

# 2008 OECD Model Convention – Modifications to articles and Commentary\*

Piergiorgio Valente

CONTENTS: 1. *OECD Model Convention: generalities*; 2. *Modifications to the OECD model convention and relevant Commentary*; 2.1 *Article 4: 2005 version and 2008 modifications*; 2.2 *Article 5: 2005 version and 2008 modifications*; 2.3 *Article 7: 2005 version and 2008 modifications*; 2.4 *Article 10: 2005 version and 2008 modifications*; 2.5 *Article 12: 2005 version and 2008 modifications*; 2.6 *Article 24: 2005 version and 2008 modifications*; 2.7 *Article 25: 2005 version and 2008 modifications*; *Bibliography*

## 1. OECD Model Convention: generalities

The OECD model convention has been issued for the first time by the OECD Committee on Fiscal Affairs during 1963. The aim of the OECD model is to make uniform and define the tax regime of the taxpayers that carry on cross-border activities. Such an aim is carried out through the application of common solutions to equal situations concerning the double taxation<sup>1</sup>. Starting from 1963, the OECD Model with its following adjustments<sup>2</sup>, had a notable influence on the negotiation, application and interpretation of the tax conventions.

Firstly, the OECD member States were fully compliant to the OECD Model for concluding or re-negotiating the bilateral conventions. The progresses in the elimination of the double taxation between the member States are testified by the increasing number of conventions concluded or re-negotiated in compliance to the OECD recommendations starting from 1957. Its importance has not been just testified by the number of conventions concluded between the Member States but also considering that such conventions reproduced the structure and, in most of cases, its main provisions.

Secondly, the influence of the OECD model extended itself further to the OECD area as well. It has been utilized as a reference document in the negotiations between the Member States and third States as well as in negotiations between third States or in the works of other international or local organizations that take care of the elimination of double taxation and connected problems.

\* Translation by Emauele Evangelisti.

<sup>1</sup> The international juridical double taxation has to be understood as the imposition of similar taxes in two (or more) Countries on the same taxpayer on the basis of identical tax generating facts and relevant to the same tax period.

<sup>2</sup> The modifications to the 1963 OECD Model led to the publication of a first version in 1977, then in 1992, 2001, 2005 and last on July 2008.

Thirdly, the acknowledgement at a global level of the OECD Model provisions and their implementation in most of bilateral conventions implied that the Commentaries to its provisions have become a guide, commonly accepted, for interpreting and applying the provisions of the bilateral conventions currently in force<sup>3</sup>.

On the 18<sup>th</sup> of July 2008, the document *The 2008 Update to the OECD Model Tax Convention (2008 Model)* has been released. Such a document includes the modifications to the 2005 version of the OECD Model.

In particular, the most important modifications refer to:

- 1) Art. 25 of oecd Model, by providing a new paragraph 5;
- 2) Paragraph 24 of the Commentary to art. 4, in relation to reference factors for determining the place of effective management of the entities;
- 3) The Commentary to art. 5, by the introduction of new paragraphs regarding the taxation of services;
- 4) The Commentary to art. 7, in relation to the provisions set forth in paragraphs 2 and 3;
- 5) The Commentary to art. 10, with reference to distributions made by *Real Estate Investment Trusts*;
- 6) The Commentary to art. 12, with reference to the definition of *royalties*;
- 7) The Commentary to art. 24, in relation to the sphere of extension of the non-discrimination principle;
- 8) The Commentary to art. 25, with reference to the application and functioning rules of the arbitration procedure.

## 2. Modifications to the OECD model convention and relevant Commentary

### 2.1 Article 4: 2005 version and 2008 modifications

Under art. 4 § 3, of the OECD Model, in those cases of *dual residence* of an entity, the latter is «deemed to be a resident of the State in which its place of effective management is situated». According to the provisions of paragraph 24 of the Commentary to art. 4, the «place of effective management» has been adopted as a preferential criterion for the determination of the tax residence of those subjects different from the individuals<sup>4</sup>.

The «place of effective management» is – in the 2005 version – the place where all the main decisions concerning the management, as well as those decisions which are nec-

<sup>3</sup> As its main aim is the elimination of the double taxation, the OECD Model provides for two categories of provisions. A first category (artt. from 6 to 21) determines, with reference to different income categories, the right to tax of the State in which the source is situated (or the State in which the goods are located) and of the State of residence. Art. 22 accomplishes to the same aim as regards to the property. For some typologies of income and property, the right to tax is attributed solely to one of the contracting States. Accordingly, the other contracting State can't tax the same income or property elements. As a general rule, such an exclusive right to tax is attributed to the State of residence. With reference to dividends and interest, notwithstanding both the State of the source and the State of residence of the beneficiary have right to tax, the amount of withholding tax imposed by the State of the source is limited. Moreover, on the other hand, since these provisions give to the State of the source (or the State in which the goods are located) a limited or unlimited right to tax, the State of residence should ensure a tax credit in order to avoid double taxation (artt. 23 A and 23 B).

<sup>4</sup> The Commentary set forth in art. 4 § 1 (§ 8) that the definition of «resident of a contracting State» refers to the notion of residence adopted by the national law. The criteria for taxing the residents are: domicile, residence, place of management or any other similar criterion. For individuals, the definition tends to include the various forms of personal relationships with a State that determine, by virtue of the national laws applicable, a complete taxation. Moreover, Art. 4 concerns those cases in which a person is considered, by virtue of the tax law of a State, as a resident of that State; therefore, for that reason is integrally taxed in the mentioned State (as an example diplomatics and other

essary for carrying out the activity of the entity are substantially adopted. It is, as a general rule, the place where the person or the group of persons that exercise highest rank functions (for example a Board of Directors) officially adopt the decisions, or the place where the deliberations of the entity as a whole are decided<sup>5</sup>.

Since it does not seem possible to set a precise rule regarding the mentioned aspect, to the extent of the determination of the place of effective management – as specified by the 2005 version of the OECD model convention – it should be taken into account all facts and circumstances of the actual case<sup>6</sup>.

The modifications to the Commentary on art. 4 (included in the 2008 Model) provide the elimination, from the above mentioned paragraph 24, of the following period: «(...) the place of effective management will be the place where the person or the group of persons that exercise the highest rank functions ( for example, a Board of Directors) officially take their decisions, the place where the deliberations of the entity as a whole are decided (...)». At the same time, it is provided the introduction of a new paragraph 24.1 whose objective is to specify the factors of reference for the determination of the «place of effective management» of the legal persons.

As specified in the new paragraph 24.1 of the Commentary to art. 4, some States consider quite rare the case of double residence of legal entities; therefore, they should be examined and solved singularly. Moreover, some States believe that such a case-by-case approach is the most appropriate method for facing the difficulties that may be triggered by using new technologies.

For determining the residence – as set forth by the new paragraph 24.1 – the competent authorities should take into account the following factors:

- The place where the Board of Directors' meeting take place;
- The place where the CEO and other *senior executives* usually carry out their functions;
- The place of the day-to-day management of the legal entity;

public officers). Nevertheless, in compliance with the provisions of the second period of paragraph 1, a person is considered as a «resident of a contracting State» for the purposes of the Convention in case where (despite the absence of the domicile in that State) it is considered as a resident for the purposes of the national law but it is taxed within the limit of the incomes deriving from the mentioned State or of the property situated therein.

Keeping in mind the finalities for which the rule has been set, such a provision should exclude from the definition of «resident of a contracting State» the companies controlled by foreign subjects exempted by the tax on foreign income by virtue of privileged tax regimes which are conceived to attract the *conduit* companies. On art. 4 and relevant Commentary, see VALENTE P. *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2008, p. 179 ss..

<sup>5</sup> As set forth in paragraph 25 of the *Observations to the Commentary*, Italy does not agree with the interpretation provided in paragraph 24 that individuates in the “person or group of person exercising the highest rank functions (for example a BoD)” the exclusive criterion for identifying the place of effective management of an entity. For Italy, in determining the place of effective management it should be taken into account the place where the main and substantial activity of the entity is carried out. In accordance with the provisions of art. 4 § 3 (§ 21 and following) of the Commentary, it refers to companies and other associations, independent from the circumstance that they are legal persons or not. Practically, it is unusual that a company is subjected to taxation in more than one State by reason of its residence, even if, as an example, it should be possible where a State uses the criterion of the place of incorporation of the company whilst the other State utilizes the criterion of the place of effective management. As a consequence, it is essential to provide specific provisions in order to identify the criterion to which granting preference. It has not been deemed suitable to give importance to a formal criterion, like the one of the place of incorporation, but to a substantial criterion like the place where the company is effectively managed. The formulation of a preferential criterion in case of subjects different from individuals has been considered, in particular, with reference to the taxation of the incomes from shipping and air transport. Some conventions for avoiding the double taxation attribute the right to tax the incomes from the mentioned activities to the State where the “place of management” of the company is situated; other conventions attribute importance to the “place of effective management” or to the “tax domicile” of the subject who exercises such activities.

<sup>6</sup> In any case, an entity can have more than one place of management, but it can have just one place of effective management at a time.

- The place in which the legal entity is headquartered;
- The law applicable to the legal entity;
- The place where the accounting books are kept.

The above mentioned factors do not have an exhaustive character. Moreover, the request of solution of the double residence cases should take place within three years from the notification of the deed from which the double taxation for the legal entity is triggered<sup>7</sup>.

Finally, new paragraph 24.1 of the Commentary on art. 4, far from defining the «place of effective management» as the place where the BoD adopts its important decisions, individuates an exemplifying (and not exhaustive) set of connecting criteria for its determination without excluding the recourse to the mutual agreement procedure provided for by art. 25 of the OECD Model<sup>8</sup>.

Substantially, it's quite the same approach followed by art. 4 § 2 of the OECD Model that sets the so called «tie-breaker rules» for solving those cases of dual residence of the individuals<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> New paragraph 24.1 of the Commentary to art. 4 provides:

«24.1 Some countries, however, consider that cases of dual residence of persons who are not individuals are relatively rare and should be dealt with on a case-by-case basis. Some countries also consider that such a case-by-case approach is the best way to deal with the difficulties in determining the place of effective management of a legal person that may arise from the use of new communication technologies. These countries are free to leave the question of the residence of these persons to be settled by the competent authorities, which can be done by replacing the paragraph by the following provision:

3. Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, the competent authorities of the Contracting States shall endeavor to determine by mutual agreement the Contracting State of which such person shall be deemed to be a resident for the purposes of the Convention, having regard to its place of effective management, the place where it is incorporated or otherwise constituted and any other relevant factors. In the absence of such agreement, such person shall not be entitled to any relief or exemption from tax provided by this Convention except to the extent and in such manner as may be agreed upon by the competent authorities of the Contracting States.

Competent authorities having to apply such a provision to determine the residence of a legal person for purposes of the Convention would be expected to take account of various factors, such as where the meetings of its board of directors or equivalent body are usually held, where the chief executive officer and other senior executives usually carry on their activities, where the senior day-to-day management of the person is carried on, where the person's headquarters are located, which country's laws govern the legal status of the person, where its accounting records are kept, whether determining that the legal person is a resident of one of the Contracting States but not of the other for the purpose of the Convention would carry the risk of an improper use of the provisions of the Convention etc. Countries that consider that the competent authorities should not be given the discretion to solve such cases of dual residence without an indication of the factors to be used for that purpose may want to supplement the provision to refer to these or other factors that they consider relevant. Also, since the application of the provision would normally be requested by the person concerned through the mechanism provided for under paragraph 1 of Article 25, the request should be made within three years from the first notification to that person that its taxation is not in accordance with the Convention since it is considered to be a resident of both Contracting States. Since the facts on which a decision will be based may change over time, the competent authorities that reach a decision under that provision should clarify which period of time is covered by that decision».

<sup>8</sup> Art. 25 provides for a mutual agreement procedure for solving the controversies triggered by the application of the Convention. In paragraphs 1 and 2, it is provided that the competent authorities should undertake to regulate, by means of mutual agreement procedure, the position of the taxpayers subjected to inconsistent taxation as regards to the provisions set forth by the Convention. Paragraph 3 requests and authorizes the competent authorities of the contracting States to solve, through the mutual agreement procedure, the problems relevant to the interpretation or application of the conventional provisions; moreover, it requests and authorizes the competent authorities of the contracting States to consult each other for eliminating the double taxation in the cases where there are no provisions set by the Convention.

Then, with reference to the practical modalities for carrying out the mutual agreement procedure, art. 25 § 4 authorizes the competent authorities to communicate directly each other (not through diplomacy) and, when opportune, to engage in an unwritten exchange of opinions by means of a specially appointed joint commission.

<sup>9</sup> Art. 4 § 2 provides for the case in which, pursuant to the provisions of paragraph 1, an individual is resident in both the contracting States. In order to solve such a conflict, it is opportune to identify some special provisions that attribute prevalence to connection criteria of the taxpayer to a State rather than another. The art. 4 § 2 of the Commentary specifies that the criterion of reference should be satisfied in just one State and, at the same time, it should reflect a connection for which the right to tax is naturally attributed to that specific State. The situations where the special provisions are applied are those that prevail during the period in which the residence of the taxpayer is the basis of the taxing; such a period could have a duration shorter than a whole tax period.

## 2.2 Article 5: 2005 version and 2008 modifications

The concept of permanent establishment is mainly utilized in order to determine the right of a Contracting State to tax the incomes of a corporation with its seat in another Contracting State<sup>10</sup>. Art. 5 § 1 includes a general definition of «permanent establishment»; such definition outlines the essential characteristics to the extent of the application of the conventional provisions, i.e. a determined «place», a «fixed place of business». Paragraph 1 defines the «permanent establishment» as a «fixed place of business where the business of the enterprise is wholly or partly carried on». The definition includes, therefore, the following requirements:

- The existence of a «place of business», i.e. an installation of premises or, in certain cases, of machineries or equipment;
- The place of business should be «fixed»; it should be established in a determined place with a certain level of permanence;
- The carrying on of the business activity of the company through its fixed place of business. That implies, in general, that persons who anyway depend from the company (personnel) exercise the business activity in the State where the fixed place of business is situated.

Paragraph 4 of the Commentary on paragraph 1 of art. 5 specifies that a «place of business» includes premises, infrastructures or installations utilized (even if not exclusively) for carrying on the company's business activity. A place of business may exist even if the premises are not available or they have not to be considered indispensable for the

Art. 4 § 2, lett. A), gives the preference to the contracting State where the individual has a permanent habitation. Such a criterion is, in most of cases, sufficient for solving the conflict resulting from the fact that an individual may have a permanent habitation in a contracting State even if the mentioned individual stayed in the other contracting State for a certain period. As a consequence, according to the provisions of lett. A), it should be considered that the residence of the individual is in the place where the mentioned individual has or utilizes an habitation; such an habitation should be qualified as permanent; the permanence requirement exists if the individual sets its utilization durably (contrarily to a stay in a specific place in some conditions that may permit to understand the stay as a short-stay). Each habitation form may be considered (house or apartment, also rented by the individual, or a rented room). The permanence in the habitation is essential; that implies that the individual made everything he could for having his home always and continuously at his disposal (and not just occasionally) to the extent of a stay that, for obvious reasons, is necessarily short (leisure travel, business trip, studies trips, scholar courses, etc.). If the individual has a permanent habitation in both the contracting States, paragraph 2, lett. A) accords preference to the State where the individual established his closest personal and economic relationships. Such a State is the one where there is the centre of vital interests. In cases where the residence cannot be determined by referring to that criterion, paragraph 2 provides for secondary criteria; firstly, the place of usual stay and, secondly, the nationality (lett. b) and c). If the individual is a national of both the contracting States or is neither national of the contracting States, the issue has to be solved by recurring to the procedure provided for in art. 25 (lett. d). In case where the individual has a permanent habitation in both the contracting States, it is fundamental to ascertain in which of those States said individual established his closest personal and economic relationships. Therefore, it will be taken into account the familiar and social relationships of the individual, his occupation, his political activities or cultural or other activities, the place of his business, the place in which manages his goods, etc. The circumstances have to be globally evaluated; nevertheless, it's obvious that the personal behavior of the individual has to be particularly taken into account.

Lett. b) of paragraph 2 provides a criterion for the following two situations:

- The case where an individual has a permanent habitation in both the contracting States and is not possible to determine in which one there is the centre of vital interests;
- The case where the individual has no permanent habitation in any of the contracting States.

If, in the situations considered in lett. b), the individual has his usual stay in both the contracting States or has not his usual stay in neither of the contracting States, the preference is accorded to the State in which the individual has his nationality (par. 2, lett c). If the individual is national of both the contracting States or is not national of neither the contracting States, lett. d) paragraph 2 attributes to the competent authorities the faculty to determine the residence in accordance to the mutual agreement procedure provided for by article 25.

<sup>10</sup> According to art. 7, a Contracting State can't tax the incomes of a company of the other Contracting State, unless said company doesn't carry on its business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein.

carrying on of the company's business activity<sup>11</sup>. It should be attributed a wide meaning to the term «through which», in order to allow the application in each situation where the activities of the company are carried on in a determined place, to this extent at the company's disposal<sup>12</sup>.

In accordance with the definition, the place of business should be «fixed». Therefore, it should exist a connection between the place of the activity and a specific geographic area<sup>13</sup>.

Art. 5 § 2 includes a non-exhaustive list of the cases in which, *prima facie*, a permanent establishment exists<sup>14</sup>.

Art. 5 § 3 explicitly provides that a building or construction site or an assembly project represent a permanent establishment only if their duration exceeds twelve months. The site that does not meet such a condition doesn't represent by itself a permanent establishment even if there is an infrastructure, for example, an office or a workshop connected with the construction activity.

According to paragraph 17 of the Commentary on paragraph 3 art. 5, the term «construction site or assembly project» does not just include the construction of immovable properties but also the construction of streets, bridges or canals, the restructuring (which implies important structural interventions) of immovable properties, streets, bridges or canals, the establishment of oleoducts and the excavation or dredging as well<sup>15</sup>.

Art. 5 § 4 lists the industrial or commercial activities that constitute exceptions to the general definition set forth in paragraph 1; therefore, they don't represent permanent establishments, despite they are carried out through a fixed place of business<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> It is not important that premises, infrastructures or installations are a property, a lease or simply at the company's disposal. Therefore, a place of business may be a stall in a market or an area permanently utilized in a customs warehouse (for example, in order to deposit goods subject to custom duties). The place of business may be situated in the premises of another company as well. That's the case, for example, where a foreign company has permanently at its disposal some premises or a part of some premises of another company. See, Valente P. «*Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*», cit., p. 229 ss. about art. 5 and relevant Commentary.

