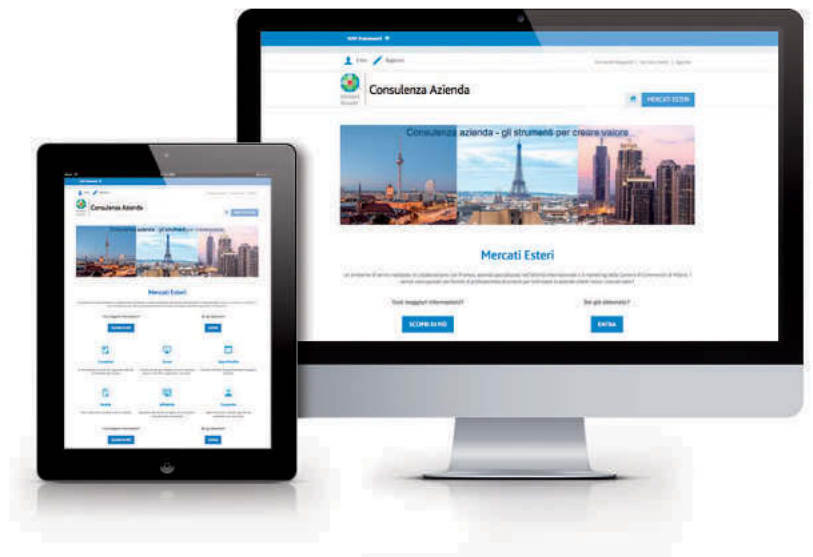
effige.com

L'esclusivo servizio Wolters Kluwer per il professionista che vuole accompagnare l'azienda nel processo di internazionalizzazione sviluppato in collaborazione con Promos

- **Export check up** per verificare la propensione dell'azienda verso i mercati esteri
- **Primo orientamento** per identificare i mercati potenzialmente più interessanti
- **Credit passport** per certificare l'azienda, ottenere credito dalle banche, presentarsi ai partner.



Scopri di più



Y05ERCL

Visita il sito: www.consulenzazienda.it

Sommario

Fiscalità finanziaria

- Le ipotesi negative nella nuova definizione di stabile organizzazione**
di Alberto Trainotti e Marco Piazza **5**
- Le modifiche della Legge di bilancio 2018 alla definizione di stabile organizzazione personale**
di Paola Sella **11**
- USA: la rivoluzione fiscale attuata dall'amministrazione Trump**
di Francesco Rizzo Marullo **19**

Transfer pricing

- Penalty protection: il possesso della documentazione idonea in materia di transfer pricing consente la disapplicazione delle sanzioni amministrative**
di Antonio Veneruso **29**

Convenzioni contro le doppie imposizioni

- Trattati bilaterali fra Stati UE: la nozione di "prestito partecipativo" nella Convenzione Austria Germania**
di Giovanni Rolle **36**

Procedure

- Documentazione probatoria idonea per la provenienza di utili da fonte estera**
di Valentina Giglio Moro e Marco Peverelli **41**

Paesi e mercati

- Porto franco di Trieste: il Decreto n. 368/2017 e i vantaggi per le imprese**
di Arianna Vettorel **47**

Rischio Paese

- Scheda Rischio Paese: Cile**
di Martino Conserva **54**
- Scheda informativa: Cile**
di Martino Conserva **58**
- Scheda fiscale: Cile**
cura di  **63**
- Scheda finanziaria: Cile**
di Giulio Cainelli **67**

Sommario

	Dall'Estero	
a cura di Fisco RIVISTA TELEMATICA Oggi	<i>Agenzia delle entrate di Cristina Roncetti e Maria Rosaria Raspanti</i>	71
	Il Blog di Marco Piazza	
Trust opaco postilla Il Blog dei professionisti per i professionisti		77
	Inserto	
Vietnam <i>di Giorgio Riccardi e Lorenzo Riccardi</i>		III

Le ipotesi negative nella nuova definizione di stabile organizzazione

di **Alberto Trainotti** e **Marco Piazza**

L'approfondimento

Nel corso degli anni le modalità con cui le imprese multinazionali svolgono i propri business all'interno dei singoli mercati sono mutate notevolmente e conseguentemente, al fine di non perdere gettito fiscale, gli Stati stanno implementando il pacchetto di misure sviluppato nell'ambito del progetto OCSE/G20 in materia di BEPS.

