



# Il Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni La versione 2010

di Piergiorgio Valente

In data 22 luglio 2010 è stato pubblicato il documento "The 2010 Update to the Model Tax Convention", il quale contiene le modifiche alla versione del 2008 del Modello OCSE: tra queste, l'art. 7, relativo ai "Business Profits" e il connesso Commentario risultano integralmente riscritti. Il testo consolidato del Modello OCSE 2010 sarà pubblicato nel settembre 2010.

## 1. Premessa

In data 21 maggio 2010, il Comitato Affari Fiscali dell'OCSE ha pubblicato il documento "Draft Contents of the 2010 Update to the Model Tax Convention" ("Draft Contents") il quale illustra le **modifiche alla versione 2008 del Modello OCSE** e relativo Commentario. Il *Draft Contents* recepisce le discussioni che nel triennio 2007-2009 hanno riguardato il contenuto di alcune disposizioni convenzionali, oggetto di trattazione nei seguenti *discussion drafts*:

- "The granting of treaty benefits with respect to the income of Collective Investment Vehicles" del 9 dicembre 2009;
- "Revised discussion draft of a new Article 7 of the OECD Model Tax Convention" del 24 novembre 2009;
- "Application of tax treaties to State-owned entities, including Sovereign Wealth Funds" del 25 novembre 2009;
- "Tax treaty issues related to common telecommunication transactions" del 25 novem-

bre 2009;

- "Revised changes to the Commentary on paragraph 2 of Article 15" del 12 marzo 2007 (ultima versione).

Le più significative modifiche contenute nel *Draft Contents*, alla luce di quanto previsto dai suindicati *discussion drafts*, riguardano in particolare gli artt. 1 ("Persons Covered"), 7 ("Business Profits"), 12 ("Royalties") e 15 ("Income from Employment") del Modello OCSE e i relativi Commentari.

Il documento "The 2010 Update to the Model Tax Convention" ("2010 Update"), pubblicato in data 22 luglio 2010, apporta minime modifiche al *Draft Contents*, riguardanti principalmente **riserve e posizioni degli Stati membri e non membri OCSE**. Tra queste, è prevista l'eliminazione di riserve e posizioni contrarie agli *standards* internazionali di trasparenza e scambio di informazioni<sup>1</sup> recepiti nell'art. 26 del Modello OCSE.

<sup>1</sup> Gli *standards* internazionali di trasparenza e scambio di informazioni sono stati sviluppati dal *Global Forum on Transparency and Exchange of Information* dell'OCSE con l'obiettivo di fornire un parametro unico e condiviso per le convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni (attualmente pari a n. 3.700 circa) concluse dagli Stati membri e non membri dell'OCSE. Essi possono considerarsi quali criteri internazionali di sussistenza della cooperazione tra Stati in ambito fiscale. Tali *standards* implicano, secondo la definizione fornita dall'OCSE:

- lo scambio di informazioni su richiesta qualora le stesse siano "prevedibilmente rilevanti" per l'applicazione della legislazione nazionale;
- il superamento del limite a tale scambio rappresentato dal segreto bancario;

La pubblicazione della versione consolidata del Modello OCSE 2010 è prevista per il mese di settembre del 2010.

Si illustrano di seguito le più importanti modifiche al Modello OCSE, contenute nel **2010 Update**.

## 2. Le più importanti modifiche al Modello OCSE

### 2.1. La concessione dei benefici convenzionali al reddito dei *Collective Investment Vehicles*

Le modifiche al Commentario all'art. 1 del Modello OCSE, già proposte nel *discussion draft* "The granting of treaty benefits with respect to the income of *Collective Investment Vehicles*" del 9 dicembre 2009, riguardano l'applicazione delle disposizioni convenzionali al **reddito dei *Collective Investment Vehicles***. In particolare, sono esaminate le questioni di carattere tecnico che consentono di concludere che un *Collective Investment Vehicle* può essere considerato una "persona", un "residente di uno Stato Contraente" e un "beneficiario effettivo" del reddito, ai fini dell'applicazione dei benefici convenzionali (cfr. i nuovi paragrafi 6.8 - 6.16 del Commentario all'art. 1 del Modello OCSE).

Secondo quanto previsto dal nuovo paragrafo 6.10, un *Collective Investment Vehicle* dovrebbe essere considerato "persona" ai fini convenzionali in ragione della sua forma giuridica ("legal form") la quale varia sostanzialmente da Stato a Stato<sup>2</sup>. In linea generale, il fatto che la legisla-

zione fiscale del Paese in cui il *Collective Investment Vehicle* è costituito consideri quest'ultimo quale *taxpayer* implica che lo stesso possa qualificarsi come "persona" ai fini convenzionali.

Con riguardo alla qualificazione di "residente", al contrario, non rileva la forma giuridica del *Collective Investment Vehicle*, bensì il regime fiscale a cui è assoggettato nello Stato di costituzione. Precisa il nuovo paragrafo 6.11 del Commentario all'art. 1 che un *Collective Investment Vehicle* fiscalmente trasparente non può essere considerato "residente" dello Stato contraente in cui è costituito, non essendo *ivi* assoggettato a tassazione.

Un *Collective Investment Vehicle* può essere considerato "beneficiario effettivo" dei dividendi e degli interessi che percepisce se il suo *management* è dotato di poteri discrezionali nella gestione degli *assets* che generano le suindicate categorie di reddito.

Le ulteriori modifiche, discusse nel corso del *meeting* del Comitato Affari Fiscali del febbraio 2010 e – unitamente a quelle indicate sopra – contenute nel *2010 Update* in commento, riguardano i nuovi paragrafi 6.17 - 6.34 del Commentario all'art. 1 del Modello OCSE, dove si precisa sostanzialmente:

- che l'applicazione dei benefici convenzionali ai *Collective Investment Vehicles* può essere garantita, con riguardo ai trattati bilaterali già in vigore, mediante semplice scambio di note. Ciò consente di evitare la rinegoziazione dei suindicati trattati al fine di includere disposizioni *ad hoc* (cfr. in particolare il nuovo paragrafo 6.17)<sup>3</sup>;
- che gli Stati, nel corso delle negoziazioni bila-

– la disponibilità e il potere di ottenere informazioni affidabili;

– il rispetto dei diritti del contribuente;  
– la riservatezza delle informazioni scambiate.

I suindicati aspetti della nozione di scambio di informazioni e trasparenza in ambito fiscale si riflettono nelle disposizioni dell'art. 26 del Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni, nonché nel Modello OCSE di *Tax Information Exchange Agreement* (TIEA) del 2002. Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2008.

<sup>2</sup> Precisa il paragrafo 6.10 che "(...). In many countries, most CIVs take the form of a company. In others, the CIV typically would be a trust. In still others, many CIVs are simple contractual arrangements or a form of joint ownership. In most cases, the CIV would be treated as a taxpayer or a 'person' for purposes of the tax law of the State in which it is established; for example, in some countries where the CIV is commonly established in the form of a trust, either the trust itself, or the trustees acting collectively in their capacity as such, is treated as a taxpayer or a person for domestic tax law purposes (...)".