<sup>12</sup> For exemplifying, a company carrying on road-paving activities will be considered as carrying on its activity «through» the place where the activity is carried on (see paragraph 4.6 of the Commentary to art. 5 § 1).

<sup>13</sup> It is not relevant how long the company of a Contracting State operates in the other Contracting State; moreover, that does not imply that the equipments forming the place of business should be materially fixed to the ground. It's sufficient that equipments are kept in a determined place.

<sup>14</sup> Paragraph 2 specifies:

- a) «the term «permanent establishment» includes especially:
- b) A place of management;
- c) A branch;
- d) An office;
- e) A factory;
- f) A workshop;

A mine, an oil or gas well, a quarry or any other place of extraction of natural resources". Since such cases should be considered in view of the general definition provided for by paragraph 1, it's assumed that the Contracting States interpret the terms «place of management», «branch», «office», etc. in order to constitute permanent establishments just in case they meet the requirements provided for by in paragraph 1. The term «place of management» has been distinctly mentioned, because it doesn't necessarily constitute an «office». Nevertheless where the laws of the contracting States don't distinguish the notion of «place of management» by the notion of «office», the term «place of management» can be bilaterally omitted. Lett. f) sets forth that an oil or gas well, a quarry or any other place of extraction of natural resources are permanent establishments. The term «any other place of extraction of natural resources» is to be understood in its widest meaning. As an example, it includes all the places, in the sea or on the earth, where the hydrocarbons are extracted.

<sup>15</sup> Moreover, the term «assembly site» is not circumscribed to the site related to a construction project; it includes also the assembly of new equipment, like a complex machinery into an existing building or in a open space.

<sup>16</sup> Paragraph 4 sets forth:

The term «permanent establishment» shall not be deemed to include:

(a) the use of facilities solely for the purpose of storage, display or delivery of goods or merchandise belonging to the enterprise;

The common characteristic of such activities is the preparatory or auxiliary character; that is expressly indicated in case where the exception mentioned in lett. e) of paragraph 4, which restricts the area of application of the definition set in paragraph 1. Moreover, lett. f) provides that the combinations of activities mentioned in lett. from a) to e), exercised in the same place of business, are not considered permanent establishment if the overall activity of the place of business, as resulting from such combinations, has a preparatory or auxiliary character.

According to provisions of paragraph 31 of the Commentary to paragraph 5 of art. 5, it's a commonly accepted principle that a company is deemed to have a permanent establishment in a State if there is a person that, under certain conditions, acts on its behalf, even if the company doesn't have a fixed place of business in that State (according to paragraphs 1 and 2). Paragraph 5 sets the conditions according to which a company is deemed to have a permanent establishment with reference to the activities of a person acting on its behalf.

The persons, whose activities may imply a permanent establishment of a company, are the so called dependent agents (different from the un-dependeant agents provided for in par. 6). Paragraph 5 is based on the assumption that only the persons that can stipulate contracts may qualify as a permanent establishment of the company in which they are dependant. Indeed, in such a case, it can be considered that the person has sufficient powers to bind the company in the participation in commercial activities in the State considered. The use of the term «permanent establishment» in such a context obviously implies that the person utilizes such powers in an usual way and not just occasionally<sup>17</sup>.

Finally, pursuant to paragraph 6, a company of a Contracting State – that carries on commercial or industrial activities by mean of broker, general commission agent or any other agent of an independent status – cannot be subject to taxation in the other Contracting State provided that the agent acts in the ordinary course of its business. As specified by paragraph 37 of the Commentary on paragraph 6 of art. 5, a person is included within the sphere of the paragraph under comment (and therefore, will not be considered as a permanent establishment of the company for which it acts), only if:

- a) Is independent from the company, both legally and economically; and
- b) Acts within its ordinary industrial or commercial activity.

(b) the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of storage, display or delivery;

(c) the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of processing by another enterprise;

(d) the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of purchasing goods or merchandise, or for collecting information, for the enterprise;

(e) the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of activities which have a preparatory or auxiliary character, for the enterprise;

(f) the fixed place of business is used solely for each combination of the activities mentioned in paragraphs from a) to e), provided that the activity of the fixed place as a whole, as resulting from such a combination, has a preparatory or auxiliary character.

<sup>17</sup> The term “authority to conclude contracts in the name of the company” does not limit the ambit of application of the paragraph to an agent that stipulates contracts in the name of the company; the paragraph also applies to an agent that stipulates binding contracts for the company even if not effectively concluded in the name of the latter. The absence of an active involvement of a company in the operations may be an indication of the attributions of powers to an agent. As an example, it can be considered that an agent has effective authority to stipulate contracts if promotes and receives (without formal finalization) orders directly forwarded to a depot where the goods are consigned and where the foreign company usually accepts the transactions (see par. 32.1 of the Commentary on par. 5 of art. 5).

Finally, the 2005 version of the Commentary to art. 5 describes, in paragraphs 42.1 – 42.10, the problems related to the permanent establishment and e-commerce<sup>18</sup>.

The 2008 Model adds to the Commentary on art. 5 (after the above mentioned paragraphs 42.1 – 42.10) the new paragraphs 42.11 – 42.48 relevant to the taxation of services.

Pursuant to the provisions of new paragraph 42.11 and according to art. 5 and 7, it's provided that profits deriving from services provided in the territory of a Contracting State by companies of the other Contracting State, are not taxable in the first mentioned State if they're not attributable to a permanent establishment situated therein. According to art. 7, it's provided that till a company of a State doesn't set up a permanent establishment in another State, it shouldn't be considered as participant to the economic life of the latter; therefore, it should be excluded from the tax jurisdiction of the first mentioned State.

The number of cases in point relevant to the taxation at source of incomes deriving from services provided within the territory of a Contracting State – by a company of another Contracting State – would increase the costs of compliance and the administrative burdens of the companies and Tax Administrations. Such a problem may well concern especially the services provided to the consumers that don't act within their professional activity; indeed, it does not subsist, for these latter, a problem of return to the Tax Administration of the State of source in order to obtain the deductibility of costs related to

<sup>18</sup> With reference to the e-commerce, the provisions provided for by article 5 may trigger some critical situations (see paragraphs 42.1 ss. Of the Commentary on art. 5). Whilst, on the one hand, a place where a company utilizes some automatic equipment may set up a permanent establishment in the State where it's situated, on the other hand it's opportune to distinguish between the IT equipment installed in a determined place (which may set up, in certain circumstances, a permanent establishment), and data and software utilized or stored in the equipment. A web site, that is a combination of software and e-data, does not constitutes by itself a tangible asset. Therefore, it cannot represent a "place of management" because an "installation, premises or, in certain cases, machineries and equipment" are missing. On the contrary, the server hosting and making accessible the web site may well be considered as a part of a tangible equipment that may constitute a "fixed place of management" of the company which operates the server. The distinction between a web site and a server on which the web site is hosted and utilized is preeminent because the company which operates the server may well be different from the company that carries on its business by mean of the web site. For example, it's quite frequent that the web site through which a company carries on its business it's hosted on a server of an Internet Service Provider (ISP). Even though the remuneration to be paid to the ISP may be determined in accordance with the quantity of space utilized on the disk utilized for hosting the software of the web site and relevant data, the related agreement, usually, has not the object of getting the server at disposal of the company. In such a case, it cannot be considered that a company has a place of management by reason of that hosting agreement. Nevertheless, if the company that carries on an activity by mean of a web site has its own server, the place where the mentioned server is situated may well set up a permanent establishment of the company, if the other conditions provided for by art. 5 are satisfied.

An IT equipment situated in a determined place may set up a permanent establishment only if satisfies the condition of fixity. In the case of a sever, it's important that the latter is effectively moved. In order to set up a fixed place of management, a server should be situated in a determined place for the period necessary in order to get the condition of fixity pursuant to the meaning of paragraph 1 (see paragraph 42.4 of the Commentary on art. 5). It's quite a different matter to establish if the activity of a company may be considered totally or partially carried on in the place where the company has the server. The evaluation regarding if the company carries on totally or partially its activity by mean of a server has to be made on a case-by-case basis. Where a company has an IT equipment in a determined place, a permanent establishment may be set up even if it's not necessary to second the personnel of such a company in the places where the equipment is situated. The presence of the personnel is not a necessary element in order to define that a company carries on, totally or partially, its activity in a determined place, if such a personnel is not indispensable to the extent of the exercise of the business in that place.

Paragraph 42.10 of the Commentary on art 5 sets forth that it's opportune to evaluate whether paragraph 5 may be applicable in order to qualify a ISP as a permanent establishment. It's usual that an ISP hosts on its servers some web sites of other companies. Therefore, it should be understood whether paragraph 5 may be applied in order to qualify such ISP as permanent establishments of the companies that carry on e-commerce activities by mean of web sites operating on server held and managed by the ISP. The commentary specifies that paragraph 5 it's not, in general, applicable because the ISP cannot be qualified like agents of the companies that have web sites. Indeed, they've not the authority to conclude agreements on behalf of the company, and such a power shouldn't be exercised regularly since they are qualifiable like independent agents acting within their ordinary activity (indeed they host web sites of different companies). It's quite evident that, since the web site through which a company carries on its business it's not a "person" pursuant to the meaning of art. 3, paragraph 5 cannot be utilized to state the existence of a permanent establishment in case of a web site operating as an agent of the company.

the activity of the company. Since the regulations on this matter are based on a «time spent» basis, both the Tax Administrations and the companies should bear in mind the time spent by the personnel involved in the provision of the service, with a consequent risk of permanent establishment in those cases where it's quite difficult to determine how long the above mentioned personnel will stay in a determined State. Such a situation triggers compliance problems; indeed, the company is obliged to adequate itself retroactively to the administrative fulfillments relevant to the existence of a permanent establishment (new paragraph 42.12).

According to new paragraph 42.13 of the Commentary on art. 5, the taxation at source of incomes deriving from services rendered within the territory of a Contracting State by a company of another Contracting State that doesn't have a permanent establishment in the first mentioned State, could trigger some difficulties with reference to the determination of incomes to be taxed and relevant collection. Indeed, the company doesn't always have the books and the assets typically connected to the permanent establishment and it could not exist a dependant agent having the necessary authority to comply with information and collection fulfillments.

The OECD (new paragraph 42.14) points out that some States, anyway, are reluctant in adopting the principle of exclusive taxation in the State of residence of those services that, even if not attributable to a permanent establishment situated within the territory, are provided therein. Therefore, these States propose to modify art. 5 in order to preserve the right of source taxation, in determined circumstances, on incomes deriving from the provision of said services. That is on the basis of the following considerations.

Incomes deriving from services provided in a determined State should be taxed in that State, according to the universally accepted principles that set where such incomes have to be considered originated within a determined jurisdiction. From the point of view of the origin of the business activity, the State where the services are provided should have right to tax the relevant incomes, even where the services are not attributable to a permanent establishment (new paragraph 42.15).

Even if the taxation of the incomes of the companies controlled by non-residents, that are not attributable to a permanent establishment, may well trigger some criticalities on an administrative field, such criticalities don't justify the taxation exemption of incomes realized by such companies through the provision of services on the territory of a determined State (new paragraph 42.17).

According to the provisions of new paragraph 42.18, the member States agree that a State should not claim the right to tax at source the incomes deriving from the provision of services rendered by a non-resident out of the mentioned State. It's to be noted, indeed, that according to conventional provisions, the incomes deriving from transfer of goods (not produced or distributed by mean of a permanent establishment) imported by a resident of a State are not subject to taxation therein.

The Committee for Tax Affairs considers that they've to be circumscribed the circumstances where the States – that do not agree with provisions of paragraph 42.11 – tax the incomes deriving from services provided within their territory by a company of another Contracting State, even if not attributable to a permanent establishment (new paragraph 42.21).

It's pointed out (new paragraph 42.22), that such a right to tax shouldn't be extended to services provided out of the territory of the State and should be exercised only on those incomes deriving from the services their-selves rather than on relevant consideration. Moreover, it should be ensured a minimum level of presence in the State that exercises its right to tax.

For new paragraph 42.25 of the Commentary, the provision has the effect of considering as existent a permanent establishment where it should not otherwise exist, according to the definition provided in paragraph 1 and to the examples provided for by paragraph 2. Therefore, it's applied notwithstanding the provisions of these paragraphs. Just like the case of paragraph 5 of art. 5, the provision introduces a further circumstance through which it can be considered that a company has a permanent establishment in a State. For example, it could find an application where a consultant would provide services for a long period in a determined State but in different places that do not meet the requirements provided for by paragraph 1 for the setting up of one or more permanent establishments. Even if it should be possible to demonstrate that the company has a permanent establishment within the meaning of the paragraphs 1 and 2, it's not necessary to apply the provision under review in order to individuate a permanent establishment.

A company can be deemed to have a permanent establishment in a State if it carries on in the latter State activities like the provision of services for the time provided for, even where the different places where the services are provided don't represent by themselves a permanent establishment within the meaning of paragraph 3 of art. 5 (new paragraph 42.26). Moreover, the conventional provision under comment is only applied to the activity of service-provision carried out in a State by a foreign company for the benefit of third parties (new paragraphs 42.29 – 42.31).

### 2.3 Article 7: 2005 version and 2008 modifications

Paragraph 1 of art. 7 confirms the principle (generally agreed within the double tax conventions) according to which a company of a State should not be subject to taxation in the other State unless said company doesn't carry on an industrial or commercial activity in this latter State by mean of a permanent establishment situated therein.

Therefore, the scope of paragraph 1 is to establish a limitation to the right to tax of a Contracting State on the profits of the companies which are resident of the other contracting State<sup>19</sup>.

Paragraph 2 of art. 7 includes the guide-principle on which is based the attribution of profits to a permanent establishment. In general, the profits to be attributed to a permanent establishment are those that said permanent establishment would have in case where, instead of carrying on its activity on behalf of its mother company, it would have carried on its activity as a company (different from its mother company) and at arm's length<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> According to the provisions of paragraph 10.1 of the Commentary to paragraph 1 of art. 7, such a provision does not circumscribe the right of a contracting State to tax the residents on the basis of National regulations on Controlled Foreign Companies, notwithstanding the taxes levied on the residents could be calculated by referring to the quota of profits of a resident company of the other contracting State (deemed to the participation in this latter company held by such residents). The taxes so levied by a State do not decrease the profits of the company in the other State and cannot, as a consequence, be considered as levied on said profits. About art.7, see Valente P. "Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni", Milano, 2008, p. 347 ss.

<sup>20</sup> It's the principle of free competition provided for by art. 9 of the OECD Model, that provides that:

«1. Where

a) an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State, or

b) the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State, and in either case conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly[...].»

As a general rule, the profits so individuated are those that would have been determined applying the ordinary rules as the basis of a correct company accountancy. The principle of free competition is extended also to the attribution of profits that the permanent establishment may get by operations with other permanent establishments of the company<sup>21</sup>.

Paragraph 3 of art. 7 defines, with reference to the expenses of a permanent establishment, the general principle included in paragraph 2. It provides that, in calculating the profits of a permanent establishment, it's possible to deduct the expenses anywhere suffered for the scopes of the permanent establishment. In some cases it's indispensable to estimate or conventionally calculate the amount of expenses to take into consideration<sup>22</sup>.

This latter should correspond to that effectively suffered for the scopes of the permanent establishment. The deduction allowed for all the expenses attributable to the permanent establishment cannot depend upon their actual reimbursement by the permanent establishment itself.

The modifications to the Commentary on art. 7, introduced by the 2008 Model, refer, in particular, to paragraphs 2 and 3 of the 2005 version of the OECD Model and relevant Commentary, with the provision of elimination of most part of the Commentary on paragraph 1.

The modifications to the Commentary on paragraph 2 relate, substantially, the introduction of paragraphs 23 – 26, that concern the taxation of the services whose provision is connected to the existence of a building site.

According to paragraph 23, paragraph 3 of art. 5 includes a special rule applicable to the fixed place of management represented by a building or installation site. Such a site is considered a permanent establishment if its duration exceeds 12 months. Some criticalities have been individuated within the application of art. 7.

Such criticalities are mainly showed where the goods or services are provided by the company or by related parties in connection to the building or installation site. In these circumstances, it's necessary to pay attention, in particular, to the general principle that the income is attributable to the permanent establishment only where deriving from activities performed by the company through the permanent establishment itself (new paragraph 24).

For example, where such goods are provided by the company, the income deriving from such provision cannot be considered as produced by the activities performed through the permanent establishment and, therefore, it's not attributable to this latter (new paragraph 25).

According to provisions of new paragraph 26, where, according to paragraph 5 of art. 5, the permanent establishment of a company of a Contracting State is considered as existent in the other contracting State because of the presence of a dependent agent<sup>23</sup>,

<sup>21</sup> According to the provisions of paragraph 11 of the Commentary to paragraph 2 of art. 7, the contracting States, that consider that the paragraph does not concern more generally such activities, have the faculty to provide bilaterally a more detailed provision or to modify paragraph 2 as follows:

«without prejudice to the provisions of paragraph 3, in case where a company of a contracting State carries on an industrial or commercial activity in the other contracting State by mean of a permanent establishment situated therein, in each contracting State should be attributed to said permanent establishment the profits that it would have got if it were a different company carrying on identical or analogous activities in the same or analogous conditions».

<sup>22</sup> In case of general administrative expenses suffered by the headquarter of the company, it could be opportune to take into consideration a proportional fraction determined on the ratio between the turnover of the permanent establishment (or, alternatively, the gross profits) and the turnover of the company as a whole (paragraph 16 of the Commentary to paragraph 3 of article 7).

<sup>23</sup> Paragraph 5 set the conditions by virtue of which a company can be considered as having a permanent establishment with reference to the activities of a person who acts on its behalf. The persons whose activities may set up a permanent establishment are the so called dependent agents, i.e. persons, employees or not, different from the independent agents provided for by paragraph 6. They could be individuals or legal persons, not resident as well, that not

the same principles utilized to attribute the income to the other forms of permanent establishment are applicable to said dependent agent.

Firstly, the activities performed for the company by the dependent agent will be individuated through a functional and factual analysis in order to determine the functions performed by the dependent agent both on its behalf and on behalf of the company.

The dependent agent and the company represent, potentially, two different taxable persons. On the one hand, the dependent agent derives its income from the activities performed on its behalf for the benefit of the company, whilst, on the other hand, risks and assets relevant to the functions performed by the dependent agent on behalf of the company (together with the necessary capital to support said assets and risks) are attributed to the permanent establishment.