Partendo dal presupposto che i profitti dovrebbero essere tassati laddove vengono svolte rilevanti attività economiche che generano tali profitti e laddove il valore aggiunto è creato, nell'ambito della stabile organizzazione, si sta cercando di identificare una definizione che permetta di ricomprendere anche le attività svolte dalle imprese in base alle nuove catene del valore sviluppate negli ultimi anni.

La modifica apportata dalla Legge di bilancio 2018 alla definizione di stabile organizzazione (contenuta nell'art. 162 del T.U.I.R.) rappresenta il recepimento, a livello interno, di principi che sono al centro di numerose discussioni a livello comunitario.

Pertanto, nel caso in cui si voglia verificare la presenza o meno di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato (oggetto specifico del presente approfondimento) bisognerà anche analizzare attentamente quanto previsto in sede

OCSE e in particolare nella Convenzione contro le doppie imposizioni, nel relativo Commentario e nella Convenzione Multilaterale (definita anche "MLI") siglata lo scorso 7 giugno 2017 ed in corso di ratifica¹.

Si riporta nella Tavola n. 1 un confronto tra gli argomenti presenti nella Convenzione multilaterale e che sono stati recepiti, in quasi tutti i casi², nel novellato art. 162 del T.U.I.R. introdotto dalla Legge di bilancio 2018.

Dopo una breve disamina dei singoli aspetti delle novità ci si concentrerà sull'elenco delle c.d. ipotesi negative contenuto nei commi 4 e 4-bis dell'art. 162 del T.U.I.R. ed analizzato dell'art. 13 della MLI.

Si tratta in particolare dei casi in cui se un soggetto non residente svolge una delle attività contenute nel predetto elenco, questa non rientrerebbe nella definizione di stabile organizzazione con la conseguente tassazione del reddito prodotto in Italia.

Alberto Trainotti - Dottore commercialista ed esperto contabile
Marco Piazza - Professore di Economia e tecnica degli scambi internazionali - Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano - Dottore commercialista - Studio Associato Piazza

Note:

- 1 Per un ulteriore contributo sul tema si veda F. Nobili - A. Zullo, "Convenzione Multilaterale OCSE: utili da partecipazioni in società immobiliari" in questa *Rivista*, n. 2/2018, pag. 18 ss.
- 2 Si fa riferimento, in particolare al caso dell'art. 12 della Convenzione multilaterale per cui l'Italia ha esercitato una riserva di non applicarlo con riferimento alla stabile organizzazione personale, pur avendone recepito il contenuto nell'art. 162.

L'art. 162 T.U.I.R. e le novità della Legge di bilancio 2018

Il comma 1010 dell'art. 1 della Legge n. 205/2017 (Legge di bilancio 2018) ha apportato modifiche ai commi 2, da 4 a 7 e 8 all'art. 162 del T.U.I.R.³.

La Legge di bilancio 2018 ha modificato vari aspetti dell'art. 162 del T.U.I.R. ed in particolare viene:

- 1) considerata stabile organizzazione - al comma 2, lett. *f-bis*) - anche una significativa e continuativa presenza economica pur in assenza di consistenza fisica della società estera nel territorio dello Stato. La novità, è finalizzata a tassare il commercio elettronico anche in vista dell'introduzione della *web tax*;
- 2) evitata - con la modifica del comma 4 e l'introduzione del comma 4-*bis* - l'interpretazione secondo cui l'elenco delle ipotesi c.d. negative contenute nel T.U.I.R. e nel modello Convenzionale abbiano valenza di presunzione assoluta senza che sia necessario valutare caso per caso se l'attività svolta abbia realmente natura preparatoria o ausiliaria;
- 3) introdotta una norma "anti frammentazione" per evitare che, con lo svolgimento anche attraverso imprese strettamente correlate in più luoghi di funzioni fra loro complementari, sia possibile aggirare la nozione di stabile organizzazione;
- 4) chiarito dai commi 6 e 7 - in senso estensivo - il concetto di "stabile organizzazione personale" costituita da agenti privi di requisiti di indipendenza, con la precisazione che un soggetto che opera esclusivamente o quasi per conto di una o più imprese alle quali è strettamente correlato, non è considerato un agente indipendente.