<sup>3</sup> Qualora, invece, gli Stati contraenti decidessero di disciplinare espressamente l'applicazione dei benefici convenzionali ai *Collective Investment Vehicles* potrebbero inserire nei rispettivi trattati bilaterali una disposizione del seguente tenore (nuovo paragrafo 6.17):

"[ ] Notwithstanding the other provisions of this Convention, a collective investment vehicle which is established in a Contracting State and which receives income arising in the other Contracting State shall be treated, for purposes of applying the Convention to such income, as an individual that is a resident of the Contracting State in which it is established and as the beneficial owner of the income it receives (provided that, if an individual who is a resident of the first-mentioned State had received the income in the same circumstances, such individual would have been considered to be the beneficial owner thereof). For purposes of this paragraph, the term 'collective investment vehicle' means, in the case of [State A], a [ ] and, in the case of [State B], a [ ], as well as any other investment fund, arrangement or entity established in either Contracting State which the competent authorities of the Contracting States agree to regard as a collective investment vehicle for purposes of this paragraph".

terali, hanno la facoltà di disciplinare “differentemente” l’applicazione delle disposizioni convenzionali ad alcune tipologie di *Collective Investment Vehicles*, eventualmente in deroga al trattamento previsto dal Commentario, con la conseguenza di considerare il *Collective In-*

*vestment Vehicle* “as making claims” per conto degli investitori e non in proprio nome. In tal caso, il nuovo paragrafo 6.28 del Commentario all’art. 1 suggerisce agli Stati contraenti di inserire nelle rispettive convenzioni bilaterali una disposizione del seguente tenore:

*“a) A collective investment vehicle described in subparagraph c) which is established in a Contracting State and which receives income arising in the other Contracting State shall not be treated as a resident of the Contracting State in which it is established, but may claim, on behalf of the owners of the beneficial interests in the collective investment vehicle, the tax reductions, exemptions or other benefits that would have been available under this Convention to such owners had they received such income directly.*

*b) A collective investment vehicle may not make a claim under subparagraph a) for benefits on behalf of any owner of the beneficial interests in such collective investment vehicle if the owner has itself made an individual claim for benefits with respect to income received by the collective investment vehicle.*

*c) This paragraph shall apply with respect to, in the case of [State A], a [ ] and, in the case of [State B], a [ ], as well as any other investment fund, arrangement or entity established in either Contracting State to which the competent authorities of the Contracting States agree to apply this paragraph”.*

## 2.2. Il nuovo art. 7 del Modello OCSE

Le modifiche contenute nel *2010 Update* prevedono che l’art. 7 del Modello OCSE venga inte-

gralmente **riscritto** rispetto alla versione del 2008. Si riporta di seguito la versione ufficiale in lingua inglese del nuovo testo:

*“1. Profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits that are attributable to the permanent establishment in accordance with the provisions of paragraph 2 may be taxed in that other State.*

*2. For the purposes of this Article and Article [23 A] [23B], the profits that are attributable in each Contracting State to the permanent establishment referred to in paragraph 1 are the profits it might be expected to make, in particular in its dealings with other parts of the enterprise, if it were a separate and independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions, taking into account the functions performed, assets used and risks assumed by the enterprise through the permanent establishment and through the other parts of the enterprise.*

*3. Where, in accordance with paragraph 2, a Contracting State adjusts the profits that are attributable to a permanent establishment of an enterprise of one of the Contracting States and taxes accordingly profits of the enterprise that have been charged to tax in the other State, the other State shall, to the extent necessary to eliminate double taxation on these profits, make an appropriate adjustment to the amount of the tax charged on those profits. In determining such adjustment, the competent authorities of the Contracting States shall if necessary consult each other.*

*4. Where profits include items of income which are dealt with separately in other Articles of this Convention, then the provisions of those Articles shall not be affected by the provisions of this Article”<sup>4</sup>.*

<sup>4</sup> Nella versione del 2008 del Modello OCSE, il testo dell’art. 7 è il seguente:

*“1. The profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise*

*carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits of the enterprise may be taxed in the other State but only so much of them as is attributable to that permanent estab-*

Coerentemente, le modifiche concernono anche il Commentario, il quale, al pari del testo dell'articolo, risulta completamente riscritto.

Come indicato nei *Preliminary remarks* del nuovo Commentario, l'art. 7 disciplina l'allocatione tra gli Stati contraenti del diritto di imposizione con riferimento al **reddito di impresa**, nei limiti in cui lo stesso non trova una diversa regolamentazione in altre disposizioni convenzionali. Esso include il principio di base secondo cui, a meno che un'impresa di uno Stato contraente non abbia una stabile organizzazione nell'altro Stato, i redditi dalla stessa prodotti non possono che essere assoggettati a tassazione nel primo Stato (cfr. in particolare il nuovo paragrafo 1 del Commentario all'art. 7)<sup>5</sup>.

*lishment.*

2. *Subject to the provisions of paragraph 3, where an enterprise of a Contracting State carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein, there shall in each Contracting State be attributed to that permanent establishment the profits which it might be expected to make if it were a distinct and separate enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions and dealing wholly independently with the enterprise of which it is a permanent establishment.*

3. *In determining the profits of a permanent establishment, there shall be allowed as deductions expenses which are incurred for the purposes of the permanent establishment, including executive and general administrative expenses so incurred, whether in the State in which the permanent establishment is situated or elsewhere.*

4. *Insofar as it has been customary in a Contracting State to determine the profits to be attributed to a permanent establishment on the basis of an apportionment of the total profits of the enterprise to its various parts, nothing in paragraph 2 shall preclude that Contracting State from determining the profits to be taxed by such an apportionment as may be customary; the method of apportionment adopted shall, however, be such that the result shall be in accordance with the principles contained in this Article.*

5. *No profits shall be attributed to a permanent establishment by reason of the mere purchase by that permanent establishment of goods or merchandise for the enterprise.*

6. *For the purposes of the preceding paragraphs, the profits to be attributed to the permanent establishment shall be determined by the same method year by year unless there is good and sufficient reason to the contrary.*

7. *Where profits include items of income which are dealt with separately in other Articles of this Convention, then the provisions of those Articles shall not be affected by the provisions of this Article”.*

<sup>5</sup> Precisa il nuovo paragrafo 1 del Commentario all'art. 7 che “(t)his Article allocates taxing rights with respect to the business profits of an enterprise of a Contracting State to the extent that these profits are not subject to different rules under other Articles of the Convention. It incorporates the ba-

Nella pratica, l'OCSE ha riscontrato la necessità, a tutela del contribuente, di garantire l'applicazione e l'interpretazione uniforme del principio dell'**arm's length** alle **stabili organizzazioni**. Nel 2008 è stato pertanto adottato il Rapporto “*Attribution of Profits to Permanent Establishments*” (“Rapporto”) con l'obiettivo di individuare l'approccio preferibile nell'attribuzione del reddito “*to a permanent establishment under Article 7 given modern-day multinational operations and trade*”.

Il Comitato Affari Fiscali ha ritenuto che le conclusioni raggiunte nel Rapporto del 2008 dovesse essere trasposte nell'art. 7 e relativo Commentario, ai fini della negoziazione di nuovi futuri trattati bilaterali. Il testo del nuovo art. 7 e relativo Commentario pertanto riflette – essendone conseguenza – le conclusioni contenute nel suindicato Rapporto del 2008, oltre i commenti contenuti nel *discussion draft* “*Revised discussion draft of a new Article 7 of the OECD Model Tax Convention*” del 24 novembre 2009 (cfr. in particolare i nuovi paragrafi 5 - 8 del Commentario all'art. 7). La disposizione di cui all'art. 7 del *2010 Update* riflette il *drafting* presente nella versione 2010 del Rapporto, identica a quella del 2008 nelle conclusioni e interpretazioni<sup>6</sup>.

Le più importanti “novità” introdotte dal nuovo testo dell'articolo in commento, rispetto alla versione del 2008, riguardano:

1. il **paragrafo 1**, il quale fissa la regola per l'allocatione del diritto di assoggettare a tassazione i redditi di impresa. In primo luogo, statuisce che, a meno che un'impresa di uno Stato contraente non disponga di una stabile organizzazione in un altro Stato, i suoi redditi non possono essere assoggettati a tassazione in quest'ultimo Stato. In secondo luogo,

*sic principle that unless an enterprise of a Contracting State has a permanent establishment situated in the other State, the business profits of that enterprise may not be taxed by that other State unless these profits fall into special categories of income for which other Articles of the Convention give taxing rights to that other State”.*

<sup>6</sup> Precisa il nuovo paragrafo 9 del Commentario all'art. 7 che “(t)he current version of the Article therefore reflects the approach developed in the Report and must be interpreted in light of the guidance contained in it. The Report deals with the attribution of profits both to permanent establishments in general (Part I of the Report) and, in particular, to permanent establishments of businesses operating in the financial sector, where trading through a permanent establishment is widespread (Part II of the Report, which deals with permanent establishments of banks, Part III, which deals with permanent establishments of enterprises carrying on global trading and Part IV, which deals with permanent establishments of enterprises carrying on insurance activities)”.