Incomes will be then attributed to the permanent establishment on the basis of such assets, risks and capital; these incomes are distinguished from, and will not include those income attributable to the dependent agent (new paragraph 26).

Finally, the 2008 Model provides the elimination of paragraphs 15.2 - 15.4 of the 2005 version of the Commentary, relevant to the transfer of assets (for example, bad loans), within the sector of international banking<sup>24</sup>.

The modifications to the Commentary on paragraph 3 provide the introduction of paragraphs 41 - 49, that concern the matters relevant to the tax regime of interest.

Paragraph 41 specifies that the treatment of interest present some criticalities. Firstly, there could be expenses that, qualifying as «interest», are charged from the mother company to its permanent establishment (said interest could be relevant to intercompany financing granted from the mother company to the permanent establishment). Except of financial institutions (for example, banks), it's to be considered, in general, that said «internal interest» shouldn't be taken into account to the extent of paragraph 3 of art. 7 because of the following reasons:

- Under a legal point of view, the transfer of capital against the payment of an interest, and the consequent obligation to execute within due date, represent a formal act which is inconsistent with the legal nature of a permanent establishment;
- Under an economical point of view, payables and receivables could be inexistent, since, if a company is exclusively or prevalently equity-funded, it shouldn't be allowed to deduct the interest that, clearly, it shouldn't pay. Even though symmetrical charges and incomes do not pervert the nature of the overall incomes of the company, the partial results could be arbitrarily modified.

necessarily have at their disposal a fixed place of business in the State where they act on behalf of the company. The provision according to which the availability of any dependent person constitute a permanent establishment of the company would be contrary to the interests of the international economic relations. Such a solution should therefore be reserved to persons that, by reason of the wideness of their powers or nature of their activities, involve the company in activities of a certain importance in the State considered. Paragraph 5 is based on the assumption according to which only the person that have the authority to conclude contracts may be qualified as a permanent establishment of the company. Indeed, in such a case it could be considered that the person has sufficient power to bind the company in the participation in commercial activities in the State considered. The use of the term "permanent establishment" in such a context presupposes, obviously, that the person uses said powers habitually and not just occasionally.

<sup>24</sup> Paragraph 15.2 of the Commentary on paragraph 2 of art. 7 specifies that: "Another significant problem concerning the transfer of assets, such as bad loans, arises in relation to international banking. Debts may be transferred, for supervisory and financing purposes, from branch to head office or from branch to branch within a single bank. Such transfers should not be recognized where it cannot be reasonably considered that they take place for valid commercial reasons or that they would have taken place between independent enterprises, for instance where they are undertaken solely for tax purposes with the aim of maximizing the tax relief available to the bank. In such cases, the transfers would not have been expected to take place between wholly independent enterprises and therefore would not have affected the amount of profits which such an independent enterprise might have been expected to make in independent dealing with the enterprise of which it is a permanent establishment."

Different problems concern the deductibility of interest paid on loans effectively contracted by the company. Said loans could concern, totally or partially, the activities of the permanent establishment; it's to be outlined that the financing obtained by a company could be utilized for the need of the headquarter, of the permanent establishment or both of them. In such cases, it's to be noted the problem relevant to the individuation of that part of interest which should be deducted within the determination of the income attributable to the permanent establishment (new paragraph 43).

The OECD (new paragraph 45) outlines that according to the majority of the Member States it should be opportune to refer to a practical criterion which should take in consideration structure of the capital which is consistent with the organization and functions performed. Such a structure should be based on the assumption that a permanent establishment needs a certain availability – in terms of free capital and financing producing interest – in order to carry on its business. The goal is, therefore, to attribute the permanent establishment some arm's length<sup>25</sup> interest once an adequate amount of free capital has been attributed to said permanent establishment.

By virtue (and according to) the arm's length principle, the permanent establishment should be provided with sufficient capital in order to sustain:

- Functions performed;
- Assets owned;
- Risks taken.

The existence of different approaches within the attribution of free capital to the permanent establishment may raise double taxation problems (new paragraph 47). Pursuant to the objective of determining the amount of deductible interest to be considered to the extent of the double taxation relief, in general, the oecd Member States accept the attribution of capital which derives by the application of the approach utilized by the State where the permanent establishment is located (new paragraph 48).

## 2.4 Article 10: 2005 version and 2008 modifications

Under paragraph 1 of art. 10, dividends are taxable in the State where the beneficiary of said dividends is resident. Art. 10 regulates only dividends paid by a company which is resident of a Contracting State to a resident of the other Contracting State. Such a provision, therefore, is not applicable with reference to dividends paid by a company which is resident of a third State or dividends paid by a company, resident of a Contracting State, and attributable to a permanent establishment that a company of that State owns in the other Contracting State.

Paragraph 2 attributes a concurrent right to tax to the State of source of the dividends, i.e. the State where the company that distributes dividends is resident. The tax rate applicable by the State of source is nonetheless limited to 15% if the subject resident of the other Contracting State is the beneficial owner of said dividends<sup>26</sup>.

A lower tax rate (tantamount to 5%) is provided with reference to dividends paid by a subsidiary to its parent company, owning directly not less than 25% in the first mentioned company<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Determined in accordance to the arm's length principle provided for in art. 9 of the OECD Model.

<sup>26</sup> According to the provisions of paragraph 9 of the Commentary on paragraph 2 of art.10, an higher tax rate shouldn't be justified because the State of source has already got the right to tax the incomes of the company.

<sup>27</sup> Paragraph 10 of the Commentary on paragraph 2 of art. 10. About art. 10, see VALENTE P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, cit., p. 431 ss.

The requirement of the beneficial owner has been introduced in paragraph 2 of art. 10 in order to clarify the meaning of the term «paid [...] to a resident» utilized in paragraph 1. It's so specified that the State of source is not obliged to give up its right to tax dividends only because said dividends are received directly by a resident of a State with which the first mentioned State concluded a Double Taxation Treaty.

The term «beneficial owner» is not utilized with a technical and restrictive meaning, but it's to be understood within its context and in the light of the scope and aims of the conventional provisions<sup>28</sup>.

The term «dividends» concerns, essentially, the distributions performed by the companies indicated under letter b) of paragraph 1 of art. 3<sup>29</sup>.

The definition refers, firstly, to the distributions of profits deriving from the holding of shares, i.e. participations in capital companies. The definition assimilates to shares all those securities issued by companies whose by-laws provide for a clause of participation to the incomes of the company; such as, for example, shares or right to make use, quotas of the founder or other quotas of participations to incomes<sup>30</sup>.

Art. 10 does not regulate only dividends but also the interest on financing within the measure in which the creditor participates to risks taken by the company, i.e. in those cases where the reimbursement depends much more by the success or by the activity of the company. The issue relevant to the participation (or not) to risks taken by the company from the subject who grants the loan is to be solved in the light of all the circumstances of the actual case.

The modifications to the Commentary on art. 10 of the OECD Model provide the introduction of the new paragraphs 67.1 - 67.6 relevant to the taxation of the distributions performed by Real Estate Investment Trusts.

Paragraph 67.1 specifies that in a lot of Countries, most of portfolio investments in real estate properties are carried out through Real Estate Investment Trusts (REITs). The REIT is an entity:

- whose profits mainly derive from long-term investments in real estate properties;
- that distributes most of incomes yearly;
- that is not subject to taxation on income relevant to real estate properties and as such distributed.

The criticalities relevant to said forms of investment have been subject of analysis, by the Committee for Fiscal Affairs, in the 2008 Report Tax Treaties Issues Related to REITs (new paragraph 67.2). One of the issues discussed in the above mentioned report concerns the tax treatment of the transnational distributions carried out by a REIT.

<sup>28</sup> For the purposes of paragraph 12 of the Commentary on paragraph 2 of art. 10, the aim is essentially to avoid the double taxation and prevent the tax evasion and avoidance. According to the provisions of the subsequent paragraph 12.1, where an item of income is received by a resident of a Contracting State acting in the capacity of agent or nominee it would be inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption merely on account of the status of the immediate recipient of the income as a resident of the other Contracting State. The immediate recipient of the income in this situation qualifies as a resident but no potential double taxation arises as a consequence of that status since the recipient is not treated as the owner of the income for tax purposes in the State of residence. It would be equally inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption where a resident of a Contracting State, otherwise than through an agency or nominee relationship, simply acts as a conduit for another person who in fact receives the benefit of the income concerned.

<sup>29</sup> Paragraph 1, lett. b) of art. 3 refers to each person or entity that is considered as a person for tax purposes.

<sup>30</sup> According to the provisions of paragraph 24 of the Commentary on paragraph 3 of art. 10, within the bilateral conventions, the list could be adapted to the legislation of the Contracting States considered. That could be necessary, in particular, concerning the incomes from shares and quotas of the founder. Receivables which give right to the participation to incomes are not included in this category; at the same way, the interest on convertible bonds are not dividends.

In case of a small investor, the latter doesn't exercise any control on the real estate property acquired by the REIT. Even though the REIT by itself is not subject to taxation on the profit distributed, it should be opportune to consider that said investor did not carry out an investment in real estate properties, but in a company. Therefore, under a tax point of view, it should be treated as a subject receiving a dividend. On the contrary, a big investor should have a greater interest in the real estate property acquired by the REIT; for said investor, the investment in the REIT should represent by itself a participation in the property of the REIT. In such an hypothesis, it does not seem opportune to limit the taxation at source of the distributions carried out by the REIT (new paragraph 67.3)<sup>31</sup>.

## 2.5 Article 12: 2005 version and 2008 modifications

Paragraph 1 of art. 12 attributes the right to tax the royalties to the State of residence of the beneficial owner. A derogation to this principle is that relevant to those cases considered in paragraph 3<sup>32</sup>.

The requirement of the beneficial owner has been introduced in paragraph 1 of art. 12 in order to point out that it does not apply with reference to the payments made to intermediaries. Therefore, the State of source is not obliged to give up its right to tax royalties only because said incomes are received directly by a resident of a State with which the State of source concluded a Double Taxation Treaty. The term «beneficial owner» is not used in a technical and restrictive meaning, but it's to be understood in its context and within the purpose of avoiding the double taxation and preventing the tax evasion and avoidance.

Paragraph 2 of art. 12 includes the definition of the term «royalties». Generally, they refer to those rights or goods that constitute the different forms of literary and artistic property, to those elements of intellectual property and to those information concerning the industrial, commercial or scientific experiences. The definition is applied to those payments for the use, or the entitlement to use, rights of the above mentioned kind; independently that said rights are, or should be, registered in a public register. The definition covers both payments made under a license and compensation which a person would be obliged to pay for fraudulently copying or infringing the right<sup>33</sup>. Paragraph 2 requires that the payments are «made»: such a term should be understood in order to include the fulfillment of the obligation to make the funds at the creditor's disposal in the way re-

<sup>31</sup> Paragraph 67.4 specifies that the member States have faculty to substitute paragraph 2 of art. 10 with the following provision: 67.4 «2. However, such dividends may also be taxed in the Contracting State of which the company paying the dividends is a resident and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State (other than a beneficial owner of dividends paid by a company which is a REIT in which such person holds, directly or indirectly, capital that represents at least 10 per cent of the value of all the capital in that company), the tax so charged shall not exceed:

a) 5 per cent of the gross amount of the dividends if the beneficial owner is a company (other than a partnership) which holds directly at least 25 per cent of the capital of the company paying the dividends (other than a paying company that is a REIT);

b) 15 per cent of the gross amount of the dividends in all other cases».

<sup>32</sup> Paragraph 3 provides that:

“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.” About article 12, see Valente P., “Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni”, cit., p. 541 ss.

<sup>33</sup> As specified by paragraph 8 of the Commentary on paragraph 2 of art. 12, The definition of royalties does not, however, apply to payments that, whilst based on the number of times a right belonging to someone is used, are made to someone else who does not himself own the right or the right to use it.

quested by the contract or by customs. Rents in respect of cinematograph films are also treated as royalties, whether such films are exhibited in cinemas or on television.

In classifying as royalties payments received as consideration for information concerning industrial, commercial or scientific experience, paragraph 2 is referring to the concept of know-how<sup>34</sup>.

In the know-how contract, one of the parties agrees to impart to the other, so that he can use them for his own account, its special knowledge and experience which remain unrevealed to the public. It is recognized that the grantor is not required to play any part himself in the application of the formulas granted to the licensee and that he does not guarantee the result thereof.

This type of contract thus differs from contracts for the provision of services, in which one of the parties undertakes to use the customary skills of his calling to execute work himself for the other party<sup>35</sup>.

The modifications to the Commentary on art. 12 introduced by the 2008 Model, provide for the re-numeration of paragraphs 8 and 8.1 of the 2005 version. Said paragraphs are substituted by (and taken down in) paragraphs 8 – 8.5. On the contrary, newly introduced paragraph 8.2 is truly important for the definition of royalties.

According to the provisions of the latter, where a payment represents the consideration for the transfer of the property on a right as per definition of royalties<sup>36</sup>, said payment has not to be considered «consideration for the use or the right to use» of said right and, therefore, is not a royalty. As pointed out in paragraphs 15 and 16 (whose current formulation remains substantially unvaried) with reference to the software, some issues may rise in case of transferring of rights considered as a part of another right as per the royalties definition, where said transfer takes place with the modalities of an alienation.

For example, one considers the exclusive attribution of intellectual property rights for a limited period in a limited geographical area. Each hypothesis should be examined in the light of the factual circumstances as well as of the national law applicable both to the intellectual property and to the transfer of property.

In principle, if the payment represents the consideration for the transfer of the property of rights which constitute the distinct and specific intellectual property, said payment can be considered as an income (commercial income) applying, therefore, art. 7, or capital gain applying, therefore, art. 13, and not a royalty within the meaning of art. 12.

Moreover, the modifications to the Commentary on art. 12 provide the introduction, just after paragraph 10, of the new paragraphs 10.1 and 10.2.

According to the provisions of paragraph 10.1, payments made in order to obtain the exclusive distribution rights of a product or a service in determined territory does not represent a royalty, this is why they're not made as a consideration for the use or the entitlement to use a right on the intellectual property as per definition included in para-

<sup>34</sup> Various specialist bodies and authors have formulated definitions of know-how. Said definitions do not substantially differ. One of those definitions, given by the "Association des Bureaux pour la Protection de la Propriété Industrielle" (ANBPPI), establishes that the know-how includes all the undivulged information patentable or not, which are necessary for the industrial reproduction of a product or a process, directly and in the same conditions; since it derives by the experience, the know-how represents what a producer cannot recognize by the mere examination of the product and by the mere cognition of the state of technique (paragraph 11 of the Commentary on paragraph 2 of art. 12 of the OECD Model).

<sup>35</sup> Payments made under the contracts for the provision of services, generally fall under Article 7.

<sup>36</sup> As provided for by paragraph 2 of art. 12 of the OECD Model, «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».

graph 8<sup>37</sup>. Instead, said payments should be included within the meaning of art. 7. As an example, one should consider the payments made by a subject which distributes clothes and is resident in a contracting State, said subject pays a determined amount to the manufacturer of trademarked t-shirts which is resident in the other Contracting State in order to get the exclusive right to sell, in the first mentioned State, the t-shirts trademarked and manufactured abroad.

Within the meaning of paragraph 10.2, a payment should not be defined as made for the use or the right to use a project, model or plan if such a payment represents the consideration for the development of project, model or plan that does not exist yet.

## 2.6 Article 24: 2005 version and 2008 modifications

Paragraph 1 of art.24 sets the principle according to which, to the extent of taxing, it is forbidden the discrimination on the basis of the nationality, whilst, in conditions of reciprocity, the subjects having their nationality in a Contracting State shouldn't be treated, in the other Contracting State, in a less favorable way as regards the subjects having their nationality in the last mentioned State (assumed that they are in the same situation).

The provisions of paragraph 1 do not apply only to national subjects, resident of a Contracting State, but are extended to all subjects having the nationality of each Contracting State, whether or not they're resident in said States.

The aim of paragraph 2 is to limit to the stateless subjects that are resident in one of the Contracting States within the area of application of the provisions regarding the equality of treatment with the national subjects. Therefore, said provision excludes that stateless subjects, that are not resident in any of the Contracting States, may benefit from higher benefits than those provided for the subjects having the nationality of one of those mentioned States.

The discrimination, which paragraph 3 intends to eliminate, is not based on the nationality, but on the effective place where the company is situated. It applies, therefore, without any distinction, and apart from the nationality, to all residents of a contracting State that have a permanent establishment<sup>38</sup> in the other contracting State.

Paragraph 5 of art.24 aims to eliminate a particular kind of discrimination deriving from the situation that in some States the deductibility of interest, royalties and other expenses is possible without any limitation where the beneficiary is a resident, whilst it's limited or not possible at all where the beneficiary is not resident<sup>39</sup>. The same situation

<sup>37</sup> Paragraph 8 of the Commentary on art. 12 sets forth that:

«Paragraph 2 contains a definition of the term «royalties». These relate, in general, to rights or property constituting the different forms of literary and artistic property, the elements of intellectual property specified in the text and information concerning industrial, commercial or scientific experience. The definition applies to payments for the use of, or the entitlement to use, rights of the kind mentioned, whether or not they have been, or are required to be, registered in a public register. The definition covers both payments made under a license and compensation which a person would be obliged to pay for fraudulently copying or infringing the right. The definition does not, however, apply to payments that, whilst based on the number of times a right belonging to someone is used, are made to someone else who does not himself own the right or the right to use it (see, for instance, paragraph 18 below). Moreover, it has to be pointed out that paragraph 12 requires that the payments are made: The word "payment", used in the definition, has a very wide meaning since the concept of payment means the fulfilment of the obligation to put funds at the disposal of the creditor in the manner required by contract or by custom. As a guide, certain explanations are given below in order to define the scope of Article 12 in relation to that of other Articles of the Convention, as regards, in particular, the provision of information».

<sup>38</sup> Within the meaning of art. 5 of the OECD model, "the term «permanent establishment» means a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on».

<sup>39</sup> The same situation may also exist with reference to the tax on patrimony (paragraph 55 of the Commentary on paragraph 4 of art. 24)

may exist with reference to the area of patrimonial tax, concerning the debts entered in with non resident subjects. Finally, paragraph 5 prevents a contracting State from granting a less favorable tax regime to a company whose capital is held, wholly or partially, directly or indirectly, by one or more subjects resident of the other contracting State. Such a provision only refers to the taxation on corporations and does not refer to the subjects which hold the capital of the company. Its aim is to ensure the equality in treatment between the taxpayers resident in the same State and not also to subject the capital held by foreign shareholders to an identical regime as the one applied to the capital held by resident shareholders.