Le modifiche sono ispirate alla nuova Convenzione multilaterale per l'adeguamento

dei trattati contro le doppie imposizioni ed alla versione 2017 del Modello OCSE⁴.

La Convenzione multilaterale e la definizione di stabile organizzazione

In generale e come accennato in precedenza, la Convenzione multilaterale ha lo scopo di introdurre le misure sviluppate nel progetto BEPS nei trattati bilaterali per omogeneizzare a livello comunitario i principi formulati contro l'ingiustificato spostamento di base imponibile tendenzialmente verso Stati c.d. a bassa fiscalità.

A livello pratico, i documenti necessari ad inquadrare le diverse posizioni espresse dai singoli Paesi in merito alla Convenzione multilaterale sono scaricabili dal sito dell'OCSE⁵ e si tratta, in particolare, di:

- (1) "Convenzione multilaterale per l'attuazione di misure relative alle convenzioni fiscali finalizzate a prevenire l'erosione della base imponibile e lo spostamento dei profitti: si

Note:

- 3 La modifica al comma 8 è semplicemente di coordinamento.
- 4 Si rileva come una modifica delle convenzioni in senso restrittivo senza cambiare l'art. 162 del Testo Unico non produrrebbe alcun effetto poiché l'art. 169 Testo Unico stabilisce che ove le disposizioni del Testo Unico siano più favorevoli al contribuente rispetto a quelle convenzionali, si debbano applicare le disposizioni nazionali.
- 5 [Http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm](http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm).

Tavola n. 1 - Confronto tra gli argomenti presenti nella Convenzione multilaterale e che sono stati recepiti, in quasi tutti i casi nel novellato art. 162 del T.U.I.R. introdotto dalla Legge di bilancio 2018

Argomento	Comma art. 162 T.U.I.R.	Articolo Convenzione multilaterale
Attività <i>on line</i>	Comma 2, lett. <i>f-bis</i>)	Non contenuta
Elenco ipotesi negative	Commi 4 e 4-<i>bis</i>	Art. 13
Soggetto strettamente correlato all'impresa	Commi 5 e 7- <i>bis</i>	Art. 15
Stabile organizzazione personale	Commi 6 e 7	Art. 12

tratta del testo vero e proprio della Convenzione”: si tratta del testo della Convenzione multilaterale che è stato siglato e che contiene le diverse ipotesi a cui i singoli Stati possono aderire o meno;

- (2) *Signatories and Parties (MLI Positions)*: riporta il dettaglio delle posizioni espresse dai singoli Paesi in merito agli articoli della Convenzione multilaterale. Come vedremo nel seguito le riserve e le posizioni espresse sono molto importanti in quanto possono vanificare a livello bilaterale l'applicazione di un determinato articolo (e conseguentemente di un determinato principio);
- (3) *MLI Database - Matrix of options and reservations*: rappresenta un file in excel che può essere un valido strumento di aiuto per capire - data la complessità della materia e delle interazioni che si possono creare - l'applicazione o meno di determinati articoli o commi. In particolare nel foglio di lavoro denominato *MLI Matching*, selezionando i due Paesi tra i quali si vuole applicare la Convenzione, si potrà ottenere in automatico il dettaglio delle singole opzioni e riserve poste con un utile riassunto di quanto, in concreto, si dovrà applicare.

Più nello specifico, si evidenzia che la Parte IV della Convenzione multilaterale è dedicata agli articoli relativi all'elusione dello *status* di stabile organizzazione. Infatti:

- i. l'**art. 12** (Elusione artificiosa dello *status* di stabile organizzazione attraverso *commissionnaire arrangement*se strategie simili) si occupa della c.d. stabile organizzazione personale. Lo scopo di questo articolo - peraltro in linea con quanto recepito nel novellato art. 162 del T.U.I.R. è quello di ricomprendere nella definizione di stabile organizzazione anche il caso del commissario (colui che stipula il contratto in nome proprio e per conto del committente);
- ii. l'**art. 13** (Elusione artificiosa dello *status* di stabile organizzazione attraverso esenzioni per specifiche attività), come vedremo più nel dettaglio di seguito, si occupa delle ipotesi negative nella definizione di stabile organizzazione con

particolare attenzione alle attività preparatorie e ausiliarie e alla c.d. disciplina "antiframmentazione";