si prevede che qualora l'impresa di uno Stato contraente svolga attività d'impresa in un altro Stato per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata, i redditi connessi a tale stabile organizzazione sono assoggettati a tassazione in quest'ultimo Stato<sup>7</sup>. La determinazione del reddito da attribuire alla stabile organizzazione è effettuata ai sensi di quanto previsto dal paragrafo 2 dell'art. 7;

2. il **paragrafo 2**, il quale nella nuova versione prevede che nel determinare il **reddito at arm's length da attribuire alla stabile organizzazione** bisogna tenere conto delle *"functions performed, assets used and risks assumed by the enterprise through the permanent establishment and through the other parts of the enterprise"*. Come precisato dal nuovo paragrafo 15 del Commentario all'art. 7, il paragrafo 2 dell'articolo fissa la regola principale

per la determinazione del reddito da attribuire alla stabile organizzazione: il reddito della stabile organizzazione, in particolare, è quello che quest'ultima *"might be expected to make if it were a separate and independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions"*. Nel Rapporto si precisa che la determinazione del reddito attribuibile alla stabile organizzazione implica il calcolo dei **profitti** (o delle **perdite**) derivanti da **tutte le attività**, incluse le transazioni con parti indipendenti, le transazioni con le parti correlate e *"dealings"* con le altre parti dell'impresa. Tale analisi contempla due distinti *steps* (cfr. il nuovo paragrafo 20 del Commentario all'art. 7). Il primo *step* è rappresentato da una **"functional and factual analysis"** che comporta (cfr. il nuovo paragrafo 21 del Commentario all'art. 7):

*"- the attribution to the permanent establishment, as appropriate, of the rights and obligations arising out of transactions between the enterprise of which the permanent establishment is a part and separate enterprises;*  
*- the identification of significant people functions relevant to the attribution of economic ownership of assets, and the attribution of economic ownership of assets to the permanent establishment;*  
*- the identification of significant people functions relevant to the assumption of risks, and the attribution of risks to the permanent establishment;*  
*- the identification of other functions of the permanent establishment;*  
*- the recognition and determination of the nature of those dealings between the permanent establishment and other parts of the same enterprise that can appropriately be recognised, having passed the threshold test referred to in paragraph 26; and*  
*- the attribution of capital based on the assets and risks attributed to the permanent establishment"*.

Il secondo *step* prevede la **determinazione del prezzo at arm's length** e in conformità con le Linee Guida dell'OCSE in materia di

*transfer pricing*, dei *"recognised dealings"* mediante (cfr. il nuovo paragrafo 22 del Commentario all'art. 7):

*"- the determination of comparability between the dealings and uncontrolled transactions, established by applying the Guidelines' comparability factors directly (characteristics of property or services, economic circumstances and business strategies) or by analogy (functional analysis, contractual terms) in light of the particular factual circumstances of the permanent establishment; and*  
*- the application by analogy of one of the Guidelines' methods to arrive at an arm's length compensation for the dealings between the permanent establishment and the other parts of the enterprise, taking into account the functions performed by and the assets and risks attributed to the permanent establishment and the other parts of the enterprise"*.

<sup>7</sup> Precisa il nuovo paragrafo 10 del Commentario all'art. 7 che *"(...) paragraph 4 restricts the application of these rules by providing that Article 7 does not affect the application of other Articles of the Convention that provide special rules for certain categories of profits (e.g. those derived from the*

*operation of ships and aircraft in international traffic) or for certain categories of income that may also constitute business profits (e.g. income derived by an enterprise in respect of personal activities of an entertainer or sportsman)".*

Il nuovo paragrafo 30 chiarisce che una volta che il reddito da attribuirsi alla stabile organizzazione sia stato determinato ai sensi del paragrafo 2 dell'art. 7, spetta alla legislazione interna di ciascuno Stato contraente stabilire se e in che misura esso debba essere assoggettato a tassazione<sup>8</sup>;

3. il **paragrafo 3**, il quale sostituisce i paragrafi 3, 4, 5 e 6 della versione del 2008 dell'art. 7. Come precisato dai nuovi paragrafi 44 e seguenti del Commentario, obiettivo del paragrafo 3 dell'art. 7 è di evitare **fenomeni di doppia imposizione** connessi al fatto che gli Stati contraenti potrebbero interpretare “differentemente” la disposizione di cui al paragrafo 2 del medesimo articolo. L'esigenza di garantire l'interpretazio-

ne uniforme del paragrafo 2 dell'art. 7, al fine di eliminare rischi di doppia imposizione, ha indotto il Comitato Affari Fiscali dell'OCSE a sviluppare delle linee guida interpretative, contenute nel Rapporto, sulla base dei principi illustrati nelle Linee Guida dell'OCSE in materia di *transfer pricing*. Se il contribuente determina il reddito da attribuire alla stabile organizzazione in conformità con quanto previsto dal paragrafo 2 dell'art. 7, come interpretato dal Rapporto, gli Stati contraenti non dovrebbero procedere ad effettuare alcun aggiustamento (cfr. il nuovo paragrafo 46 del Commentario all'art. 7). Il nuovo paragrafo 47 del Commentario all'art. 7 illustra i suindicati principi con il seguente esempio:

*“(...) A manufacturing plant located in State R of an enterprise of State R has transferred goods for sale to a permanent establishment of the enterprise situated in State S. For the purpose of determining the profits attributable to the permanent establishment under paragraph 2, the Report provides that a dealing must be recognised and a notional arm's length price must be determined for that dealing. The enterprise's documentation, which is consistent with the functional and factual analysis and which has been used by the taxpayer as the basis for the computation of its taxable income in each State, shows that a dealing in the nature of a sale of the goods by the plant in State R to the permanent establishment in State S has occurred and that a notional arm's length price of 100 has been used to determine the profits attributable to the permanent establishment. Both States agree that the recognition of the dealing and the price used by the taxpayer are in conformity with the principles of the Report and of the OECD Transfer Pricing Guidelines. In this case, both States should refrain from adjusting the profits on the basis that a different arm's length price should have been used; as long as there is agreement that the taxpayer has conformed with paragraph 2, the tax administrations of both States cannot substitute their judgment for that of the taxpayer as to what are the arm's length conditions. In this example, the fact that the same arm's length price has been used in both States and that both States will recognise that price for the purposes of the application of the Convention will ensure that any double taxation related to that dealing will be eliminated under Article 23 A or 23 B’.*

Il nuovo paragrafo 52 del Commentario all'art. 7 precisa che il paragrafo 3 non limita in alcun modo i rimedi a disposizione del contribuente diretti ad assicurare il rispetto, da parte di ciascuno Stato, degli obblighi previsti dall'art. 7 e dagli **artt. 23A o 23B del Modello OCSE**. Se, ad esempio, la determinazione del reddito da attribuirsi alla stabile organizzazione non è stata

effettuata, da parte di uno Stato contraente, in conformità con il paragrafo 2, il contribuente può comunque fare riferimento agli strumenti previsti dalla legislazione domestica e alla **procedura di composizione amichevole** di cui all'art. 25 del Modello OCSE<sup>9</sup>, a tutela del pro-

<sup>8</sup> Precisa il paragrafo 30 che “(...) Paragraph 2 does not deal with the issue of whether expenses are deductible when computing the taxable income of the enterprise in either Contracting State. The conditions for the deductibility of expenses are a matter to be determined by domestic law, subject to the provisions of the Convention and, in particular, paragraph 3 of Article 24 (...).” Il paragrafo 3 dell'art. 24 del Modello OCSE stabilisce che le spese sono deducibili alle medesime condizioni “whether they are incurred for the purposes of a permanent establishment situated in a Contracting State or for the purposes of an enterprise of that State”.

<sup>9</sup> Prevede l'art. 25 del Modello OCSE:

*“1. Where a person considers that the actions of one or both of the Contracting States result or will result for him in taxation not in accordance with the provisions of this Convention, he may, irrespective of the remedies provided by the domestic law of those States, present his case to the competent authority of the Contracting State of which he is a resident or, if his case comes under paragraph 1 of Article 24, to that of the Contracting State of which he is a national. The case must be presented within three years from the first notification of the action resulting in taxation not in accordance with the provisions of the Convention.*

*2. The competent authority shall endeavour, if the objec-*

prio interesse ad una tassazione in conformità con le disposizioni convenzionali<sup>10</sup>.