The modifications on art. 24 introduced by the 2008 Model concern, in particular, the Commentary on paragraphs 1 and 3.

According to the provisions of new paragraph 17 of the Commentary to paragraph 1, the term «national of a Contracting State» means a legal person «deriving its status as such from the laws in force in that Contracting State». Usually, a company derives its status by the laws in force in the State where it was incorporated or registered. According to the domestic law of many Countries, the place of incorporation or registration represents the criterion, or one among the criteria, for determining the residence of the companies to the extent of art. 4. Since paragraph 1 of art. 24 has the objective to exclude different treatments according to the nationality, but only with reference to the entities that find their selves «in the same circumstances, in particular with respect to residence», it's important to distinguish between a different treatment only due to the nationality, by a different treatment due to other factors and, in particular, the residence.

Paragraph 1 of art. 24 only forbids the discriminations based on the different nationality and requires that all the other important factors, and among them the residence, coincide.

Where art. 24 is applied within the context of other conventional provisions, most of which provide for a different treatment on the basis of the residence, it's clear that two companies that are not resident in the same State, within the meaning of art.4, cannot be considered in the same situation within the meaning of paragraph 1.

According to the provisions of new paragraph 59 of the Commentary on paragraph 3, since a permanent establishment does not distribute dividends, the tax treatment of the profit distributions from the company to which the permanent establishment belongs is out of the area of application of paragraph 3 of art. 24. Paragraph 3 concerns the taxation of profits deriving from the activities of the permanent establishment and it is not applicable to the company as a whole. This is confirmed by the second period of paragraph 3, where it's pointed out that the tax aspects relevant to the subject that owns the permanent establishment, like fiscal advantages and deductions, are not included within the area of application of the paragraph itself.

Moreover, the OECD points out (new paragraph 60) that in some States, the incomes of a permanent establishment of another Contracting State are taxed with a higher tax rate than the one applicable to the incomes relevant to the resident companies. Such additional rate, sometimes named «branch tax», is justified by the fact that, where a subsidiary of a foreign company would have the same incomes of the mentioned permanent establishment, and consequently said subsidiary would distribute said incomes in the form of dividends, then an additional tax rate would be applicable on this latter, according to the provision of paragraph 2 of art. 10.

## 2.7 Article 25: 2005 version and 2008 modifications

Art. 25 sets a mutual procedure for solving the controversies that may arise from the appliance of the conventional provisions. In paragraphs 1 and 2, in particular, it's provided that the competent authorities of the Contracting States should endeavour to resolve by mutual agreement any difficulties or doubts arising as to the interpretation or application of the relevant bilateral Convention. They may also consult together for the elimination of double taxation in those cases not provided for in the Convention. Finally, with reference to the practical modalities of application of the mutual agreement procedure, paragraph 4 of art. 25 authorizes the competent authorities to communicate with each other directly, and where opportune, to enter in a verbal exchange of opinions through a dedicated joint commission appointed.

The mutual agreement procedure has a special character and it lies outside the domestic law. It can be set up only in those cases included within paragraph 1, i.e. where a taxation has been imposed, or it's to be imposed, in contrast with the conventional provisions.

The 2008 Model includes considerable modifications to art. 25 and relevant Commentary whose aim is to make effective the procedure of mutual agreement, which was not part of a specific obligation within the 2005 version. Modifications to the text of art. 25 provide for the integration by mean of the inclusion of a new paragraph 5<sup>40</sup>.

Modifications to the Commentary to art. 25 provide, in general, that in case where the competent authorities are not able to reach an agreement within the meaning of paragraph 2<sup>41</sup>, within two years since the case has been submitted to the competent authority, the issue has to be solved by mean of the mutual procedure. Moreover, said procedure, sets aside from a possible pre-authorization by the competent authorities: where the procedural time requirement is met, every unsolved issue which prevents from reaching the agreement between the two competent authorities, should be submitted to arbitral procedure.

New paragraph 25 of the Commentary to paragraphs 1 and 2 of art. 25 provides that the three years period for the presentation of the claims by the taxpayer<sup>42</sup> continues

<sup>40</sup> New paragraph 5 of art. 25 provides that:

«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>1</sup>».

<sup>1</sup>. In some States, national law, policy or administrative considerations may not allow or justify the type of dispute resolution envisaged under this paragraph. In addition, some States may only wish to include this paragraph in treaties with certain States. For these reasons, the paragraph should only be included in the Convention where each State concludes that it would be appropriate to do so based on the factors described in paragraph 47 of the Commentary on the paragraph. As mentioned in paragraph 54 of that Commentary, however, other States may be able to agree to remove from the paragraph the condition that issues may not be submitted to arbitration if a decision on these issues has already been rendered by one of their courts or administrative tribunals.

<sup>41</sup> Paragraph 2 of art. 25 provides that:

«The competent authority shall endeavour, if the objection 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».

<sup>42</sup> The triennial term is provided for by the second period of paragraph 1, art. 25.

to go on even during an ongoing internal jurisdictional procedure. Nevertheless, it is possible that some States provide for the interruption of the triennial term for the presentation of the claim, within an ongoing internal jurisdictional procedure<sup>43</sup>. Art. 25 does not provide anything about the possibility of an interruption of the mutual agreement procedure within the hypothesis where the taxpayer did not provide to the payment of the tax under dispute. As a general rule, the payment of the tax due should not constitute a condition for the starting of the mutual agreement procedure (new paragraph 47). Under new paragraph 48, the States should adopt provisions that give the possibility to interrupt the tax collection while the mutual agreement procedure is ongoing.

Paragraphs 63 and following have been recently introduced and include the comment to the new paragraph 5 of art. 25. According to the provisions of paragraph 63, in the hypothesis where the competent authorities are not able to reach an agreement within the meaning of paragraph 2 within two years from the presentation of the case, the issue, upon instance of the subject that initially claimed it, will be discussed and solved by means of the arbitral procedure. Moreover, said procedure sets aside from a possible pre-authorization by the competent authorities: where the procedural time requirement is met, every unsolved issue which prevents from reaching the agreement between the two competent authorities, should be subjected to arbitral procedure.

The arbitral procedure introduced by paragraph 5 of art. 25 does not represent a controversies resolution mechanism nor alternative nor supplementary in respect of the procedure of mutual agreement: where the competent authorities reached an agreement that leaves no unsolved issue with reference to the application of the conventional provisions, there is no reason to apply for the arbitral procedure. That is also in case where the taxpayer that applied for the mutual procedure considers as not satisfying the solution reached by the competent authorities involved.

The mechanism introduced by paragraph 5 is, therefore, an extension of the procedure of mutual agreement and has the aim of increasing the effectiveness of the latter. Therefore, whilst the main case is solved within the context of the mutual agreement procedure, only those specific issues whose resolution depends on the definition of the case itself can be subjected to the arbitral procedure.

The procedure under comment is different by the other forms of agreements or arbitration where the jurisdiction of the arbitral body is extended to the exam and resolution of the case as a whole (new paragraph 64). In particular, with reference to *transfer pricing* issues, it is necessary that the OECD member States, and EU member States as well, apply the provisions set forth in paragraph 5 of art. 25 in coordination with provisions of arbitral convention of 1990<sup>44</sup> (new paragraph 65).

<sup>43</sup> New paragraph 26 individuates all the limits to the entering in the procedure of mutual agreement in those cases where the transaction object of request constitutes an abusive behavior of the taxpayer pursuant to national legislation. As a general rule, the fact that the taxation derives from the application of an internal anti-abuse provision does not represent a valid reason to deny entry to the procedure under comment.

<sup>44</sup> The convention 90/436/CEE, signed by the EU member States in July 1990, provides for an arbitral procedure which is aimed to avoid the double taxations deriving from divergent adjustments, made by the member States, of the transfer prices applied between associated enterprises. In force since 1995, its application was suspended from 1.1.2000 until 31.10.2004. In 1999 it was signed the modification Protocol which extended its effect for five years more, providing, moreover, an automatic renewal clause for the subsequent years. The last signing State (Portugal) of the Protocol filed the ratification instruments on 4.8.2004. The convention has, therefore, (re)acquired full effect on 1.11.2004. Nevertheless, its effects are retroactive since the date in which the application was suspended.

The procedure defined in the arbitration convention represents a valid instrument, for enterprises, for the elimination of the double taxation deriving from adjustments relevant to transfer prices. That is, considering not only its (re)entry in force, but also the approval by the EU Council of a Conduct Code containing some procedural rules that find application with reference to the provisions about the resolution of disputes provided for by the convention itself.

Under new paragraph 69, where two Contracting States that have not included the paragraph 5 of art. 25 in their relevant Convention wish to implement an arbitration process for general application or to deal with a specific case, the relevant competent authorities can conclude a mutual agreement along the lines of the following Model of agreement.

Moreover, Commentary on paragraph 5 (new paragraph 76) concerns the relationship between arbitral procedure and remedies provided for by internal legislation. With the aim to avoid conflicting decisions of the same cases in point, it should not be permitted the recourse to the arbitral procedure set forth in paragraph 5 of art. 25 where the case has been already submitted and decided by the internal judicial competent bodies of one of the contracting States. The same approach has been adopted by most of the member States with reference to the mutual agreement procedure<sup>45</sup>.

Finally, the 2008 Model, in a dedicated Annex, provides for a Model of Agreement the competent authorities can refer to as a basis for the conclusion of an agreement, in order to make effective the arbitral procedure introduced by new paragraph 5 of the art. 25.

The Model of agreement regulates, in dedicated separated clauses, the formal and procedural aspects of the arbitral procedure, from the submission of the case to the competent authority up to the decision of the arbitral body. It follows the main content.

In 2002, the EU Commission created a Working group (Joint Transfer Pricing Forum – JTPF) to the extent of facing the fiscal problems deriving from the double taxation related to adjustment of transfer prices. During 2003, the JTPF mainly analyzed the issues relevant to the application of the arbitral convention of 1990 and to the procedures of mutual agreement provided by the double taxation conventions. In April 2004, the EU Commission received the recommendations of JTPF and submitted to the approval of the Council a draft Conduct Code for eliminating the company's double taxation in those cases of cross-border intra-group transactions. The Code, approved on the end of November 2004, find its application in those case of taxable profit increase deriving from cross-border transactions as a consequence of the adjustment of transfer prices and introduces some rules for the resolution of disputes between the States within the procedures for eliminating the double taxation. It's so ensured a more effective and uniform application both of the arbitral convention of 1990 and of the mutual agreement procedures provided by the double taxation conventions. The Conduct Code has as its aim the fixation of common procedural rules relating to:

- The determination of the *dies a quo* of the three years period, i.e. the term within which the company subject to double taxation due to the adjustment of transfer prices must submit the case to the competent authority. The starting date of the three years period coincides with the date of the notification of the first notice of tax assessment or equivalent measure that implies or may imply a double taxation (art. 1);
- The determination of the *dies a quo* of the two years period during which the Tax Administrations of the member States must try to reach a mutual agreement on the elimination of the double taxation under accusation. The case can be considered submitted to the competent authorities where the subject provides certain and complete identification data, details about important facts of the case, a complete documentation (art. 2);
- Rules to be followed during the mutual agreement procedure, general provisions, practical execution, transparency, exchange of documents and participation of the subject. With reference to the practical functioning and to transparency, the States are invited to utilize a common working language in order to reduce time and costs of the procedure as well as ensure the confidentiality of the information whether it exists a tax convention or an internal rule providing for it (art. 3);
- Rules to be followed in case it's necessary the start of the arbitral phase due to the missing reaching of a mutual agreement within the two years term (art. 4);
- The interruption of the tax collection during the ongoing procedures provided by the convention (art. 5).

The Code has the legal value of a political commitment and does not affect rights and obligations of the member States as well as relevant areas of competence of the States and of the Community. VALENTE P., *Fiscalità sovranazionale*, cit., p. 289 and following.

<sup>45</sup> In particular:

- a) The case cannot be submitted simultaneously to the mutual agreement procedure and to the internal competent judicial authorities. Where it is still possible to submit the case these latter authorities, the use of the mutual agreement procedure is admitted, provided that the taxpayer commits itself to not submit the same case to the competent internal judicial authorities;
- b) Where the case has been solved by virtue of the mutual agreement procedure, the taxpayer has the faculty to refuse said agreement and submit the case to the competent internal judicial authorities; if, on the contrary, the taxpayer intends to benefit from said agreement, he cannot submit the same case to the internal judicial authorities;
- c) Where the taxpayer ran out all the possibilities to submit the case to the competent internal judicial authorities, the only remedy against the hypothesis of double taxation is represented by the procedure of mutual agreement under paragraph 2, art. 25.

### Instance of submission of a case to arbitral procedure

A request that unresolved issues arising from a mutual agreement case be submitted to arbitration pursuant to paragraph 5 of Article 25 of the Convention (the «request for arbitration») shall be made in writing and sent to one of the competent authorities. The request shall contain sufficient information to identify the case. The request shall also be accompanied by a written statement by each of the persons who either made the request or is directly affected by the case that no decision on the same issues has already been rendered by a court or administrative tribunal of the States. Within 10 days from the receipt of the request, the competent authority who received it shall send a copy of the request and the accompanying statements to the other competent authority.

### Time for submission of the case to arbitration

A request for arbitration may only be made after two years from the date on which a case presented to the competent authority of one Contracting State under paragraph 1 of Article 25 has also been presented to the competent authority of the other State. For this purpose, a case shall be considered to have been presented to the competent authority of the other State only if the following information has been presented: [the necessary information and documents will be specified in the agreement].

### Terms of reference

Within three months after the request for arbitration has been received by both competent authorities, the competent authorities shall agree on the questions to be resolved by the arbitration panel and communicate them in writing to the person who made the request for arbitration. This will constitute the «Terms of Reference» for the case. The competent authorities may also, in the Terms of Reference, provide procedural rules that are additional to, or different from, those included in the Agreement.

### Selection of arbitrators

Within three months after the Terms of Reference have been received by the person who made the request for arbitration or, within four months after the request for arbitration has been received by both competent authorities, each competent authority shall appoint one arbitrator. Within two months of the latter appointment, the arbitrators so appointed will appoint a third arbitrator who will function as Chair. If any appointment is not made within the required time period, the arbitrator(s) not yet appointed shall be appointed by the Director of the OECD Centre for Tax Policy and Administration within 10 days of receiving a request to that effect from the person who made the request for arbitration. The same procedure shall apply with the necessary adaptations if for any reason it is necessary to replace an arbitrator after the arbitral process has begun.

### Eligibility and appointment of arbitrators

Any person, including a government official of a Contracting State, may be appointed as an arbitrator, unless that person has been involved in prior stages of the case that

results in the arbitration process. An arbitrator will be considered to have been appointed when a letter confirming that appointment has been signed both by the person or persons who have the power to appoint that arbitrator and by the arbitrator himself.

### Communication of information and confidentiality

With reference to the communication and the confidentiality of the information related to the case that results in the arbitration process, each arbitrator shall be designated as authorised representative of the competent authority that has appointed that arbitrator or, if that arbitrator has not been appointed exclusively by one competent authority, of the competent authority of the Contracting State to which the case giving rise to the arbitration was initially presented. Where a case giving rise to arbitration was initially presented simultaneously to both competent authorities, the term «competent authority of the Contracting State to which the case giving rise to the arbitration was initially presented» means the competent authority referred to in paragraph 1 of Article 25.

### Procedural and evidentiary rules

The arbitrators shall adopt those procedural and evidentiary rules that they deem necessary to answer the questions set out in the Terms of Reference. They will have access to all information necessary to decide the issues submitted to arbitration, including confidential information. Unless the competent authorities agree otherwise, any information that was not available to both competent authorities before the request for arbitration was received by both of them shall not be taken into account for purposes of the decision.

### Participation of the person who requested the arbitration

The person who made the request for arbitration may, either directly or through his representatives, present his position to the arbitrators in writing to the same extent that he can do so during the mutual agreement procedure. In addition, with the permission of the arbitrators, the person may present his position orally during the arbitration proceedings.

### Applicable Legal Principles

The arbitrators shall decide the issues submitted to arbitration in accordance with the applicable provisions of the treaty and, subject to these provisions, of those of the domestic laws of the Contracting States. Issues of treaty interpretation will be decided

<sup>46</sup> Art. 31 of the Vienna Convention on the right of Treaties dated the 23rd of May 1969, includes the general rule for the interpretation:

«1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall include, in addition to the text, its preamble and annexes:

(a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;

(b) any instrument which was provided by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

by the arbitrators in the light of the principles of interpretation incorporated in Articles 31 to 34 of the Vienna Convention on the Law of Treaties<sup>46</sup>, having regard to the OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations<sup>47</sup>. The arbitrators will also consider any other sources which the competent authorities may expressly identify in the terms of reference.

### Arbitration decision

Where more than one arbitrator has been appointed, the arbitration decision will be determined by a simple majority of the arbitrators. Unless otherwise provided in the Terms of Reference, the decision of the arbitral panel will be presented in writing and shall indicate the sources of law relied upon and the reasoning which led to its result. With the permission of the person who made the request for arbitration and both competent authorities, the decision of the arbitral panel will be made public in redacted form without mentioning the names of the parties involved or any details that might disclose their identity and with the understanding that the decision has no formal precedential value.

### Time allowed for communicating the arbitration decision

The arbitration decision must be communicated to the competent authorities and the person who made the request for arbitration within six months from the date on which the Chair notifies in writing the competent authorities and the person who made the request for arbitration that he has received all the information necessary to begin consideration of the case. If at any time within two months from the date on which the last arbitrator was appointed, the Chair, with the consent of one of the competent authorities, notifies in writing the other competent authority and the person who made the request for arbitration that he has not received all the information necessary to begin consideration of the case, then:

a) if the Chair receives the necessary information within two months after the date on which that notice was sent, the arbitration decision must be communicated to the competent authorities and the person who made the request for arbitration within six months from the date on which the information was received by the Chair, and

b) if the Chair has not received the necessary information within two months after the date on which that notice was sent, the arbitration decision must, unless the competent authorities agree otherwise, be reached without taking into account that information even if the Chair receives it later and the decision must be communicated to the competent authorities and the person who made the request for arbitration within eight months from the date on which the notice was sent.

3. There shall be taken into account, together with the context:

(a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

(b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

(c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended».

<sup>47</sup> OECD Guidelines on Transfer Pricing for Multinational enterprises and tax Administrations of 2000 include the principles – elaborated within the OECD and universally accepted – applicable to the determination of transfer prices of goods and services between related companies.