- iii. l'**art. 14** (Suddivisione (*splitting-up*) di contratti), non esplicitamente richiamato nell'art. 162 T.U.I.R., definisce un periodo temporale minimo (pari a 30 giorni) che - se superato nell'attività svolta da un'impresa (ad esempio in un cantiere) o da una sua impresa correlata - va sommato nel conteggio complessivo del tempo utilizzato per svolgere la predetta attività. Tale impostazione ha lo scopo di contrastare i soggetti non residenti che per evitare di dover dichiarare la presenza in Italia di una stabile organizzazione, parcellizzano - in termini temporali - le attività svolte dalla propria impresa o da imprese correlate;
- iv. l'**art. 15** (Definizione di una persona strettamente correlata a un'impresa) definisce in termini quantitativi e qualitativi quando, ai fini dei precedenti artt. 12, 13, par. 4 e 14 - una persona può definirsi correlata ad un'altra⁶.

Poiché l'art. 13 si occupa delle ipotesi c.d. negative relative allo *status* di stabile organizzazione seguirà - dopo un breve approfondimento sul rapporto tra la normativa interna e quella convenzionale - un'analisi dello stesso anche con riferimento alle interazioni che si potrebbero generare quando un altro Stato aderente alla Convenzione possa avere posizioni conformi o meno rispetto a quelle espresse dall'Italia.

Il rapporto tra la norma interna e quella convenzionale

Dati i due livelli normativi (interno e comunitario) che devono essere analizzati in questi casi, è

Nota:

- 6 Una persona viene definita strettamente correlata a un'impresa se "una ha il controllo dell'altra, o entrambe sono sotto il controllo delle stesse persone o imprese. In ogni caso, una persona è considerata strettamente correlata ad una impresa se una possiede, direttamente o indirettamente, più del 50 per cento dei diritti o partecipazioni nell'altra (o, nel caso di una società, più del 50 per cento del totale dei diritti di voto e del valore delle azioni della società o dei diritti o partecipazioni nel capitale della società), o se un'altra persona possiede, direttamente o indirettamente, più del 50 per cento dei diritti o partecipazioni (o, nel caso di una società, più del 50 per cento del totale dei diritti di voto e del valore delle azioni della società o dei diritti o partecipazioni al capitale della società) nella persona e nell'impresa".

utile approfondire il rapporto che intercorre tra:

- a) norma interna;
- b) norma convenzionale;
- c) accordo multilaterale.

Nel caso in cui il contribuente sia **residente in uno Stato della Comunità europea**, occorre, prima di tutto, verificare i rapporti fra la modifica della norma interna e la convenzione contro le doppie imposizioni vigente fra l'Italia e lo Stato di residenza, tenendo conto dei principi generali sulla gerarchia delle fonti che prevedono in particolare:

- (1) nonostante le leggi di ratifica delle convenzioni abbiano il rango di legge ordinaria, le norme pattizie non sono in genere derogate dalle leggi tributarie successive⁷ poiché la Corte costituzionale, con le sentenze 348/2007 e 349/2007, ha sancito la supremazia degli accordi internazionali rispetto alle disposizioni di legge ordinaria. In particolare, il paragrafo 4.2 della sentenza 348/2007 afferma che l'art. 117, comma 1 della Costituzione, condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali (...). Prima della sua introduzione - ricorda la Corte - l'inserimento delle norme internazionali pattizie nel sistema delle fonti del diritto italiano era tradizionalmente affidato, dalla dottrina prevalente e dalla stessa Corte costituzionale, alla legge di adattamento, avente normalmente rango di legge ordinaria e quindi potenzialmente modificabile da altre leggi ordinarie successive). La Corte poi - con riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo - sancisce che il nuovo testo dell'art. 117, comma 1 della Costituzione rende inconfutabile la maggior forza di resistenza della Convenzione (ma la conclusione vale per ogni norma internazionale pattizia) rispetto a leggi ordinarie successive. Gli eventuali contrasti, quindi non generano problemi di

successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto. Tuttavia le norme pattizie restano attratte nella sfera di competenza della Corte costituzionale poiché l'asserita incompatibilità tra una legge ordinaria successiva e una norma pattizia si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, comma 1 della Costituzione, di esclusiva competenza del giudice delle leggi;

- (2) l'art. 169 del Testo Unico stabilisce (comma 1) che le disposizioni del Testo Unico stesso si applicano, se più favorevoli al contribuente, anche in deroga agli accordi internazionali contro la doppia imposizione. Con ciò dando per implicito che, ove le convenzioni siano più favorevoli al contribuente, queste debbano essere applicate in deroga alla normativa interna.