*tion appears to it to be justified and if it is not itself able to arrive at a satisfactory solution, to resolve the case by mutual agreement with the competent authority of the other Contracting State, with a view to the avoidance of taxation which is not in accordance with the Convention. Any agreement reached shall be implemented notwithstanding any time limits in the domestic law of the Contracting States.*

*3. The competent authorities of the Contracting States shall endeavour to resolve by mutual agreement any difficulties or doubts arising as to the interpretation or application of the Convention. They may also consult together for the elimination of double taxation in cases not provided for in the Convention.*

*4. The competent authorities of the Contracting States may communicate with each other directly, including through a joint commission consisting of themselves or their representatives, for the purpose of reaching an agreement in the sense of the preceding paragraphs.*

*5. Where,*

*a) under paragraph 1, a person has presented a case to the competent authority of a Contracting State on the basis that the actions of one or both of the Contracting States have resulted for that person in taxation not in accordance with the provisions of this Convention, and*

*b) the competent authorities are unable to reach an agreement to resolve that case pursuant to paragraph 2 within two years from the presentation of the case to the competent authority of the other Contracting State, any unresolved issues arising from the case shall be submitted to arbitration if the person so requests. These unresolved issues shall not, however, be submitted to arbitration if a decision on these issues has already been rendered by a court or administrative tribunal of either State. Unless a person directly affected by the case does not accept the mutual agreement that implements the arbitration decision, that decision shall be binding on both Contracting States and shall be implemented notwithstanding any time limits in the domestic laws of these States. The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of this paragraph (...)'.*

<sup>10</sup> Chiarisce il nuovo paragrafo 53 del Commentario all'art. 7 che "(w)here, however, the taxpayer has not determined the profits attributable to the permanent establishment in conformity with paragraph 2, each State is entitled to make an adjustment in order to ensure conformity with that paragraph. Where one State makes an adjustment in conformity with paragraph 2, that paragraph certainly permits the other State to make a reciprocal adjustment so as to avoid any double taxation through the combined application of paragraph 2 and of Article 23 A or 23 B (see paragraph 65 below). It may be, however, that the domestic law of that other State (e.g. the State where the permanent establishment is located) may not allow it to make such a change or that State may have no incentive to do it on its own if the effect is to reduce the amount of profits that was previously taxable in that State. It may also be that, as indicated above, the two Contracting States will adopt different interpretations of paragraph 2 and it is not possible to conclude that either interpretation is not in accordance with paragraph 2'.

Il nuovo paragrafo 58 del Commentario rileva che il paragrafo 3 dell'art. 7 "*shares the main features of paragraph 2 of Article 9*"<sup>11</sup>.

In primo luogo, esso si applica a ciascuno Stato con riferimento ad un aggiustamento effettuato dall'altro Stato. Inoltre, la disposizione in commento non trova applicazione se non allorquando un aggiustamento sia stato apportato da uno dei due Stati contraenti. Come precisato dal paragrafo 2 dell'art. 9 del Modello OCSE, un "corrispondente aggiustamento" non può essere effettuato ai sensi del paragrafo 3 dell'art. 7, per il semplice fatto che il reddito da attribuirsi alla stabile organizzazione abbia a sua volta subito un "adjustment" da parte di uno degli Stati contraenti. Il "corresponding adjustment" è ammesso solo in quanto l'altro Stato consideri che l'"adjusted profits" è conforme alle disposizioni di cui al paragrafo 2 dell'art. 7 del Modello OCSE. In altre parole, il paragrafo 3 dell'art. 7 non può trovare applicazione laddove il reddito da attribuire alla stabile organizzazione subisce un aggiustamento "to a level that is different from what they would have been if they had been correctly computed in accordance with the principles of paragraph 2. Regardless of which State makes the initial adjustment, the other State is obliged to make an appropriate corresponding adjustment only if it considers that the adjusted profits correctly reflect what the profits would have been if the permanent establishment's dealings had been transactions at arm's length. The other State is therefore committed to make such a corresponding adjustment only if it considers that the initial adjustment is justified both in principle and as regards the amount" (cfr. il nuovo paragrafo 59 del Commentario all'art. 7). I nuovi paragrafi 60 - 67 del Commentario all'art. 7 specificano alcuni limiti applicativi del nuovo paragrafo 3:

<sup>11</sup> Secondo quanto previsto dal paragrafo 2 dell'art. 9, "2. Where a Contracting State includes in the profits of an enterprise of that State - and taxes accordingly - profits on which an enterprise of the other Contracting State has been charged to tax in that other State and the profits so included are profits which would have accrued to the enterprise of the first-mentioned State if the conditions made between the two enterprises had been those which would have been made between independent enterprises, then that other State shall make an appropriate adjustment to the amount of the tax charged therein on those profits. In determining such adjustment, due regard shall be had to the other provisions of this Convention and the competent authorities of the Contracting States shall if necessary consult each other".

- il paragrafo 3 non individua il metodo attraverso il quale effettuare il “*corresponding adjustment*”<sup>12</sup>;
- la questione relativa al cd. “*secondary adjustment*”, di cui al paragrafo 8 del Commentario all’art. 9<sup>13</sup> del Modello OCSE, non trova applicazione con riferimento all’aggiustamento effettuato ai sensi del paragrafo 3 dell’art. 7;
- conformemente al paragrafo 2 dell’art. 9, il paragrafo 3 dell’art. 7 lascia aperta la questione del periodo di tempo decorso il quale l’“*appropriate adjustment*” non deve più essere effettuato;
- il paragrafo 3 si applica esclusivamente nei limiti in cui è necessario eliminare la doppia imposizione sul reddito che deriva dall’aggiustamento<sup>14</sup>;
- il paragrafo 3 trova applicazione esclusivamente con riferimento alle “differenze” nella determinazione del reddito da attribuirsi alla stabile organizzazione, corrispondente alla medesima parte di reddito imputata a “*different parts*” dell’impresa, in conformità all’art. 7<sup>15</sup>;
- il paragrafo 3 non limita l’applicazione del meccanismo di risoluzione della doppia imposizione di cui agli artt. 23A e 23B del Modello OCSE<sup>16</sup>.

Il **paragrafo 4** del nuovo testo dell’articolo in commento è analogo al paragrafo 7 della versione del 2008.

Si evidenzia che il *2010 Update*, in apposito *Annex*, riporta la versione 2008 dell’art. 7 e del relativo Commentario. L’obiettivo è quello di fornire un “riferimento storico” dal momento che la precedente versione conserva rilevanza ai fini dell’ap-

<sup>12</sup> “(...) Where the initial adjustment is made by the State in which the permanent establishment is situated, the adjustment provided for by paragraph 3 could be granted in the other State through the adjustment of the amount of income that must be exempted under Article 23 A or of the credit that must be granted under Article 23 B. Where the initial adjustment is made by that other State, the adjustment provided for by paragraph 3 could be made by the State in which the permanent establishment is situated by re-opening the assessment of the enterprise of the other State in order to reduce the taxable income by an appropriate amount” (cfr. il nuovo paragrafo 60 del Commentario all’art. 7).

<sup>13</sup> Il paragrafo 8 del Commentario all’art. 9 del Modello OCSE prevede:  
 “(...) Suppose that an upward revision of taxable profits of enterprise X in State A has been made in accordance with the principle laid down in paragraph 1 and suppose also that an adjustment is made to the profits of enterprise Y in State B in accordance with the principle laid down in paragraph 2. The position has still not been restored exactly to what it would have been had the transactions taken place at arm’s length prices because, as a matter of fact, the money representing the profits which are the subject of the adjustment is found in the hands of enterprise Y instead of in those of enterprise X. It can be argued that if arm’s length pricing had operated and enterprise X had subsequently wished to transfer these profits to enterprise Y, it would have done so in the form of, for example, a dividend or a royalty (if enterprise Y were the parent of enterprise X) or in the form of, for example, a loan (if enterprise X were the parent of enterprise Y) and that in those circumstances there could have been other tax consequences (e.g. the operation of a withholding tax) depending upon the type of income concerned and the provisions of the Article dealing with such income”.