### Final decision

The arbitration decision shall be final, unless that decision is found to be unenforceable by the courts of one of the Contracting States because of a violation of paragraph 5 of Article 25 or of any procedural rule included in the Terms of Reference or in the agreement. If a decision is found to be unenforceable for one of these reasons, the request for arbitration shall be considered not to have been made and the arbitration process shall be considered not to have taken place. The competent authorities will implement the arbitration decision within six months from the communication of the decision to them by reaching a mutual agreement on the case that led to the arbitration.

### Where no arbitration decision will be provided

Where, at any time after a request for arbitration has been made and before the arbitrators have delivered the decision to the competent authorities and to the person who made the request for arbitration, the competent authorities notify in writing the arbitrators and that person that they have solved all the unresolved issues described in the Terms of Reference, the case shall be considered as solved under the mutual agreement procedure and no arbitration decision shall be provided.



## Bibliography

- OECD, *Modello di OECD Model Convention on Income and Capital* (Paris, 2005).
- OECD, *Draft Contents of the 2008 Update to the Model Tax Convention*, Paris, 21 april 2008.
- OECD, *The 2008 Update to the OECD Model Tax Convention*, Paris, 18 july 2008.
- OECD, *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*, 17 july 2008.
- OSCE, *Tax Treaties Issues Related to REITs*, 28 january 2008.
- Valente P., *Fiscalità sovranazionale* (Milan, 2008).
- Valente P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni* (Milan, 2008).



# Modello di Convenzione ocse 2008 – Modifiche agli articoli e Commentario

Piergiorgio Valente

**SOMMARIO:** 1. *Il Modello di Convenzione dell'OCSE: generalità*; 2. *Le modifiche al Modello di Convenzione dell' OCSE e relativo Commentario*; 2.1 *Articolo 4: la versione del 2005 e le modifiche del 2008*; 2.2 *Articolo 5: la versione del 2005 e le modifiche del 2008*; 2.3 *Articolo 7: la versione del 2005 e le modifiche del 2008*; 2.4 *Articolo 10: la versione del 2005 e le modifiche del 2008*; 2.5 *Articolo 12: la versione del 2005 e le modifiche del 2008*; 2.6 *Articolo 24: la versione del 2005 e le modifiche del 2008*; 2.7 *Articolo 25: la versione del 2005 e le modifiche del 2008*; *Bibliografia*

## 1. Il Modello di Convenzione dell' OCSE: generalità

Il Modello di Convenzione dell' OCSE (Modello OCSE) è stato per la prima volta emanato dal Comitato per gli Affari Fiscali dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico nel 1963. Scopo del Modello OCSE è di uniformare e definire il regime fiscale dei contribuenti che esercitano attività transfrontaliera, mediante l'applicazione di soluzioni comuni a situazioni identiche di doppia imposizione<sup>1</sup>. A partire dal 1963, il Modello OCSE, nelle versioni che nel tempo si sono succedute<sup>2</sup>, ha avuto una notevole influenza sulla negoziazione, applicazione e interpretazione delle convenzioni fiscali.

In primo luogo, gli Stati membri dell' OCSE si sono ampiamente adeguati al Modello OCSE nella conclusione o rinegoziazione delle convenzioni bilaterali. I progressi nell'eliminazione della doppia imposizione tra Stati membri sono stati testimoniati dal crescente numero di convenzioni concluse o rinegoziate a partire dal 1957 in conformità alle Raccomandazioni dell' OCSE. La sua importanza non è stata testimoniata solamente dal numero di convenzioni concluse tra gli Stati membri, ma anche dal fatto che tali convenzioni riproducevano la struttura e, nella maggior parte dei casi, le sue più importanti disposizioni.

In secondo luogo, l'influenza del Modello OCSE si è estesa ben oltre l'area OCSE. Esso è stato utilizzato quale documento di riferimento nelle negoziazioni tra gli Stati membri e gli Stati terzi ed anche tra gli Stati terzi medesimi, così come nei lavori di altre organizzazioni internazionali o locali che operano per l'eliminazione della doppia imposizione e dei problemi ad essa connessi.

<sup>1</sup> Per doppia imposizione giuridica internazionale si intende l'imposizione di imposte simili in due (o più) Stati, in capo al medesimo contribuente, sulla base di presupposti identici e con riferimento al medesimo periodo d'imposta.

<sup>2</sup> Le modifiche al Modello OCSE del 1963 hanno portato alla pubblicazione di una prima versione nel 1977, quindi nel 1992, 2001, 2005 e, da ultimo, nel luglio del 2008.

In terzo luogo, il riconoscimento a livello mondiale delle disposizioni del Modello OCSE e il loro recepimento nella maggior parte delle convenzioni bilaterali hanno fatto sì che i Commentari alle sue disposizioni siano divenuti una guida, comunemente accettata, per l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni delle vigenti convenzioni bilaterali<sup>3</sup>.

In data 18 luglio 2008, è stato pubblicato il documento *The 2008 Update to the OECD Model Tax Convention (2008 Model)*, il quale contiene le modifiche alla versione del 2005 del Modello OCSE.

Le più significative riguardano, in particolare:

1. l'articolo 25 del Modello OCSE, con la previsione di un nuovo paragrafo 5;
2. il paragrafo 24 del Commentario all'articolo 4, relativamente ai fattori di riferimento per la determinazione della «sede di direzione effettiva» delle persone giuridiche;
3. il Commentario all'articolo 5, con l'introduzione di nuovi paragrafi sulla tassazione dei servizi;
4. il Commentario all'articolo 7, relativamente alle disposizioni di cui ai paragrafi 2 e 3;
5. il Commentario all'articolo 10, relativamente alle distribuzioni effettuate dai *Real Estate Investment Trusts*;
6. il Commentario all'articolo 12, in merito alla definizione di royalties;
7. il Commentario all'articolo 24, relativamente all'ambito di estensione del principio di non discriminazione;
8. il Commentario all'articolo 25, relativamente all'applicazione e alle regole di funzionamento della procedura arbitrale.

## 2. Le modifiche al Modello di Convenzione dell'OCSE e relativo Commentario

### 2.1 Articolo 4: la versione del 2005 e le modifiche del 2008

Ai sensi del paragrafo 3 dell'articolo 4 del Modello OCSE, nei casi di *dual residence* di una persona giuridica, questa è «considerata residente soltanto dello Stato in cui si trova la sede della sua direzione effettiva». Secondo quanto previsto dal paragrafo 24 del Commentario all'articolo 4, la «sede di direzione effettiva» è stata adottata quale criterio preferenziale per la determinazione della residenza fiscale dei soggetti diversi dalle persone

<sup>3</sup> Con l'obiettivo di eliminare la doppia imposizione, il Modello OCSE prevede due categorie di disposizioni. Una prima categoria (articoli da 6 a 21) determina, con riferimento alle diverse categorie di reddito, la potestà impositiva dello Stato della fonte (o dello Stato ove i beni sono situati) e dello Stato di residenza. L'articolo 22 assolve il medesimo scopo per quanto riguarda il patrimonio. Per alcune tipologie di reddito e patrimonio, la potestà impositiva viene attribuita esclusivamente ad uno degli Stati contraenti. L'altro Stato contraente non può, quindi, assoggettare a tassazione i medesimi elementi di reddito o patrimonio. Di regola, tale potestà impositiva esclusiva viene attribuita allo Stato di residenza. Con riferimento a dividendi ed interessi, nonostante entrambi lo Stato della fonte e lo Stato di residenza del beneficiario abbiano il diritto di esercitare il potere impositivo, l'ammontare dell'imposta che può essere prelevata dallo Stato della fonte è limitato. Inoltre, nella misura in cui queste disposizioni attribuiscono allo Stato della fonte o allo Stato ove i beni sono situati un diritto illimitato o limitato di tassazione, lo Stato di residenza deve concedere un credito di imposta al fine di evitare la doppia imposizione (articoli 23A e 23B).

fisiche<sup>4</sup>. La «sede di direzione effettiva» è, nella versione del 2005, il luogo dove sono sostanzialmente adottate le decisioni principali sul piano della gestione, nonché quelle necessarie per l'esercizio dell'attività dell'ente. Essa è, di regola, il luogo in cui la persona o il gruppo di persone che esercitano le funzioni di rango più elevato (a titolo esemplificativo, un Consiglio di amministrazione) adottano ufficialmente le decisioni, il luogo in cui sono prese le deliberazioni dell'ente nel suo complesso<sup>5</sup>. Dal momento che non risulta possibile stabilire una regola precisa in merito, ai fini della determinazione della sede di direzione effettiva – precisa la versione del 2005 del Modello OCSE - devono considerarsi tutti i fatti e le circostanze del caso concreto<sup>6</sup>.

Le modifiche al Commentario all'articolo 4, contenute nel *2008 Model*, prevedono l'eliminazione, dal suindicato paragrafo 24, del seguente periodo: « [...] La sede di direzione effettiva sarà ordinariamente il luogo in cui la persona o il gruppo di persone che esercitano le funzioni di rango più elevato (a titolo esemplificativo, un consiglio di amministrazione) prende ufficialmente le sue decisioni, il luogo in cui sono adottate le deliberazioni che devono essere assunte dall'ente nel suo insieme [...]». Al contempo, è prevista l'introduzione di un nuovo paragrafo 24.1, il cui obiettivo è di precisare i fattori di riferimento per la determinazione della «sede di direzione effettiva» delle persone giuridiche.

Come precisato al nuovo paragrafo 24.1 del Commentario all'articolo 4, alcuni Stati considerano relativamente rari i casi di doppia residenza delle persone giuridiche; pertanto, essi dovrebbero essere esaminati e risolti singolarmente. Inoltre, alcuni Stati ritengono che tale approccio *case-by-case* sia il metodo più opportuno per far fronte alle difficoltà che potrebbero insorgere dall'uso delle nuove tecnologie.

<sup>4</sup> Precisa il Commentario al paragrafo 1 dell'articolo 4 (paragrafo 8) che la definizione di «residente di uno Stato Contraente» fa riferimento alla nozione di residenza adottata nella legislazione interna. I criteri per la sottoposizione a tassazione dei residenti sono il domicilio, la residenza, la sede di direzione o qualsiasi altro criterio di natura analoga. Per le persone fisiche, la definizione tende a ricomprendere le varie forme di legame personale con uno Stato che, in forza delle legislazioni fiscali nazionali, determinano una sottoposizione a tassazione completa. L'articolo 4 riguarda, inoltre, i casi in cui una persona è considerata, in virtù della legislazione fiscale di uno Stato, residente di quello Stato e per tale ragione è ivi assoggettata a tassazione integrale (in via esemplificativa, i diplomatici e le altre persone che esercitano funzioni pubbliche). Tuttavia, in conformità alle disposizioni del secondo periodo del paragrafo 1, una persona non viene considerata «residente di uno Stato Contraente» ai fini convenzionali nel caso in cui, nonostante non sia domiciliata in tale Stato, essa sia considerata residente in conformità alla legislazione interna, ma sia ivi assoggettata a tassazione limitatamente ai redditi da fonti di detto Stato o al patrimonio situato in detto Stato.

Tenuto conto delle finalità per cui è stata formulata, la disposizione escluderebbe dalla definizione di «residente di uno Stato Contraente» le imprese controllate da soggetti stranieri esenti da imposta sul reddito estero in forza di regimi fiscali privilegiati concepiti per attrarre società *conduit*. Sull'articolo 4 e sul relativo Commentario, cfr. VALENTE *P. Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni* (Milano, 2008), p. 179 ss.

<sup>5</sup> Come precisato al paragrafo 25 delle *Osservazioni al Commentario*, l'Italia non condivide l'interpretazione esposta nel paragrafo 24 che individua nella «persona o (...) gruppo di persone che esercitano le funzioni di rango più elevato (a titolo esemplificativo, un consiglio di amministrazione)» il criterio esclusivo per l'identificazione della sede di direzione effettiva di un ente. Per l'Italia, nel determinare la sede di direzione effettiva deve essere preso in considerazione il luogo ove l'attività principale e sostanziale dell'ente è esercitata.

Secondo quanto previsto dal Commentario al paragrafo 3 dell'articolo 4 (paragrafi 21 ss.), quest'ultimo fa riferimento alle società e alle altre associazioni, indipendentemente dalla circostanza che esse siano o meno persone giuridiche. Nella pratica, è inconsueto che una società sia assoggettata a tassazione in più di uno Stato in ragione della sua residenza, anche se, in via esemplificativa, ciò è possibile qualora uno Stato utilizzi il criterio del luogo di costituzione della società mentre l'altro Stato utilizzi il criterio della sede di direzione effettiva. Ne consegue che risulta fondamentale prevedere disposizioni specifiche al fine di individuare a quale criterio accordare la preferenza. Non è stato ritenuto opportuno attribuire importanza ad un criterio formale, quale quello del luogo di costituzione, bensì ad un criterio sostanziale quale il luogo dove la società è effettivamente gestita. La formulazione del criterio preferenziale nel caso di soggetti diversi dalle persone fisiche è stata considerata, in particolare, con riferimento all'imposizione dei redditi derivanti dalla navigazione marittima, interna ed aerea. Alcune convenzioni contro le doppie imposizioni attribuiscono la potestà impositiva sui redditi derivanti da tali attività allo Stato ove la «sede di direzione» dell'impresa è situata; altre convenzioni attribuiscono importanza alla «sede di direzione effettiva», altre ancora al «domicilio fiscale» del soggetto che esercita tali attività.

<sup>6</sup> In ogni caso, un ente può avere più di una sede di direzione, ma può avere solo una sede di direzione effettiva per volta.

Ai fini della determinazione della residenza – sottolinea il nuovo paragrafo 24.1 – le autorità competenti dovranno tener conto dei seguenti fattori:

- il luogo ove si svolgono le riunioni del Consiglio di amministrazione;
- il luogo in cui il CEO e gli altri senior executives usualmente svolgono le loro funzioni;
- il luogo del day-to-day management della persona giuridica;
- il luogo in cui si trova l'headquarter della persona giuridica;
- la legislazione applicabile alla persona giuridica;
- il luogo in cui è tenuta la contabilità.

I suindicati fattori non hanno carattere esaustivo. Inoltre, la richiesta di risoluzione dei casi di doppia residenza deve avvenire entro tre anni dalla notifica dell'atto da cui scaturisce una doppia imposizione per la persona giuridica<sup>7</sup>.

In definitiva, il nuovo paragrafo 24.1 del Commentario all'articolo 4, lungi dal definire la «sede di direzione effettiva» quale luogo in cui il Consiglio di amministrazione adotta le decisioni rilevanti, individua una serie esemplificativa e non esaustiva di criteri di collegamento per la sua determinazione, senza escludere il ricorso alla procedura di composizione amichevole di cui all'articolo 25 del Modello OCSE<sup>8</sup>. Trattasi, in sostanza,

<sup>7</sup> Il nuovo paragrafo 24.1 del Commentario all'articolo 4 prevede:

«24.1 Some countries, however, consider that cases of dual residence of persons who are not individuals are relatively rare and should be dealt with on a case-by-case basis. Some countries also consider that such a case-by-case approach is the best way to deal with the difficulties in determining the place of effective management of a legal person that may arise from the use of new communication technologies. These countries are free to leave the question of the residence of these persons to be settled by the competent authorities, which can be done by replacing the paragraph by the following provision:

3. Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, the competent authorities of the Contracting States shall endeavor to determine by mutual agreement the Contracting State of which such person shall be deemed to be a resident for the purposes of the Convention, having regard to its place of effective management, the place where it is incorporated or otherwise constituted and any other relevant factors. In the absence of such agreement, such person shall not be entitled to any relief or exemption from tax provided by this Convention except to the extent and in such manner as may be agreed upon by the competent authorities of the Contracting States.

Competent authorities having to apply such a provision to determine the residence of a legal person for purposes of the Convention would be expected to take account of various factors, such as where the meetings of its board of directors or equivalent body are usually held, where the chief executive officer and other senior executives usually carry on their activities, where the senior day-to-day management of the person is carried on, where the person's headquarters are located, which country's laws govern the legal status of the person, where its accounting records are kept, whether determining that the legal person is a resident of one of the Contracting States but not of the other for the purpose of the Convention would carry the risk of an improper use of the provisions of the Convention etc. Countries that consider that the competent authorities should not be given the discretion to solve such cases of dual residence without an indication of the factors to be used for that purpose may want to supplement the provision to refer to these or other factors that they consider relevant. Also, since the application of the provision would normally be requested by the person concerned through the mechanism provided for under paragraph 1 of Article 25, the request should be made within three years from the first notification to that person that its taxation is not in accordance with the Convention since it is considered to be a resident of both Contracting States. Since the facts on which a decision will be based may change over time, the competent authorities that reach a decision under that provision should clarify which period of time is covered by that decision».

<sup>8</sup> L'articolo 25 istituisce una procedura amichevole per la risoluzione delle controversie che insorgono dall'applicazione della Convenzione. Ai paragrafi 1 e 2, in particolare, si prevede che le autorità competenti debbano impegnarsi per regolare, in via di amichevole composizione, la posizione dei contribuenti soggetti ad imposizione non conforme alle disposizioni della Convenzione. Il paragrafo 3 invita e autorizza le autorità competenti degli Stati contraenti a risolvere, attraverso la procedura di composizione amichevole, le problematiche relative all'interpretazione o applicazione delle disposizioni convenzionali e, ancora, a consultarsi per eliminare la doppia imposizione nei casi non disciplinati dalle stesse. Infine, con riguardo alle modalità pratiche di attuazione della procedura amichevole, il paragrafo 4 dell'articolo 25 autorizza le autorità competenti a comunicare direttamente tra loro, non per via diplomatica e, quando opportuno, ad intraprendere uno scambio orale di opinioni attraverso una commissione congiunta appositamente nominata.

del medesimo approccio già seguito dal paragrafo 2 dell'articolo 4 del Modello OCSE, il quale fissa le cd. *tie-breaker rules* per la risoluzione dei casi di *dual residence* delle persone fisiche<sup>9</sup>.