Pertanto, alla luce delle considerazioni svolte finora, i passaggi da seguire nel caso in cui si debba valutare la presenza o meno di una stabile organizzazione in Italia di un'impresa residente in Europa sono i seguenti:

- a. individuare il testo vigente dell'art. 5 della Convenzione con il Paese comunitario e l'Italia;
- b. confrontare il testo convenzionale con la norma interna (art. 162 del T.U.I.R.);
- c. verificare se la norma convenzionale sia o meno più favorevole al contribuente;
- d. applicare la norma più favorevole delle due al contribuente.

Art. 13 MLI - Elusione artificiosa dello status di stabile organizzazione attraverso esenzioni per specifiche attività

L'art. 13 della Convenzione multilaterale si apre con la descrizione di due Opzioni (A e B) per cui

Nota:

- 7 In base al principio per cui la legge successiva supera quella precedente dello stesso rango.

ciascuno Stato può esprimere la propria posizione di:

- applicare l'Opzione A o l'Opzione B;
- riservarsi il diritto, in base a quanto previsto dall'art. 13, comma 6, lett. a), di non applicare la totalità dell'articolo.

L'Opzione A, prevede che deve valutarsi caso per caso se nella sede fissa d'affari sono svolte attività preparatorie o ausiliarie. Il che significa che l'elenco delle "ipotesi negative" contenute nelle convenzioni stipulate dall'Italia sono escluse dalla nozione di stabile organizzazione solo se ciascuna di esse ha concretamente carattere "preparatorio o ausiliario".

In pratica, premesso che le convenzioni stipulate dall'Italia contengono frequentemente:

- (1) un elenco di **attività specifiche** che non sono mai considerate stabili organizzazioni **"a prescindere"** dal fatto che sia dimostrato il loro carattere preparatorio o ausiliario. Di norma:
 - immagazzinaggio di beni appartenenti all'impresa anche mediante uso di un'installazione ai soli fini di:
 - deposito, esposizione o di consegna;
 - trasformazione da parte di un'altra impresa;
 - utilizzo di una sede fissa d'affari ai soli fini di:
 - acquistare beni o merci;
 - raccogliere informazioni per l'impresa;
- (2) la previsione che l'utilizzo di sedi fisse d'affari per lo svolgimento di alcune altre **attività specifiche** o di **qualsiasi altra attività** non è considerato stabile organizzazione **"solamente se"** si tratta di attività preparatorie o ausiliarie;
- (3) la previsione che l'utilizzo di una sede fissa d'affari per lo svolgimento combinato delle attività di cui sopra non costituisca stabile organizzazione, ma **"solamente se"** l'attività della sede

fissa **nel suo insieme**, quale risulta da tale combinazione, abbia carattere preparatorio o ausiliario.

La portata dell'Opzione A è di rendere applicabile la condizione che l'attività in concreto svolta sia di carattere preparatorio e ausiliario anche per quelle attività specifiche che, nel testo dell'originaria convenzione, non erano soggette a questo limite.

Come vedremo in seguito, altri Stati hanno preferito **l'Opzione B** (peraltro dalla formulazione molto involuta) per il mantenimento, se previsto nell'originaria convenzione, dell'elenco tassativo di attività che non costituiscono stabile organizzazione a prescindere dal loro carattere preparatorio o ausiliario.

Prima di verificare alcuni casi in cui si applicherà quanto contenuto nell'art. 13 si dovrà analizzare la posizione dell'Italia rispetto alle opzioni proposte dalla convenzione multilaterale.

In tal senso si evidenzia che l'Italia ha deciso di applicare l'Opzione A.

Vediamo alcune combinazioni possibili.

Art. 13 MLI - Convenzione Italia - Svizzera

Per quanto riguarda il caso della Svizzera, poiché il Paese elvetico ha deciso di non applicare integralmente l'art. 13 questo, a livello bilaterale, non verrà applicato neanche dall'Italia nei casi che dovessero coinvolgere i due Paesi.