<sup>14</sup> “(...) Assume, for instance, that the State where the permanent establishment is situated adjusts the profits that the taxpayer attributed to the permanent establishment to reflect the fact that the price of a dealing between the permanent establishment and the rest of the enterprise did not conform with the arm’s length principle. Assume that the other State also agrees that the price used by the

taxpayer was not at arm’s length. In that case, the combined application of paragraph 2 and of Article 23 A or 23 B will require that other State to attribute to the permanent establishment, for the purposes of providing relief of double taxation, adjusted profits that would reflect an arm’s length price. In such a case, paragraph 3 will only be relevant to the extent that States adopt different interpretations of what the correct arm’s length price should be” (cfr. il nuovo paragrafo 65 del Commentario all’art. 7).

<sup>15</sup> “(...) Article 7 does not deal with the computation of taxable income but, instead, with the attribution of profits for the purpose of the allocation of taxing rights between the two Contracting States. The Article therefore only serves to allocate revenues and expenses for the purposes of allocating taxing rights and does not prejudge the issue of which revenues are taxable and which expenses are deductible, which is a matter of domestic law as long as there is conformity with paragraph 2. Where the profits attributed to the permanent establishment are the same in each State, the amount that will be included in the taxable income on which tax will be levied in each State for a given taxable period may be different given differences in domestic law rules, e.g. for the recognition of income and the deduction of expenses. Since these different domestic law rules only apply to the profits attributed to each State, they do not, by themselves, result in double taxation for the purposes of paragraph 3” (cfr. il nuovo paragrafo 66 del Commentario all’art. 7).

<sup>16</sup> “(...) paragraph 3 does not apply to affect the computation of the exemption or credit under Article 23 A or 23 B except for the purposes of providing what would otherwise be unavailable double taxation relief for the tax paid to the Contracting State in which the permanent establishment is situated on the profits that have been attributed to the permanent establishment in that State. This paragraph will therefore not apply where these profits have been fully exempted by the other State or where the tax paid in the first-mentioned State has been fully credited against the other State’s tax under the domestic law of that other State and in accordance with Article 23 A or 23 B” (cfr. il nuovo paragrafo 67 del Commentario all’art. 7).



plicazione e dell'interpretazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni già sottoscritte e in vigore, e che riportano la versione 2008 dell'art. 7.

### 2.3. Applicazione delle disposizioni convenzionali agli enti pubblici, tra i quali i *Sovereign Wealth Funds*

Le modifiche al Commentario che hanno costituito oggetto di discussione nel *discussion draft* “*Application of tax treaties to State-owned entities, including Sovereign Wealth Funds*” riguardano l'applicazione del principio del c.d. “*sovereign immunity*” in materia fiscale, sui cui limiti non sussiste uniformità di vedute a livello internazionale. Nel suindicato *discussion draft*, inoltre, si è precisato che l'applicazione dei benefici convenzionali ai *Sovereign Wealth Funds* dipende dai fatti e dalle circostanze del caso concreto. A tal proposito, assumono rilevanza le singole negoziazioni bilaterali.

Le modifiche contenute nel *2010 Update* riflettono quanto delineato nel suindicato *discussion draft* e si estrinsecano sostanzialmente nei nuovi

paragrafi 6.35 - 6.39 del Commentario all'art. 1, nonché nel nuovo paragrafo 8.5 del Commentario all'art. 4 del Modello OCSE<sup>17</sup>, dove peraltro viene fornita la definizione di *Sovereign Wealth Funds*.

Ai sensi del paragrafo 1 dell'art. 4, gli stessi Stati contraenti, le loro suddivisioni politiche ed autorità locali sono incluse nella definizione di “residente di uno Stato contraente” e, pertanto, hanno diritto ai benefici convenzionali. Alcune criticità possono tuttavia presentarsi con riferimento agli enti istituiti ed interamente partecipati da uno Stato o dalle sue suddivisioni politiche o autorità locali, i quali possono derivare “*substantial income*” da altri Stati. Si rende pertanto necessario determinare se le disposizioni convenzionali siano ad essi applicabili, in ragione del fatto che, in molti casi, tali enti sono totalmente esenti da tassazione. Secondo quanto previsto dai nuovi paragrafi 6.36 e 6.37 del Commentario all'art. 1 del Modello OCSE, le suindicate criticità richiedono un intervento a livello delle singole convenzioni bilaterali:

“ (...) In order to clarify the issue, some States modify the definition of ‘resident of a Contracting State’ in paragraph 1 of Article 4 and include in that definition a ‘statutory body’, an ‘agency or instrumentality’ or a ‘legal person of public law’ [personne morale de droit public] of a State, a political subdivision or local authority, which would therefore cover wholly-owned entities that are not considered to be a part of the State or its political subdivisions or local authorities.  
 (...) many States include specific provisions in their bilateral conventions that grant an exemption to other States, and to some State-owned entities such as central banks, with respect to certain items of income such as interest (see paragraph 13.2 of the Commentary on Article 10 and paragraph 7.4 of the Commentary on Article 11). Treaty provisions that grant a tax exemption with respect to the income of pension funds (see paragraph 69 of the Commentary on Article 18) may similarly apply to pension funds that are wholly-owned by a State, depending on the wording of these provisions and the nature of the fund’.

Il paragrafo 8.5 del Commentario all'art. 4 pre-

vede che i *Sovereign Wealth Funds* possono definirsi come “*special purpose investment funds*

<sup>17</sup> Prevede l'art. 4 del Modello OCSE:

“1. For the purposes of this Convention, the term “resident of a Contracting State” means any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature, and also includes that State and any political subdivision or local authority thereof. This term, however, does not include any person who is liable to tax in that State in respect only of income from sources in that State or capital situated therein.

2. Where by reason of the provisions of paragraph 1 an individual is a resident of both Contracting States, then his status shall be determined as follows:

a) he shall be deemed to be a resident only of the State in which he has a permanent home available to him; if he has a permanent home available to him in both States, he shall be deemed to be a resident only of the State with which his personal and economic relations are closer

(centre of vital interests);

b) if the State in which he has his centre of vital interests cannot be determined, or if he has not a permanent home available to him in either State, he shall be deemed to be a resident only of the State in which he has an habitual abode;

c) if he has an habitual abode in both States or in neither of them, he shall be deemed to be a resident only of the State of which he is a national;

d) if he is a national of both States or of neither of them, the competent authorities of the Contracting States shall settle the question by mutual agreement.

3. Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, then it shall be deemed to be a resident only of the State in which its place of effective management is situated’.

*or arrangements created by a State or a political subdivision for macroeconomic purposes. These funds hold, manage or administer assets to achieve financial objectives, and employ a set of investment strategies which include investing in foreign financial assets. They are commonly established out of balance of payments surpluses, official foreign currency operations, the proceeds of privatisations, fiscal surpluses or receipts resulting from commodity exports. Whether a sovereign wealth fund qualifies as a 'resident of a Contracting State' depends on the facts and circumstances of each case. (...)*

#### 2.4. Le disposizioni convenzionali relative alle c.d. *common telecommunication transactions*

Le modifiche al Commentario che hanno costituito oggetto di discussione nel *discussion draft* "Tax treaty issues related to common telecommunication transactions" riguardano il trattamento fiscale dei **pagamenti a favore di operatori via satellite**, la qualificazione del reddi-

to da concessione di diritti "indefeasible" su *cables* e linee telefoniche, la qualificazione dei **pagamenti in roaming** e dei pagamenti **per spectrum licences**.

Nel *discussion draft* si è precisato che siffatti pagamenti non costituiscono *royalties* ai sensi dell'art. 12 del Modello OCSE<sup>18</sup>, né il satellite costituisce stabile organizzazione per l'operatore.