## 2.2 Articolo 5: la versione del 2005 e le modifiche del 2008

Il concetto di stabile organizzazione viene principalmente utilizzato per determinare il diritto di uno Stato contraente di assoggettare a tassazione gli utili di un'impresa avente sede nell'altro Stato contraente<sup>10</sup>. Il paragrafo 1 dell'articolo 5 contiene una definizione generale dell'espressione «stabile organizzazione» la quale ne delinea le caratteristiche essenziali ai fini dell'applicazione delle disposizioni convenzionali, vale a dire, un «luogo» determinato, una «sede fissa d'affari». Il paragrafo 1 definisce l'espressione «stabile organizzazione» come «una sede fissa d'affari, per mezzo della quale l'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività». La definizione include, pertanto, i seguenti requisiti:

<sup>9</sup> Il paragrafo 2 dell'articolo 4 disciplina il caso in cui, ai sensi delle disposizioni del paragrafo 1, una persona fisica è residente di entrambi gli Stati contraenti. Al fine di risolvere tale conflitto, è opportuno individuare disposizioni speciali che attribuiscono prevalenza ai criteri di collegamento del contribuente ad uno Stato piuttosto che all'altro. Precisa il Commentario al paragrafo 2 dell'articolo 4 (paragrafi 10 ss.), che il criterio di riferimento deve essere di natura tale da essere soddisfatto in un solo Stato e allo stesso tempo deve riflettere un legame per cui il diritto di assoggettare a tassazione sia naturalmente attribuito a quello specifico Stato. Le situazioni alle quali si applicano le disposizioni speciali sono quelle che prevalgono nel corso del periodo durante il quale la residenza del contribuente rileva al fine del suo assoggettamento a tassazione; tale periodo potrebbe avere durata inferiore ad un intero periodo d'imposta.

Il paragrafo 2, lett. a) dell'articolo 4 accorda la preferenza allo Stato contraente in cui la persona fisica dispone di un'abitazione permanente. Tale criterio è nella maggior parte dei casi sufficiente per risolvere il conflitto risultante dal fatto che una persona dispone di un'abitazione permanente in uno Stato contraente, pur avendo soggiornato per un certo periodo di tempo nell'altro Stato contraente. Ne consegue che, secondo quanto contenuto nella lett. a), si considera che la residenza della persona fisica si trovi nel luogo ove la stessa possiede o utilizza un'abitazione; tale abitazione deve qualificarsi come permanente; il requisito della permanenza sussiste se la persona fisica ne ha disposto l'utilizzo in modo durevole, in contrasto con un soggiorno in uno specifico luogo in condizioni tali che appaia evidente che il soggiorno sia di breve durata. Qualsiasi forma di abitazione può essere presa in considerazione (casa o appartamento di proprietà o locato dalla persona fisica, stanza arredata presa in locazione). La permanenza nella abitazione risulta essenziale; ciò implica che la persona fisica abbia fatto quanto necessario per avere la dimora a sua disposizione sempre e continuamente, e non in modo occasionale, al fine, cioè, di un soggiorno che, per ovvie ragioni, è necessariamente di breve durata (viaggio di piacere, viaggio d'affari, viaggio di studi, frequenza ad un corso scolastico, ecc.). Qualora una persona fisica disponga di un'abitazione permanente in entrambi gli Stati contraenti, il paragrafo 2, lett. a) accorda la preferenza allo Stato ove la persona ha stabilito le proprie relazioni personali ed economiche più strette. Tale è lo Stato nel quale si trova il centro degli interessi vitali. Nei casi in cui la residenza non può essere determinata facendo riferimento a tale criterio, il paragrafo 2 stabilisce criteri secondari; innanzitutto, il luogo di soggiorno abituale e, in secondo luogo, la nazionalità (lett. b) e c). Se la persona fisica possiede la nazionalità di entrambi gli Stati contraenti ovvero non ha la nazionalità di alcuno di essi, la questione deve essere risolta mediante ricorso alla procedura di cui all'articolo 25 (lett. d). Nel caso in cui la persona fisica disponga di un'abitazione permanente in entrambi gli Stati contraenti, risulta fondamentale accertare in quale dei due Stati detta persona ha stabilito le sue relazioni personali ed economiche più strette. Saranno, quindi, presi in considerazione le relazioni familiari e sociali della persona fisica, la sua occupazione, le sue attività politiche, culturali o di altro tipo, il luogo d'affari, il luogo da dove amministra i propri beni, ecc. Le circostanze devono essere valutate nel complesso; ciononostante, è ovvio che il comportamento personale dell'interessato deve essere considerato in modo particolare.

La lett. b) del paragrafo 2 stabilisce un criterio per le due seguenti situazioni:

- il caso in cui la persona fisica disponga di un'abitazione permanente in entrambi gli Stati contraenti e non sia possibile determinare in quale dei due abbia il centro degli interessi vitali;
- il caso in cui la persona fisica non disponga di un'abitazione permanente in alcuno Stato contraente.

Qualora, nelle due situazioni considerate nella lett. b), la persona fisica abbia il proprio soggiorno abituale in entrambi gli Stati contraenti o non abbia il proprio soggiorno abituale in alcuno di detti Stati, la preferenza viene accordata allo Stato del quale essa possiede la nazionalità (paragrafo 2, lett. c). Se la persona fisica possiede la nazionalità di entrambi gli Stati contraenti o non possiede la nazionalità di alcuno di essi, la lett. d) del paragrafo 2 attribuisce alle autorità competenti il compito di determinarne la residenza mediante ricorso alla procedura amichevole di cui all'articolo 25.

<sup>10</sup> Ai sensi dell'articolo 7, uno Stato contraente non può assoggettare a tassazione gli utili di un'impresa dell'altro Stato contraente a meno che l'impresa eserciti la sua attività industriale o commerciale per il tramite di una stabile organizzazione ivi situata.

- l'esistenza di una «sede di affari», vale a dire di un'installazione, di locali o, in alcuni casi, di macchinari o attrezzature;
- la sede di affari deve essere «fissa»; essa deve essere stabilita in un luogo determinato con un certo grado di permanenza;
- lo svolgimento dell'attività industriale o commerciale dell'impresa per mezzo della sede fissa d'affari. Ciò implica, generalmente, che le persone le quali, in qualsiasi modo, dipendono dall'impresa (il personale) esercitano l'attività industriale o commerciale nello Stato in cui è situata la sede fissa.

Precisa il paragrafo 4 del Commentario al paragrafo 1 dell'articolo 5 che l'espressione «sede di affari» include locali, infrastrutture o installazioni utilizzati (anche in via non esclusiva) per l'esercizio dell'attività industriale o commerciale dell'impresa. Una sede di affari può esistere anche se i locali non sono disponibili o non possano ritenersi indispensabili per l'esercizio dell'attività industriale o commerciale dell'impresa<sup>11</sup>.

All'espressione «per mezzo della quale» deve attribuirsi un significato molto ampio al fine di consentirne l'applicazione a ogni situazione in cui le attività d'impresa sono esercitate in un determinato luogo, a tal fine a disposizione dell'impresa<sup>12</sup>. Coerentemente con la definizione, la sede di affari deve essere «fissa». Pertanto, deve sussistere un collegamento tra la sede dell'attività e uno specifico punto geografico<sup>13</sup>.

Il paragrafo 2 dell'articolo 5 contiene una lista non esaustiva di casi in cui può considerarsi sussistere, *prima facie*, una stabile organizzazione<sup>14</sup>.

Il paragrafo 3 dell'articolo 5 prevede espressamente che un cantiere di costruzione o di montaggio costituisce stabile organizzazione soltanto se la sua durata è superiore a dodici mesi. Il cantiere che non soddisfa tale condizione non costituisce di per sé stabile organizzazione anche se ivi si trova una infrastruttura, ad esempio, un ufficio o un laboratorio collegato all'attività di costruzione.

<sup>11</sup> È irrilevante che i locali, le infrastrutture o le installazioni siano di proprietà, in locazione o altrimenti a disposizione dell'impresa. Una sede di affari può, pertanto, essere costituita da una bancarella in un mercato o da un'area utilizzata in modo permanente in un deposito doganale (ad esempio per il deposito di beni soggetti a dazi doganali). La sede di affari può essere situata anche nei locali di un'altra impresa. Tale è il caso, ad esempio, in cui l'impresa straniera abbia permanentemente a propria disposizione alcuni locali o parte di alcuni locali di un'altra impresa. Sull'articolo 5 e sul relativo Commentario, cfr. VALENTE P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, cit., p. 229 ss..

<sup>12</sup> In via esemplificativa, un'impresa che svolge attività di pavimentazione di una strada sarà considerata come esercente la sua attività «per mezzo» del luogo in cui l'attività è svolta (cfr. paragrafo 4.6 del Commentario al paragrafo 1 dell'articolo 5).

<sup>13</sup> Non è rilevante per quanto tempo un'impresa di uno Stato contraente operi nell'altro Stato contraente; ciò, inoltre, non implica che le attrezzature che costituiscono la sede di affari debbano essere materialmente affisse al suolo. È sufficiente che le attrezzature siano mantenute su un sito determinato.

<sup>14</sup> Precisa il paragrafo 2:

«L'espressione «stabile organizzazione» comprende in particolare:

- a) una sede di direzione;
- b) una succursale;
- c) un ufficio;
- d) un'officina;
- e) un laboratorio;
- f) una miniera o giacimento petrolifero o di gas, una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali».

Poiché tali casi devono essere considerati in funzione della definizione generale di cui al paragrafo 1, si suppone che gli Stati contraenti interpretino le espressioni «sede di direzione», «succursale», «ufficio», ecc. di guisa che esse costituiscano stabili organizzazioni solo se soddisfano i requisiti stabiliti al paragrafo 1. L'espressione «sede di direzione» è stata menzionata distintamente in quanto essa non costituisce necessariamente un «ufficio». Tuttavia, qualora le leggi dei due Stati contraenti non distinguano la nozione di «sede di direzione» da quella di «ufficio», l'espressione «sede di direzione» può essere omessa in via bilaterale. La lett. f) stabilisce che le miniere, i pozzi di petrolio o di gas, le cave od ogni altro luogo di estrazione di risorse naturali sono stabili organizzazioni. L'espressione «ogni altro luogo di estrazione di risorse naturali» deve essere interpretata nella sua più ampia accezione. Essa comprende, in via esemplificativa, tutti i luoghi di estrazione di idrocarburi in terra o in mare.

Secondo quanto previsto dal paragrafo 17 del Commentario al paragrafo 3 dell'articolo 5, l'espressione «cantiere di costruzione o di montaggio» include non solo la costruzione di immobili bensì anche la costruzione di strade, ponti o canali, la ristrutturazione (comportante interventi strutturali di rilievo) di immobili, strade, ponti o canali, la posatura di oleodotti ed anche l'escavazione ed il dragaggio<sup>15</sup>.

Il paragrafo 4 dell'articolo 5 elenca le attività industriali o commerciali che costituiscono eccezioni alla definizione generale enunciata al paragrafo 1; esse, pertanto, non costituiscono stabili organizzazioni nonostante siano esercitate per il tramite di una sede fissa d'affari<sup>16</sup>. Caratteristica comune di tali attività è il carattere preparatorio o ausiliario; ciò è espressamente indicato nel caso di cui all'eccezione menzionata alla lettera e) del paragrafo 4, la quale restringe l'ambito di applicazione della definizione enunciata al paragrafo 1. Inoltre, la lettera f) prevede che le combinazioni delle attività menzionate nelle lettere da a) ad e), esercitate nella stessa sede di affari, non sono considerate stabile organizzazione se l'attività complessiva della sede di affari risultante da tali combinazioni ha carattere preparatorio o ausiliario.

Secondo quanto previsto dal paragrafo 31 del Commentario al paragrafo 5 dell'articolo 5, è principio comunemente accettato quello per cui un'impresa debba essere considerata avere una stabile organizzazione in uno Stato se esiste una persona che, a determinate condizioni, agisce per suo conto, anche se l'impresa non dispone di una sede fissa d'affari in tale Stato (ai sensi dei paragrafi 1 e 2). Il paragrafo 5 stabilisce le condizioni in presenza delle quali un'impresa possa ritenersi disporre di una stabile organizzazione con riferimento alle attività di una persona che agisce per suo conto.

Le persone le cui attività possono costituire stabile organizzazione dell'impresa sono i cosiddetti agenti dipendenti (diversi dagli agenti indipendenti di cui al paragrafo 6). Il paragrafo 5 si basa sull'assunto secondo cui solo le persone che hanno il potere di concludere contratti possono qualificarsi quale stabile organizzazione dell'impresa dalla quale essi dipendono. In tal caso, infatti, può ritenersi che la persona disponga di poteri sufficienti per vincolare l'impresa nella partecipazione ad attività commerciali nello Stato considerato. L'uso dell'espressione «stabile organizzazione» in tale contesto presuppone, ovviamente, che la persona faccia uso di tali poteri abitualmente e non occasionalmente<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> L'espressione «cantiere di montaggio» non è, inoltre, circoscritta al cantiere relativo a un progetto di costruzione; essa ricomprende anche il montaggio di nuove attrezzature, quali una macchina complessa all'interno di un edificio esistente o all'aperto.

<sup>16</sup> Il paragrafo 4 prevede:

«Nonostante le precedenti disposizioni di questo articolo, non si considera che vi sia una stabile organizzazione se:

a) si fa uso di un'installazione ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di beni o merci appartenenti all'impresa;

b) i beni o le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinate ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna;

c) i beni o le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinate ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa;

d) una sede fissa di affari è utilizzata ai soli fini di acquisire beni o merci o raccogliere informazioni per l'impresa;

e) una sede fissa di affari è utilizzata ai soli fini di svolgere, per l'impresa, qualsiasi altra attività che abbia carattere preparatorio o ausiliario;

f) una sede fissa di affari è utilizzata unicamente per qualsiasi combinazione delle attività citate nei paragrafi da a) ad e), purché l'attività della sede fissa nel suo insieme quale risulta da tale combinazione, sia di carattere preparatorio o ausiliario».

<sup>17</sup> L'espressione «potere di concludere contratti in nome dell'impresa» non limita l'ambito di applicazione del paragrafo a un agente che conclude contratti in nome dell'impresa; il paragrafo si applica parimenti a un agente che conclude contratti vincolanti per l'impresa anche se non effettivamente conclusi in nome di quest'ultima. L'assenza di un attivo coinvolgimento di un'impresa nelle operazioni può essere indicativo dell'attribuzione di poteri ad un agente. A titolo esemplificativo, si può considerare che un agente disponga di effettivi poteri di concludere contratti se promuove e riceve (senza formale finalizzazione) ordini inviati direttamente a un deposito dal quale i beni sono consegnati e dove la società estera regolarmente accetta le transazioni (cfr. paragrafo 32.1 del Commentario al paragrafo 5 dell'articolo 5).

Ai sensi del paragrafo 6, infine, un'impresa di uno Stato contraente - che svolge attività industriale o commerciale per il tramite di un mediatore, commissionario generale e di ogni altro intermediario che goda di uno *status* indipendente - non può essere assoggettata a tassazione nell'altro Stato contraente a motivo di tali attività se l'agente agisce nell'ambito della sua ordinaria attività. Come precisato dal paragrafo 37 del Commentario al paragrafo 6 dell'articolo 5, una persona rientra nell'ambito di applicazione del paragrafo in esame (pertanto, non sarà considerata stabile organizzazione dell'impresa per la quale agisce), solo se:

- a) è indipendente dalla impresa, sia giuridicamente sia economicamente; e
- b) agisce nell'ambito della sua ordinaria attività industriale o commerciale quando agisce per conto dell'impresa.

Infine, la versione del 2005 del Commentario all'articolo 5 descrive, ai paragrafi 42.1 - 42.10, le problematiche connesse alla stabile organizzazione e al commercio elettronico<sup>18</sup>.

Il 2008 *Model* aggiunge al Commentario all'articolo 5 (di seguito ai suindicati paragrafi 42.1 - 42.10) i nuovi paragrafi 42.11 - 42.48, relativi alla tassazione dei servizi.

Secondo quanto previsto dal nuovo paragrafo 42.11, dal combinato disposto dell'articolo 5 e dell'articolo 7 risulta che i profitti derivanti dai servizi prestati sul territorio di uno Stato contraente da imprese dell'altro Stato contraente, non sono soggetti a tassazione nel primo Stato se non sono imputabili a una stabile organizzazione ivi situata. In linea con l'articolo 7, si stabilisce che fino a che un'impresa di uno Stato non costituisca una stabile organizzazione in un altro Stato, non si dovrebbe considerare come partecipante alla vita economica di quest'ultimo; pertanto, essa dovrebbe essere esclusa dalla giurisdizione fiscale del primo Stato.

Il numero delle fattispecie relative alla tassazione alla fonte dei redditi derivanti da servizi effettuati nel territorio di uno Stato contraente - da parte di un'impresa di un altro Stato contraente - aumenterebbe i costi di conformità e gli oneri amministrativi delle imprese e delle amministrazioni fiscali. Tale problema potrebbe riguardare specialmente i servizi forniti ai consumatori che non agiscono nell'ambito della loro

<sup>18</sup> In tema di commercio elettronico, le disposizioni dell'articolo 5 pongono alcuni profili di criticità (cfr. paragrafi 42.1 ss. del Commentario all'articolo 5). Mentre un luogo in cui un'impresa utilizza un'attrezzatura automatica può costituire stabile organizzazione nello Stato in cui è situata, è opportuno effettuare una distinzione tra l'attrezzatura informatica installata in un dato luogo, la quale può costituire in certe circostanze stabile organizzazione, e i dati ed il *software* usati dall'attrezzatura o immagazzinati nella stessa. Un sito *web*, il quale è una combinazione di *software* e di dati elettronici, non costituisce di per sé bene materiale. Non vi è pertanto un luogo che possa costituire «sede di affari» per effetto dell'assenza di un'installazione, dei locali o, in alcuni casi, dei macchinari o delle attrezzature». Per contro, il *server* sul quale il sito *web* è ospitato e per mezzo del quale è accessibile può ritenersi parte di un'attrezzatura fisica la quale può costituire «sede fissa di affari» dell'impresa che opera il *server*. La distinzione tra un sito *web* e il *server* sul quale tale sito è ospitato e utilizzato assume rilievo in quanto l'impresa che opera il *server* può essere diversa da quella che esercita la sua attività per mezzo del sito *web*. Ad esempio, è frequente che il sito *web* per mezzo del quale un'impresa esercita la sua attività sia ospitato sul *server* di un Fornitore di Servizi Internet (FSI). Sebbene la remunerazione da corrispondersi al FSI possa essere determinata in funzione della quantità di spazio del disco utilizzato per ospitare il *software* del sito *web* e i relativi dati, il relativo accordo non ha generalmente l'obiettivo di mettere il *server* a disposizione dell'impresa. In tal caso, non si può considerare che l'impresa abbia una sede di affari in ragione di tale accordo di *hosting*. Tuttavia, se l'impresa che esercita un'attività per mezzo di un sito *web* dispone di un proprio *server*, il luogo in cui tale *server* è situato può costituire stabile organizzazione dell'impresa se le altre condizioni dell'articolo 5 sono soddisfatte.