La conseguenza pratica della mancata applicazione dell'art. 13 in commento sarà che nel caso in cui si dovrà valutare la presenza in Italia di una stabile organizzazione di un soggetto residente in Svizzera si dovrà ancora fare riferimento al testo della Convenzione vigente con la Svizzera.

In questo caso sarà pertanto sufficiente verificare se le attività svolte in Italia siano o meno ricomprese nella lista di cui all'art. 5, par. 4, lett. da a) a d), della Convenzione.

Art. 13 MLI - Convenzione Italia - Francia

Un po' più complesso è il caso della Francia in quanto la stessa ha scelto l'Opzione B e pertanto, nessuna delle due verrà applicata. Dato che i due Stati hanno scelto opzioni diverse.

Inoltre, ai sensi dell'art. 13, par. 8, ultimo periodo⁸, poiché entrambi gli Stati hanno effettuato una notifica con riferimento alle Opzioni scelte (seppur diverse) sarà applicabile il paragrafo 4 dello stesso art. 13. Il paragrafo 4 prevede la c.d. *anti-fragmentation rule*, coerentemente recepita a livello interno dal comma 5 dell'art. 162 del T.U. I.R.

In particolare le ipotesi negative di cui ai commi 4 e 4-bis dell'art. 162 - che, come si è visto, elencano le attività specifiche che si considera non costituiscano una stabile organizzazione - non si applicano se la stessa impresa o un'impresa strettamente collegata esercita o esercitano attività economiche nella stessa sede o in altra sede situata nello stesso Stato e:

- a) tale sede o altra sede costituisce una stabile organizzazione per l'impresa stessa o per l'impresa strettamente correlata; oppure
- b) l'attività complessiva risultante dalla combinazione delle attività esercitate dalle due imprese nella stessa sede, oppure dalla stessa impresa o dalle imprese strettamente collegate nelle due sedi, non ha carattere preparatorio o ausiliario,

sempreché le attività svolte nelle due sedi dall'impresa stessa ed eventualmente dalle imprese correlate, costituiscano funzioni complementari che siano parte di un complesso unitario di operazioni d'impresa.

Art. 13 MLI - Convenzione Italia - Spagna

Nel caso della Spagna invece, entrambi gli Stati hanno selezionato la medesima Opzione (Opzione A) e pertanto l'art. 13 risulta pienamente applicabile.

Il paragrafo 7, ultimo periodo⁹ dell'art. 13 conferma l'applicabilità dell'Opzione A in quanto entrambi gli Stati - nei rispettivi documenti in cui indicano le proprie posizioni con riferimento all'MLI - hanno comunicato il nominativo dell'altro Stato.

Come evidenziato per la Francia, anche in questo caso risulterà applicabile il par. 4 dell'art. 13 in quanto, ai sensi del paragrafo 8, ultimo periodo dell'art. 13, le Giurisdizioni hanno effettuato una notifica ai sensi del paragrafo 7 (come evidenziato in precedenza).

In conclusione, nel caso in cui si dovesse valutare la presenza, ad esempio di una stabile organizzazione in Italia di un'impresa residente in Spagna si dovrà avere cura di approfondire se si tratti o meno di attività preparatorie o ausiliarie così come descritte nel paragrafo 60 della versione vigente (novembre 2017) del Commentario OCSE¹⁰.

Note:

8 "Il paragrafo 4 si applica a una disposizione di un Accordo fiscale coperto soltanto se tutte le Giurisdizioni Contraenti hanno effettuato una notifica riguardante tale disposizione ai sensi del presente paragrafo o del paragrafo 7".

9 "Una Opzione si applica ad una disposizione di un Accordo fiscale coperto soltanto se tutte le Giurisdizioni Contraenti hanno scelto di applicare la medesima Opzione e hanno effettuato una tale notifica riguardante tale disposizione".

10 In particolare, l'attività ha carattere:

- preparatorio: nel caso in cui precedano l'attività principale e abbiano una durata limitata nel tempo;

- ausiliario: si fa riferimento al caso in cui le attività non siano parte del *core business* dell'impresa e non richiedano un rilevante impiego di *asset* e/o dipendenti.