Le modifiche contenute nel *2010 Update* riflettono quanto delineato nel *discussion draft* e hanno portato all'introduzione dei nuovi paragrafi 9.1 - 9.3 del Commentario all'art. 12, dove peraltro viene fornita la definizione di:

- **transponder leasing**, in virtù del quale l'operatore consente al cliente di utilizzare la capacità del satellite *transponder* per trasmettere attraverso un'ampia area geografica. I pagamenti effettuati dal cliente che utilizza il satellite *transponder* non rientrano nella definizione di *royalties* di cui al paragrafo 2 dell'art. 12 del Modello OCSE (cfr. in particolare il nuovo paragrafo 9.1 del Commentario all'art. 12):

*"Payments made by customers under typical 'transponder leasing' agreements are made for the use of the transponder transmitting capacity and will not constitute royalties under the definition of paragraph 2: these payments are not made in consideration for the use of, or right to use, property, or for information, that is referred to in the definition (they cannot be viewed, for instance, as payments for information or for the use of, or right to use, a secret process since the satellite technology is not transferred to the customer) (...)"*

Con riferimento ai trattati bilaterali i quali includono nella definizione di "*royalties*" il

*leasing* di *equipment* industriale, commerciale o scientifico, la caratterizzazione del pagamento dipende, in linea generale, dalla tipologia di contratto utilizzato<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Ai sensi dell'art. 12 del Modello OCSE:

*"1. Royalties arising in a Contracting State and beneficially owned by a resident of the other Contracting State shall be taxable only in that other State.*

*2. The term "royalties" as used in this Article means payments of any kind received as a consideration for the use of, or the right to use, any copyright of literary, artistic or scientific work including cinematograph films, any patent, trade mark, design or model, plan, secret formula or process, or for information concerning industrial, commercial or scientific experience.*

*3. The provisions of paragraph 1 shall not apply if the beneficial owner of the royalties, being a resident of a Contracting State, carries on business in the other Contracting State in which the royalties arise through a permanent establishment situated therein and the right or property in respect of which the royalties are paid is effectively connected with such permanent establishment. In such case the provisions of Article 7 shall apply.*

*4. Where, by reason of a special relationship between the payer and the beneficial owner or between both of them and some other person, the amount of the royalties, having regard to the use, right or information for which they are paid, exceeds the amount which would have been*

*agreed upon by the payer and the beneficial owner in the absence of such relationship, the provisions of this Article shall apply only to the last-mentioned amount. In such case, the excess part of the payments shall remain taxable according to the laws of each Contracting State, due regard being had to the other provisions of this Convention".*

<sup>19</sup> Precisa il nuovo paragrafo 9.1 del Commentario all'art. 12 che "(w)hilst the relevant contracts often refer to the 'lease' of a transponder, in most cases the customer does not acquire the physical possession of the transponder but simply its transmission capacity: the satellite is operated by the lessor and the lessee has no access to the transponder that has been assigned to it. In such cases, the payments made by the customers would therefore be in the nature of payments for services, to which Article 7 applies, rather than payments for the use, or right to use, ICS equipment. A different, but much less frequent, transaction would be where the owner of the satellite leases it to another party so that the latter may operate it and either use it for its own purposes or offer its data transmission capacity to third parties. In such a case, the

Analogamente, i pagamenti effettuati da un operatore di “*telecommunications network*” ad altro operatore, in virtù di un accordo di *roaming* non costituiscono *royalties* ai sensi del paragrafo 2 dell’art. 12, in considerazione del fatto che tali pagamenti non sono effettuati “*for the use of, or right to use, property, or for information, referred to in the definition (they cannot be viewed, for instance, as payments for the use of, or right to use, a secret process since no secret technology is used or transferred to the operator)*” (cfr. il nuovo paragrafo 9.2 dell’art. 12 del Modello OCSE);

- **spectrum licence**, in virtù della quale è consentito al licenziatario di trasmettere *media content* su specifici *ranges* di frequenze dello spettro elettromagnetico. I pagamenti effettuati dal licenziatario non costituiscono *royalties* ai sensi del paragrafo 2 dell’art. 12 del Modello OCSE (cfr. in particolare il nuovo paragrafo 9.3 del Commentario all’art. 12)<sup>20</sup>.

## 2.5. Le modifiche al Commentario al paragrafo 2 dell’art. 15

Le modifiche al Commentario all’art. 15, che hanno costituito oggetto di discussione nel *discussion draft* “*Revised changes to the Commentary on paragraph 2 of Article 15*”, nonché nel corso dei *meetings* del Comitato Affari Fiscali del 2008 e del 2009, riguardano sostanzialmente l’interpretazione del paragrafo 2 dell’articolo<sup>21</sup>. In particolare, il *2010 Update* accoglie un’interpretazione unitaria delle disposizioni del paragrafo in commento. In considerazione di ciò, il paragrafo 8 del Commentario all’art. 15 è stato integralmente riscritto.

Secondo quanto previsto dal nuovo paragrafo 8, vi è una relazione diretta tra i principi di cui al paragrafo 2 dell’art. 15<sup>22</sup> e l’art. 7 del Modello

*payment made by the satellite operator to the satellite owner could well be considered as a payment for the leasing of industrial, commercial or scientific equipment (...)*.

<sup>20</sup> “(...) This conclusion holds true even in the case of treaties that include the leasing of industrial, commercial or scientific (ICS) equipment in the definition of royalties since the payment is not for the use, or the right to use, any equipment” (cfr. il nuovo paragrafo 9.3 del Commentario all’art. 12).

<sup>21</sup> Il quale individua i casi in cui la remunerazione è assoggettata a tassazione nello Stato di residenza del soggetto percipiente.

<sup>22</sup> Secondo quanto previsto dal paragrafo 2 dell’art. 15 del Modello OCSE, “*remuneration derived by a resident of a*

OCSE. Quest’ultimo si basa sull’assunto secondo cui un’impresa di uno Stato contraente non dovrebbe essere assoggettata a tassazione in un altro Stato, a meno che non ivi possieda una stabile organizzazione.

L’eccezione di cui al paragrafo 2 dell’art. 15 estende il suindicato principio all’imposizione dei **lavoratori dipendenti dell’impresa**, nell’ipotesi in cui l’attività di lavoro dipendente sia **svolta nell’altro Stato per un periodo di tempo relativamente breve**. La disposizione di cui al paragrafo 2 dell’art. 15 non trova applicazione invece con riguardo all’attività svolta per un’impresa il cui reddito è assoggettato a tassazione in uno Stato “*either because it is carried on by a resident of that State or because it has a permanent establishment therein to which the services are attributable*”.

Non sempre risulta agevole determinare se i servizi resi in uno Stato da un soggetto residente in un altro Stato costituiscono “*employment services*”, ai quali si applica l’art. 15 del Modello OCSE, ovvero servizi resi da separata entità (impresa), con riferimento ai quali trova applicazione l’art. 7 del Modello OCSE. In linea generale, la sussistenza di regolare contratto di lavoro dipendente (“*formal contractual relationship*”) dovrebbe indurre a ritenere che gli “*employment services*” sono resi nel luogo e tra le parti indicate nel documento contrattuale<sup>23</sup>.

*Contracting State in respect of an employment exercised in the other Contracting State shall be taxable only in the first-mentioned State if:*

*a) the recipient is present in the other State for a period or periods not exceeding in the aggregate 183 days in any twelve month period commencing or ending in the fiscal year concerned, and*

*b) the remuneration is paid by, or on behalf of, an employer who is not a resident of the other State, and*

*c) the remuneration is not borne by a permanent establishment which the employer has in the other State”.*

<sup>23</sup> Il nuovo paragrafo 8.3 del Commentario all’art. 15 precisa che gli Stati i quali “*are concerned that such approach could result in granting the benefits of the exception provided for in paragraph 2 in unintended situations (e.g. in so-called ‘hiring-out of labour’ cases), they are free to adopt bilaterally a provision drafted along the following lines:*

*Paragraph 2 of this Article shall not apply to remuneration derived by a resident of a Contracting State in respect of an employment exercised in the other Contracting State and paid by, or on behalf of, an employer who is not a resident of that other State if:*

*a) the recipient renders services in the course of that employment to a person other than the employer and that person, directly or indirectly, supervises, directs or controls the manner in which those services are performed; and*

*b) those services constitute an integral part of the business activities carried on by that person”.*

In alcuni Stati, l'applicazione del principio “*substance over form*” consente di distinguere le ipotesi in cui i servizi resi da un individuo ad un'impresa dovrebbero essere riferiti ad un rapporto di lavoro dipendente, dalle ipotesi in cui invece gli stessi servizi dovrebbero essere piuttosto considerati quali prestazioni tra distinte entità giuridiche, effettuate in virtù di contratto di servizi. Precisa il nuovo paragrafo 8.4 del Commentario all'art. 15 del Modello OCSE che una tale distinzione “*keeps its importance when applying the provisions of Article 15, in particular those of subparagraphs 2 b) and c). Subject to the limit described in paragraph 8.11 and unless the context of a particular convention requires otherwise, it is a matter of*

*domestic law of the State of source to determine whether services rendered by an individual in that State are provided in an employment relationship and that determination will govern how that State applies the convention*”.