Un'attrezzatura informatica situata in un determinato luogo può costituire stabile organizzazione solo se soddisfa la condizione di «fissità». Nel caso di un *server*, rileva il fatto che quest'ultimo venga effettivamente spostato. Per costituire sede fissa di affari, un *server* dovrà essere situato in un determinato luogo per il periodo di tempo necessario ad acquisire

attività professionale, in quanto non si pone, per questi ultimi, un problema di dichiarazione all'amministrazione fiscale dello Stato della fonte, al fine di ottenere la deducibilità dei costi connessi all'attività d'impresa. Dal momento che le norme previste a tale scopo sono basate sulla quantità di tempo trascorso in un dato Stato, sia le amministrazioni fiscali che le imprese dovrebbero tenere in considerazione il tempo trascorso dal personale addetto alla prestazione del servizio, con conseguente rischio di stabile organizzazione nei casi in cui risulta difficile determinare per quanto tempo il suddetto personale rimarrà in un determinato Stato. Tale situazione solleva problemi di *compliance* in quanto l'impresa è tenuta ad adeguarsi con efficacia retroattiva agli adempimenti amministrativi relativi alla sussistenza di una stabile organizzazione (nuovo paragrafo 42.12).

Ai sensi del nuovo paragrafo 42.13 del Commentario all'articolo 5, la tassazione alla fonte dei redditi per servizi effettuati sul territorio di uno Stato contraente da un'impresa di un altro Stato contraente che non possiede una stabile organizzazione nel primo Stato menzionato, potrebbe presentare delle difficoltà con riferimento alla determinazione dei redditi da assoggettare a tassazione e alla relativa riscossione. Non sempre, infatti, l'impresa possiede i libri contabili e gli *assets* tipicamente connessi alla stabile organizzazione e potrebbe non sussistere un agente dipendente in grado di adempiere a quanto necessario in materia di informativa e riscossione.

Rileva l'OCSE (nuovo paragrafo 42.14) che alcuni Stati, comunque, si mostrano riluttanti nell'adottare il principio di tassazione esclusiva nello Stato di residenza di quei servizi che, pur non imputabili ad una stabile organizzazione situata sul territorio, sono tuttavia ivi prestati. Tali Stati, pertanto, propongono di modificare l'articolo 5 al fine di preservare il diritto di tassazione alla fonte, in determinate circostanze, sui redditi derivanti dalla prestazione di detti servizi. Ciò, sulla base delle seguenti considerazioni.

I redditi derivanti dai servizi resi in un dato Stato dovrebbero essere tassati in tale Stato in base a principi universalmente accettati che stabiliscano quando tali redditi sono da considerarsi originati nell'ambito di una data giurisdizione. Dal punto di vista dell'origine dell'attività di impresa, lo Stato ove i servizi vengono prestati dovrebbe avere il diritto di assoggettare a tassazione i relativi redditi, anche quando i servizi non sono imputabili a una stabile organizzazione (nuovo paragrafo 42.15).

il requisito della fissità ai sensi del paragrafo 1 (cfr. paragrafo 42.4 del Commentario all'articolo 5). Altra questione è quella di stabilire se l'attività di un'impresa possa essere considerata totalmente o parzialmente esercitata nel luogo in cui l'impresa dispone di un *server*. La valutazione se un'impresa eserciti in tutto o in parte la sua attività per il tramite del *server* deve essere effettuata caso per caso. Allorché un'impresa disponga di un'attrezzatura informatica in un determinato luogo, una stabile organizzazione può sussistere anche qualora non sia necessario dislocare il personale di tale impresa nel luogo ove si trova l'attrezzatura per la gestione di quest'ultima. La presenza di personale non è elemento necessario per concludere che un'impresa eserciti totalmente o parzialmente la sua attività in un dato luogo se tale personale non risulta indispensabile ai fini dell'esercizio dell'attività d'impresa in quel luogo.

Il paragrafo 42.10 del Commentario all'articolo 5 rileva, infine, che è opportuno valutare se si possa applicare il paragrafo 5 per qualificare un FSI quale stabile organizzazione. È usuale che un FSI ospiti sui propri *server* siti *web* di altre imprese. Vi è pertanto da chiedersi se il paragrafo 5 possa essere applicato per qualificare tali FSI quali stabili organizzazioni delle imprese che svolgono attività di commercio elettronico per il tramite dei siti *web* operanti su *server* posseduti e gestiti dai FSI. Precisa il Commentario che il paragrafo 5 non è in genere applicabile in quanto i FSI non possono essere qualificati quali agenti delle imprese a cui appartengono i siti *web*. Essi, infatti, non dispongono del potere di concludere contratti in nome e per conto di tali imprese, né tale potere potrebbe essere esercitato regolarmente, dal momento che essi sono qualificabili quali agenti indipendenti che agiscono nell'ambito della loro ordinaria attività (come dimostrato dalla circostanza che ospitano i siti *web* di diverse imprese). È altresì evidente che, dal momento che il sito *web* per il tramite del quale un'impresa svolge la propria attività non è, esso stesso, una «persona» ai sensi dell'articolo 3, il paragrafo 5 non può essere utilizzato per affermare l'esistenza di una stabile organizzazione nel caso di un sito *web* che opera quale agente dell'impresa.

Anche se la tassazione dei redditi delle imprese controllate da non residenti, i quali non sono imputabili a una stabile organizzazione, può sollevare alcune criticità sul piano amministrativo, queste non giustificano l'esenzione da tassazione dei redditi realizzati da tali imprese mediante la prestazione di servizi sul territorio di un dato Stato (nuovo paragrafo 42.17).

Secondo quanto previsto dal nuovo paragrafo 42.18, gli Stati membri concordano sul fatto che uno Stato non dovrebbe vantare diritti di tassazione alla fonte sui redditi derivanti dalla prestazione di servizi resi da un non residente al di fuori dello Stato stesso. Si rileva, infatti, che ai sensi delle disposizioni convenzionali, i redditi derivanti dalla cessione di beni importati da un residente di uno Stato, i quali non sono prodotti né distribuiti attraverso una stabile organizzazione in tale Stato, non sono ivi assoggettati a tassazione.

Il Comitato per gli Affari Fiscali ritiene di dover circoscrivere le circostanze in cui gli Stati - i quali non concordano con quanto previsto dal paragrafo 42.11 - assoggettano a tassazione i redditi derivanti dai servizi prestati sul proprio territorio da un'impresa di un altro Stato contraente, anche se non imputabili ad una stabile organizzazione (nuovo paragrafo 42.21).

Tale potere impositivo, si precisa (nuovo paragrafo 42.22), non dovrebbe estendersi ai servizi prestati al di fuori del territorio dello Stato e dovrebbe esercitarsi soltanto sui redditi derivanti dai servizi stessi piuttosto che sui relativi corrispettivi di prestazione. Inoltre, dovrebbe essere garantito un livello minimo di presenza nello Stato che esercita il potere impositivo.

Per il nuovo paragrafo 42.25 del Commentario, la disposizione ha l'effetto di considerare esistente una stabile organizzazione laddove non dovrebbe altrimenti esistere ai sensi della definizione fornita nel paragrafo 1 e degli esempi di cui al paragrafo 2. Essa, pertanto, si applica nonostante le previsioni di questi paragrafi. Come nel caso del paragrafo 5 dell'articolo 5, la disposizione introduce una circostanza ulteriore nell'ambito della quale si può ritenere che un'impresa abbia una stabile organizzazione in uno Stato. Essa potrebbe ad esempio trovare applicazione laddove un consulente fornisce servizi per un lungo periodo in un dato Stato ma in luoghi diversi i quali non presentano i requisiti di cui al paragrafo 1 per la costituzione di una o più stabili organizzazioni. Se è possibile dimostrare che l'impresa ha una stabile organizzazione ai sensi di quanto previsto dai paragrafi 1 e 2, non è necessario applicare la disposizione in commento al fine di individuare una stabile organizzazione.

Un'impresa può considerarsi avere una stabile organizzazione in uno Stato se ivi svolge attività di prestazione di servizi per il periodo di tempo previsto, anche qualora i diversi luoghi in cui i servizi sono prestati non costituiscono di per sé stabile organizzazione ai sensi del paragrafo 3 dell'articolo 5 (nuovo paragrafo 42.26). La disposizione convenzionale in commento, inoltre, si applica esclusivamente all'attività di prestazione di servizi svolta in uno Stato da un'impresa estera a favore di terze parti (nuovi paragrafi 42.29 - 42.31).

### 2.3 Articolo 7: la versione del 2005 e le modifiche del 2008

Il paragrafo 1 dell'articolo 7 riafferma il principio, generalmente condiviso nelle convenzioni contro le doppie imposizioni, secondo cui un'impresa di uno Stato non deve essere assoggettata a tassazione nell'altro Stato a meno che essa svolga un'attività industriale o commerciale in quest'ultimo Stato per il tramite di una stabile organizzazione

ivi situata. Obiettivo del paragrafo 1 è, pertanto, quello di stabilire una limitazione alla potestà impositiva di uno Stato contraente sugli utili delle imprese residenti dell'altro Stato contraente<sup>19</sup>.

Il paragrafo 2 dell'articolo 7 contiene il principio-guida sul quale si fonda l'attribuzione degli utili ad una stabile organizzazione. In genere, gli utili da attribuirsi ad una stabile organizzazione sono quelli che questa avrebbe conseguito nel caso in cui la stessa, invece di svolgere la propria attività nei confronti della sede centrale, avesse svolto la propria attività quale impresa distinta e operante a condizioni di mercato<sup>20</sup>. Di regola, gli utili così individuati sono quelli che sarebbero stati determinati applicando le regole ordinarie alla base di una corretta contabilità di impresa. Il principio di libera concorrenza si estende altresì all'attribuzione degli utili che la stabile organizzazione può ritrarre da operazioni con altre stabili organizzazioni dell'impresa<sup>21</sup>.

Il paragrafo 3 dell'articolo 7 definisce, relativamente alle spese di una stabile organizzazione, il principio generale contenuto nel paragrafo 2. Esso prevede che, nel calcolare gli utili di una stabile organizzazione, è possibile dedurre le spese ovunque sostenute per gli scopi perseguiti dalla stabile organizzazione. In alcuni casi risulta indispensabile stimare o calcolare convenzionalmente l'ammontare delle spese da prendere in considerazione<sup>22</sup>. Quest'ultimo dovrebbe corrispondere a quello effettivamente sostenuto per gli scopi della stabile organizzazione. La deduzione ammessa per tutte le spese attribuibili alla stabile organizzazione non può dipendere dal loro effettivo rimborso da parte della stabile organizzazione stessa.

Le modifiche al Commentario all'articolo 7, apportate dal 2008 *Model*, riguardano in particolare i paragrafi 2 e 3 della versione 2005 del Modello OCSE e relativo Commentario, con la previsione dell'eliminazione di gran parte del Commentario al paragrafo 1.

Le modifiche al Commentario al paragrafo 2 riguardano sostanzialmente l'introduzione dei paragrafi 23 – 26, i quali concernono la tassazione dei servizi la cui prestazione è connessa all'esistenza di un cantiere di costruzione. Ai sensi del paragrafo 23, il paragrafo 3 dell'articolo 5 contiene una norma speciale applicabile alla sede fissa di affari

<sup>19</sup> Secondo quanto previsto dal paragrafo 10.1 del Commentario al paragrafo 1 dell'articolo 7, la disposizione non circoscrive il diritto di uno Stato contraente di assoggettare a tassazione i residenti sulla base della legislazione nazionale sulle *Controlled Foreign Companies*, nonostante le imposte prelevate sui residenti possano essere calcolate facendo riferimento alla quota degli utili di una società residente dell'altro Stato contraente (imputabile alla partecipazione in quest'ultima società detenuta da tali residenti). Le imposte prelevate in tal modo da uno Stato non riducono gli utili dell'impresa nell'altro Stato e non possono, di conseguenza, essere considerate come prelevate su tali utili. Sull'articolo 7, cfr. più ampiamente VALENTE P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni* (Milano, 2008), p. 347 ss..

<sup>20</sup> Trattasi del principio di libera concorrenza di cui all'articolo 9 del Modello OCSE, il quale prevede che:

«1. Allorché

a) un'impresa di uno Stato contraente partecipa, direttamente o indirettamente, alla direzione, al controllo o al capitale di un'impresa dell'altro Stato contraente, o

b) le medesime persone partecipano, direttamente o indirettamente, alla direzione, al controllo o al capitale di un'impresa di uno Stato contraente o dell'impresa di un altro Stato contraente e, nell'uno e nell'altro caso, le due imprese, nelle loro relazioni commerciali o finanziarie, sono vincolate da condizioni, convenute o imposte, diverse da quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti, gli utili che, in mancanza di tali condizioni sarebbero stati realizzati da una delle imprese, ma che a causa di dette condizioni, non sono stati realizzati, possono essere inclusi negli utili di questa impresa e tassati di conseguenza (...).

<sup>21</sup> Secondo quanto previsto dal paragrafo 11 del Commentario al paragrafo 2 dell'articolo 7, gli Stati contraenti, i quali ritengono che il paragrafo non riguardi più generalmente tali attività, hanno la facoltà di prevedere, in via bilaterale, una disposizione più dettagliata o modificare il paragrafo 2 come segue:

«Fatte salve le disposizioni del paragrafo 3, nel caso in cui una impresa di uno Stato Contraente eserciti una attività industriale o commerciale nell'altro Stato Contraente mediante una stabile organizzazione ivi situata, in ciascuno Stato Contraente vanno attribuiti a detta stabile organizzazione gli utili che si ritiene sarebbero stati conseguiti se si fosse trattato di una distinta e separata impresa svolgente attività identiche o analoghe in condizioni identiche o analoghe».

<sup>22</sup> Nel caso di spese amministrative generali sostenute dalla sede centrale dell'impresa, potrebbe essere opportuno prendere in considerazione una frazione proporzionale determinata sul rapporto intercorrente tra il fatturato della stabile organizzazione (o, alternativamente, gli utili lordi) e quello dell'impresa nel suo insieme (paragrafo 16 del Commentario al paragrafo 3 dell'articolo 7).

rappresentata da un cantiere di costruzione o installazione. Tale sede è considerata stabile organizzazione se ha una durata superiore a 12 mesi. Si individuano alcune criticità ai fini dell'applicazione dell'articolo 7.

Tali criticità si manifestano principalmente allorché beni siano forniti, o servizi prestati, dall'impresa o da parti ad essa correlate in relazione al cantiere di costruzione o di installazione. In queste circostanze, è necessario prestare attenzione particolare al principio generale secondo il quale il reddito è imputabile alla stabile organizzazione solo quando deriva da attività svolte dall'impresa per il tramite della stabile organizzazione stessa (nuovo paragrafo 24).

Ad esempio, laddove tali beni siano forniti dall'impresa, il reddito derivante da tale fornitura non può ritenersi prodotto dalle attività svolte tramite la stabile organizzazione e, pertanto, non è ad essa imputabile. Allo stesso modo, il reddito proveniente dalla prestazione di servizi da parte dell'impresa operante al di fuori dello Stato ove è situata la stabile organizzazione, non può ritenersi prodotto dalle attività svolte tramite la stabile organizzazione e, pertanto, non è ad essa imputabile (nuovo paragrafo 25).

Secondo quanto previsto dal nuovo paragrafo 26, laddove, ai sensi del paragrafo 5 dell'articolo 5, la stabile organizzazione di un'impresa di uno Stato contraente sia ritenuta sussistere nell'altro Stato contraente per effetto della presenza di un agente dipendente<sup>23</sup>, si applicano a quest'ultimo gli stessi principi utilizzati per attribuire reddito alle altre forme di stabile organizzazione. Innanzitutto, le attività che l'agente dipendente svolge per l'impresa saranno individuate attraverso un'analisi funzionale e fattuale diretta a determinare le funzioni svolte dall'agente dipendente sia per suo proprio conto che per conto dell'impresa.

L'agente dipendente e l'impresa per cui opera rappresentano potenzialmente due distinti soggetti passivi d'imposta. Da un lato, l'agente dipendente deriva il proprio reddito dalle attività svolte per suo proprio conto in favore dell'impresa, dall'altro, alla stabile organizzazione dell'impresa sono attribuiti rischi e *assets* relativi alle funzioni svolte dall'agente dipendente per conto dell'impresa, unitamente al capitale necessario a supportare tali *assets* e rischi. I redditi saranno quindi attribuiti alla stabile organizzazione sulla base di tali *assets*, rischi e capitale; questi redditi sono distinti da, e non includeranno quelli di per sé attribuibili all'agente dipendente (nuovo paragrafo 26).

Il 2008 Model prevede, infine, l'eliminazione dei paragrafi 15.2 - 15.4 della versione del 2005 del Commentario, relativi al trasferimento di *assets* (ad esempio, *bad loans*), nel settore dell'*international banking*<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Il paragrafo 5 stabilisce le condizioni in presenza delle quali un'impresa possa ritenersi disporre di una stabile organizzazione con riferimento alle attività di una persona che agisce per suo conto. Le persone le cui attività possono costituire stabile organizzazione dell'impresa sono i cosiddetti agenti dipendenti, vale a dire persone, lavoratori dipendenti e non, diversi dagli agenti indipendenti di cui al paragrafo 6. Può trattarsi di persone fisiche o persone giuridiche, anche non residenti, le quali non necessariamente dispongono di una sede di affari nello Stato in cui operano per conto dell'impresa. La previsione secondo cui la disponibilità di una qualsiasi persona dipendente costituisca stabile organizzazione dell'impresa sarebbe stata contraria agli interessi delle relazioni economiche internazionali. Tale soluzione deve pertanto essere riservata a persone che, in ragione dell'ampiezza dei loro poteri o della natura delle attività svolte, coinvolgono l'impresa in attività di un certo rilievo nello Stato considerato. Il paragrafo 5 si basa sull'assunto secondo cui solo le persone che hanno il potere di concludere contratti possono qualificarsi quale stabile organizzazione dell'impresa dalla quale essi dipendono. In tal caso, infatti, può ritenersi che la persona disponga di poteri sufficienti per vincolare l'impresa nella partecipazione ad attività commerciali nello Stato considerato. L'uso dell'espressione «stabile organizzazione» in tale contesto presuppone, ovviamente, che la persona faccia uso di tali poteri abitualmente e non occasionalmente.