I nuovi paragrafi 8.8 e 8.9 confermano che, in aggiunta alla possibilità di uno Stato di rifiutare l'applicazione del paragrafo 2 sulla base della definizione di “*employment*” fornita dalla legislazione interna, viene riconosciuta la facoltà dello Stato stesso di non concedere i benefici convenzionali nelle ipotesi in cui sia ravvisabile un comportamento abusivo. A tal proposito, il nuovo paragrafo 8.10 del Commentario all'art. 15 chiarisce che un siffatto approccio:

*“(...) ensures that relief of double taxation will be provided in the State of residence of the individual even if that State does not, under its own domestic law, consider that there is an employment relationship between the individual and the enterprise to which the services are provided. Indeed, as long as the State of residence acknowledges that the concept of employment in the domestic tax law of the State of source or the existence of arrangements that constitute an abuse of the Convention allows that State to tax the employment income of an individual in accordance with the Convention, it must grant relief for double taxation pursuant to the obligations incorporated in Articles 23A and 23B (...)”.*

Gli Stati contraenti possono fare ricorso alla **procedura di accordo amichevole** di cui al paragrafo 1 dell'art. 25 del Modello OCSE nei casi in cui dovessero insorgere questioni relative alla corretta applicazione del suindicato approccio.

Potrebbe non risultare agevole determinare se i servizi resi da un individuo fanno riferimento a un contratto di lavoro dipendente o piuttosto a un contratto di prestazione di servizi tra due distinte entità. Eventuali discordanze nell'interpretazione da parte degli Stati contraenti dovrebbero essere superate mediante il ricorso ai seguenti criteri:

- **natura dei servizi resi**, i quali dovrebbero costituire parte integrante dell'attività di *business* dell'impresa a favore della quale sono svolti<sup>24</sup>;
- **contenuto del contratto di lavoro dipendente** (remunerazione, qualifica professionale, orario di lavoro, eccetera)<sup>25</sup>;

<sup>24</sup> “*The nature of the services rendered by the individual will be an important factor since it is logical to assume that an employee provides services which are an integral part of the business activities carried on by his employer. It will therefore be important to determine whether the services rendered by the individual constitute an integral part of the business of the enterprise to which these services are provided (...)*” (cfr. il nuovo paragrafo 8.13 del Commentario all'art. 15).

<sup>25</sup> “*Where a comparison of the nature of the services rendered by the individual with the business activities carried*

- **modalità di determinazione e corresponsione** (da parte dell'impresa) **del corrispettivo** per i servizi resi. Se questo rappresenta la remunerazione, i *benefits* e gli altri costi per i servizi prestati da un soggetto a un'altra impresa, “*with no profit element or with a profit element that is computed as a percentage of that remuneration, benefits and other employment costs*”, il corrispettivo stesso dovrebbe

*on by his formal employer and by the enterprise to which the services are provided points to an employment relationship that is different from the formal contractual relationship, the following additional factors may be relevant to determine whether this is really the case:*

- *who has the authority to instruct the individual regarding the manner in which the work has to be performed;*
- *who controls and has responsibility for the place at which the work is performed;*
- *the remuneration of the individual is directly charged by the formal employer to the enterprise to which the services are provided (see paragraph 8.15 below);*
- *who puts the tools and materials necessary for the work at the individual's disposal;*
- *who determines the number and qualifications of the individuals performing the work;*
- *who has the right to select the individual who will perform the work and to terminate the contractual arrangements entered into with that individual for that purpose;*
- *who has the right to impose disciplinary sanctions related to the work of that individual;*
- *who determines the holidays and work schedule of that individual*’ (cfr. il nuovo paragrafo 8.14 del Commentario all'art. 15).

ritenersi direttamente riaddebitato dal datore di lavoro all'impresa a favore della quale i servizi sono resi<sup>26</sup>.

Si riportano di seguito due degli esempi che il

nuovo Commentario all'articolo 15 descrive al fine di chiarire la portata applicativa dei suindicati criteri per l'individuazione della sussistenza di un rapporto di lavoro dipendente:

### Esempio 1

*“Aco, a company resident of State A, concludes a contract with Bco, a company resident of State B, for the provision of training services. Aco is specialised in training people in the use of various computer software and Bco wishes to train its personnel to use recently acquired software. X, an employee of Aco who is a resident of State A, is sent to Bco's offices in State B to provide training courses as part of the contract”* (cfr. il nuovo paragrafo 8.16 del Commentario all'art. 15).

Con riferimento al suindicato esempio, lo Stato B non può sostenere che X sia un lavoratore dipendente di Bco o che Aco non sia il datore di

lavoro di X. X è formalmente un dipendente di Aco, in quanto i servizi resi costituiscono parte integrante dell'attività di *business* di Aco<sup>27</sup>.

### Esempio 2

*“Cco, a company resident of State C, is the parent company of a group of companies that includes Dco, a company resident of State D. Cco has developed a new world-wide marketing strategy for the products of the group. In order to ensure that the strategy is well understood and followed by Dco, which sells the group's products, Cco sends X, one of its employees who has worked on the development of the strategy, to work in Dco's headquarters for 4 months in order to advise Dco with respect to its marketing and to ensure that Dco's communications department understands and complies with the worldwide marketing strategy”* (cfr. il nuovo paragrafo 8.18 del Commentario all'art. 15).

Con riferimento al suindicato esempio, si potrebbe sostenere che, se è vero che un lavoratore dipendente avrebbe potuto essere assunto da Dco, per lo svolgimento dell'attività di *marketing*, è altrettanto vero che una siffatta attività è normalmente svolta da un consulente, soprattutto nelle ipotesi in cui sono richieste competenze specifiche per un periodo di tempo relativamente breve.

<sup>26</sup> “(...) That should not be considered to be the case, however, if the fee charged for the services bears no relationship to the remuneration of the individual or if that remuneration is only one of many factors taken into account in the fee charged for what is really a contract for services (e.g. where a consulting firm charges a client on the basis of an hourly fee for the time spent by one of its employees to perform a particular contract and that fee takes account of the various costs of the enterprise), provided that this is in conformity with the arm's length principle if the two enterprises are associated. It is important to note, however, that the question of whether the remuneration of the individual is directly charged by the formal employer to the enterprise to which the services are provided is only one of the subsidiary factors that are relevant in determining whether services rendered by that individual may properly be regarded by a State as rendered in an employment relationship rather than as under a contract for services concluded between two enterprises” (cfr. il nuovo paragrafo 8.15 del Commentario all'art. 15).

### 2.6. L'eliminazione delle riserve all'art. 26 del Modello OCSE

L'art. 26 del Modello OCSE reca le disposizioni fondamentali sullo **scambio di informazioni** in materia fiscale.

La regola fondamentale concernente lo scambio di informazioni è inclusa nel primo periodo del paragrafo 1 secondo il quale le autorità competenti degli Stati contraenti dovranno scambiare le informazioni prevedibilmente rilevanti per assicurare la corretta applicazione delle disposizioni della Convenzione ovvero delle legislazioni interne degli Stati Contraenti relative alle imposte di qualsiasi genere o denominazione applicate in tali Stati. Lo *standard* di “prevedibile rilevanza” consente la massima estensione possibile dello scambio di informazioni in materia fiscale

<sup>27</sup> Prosegue il nuovo paragrafo 8.17 del Commentario all'art. 15 che “(t)he services that he renders to Bco are rendered on behalf of Aco under the contract concluded between the two enterprises. Thus, provided that X is not present in State B for more than 183 days during any relevant 12 month period and that Aco does not have in State B a permanent establishment which bears the cost of X's remuneration, the exception of paragraph 2 of Article 15 will apply to X's remuneration”.

e, nel contempo, chiarisce che gli Stati contraenti non sono liberi di intraprendere “spedizioni di pesca”<sup>28</sup> ovvero di richiedere informazioni che difficilmente saranno rilevanti con riferimento a profili fiscali del contribuente<sup>29</sup>.

Di particolare importanza è la disposizione di cui al paragrafo 5. Introdotta dal Modello OCSE del 2005, essa è intesa ad assicurare lo scambio delle **informazioni detenute da banche, altre istituzioni finanziarie**, delegati, agenti e fiduciari così come le informazioni sulla proprietà. In tal modo, lo Stato contraente che ha ricevuto una richiesta di informazioni non può opporre il segreto bancario eventualmente previsto e tutelato dalla legislazione interna<sup>30</sup>.

Il paragrafo 5 prevede anche che uno Stato contraente non può rifiutarsi di fornire informazio-

ni soltanto perché esse sono custodite da persone che agiscono in qualità di agenti ovvero fiduciari. Un soggetto è considerato agire nella funzione di fiduciario quando l'attività che svolge/il patrimonio che gestisce è svolta/è gestito non per il proprio beneficio, bensì per quello di un altro soggetto, nei confronti del quale il fiduciario si pone in una relazione che si basa su principi di fiducia e buona fede. Il termine “agenzia” è molto ampio ed include tutte le forme di servizi per società (ad esempio, agenti per la costituzione di società, società fiduciarie, agenti registrati, avvocati).

Infine, il paragrafo 5 afferma che uno Stato contraente non deve rifiutare lo scambio di informazioni soltanto perché queste si riferiscono alla titolarità di diritti proprietari su un ente, incluse le società di capitali e le società di persone, le fondazioni ovvero enti simili. Le richieste di informazioni non possono essere respinte soltanto perché le leggi e la prassi interne considerano le informazioni sulla proprietà alla stessa stregua delle informazioni su uno scambio commerciale ovvero su altra transazione riservata<sup>31</sup>.

Il paragrafo 5 dell'art. 26 del Modello OCSE è stato introdotto nel 2005; tuttavia risale al 2002 la definizione, da parte del *Global Forum* dell'OCSE, degli *standards* internazionali di trasparenza e scambio di informazioni i quali implicano:

- lo **scambio su richiesta** delle informazioni “prevedibilmente rilevanti” per l'applicazione della legislazione nazionale;
- il **superamento** del limite del **segreto bancario**;
- il rispetto dei diritti del contribuente e la affidabilità e riservatezza delle informazioni scambiate.

La crisi economica e finanziaria esplosa nel 2008 ha sottoposto i bilanci ed i sistemi fiscali nazionali a pressioni sempre maggiori. Il dibattito internazionale sulla necessità di una cooperazione effettiva in ambito fiscale ha evidenziato

<sup>28</sup> L'espressione “spedizione di pesca” (“*fishing expedition*”) viene correntemente utilizzata per indicare quelle richieste di informazioni (soprattutto bancarie) generiche e non specifiche ovvero non adeguatamente circostanziate alla luce dei criteri fissati dall'OCSE, riguardanti la posizione di un singolo contribuente o di interi gruppi o categorie di contribuenti, nei confronti dei quali si nutrono fondati sospetti o sono già stati acquisiti indizi di colpevolezza. L'art. 26, par. 1 del Modello OCSE impedisce agli Stati contraenti di intraprendere “spedizioni di pesca”. Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit.

<sup>29</sup> Cfr. P. Valente, *Lo scambio di informazioni spontaneo nelle fonti internazionali e sovranazionali*, in “*il fisco*” n. 32/2010, fascicolo n. 1, pag. 5170; P. Valente, *Lo scambio di informazioni su richiesta nelle fonti comunitarie*, in “*il fisco*” n. 31/2010, fascicolo n. 1, pag. 4987; P. Valente, *Lo scambio di informazioni su richiesta secondo l'OCSE*, in “*il fisco*” n. 30/2010, fascicolo n. 1, pag. 4829 e P. Valente, *Lo scambio di informazioni automatico nelle fonti internazionali e sovranazionali*, in “*il fisco*” n. 20/2010, fascicolo n. 1, pagg. 3160 e seguenti.

<sup>30</sup> Per effetto della negoziazione e conclusione, da parte di molti Paesi:

- di convenzioni contro le doppie imposizioni che recepiscono l'art. 26 del Modello OCSE, nella versione del 2005;
- di TIEAs sulla base del Modello di TIEA dell'OCSE del 2002;

il segreto bancario, previsto e tutelato dagli ordinamenti di molti dei Paesi notoriamente considerati paradisi fiscali, non rappresenta più un limite allo scambio di informazioni in materia fiscale. La fine dell'era del segreto bancario (“*the end of the era of banking secrecy as a shield for tax evaders*”), secondo un'espressione dell'OCSE) è stata confermata anche nel corso del *meeting* del *Global Forum on Transparency and Exchange of Information*, che si è tenuto in Messico l'1 e 2 settembre 2009. Nella medesima occasione, il Segretario generale dell'OCSE, Angel Gurría, ha affermato che “*what we are witnessing is nothing short of a revolution. By addressing the challenges posed by the dark side of the tax world, the campaign for global tax transparency is in full flow*”.

<sup>31</sup> Precisa l'OCSE (*Manual on the implementation of exchange of information provisions for tax purposes - Module on general and legal aspects of exchange of information*, 2006, op. cit.) che “(a) request for information cannot be declined solely because the information is held by nominees or persons acting in an agency or fiduciary capacity or because the information relates to an ownership interest. For instance, an information request could not be declined merely because domestic law or practices may treat ownership information as a trade or business secret”.

come i Paesi possono diventare più vulnerabili nei confronti dei fenomeni di evasione ed elusione fiscale. I “paradisi fiscali” che non applicano gli *standards* di trasparenza e scambio di informazioni possono agevolare (se non incoraggiare) tali fenomeni, con conseguenze insidiose per la sovranità fiscale di altri Stati<sup>32</sup>.

Durante il G20 di Londra del 2 aprile 2009, i capi di Stato e di Governo si sono ritrovati d'accordo nell'adottare provvedimenti contro “le piazze non cooperative”, dichiarandosi altresì pronti a introdurre e applicare sanzioni a protezione delle finanze pubbliche e dei sistemi finanziari.

Da allora, il processo di adeguamento degli Stati ai principi di trasparenza e scambio di informazioni OCSE è stato inarrestabile, tant'è che i progressi nel superamento del segreto bancario registrati nel corso dell'ultimo anno soltanto risultano ineguagliabili.

Nel corso del 2009, infatti, 4 Stati membri dell'OCSE (Austria, Belgio, Lussemburgo e Svizzera) e tutti gli Stati non-membri OCSE (tra cui Brasile, Cina e Thailandia) hanno ritirato le loro

riserve all'art. 26 (versione 2005) del Modello OCSE, mentre Andorra, Liechtenstein e Monaco hanno aderito ai suindicati *standards* di trasparenza. Dal 2 aprile 2009 ad agosto 2010, i Paesi *grey list* secondo il *Progress Report* OCSE originario hanno sottoscritto più di 320 *Tax Information Exchange Agreements* ed oltre 150 convenzioni contro le doppie imposizioni che includono la versione 2005 dell'art. 26 del Modello OCSE. Paesi un tempo ritenuti “non-cooperativi” quali Andorra, Austria, Bahamas, Cile, Hong Kong, Cina, Liechtenstein, Macao, Malesia, Panama, Filippine, San Marino e Singapore hanno adottato norme interne di adeguamento dell'ordinamento giuridico agli impegni assunti a livello internazionale.

In ossequio al processo di adeguamento agli *standards* internazionali di trasparenza e scambio di informazioni, perfezionato da Austria, Belgio, Lussemburgo e Svizzera nel 2009, nel *2010 Update* risultano eliminati i paragrafi da 23 a 26 del Commentario all'art. 26 del Modello, i quali contengono le riserve dei suindicati Paesi sull'inclusione del paragrafo 5 dell'art. 26 nelle rispettive convenzioni bilaterali.

<sup>32</sup> Per approfondimenti sui paradisi fiscali, cfr. i *posts* di Piergiorgio Valente in <http://piergiovalente.postilla.it/>.