<sup>24</sup> Precisa il paragrafo 15.2 del Commentario al paragrafo 2 dell'articolo 7 che « un'ulteriore criticità relativamente al trasferimento di *assets*, quali i crediti in sofferenza, sorge nell'ambito dell'attività bancaria internazionale. I crediti possono essere trasferiti, ai fini del controllo, dalla succursale alla sede centrale o tra succursali di una stessa banca. Secondo il Comitato Affari Fiscali, tali trasferimenti non dovrebbero essere riconosciuti nel caso in cui non sia ragionevolmente possibile considerare che gli stessi sono stati effettuati per valide ragioni economiche, ovvero che non sarebbero

Le modifiche al Commentario al paragrafo 3 prevedono l'introduzione dei paragrafi 41 – 49, i quali trattano delle questioni relative al regime fiscale degli interessi.

Precisa il paragrafo 41 che il trattamento degli interessi presenta alcune criticità. In primo luogo, vi potrebbero essere delle spese che, sotto la qualificazione di «interessi», sono addebitate dalla casa madre alla sua stabile organizzazione relativamente a finanziamenti *intercompany* concessi dalla prima alla seconda. Con l'eccezione degli istituti finanziari (ad esempio, le banche), si ritiene generalmente che tali «interessi interni» non debbano essere presi in considerazione, ai fini del paragrafo 3 dell'articolo 7, per le seguenti ragioni:

- da un punto di vista giuridico, il trasferimento di capitale verso il pagamento di un interesse e la conseguente obbligazione di adempimento totale alla data di scadenza rappresentano un atto formale incompatibile con la natura giuridica di una stabile organizzazione;

- da un punto di vista economico, debiti e crediti potrebbero non sussistere, poiché, se un'impresa è esclusivamente o prevalentemente *equity-funded*, non dovrebbe essere consentito dedurre gli interessi che palesemente essa non deve corrispondere. Sebbene addebiti ed introiti simmetrici non snaturino i redditi complessivi dell'impresa, i risultati parziali potrebbero essere arbitrariamente modificati.

Problemi diversi riguardano la deducibilità degli interessi sui prestiti effettivamente contratti dall'impresa. Tali prestiti potrebbero riguardare in tutto o in parte le attività della stabile organizzazione; si rileva che i finanziamenti ottenuti da un'impresa possono essere utilizzati per le esigenze della sede principale, della stabile organizzazione o di entrambe. In tali casi, si pone il problema relativo all'individuazione di quella parte dell'interesse che dovrebbe essere dedotto nella determinazione del reddito imputabile alla stabile organizzazione (nuovo paragrafo 43).

Precisa l'OCSE (nuovo paragrafo 45) che a parere della maggioranza degli Stati membri sarebbe opportuno fare riferimento ad un criterio pratico il quale prenda in considerazione una struttura del capitale consona all'organizzazione e alle funzioni svolte. Tale struttura dovrebbe basarsi sull'assunto secondo il quale la stabile organizzazione necessita di una certa disponibilità, in termini di «free capital» e finanziamenti produttivi di interessi, per svolgere la propria attività di impresa. L'obiettivo, pertanto, è quello di attribuire alla stabile organizzazione interessi ad *arm's length*<sup>25</sup>, una volta che alla medesima sia stato attribuito un adeguato ammontare di «free capital». In virtù del rispetto del principio dell'*arm's length*, la stabile organizzazione dovrebbe essere dotata del capitale sufficiente a sostenere:

- le funzioni svolte;
- gli *assets* detenuti;
- i rischi assunti.

La sussistenza di diversi approcci nell'attribuzione di «free capital» alla stabile organizzazione può sollevare problemi di doppia imposizione (nuovo paragrafo 47). Con l'obiettivo di determinare l'ammontare degli interessi deducibili da tenersi in

stati effettuati tra imprese indipendenti, in via esemplificativa, qualora siano stati effettuati solo per motivi fiscali con l'obiettivo di massimizzare gli sgravi fiscali di cui la banca può beneficiare. In questi casi, in effetti, non si può ritenere che simili trasferimenti avrebbero avuto luogo tra imprese totalmente indipendenti; di conseguenza, non avrebbero intaccato l'ammontare degli utili che detta impresa indipendente avrebbe potuto realizzare in piena indipendenza dall'impresa di cui essa costituisce stabile organizzazione».

<sup>25</sup> Determinati secondo il principio di libera concorrenza di cui all'articolo 9 del Modello OCSE.

considerazione ai fini del «double taxation relief», in linea di principio, gli Stati membri dell'ocse accettano l'attribuzione di capitale la quale deriva dall'applicazione dell'approccio utilizzato dallo Stato nel quale si trova la stabile organizzazione (nuovo paragrafo 48).

#### 2.4 Articolo 10: la versione del 2005 e le modifiche del 2008

Ai sensi del paragrafo 1 dell'articolo 10, i dividendi sono imponibili nello Stato di residenza del beneficiario. L'articolo 10 disciplina solamente i dividendi pagati da una società residente di uno Stato contraente a un residente dell'altro Stato contraente. Tale disposizione, pertanto, non trova applicazione con riferimento ai dividendi pagati da una società residente di uno Stato terzo o con riferimento ai dividendi pagati da una società residente di uno Stato contraente, imputabili a una stabile organizzazione che un'impresa di quello Stato possiede nell'altro Stato contraente.

Il paragrafo 2 attribuisce potestà impositiva concorrente allo Stato della fonte dei dividendi, cioè allo Stato di cui la società che distribuisce i dividendi è residente. L'aliquota d'imposta applicabile nello Stato della fonte è tuttavia limitata al 15% se il soggetto residente dell'altro Stato contraente è il beneficiario effettivo dei dividendi<sup>26</sup>. È prevista inoltre un'aliquota inferiore (pari al 5%) in relazione ai dividendi pagati da una società figlia alla propria *parent company*, in presenza di una partecipazione diretta pari ad almeno il 25%<sup>27</sup>.

Il requisito del beneficiario effettivo è stato introdotto nel paragrafo 2 dell'articolo 10 per chiarire il significato dell'espressione «pagati (...) a un residente» utilizzata nel paragrafo 1. Si precisa così che lo Stato della fonte non è obbligato a rinunciare alla potestà impositiva sui dividendi soltanto perché tali redditi sono stati percepiti direttamente da un residente di uno Stato con cui lo Stato della fonte ha concluso una convenzione. L'espressione «beneficiario effettivo» non è utilizzata in un'accezione tecnica e restrittiva, dovendosi piuttosto intendere nel suo contesto e alla luce dello scopo e delle finalità delle disposizioni convenzionali<sup>28</sup>.

La nozione di dividendi concerne essenzialmente le distribuzioni effettuate dalle società definite alla lettera b) del paragrafo 1 dell'articolo 3<sup>29</sup>. La definizione si riferisce, in primo luogo, alle distribuzioni di utili che derivano dal possesso di azioni, cioè partecipazioni in società di capitali. La definizione assimila alle azioni tutti i titoli emessi da società il cui statuto prevede una clausola di partecipazione agli utili della società; tali sono,

<sup>26</sup> Secondo quanto previsto dal paragrafo 9 del Commentario al paragrafo 2 dell'articolo 10, un'aliquota più elevata non sarebbe giustificabile in quanto lo Stato della fonte può già assoggettare a tassazione gli utili della società.

<sup>27</sup> Paragrafo 10 del Commentario al paragrafo 2 dell'articolo 10. Sull'articolo 10, cfr. più ampiamente VALENTE P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, cit., p. 431 ss..

<sup>28</sup> Ai sensi del paragrafo 12 del Commentario al paragrafo 2 dell'articolo 10, l'obiettivo è essenzialmente quello di evitare la doppia imposizione e prevenire l'evasione e l'elusione fiscale. Secondo quanto previsto dal successivo paragrafo 12.1, se un elemento di reddito è percepito da un residente di uno Stato contraente che opera in qualità di agente o di fiduciario, sarebbe contrario allo scopo e alle finalità delle disposizioni convenzionali che lo Stato della fonte concedesse uno sgravio o l'esenzione soltanto in considerazione della circostanza che l'immediato percettore del reddito sia residente dell'altro Stato contraente. In tale situazione, il percettore del reddito si qualifica quale residente ma, in conseguenza di ciò, non sorge alcun rischio di doppia imposizione in quanto il percettore non è considerato possessore di reddito ai fini dell'imposizione nello Stato di residenza. Parimenti, sarebbe contrario allo scopo e alle finalità delle disposizioni convenzionali che lo Stato della fonte concedesse uno sgravio o l'esenzione nei casi in cui un residente di uno Stato contraente, seppure al di fuori dell'ambito di un rapporto di agenzia o fiduciario, agisca semplicemente quale intermediario di un'altra persona che di fatto è beneficiaria del reddito in oggetto.

<sup>29</sup> Il paragrafo 1, lett. b) dell'articolo 3 fa riferimento a «qualsiasi persona giuridica o qualsiasi ente che è considerato persona giuridica ai fini dell'imposizione».

a titolo esemplificativo, le azioni o i diritti di godimento, le quote del fondatore o le altre quote di partecipazioni agli utili<sup>30</sup>.

L'articolo 10 non disciplina solo i dividendi propriamente detti ma anche gli interessi su finanziamenti nella misura in cui il creditore partecipa effettivamente ai rischi assunti dalla società, cioè nei casi in cui il rimborso dipende in larga misura dal successo o comunque dall'attività dell'impresa. La questione relativa alla partecipazione o meno ai rischi assunti dall'impresa da parte di chi concede il finanziamento deve essere risolta alla luce di tutte le circostanze del caso concreto.

Le modifiche al Commentario all'articolo 10 del Modello OCSE prevedono l'introduzione dei nuovi paragrafi 67.1 - 67.6 relativi alla tassazione delle distribuzioni effettuate dai *Real Estate Investment Trusts*.

Precisa il paragrafo 67.1 che in molti Paesi, la gran parte dei *portfolio investments* in proprietà immobiliari è effettuata mediante *Real Estate Investment Trusts* (REITs). Il REIT è un'entità:

- i cui profitti derivano principalmente da investimenti a lungo termine in proprietà immobiliari;
- la quale distribuisce la maggior parte degli utili annualmente;
- la quale non è soggetta a tassazione sul reddito relativo a proprietà immobiliari e come tale distribuito.

Le criticità relative a tali forme di investimento sono state oggetto di analisi, da parte del Comitato per gli Affari Fiscali, nel Rapporto del 2008 *Tax Treaties Issues Related to REITs* (nuovo paragrafo 67.2). Una delle questioni discusse nel suindicato Rapporto riguarda il trattamento fiscale delle distribuzioni transfrontaliere da parte di un REIT.

Nel caso di un piccolo investitore, questi non esercita alcun controllo sulla proprietà immobiliare acquistata dal REIT. Nonostante il REIT di per sé non sia assoggettato a tassazione sull'utile distribuito, sarebbe opportuno ritenere che siffatto investitore non abbia effettuato un investimento in proprietà immobiliari, bensì in una società. Pertanto, dal punto di vista fiscale dovrebbe essere trattato alla stregua di un soggetto il quale percepisce un dividendo. Al contrario, un grande investitore dovrebbe avere un maggiore interesse nella proprietà immobiliare acquistata dal REIT; per siffatto investitore, l'investimento nel REIT dovrebbe rappresentare di per sé partecipazione nella sottostante proprietà del REIT. In tale ipotesi, non sembra opportuno limitare la tassazione alla fonte delle distribuzioni effettuate dal REIT (nuovo paragrafo 67.3)<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Secondo quanto previsto dal paragrafo 24 del Commentario al paragrafo 3 dell'articolo 10, nelle convenzioni bilaterali, l'elencazione può essere adattata alla legislazione degli Stati contraenti considerati. Ciò potrebbe essere necessario, in particolare, per quanto concerne i redditi delle azioni di godimento e delle quote del fondatore. I crediti che danno diritto alla partecipazione agli utili non rientrano in questa categoria; parimenti, gli interessi su obbligazioni convertibili non sono dividendi.

<sup>31</sup> Precisa il paragrafo 67.4 che gli Stati membri hanno la facoltà di sostituire il paragrafo 2 dell'articolo 10 con la seguente disposizione:

67.4 «2. *However, such dividends may also be taxed in the Contracting State of which the company paying the dividends is a resident and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State (other than a beneficial owner of dividends paid by a company which is a REIT in which such person holds, directly or indirectly, capital that represents at least 10 per cent of the value of all the capital in that company), the tax so charged shall not exceed:*

a) *5 per cent of the gross amount of the dividends if the beneficial owner is a company (other than a partnership) which holds directly at least 25 per cent of the capital of the company paying the dividends (other than a paying company that is a REIT);*  
 b) *15 per cent of the gross amount of the dividends in all other cases».*

## 2.5 Articolo 12: la versione del 2005 e le modifiche del 2008

Il paragrafo 1 dell'articolo 12 attribuisce la potestà impositiva sulle *royalties* allo Stato di residenza del beneficiario effettivo. Una deroga a questo principio è quella relativa ai casi considerati nel paragrafo 3<sup>32</sup>.

Il requisito del beneficiario effettivo è stato introdotto nel paragrafo 1 dell'articolo 12 per evidenziare che lo stesso non si applica relativamente ai pagamenti effettuati a intermediari. Lo Stato della fonte, pertanto, non è obbligato a rinunciare alla propria potestà impositiva sulle *royalties* solamente perché tali redditi sono stati percepiti direttamente da un residente di uno Stato con cui lo Stato della fonte ha concluso una convenzione. L'espressione «beneficiario effettivo» non viene utilizzata in un'accezione tecnica e restrittiva, dovendo piuttosto essere intesa nel suo contesto e in funzione della finalità di evitare la doppia imposizione e prevenire l'evasione e l'elusione fiscale.

Il paragrafo 2 dell'articolo 12 contiene la definizione del termine *royalties*. Generalmente, esse si riferiscono ai diritti o ai beni che costituiscono le diverse forme di proprietà letteraria e artistica, agli elementi di proprietà intellettuale e alle informazioni inerenti esperienze di carattere industriale, commerciale o scientifico. La definizione viene applicata ai pagamenti per l'uso, o la concessione in uso, di diritti del tipo menzionato, indipendentemente dal fatto che essi siano, o debbano essere, depositati presso un pubblico registro. La definizione comprende sia i pagamenti effettuati in base ad una licenza sia le indennità che un soggetto è obbligato a pagare per avere fraudolentemente contraffatto o violato il diritto<sup>33</sup>. Il paragrafo 2 richiede che i compensi siano «corrisposti»: tale termine deve essere interpretato in modo tale da ricomprendere il soddisfacimento dell'obbligo di mettere i fondi a disposizione del creditore nel modo richiesto dal contratto o dagli usi. Vengono considerate *royalties* anche i compensi derivanti dalla concessione in uso di pellicole cinematografiche, proiettate nelle sale cinematografiche o trasmesse in televisione.

Nel qualificare come *royalties* i compensi ricevuti quale corrispettivo per informazioni inerenti esperienze di carattere industriale, commerciale o scientifico, il paragrafo 2 dell'articolo 12 fa riferimento alla nozione di *know-how*<sup>34</sup>. Nel contratto di *know-how*, una delle parti si impegna a trasferire all'altra, che può farne uso per conto proprio, le proprie conoscenze ed esperienze specialistiche non rivelate al pubblico. Il concedente di *know-how* non è tenuto a intervenire nell'applicazione delle formule rese note al concessionario e non ne garantisce il risultato. Tale tipo di contratto, quindi, differisce dai contratti di

<sup>32</sup> Il paragrafo 3 prevede:

«Le disposizioni del paragrafo 1 non si applicano nel caso in cui il beneficiario delle *royalties*, residente di uno Stato contraente, eserciti nell'altro Stato contraente dal quale provengono le *royalties* un'attività economica per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata, ed il diritto o i beni generatori delle *royalties* si ricollegano effettivamente a tale stabile organizzazione. In tal caso si applicheranno le disposizioni dell'articolo 7». Sull'articolo 12, cfr. più ampiamente VALENTE P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, cit., p. 541 ss.

<sup>33</sup> Come precisato dal paragrafo 8 del Commentario al paragrafo 2 dell'articolo 12, la definizione di *royalties* non trova applicazione con riferimento ai compensi che, seppure basati sulla frequenza con cui un diritto appartenente ad un soggetto viene utilizzato, sono corrisposti ad altra persona che non possiede il diritto o la concessione in uso dello stesso.

<sup>34</sup> Diverse organizzazioni specialistiche ed autori hanno fornito definizioni di *know-how* che non differiscono sostanzialmente. Una di queste definizioni, fornita dall'*Association des Bureaux pour la Protection de la Propriété Industrielle* (ANBPP), stabilisce che «il *know-how* comprende tutte le informazioni tecniche non divulgate, brevettabili o meno, necessarie per la riproduzione industriale di un prodotto o di un processo, direttamente e nelle stesse condizioni; dato che deriva dall'esperienza, il *know-how* rappresenta ciò che un produttore non può conoscere dal solo esame del prodotto e dalla sola cognizione dello stato della tecnica» (paragrafo 11 del Commentario al paragrafo 2 dell'articolo 12 del Modello OCSE).

prestazione di servizi in cui una delle parti si impegna ad usare le proprie competenze al fine di prestare un servizio all'altra parte<sup>35</sup>.

Le modifiche al Commentario all'articolo 12, introdotte dal 2008 *Model*, prevedono la rinumerazione dei paragrafi 8 e 8.1 della versione 2005, i quali vengono sostituiti dai (e scomposti nei) paragrafi 8 – 8.5. Il paragrafo 8.2 è, invece, di nuova introduzione e di centrale rilevanza per la definizione di *royalties*.

Secondo quanto previsto da quest'ultimo, laddove un pagamento rappresenti il corrispettivo per il trasferimento della proprietà piena di un diritto di cui alla definizione di *royalties*<sup>36</sup>, tale pagamento non è da considerarsi «corrispettivo per l'uso o per il diritto d'uso» di tale diritto e pertanto non costituisce *royalty*. Come rilevato ai paragrafi 15 e 16 (la cui attuale formulazione rimane sostanzialmente invariata) in merito al *software*, possono insorgere alcune criticità nel caso di trasferimento di diritti considerati parte di altro diritto di cui alla definizione di *royalties*, allorquando tale trasferimento avvenga con le modalità proprie di un'alienazione.

A titolo esemplificativo, si consideri l'attribuzione in via esclusiva di diritti di proprietà intellettuale per un periodo limitato o in una limitata area geografica. Ciascuna ipotesi deve essere esaminata alla luce delle circostanze di fatto nonché della legislazione nazionale applicabile sia alla proprietà intellettuale che in materia di trasferimento della proprietà. In linea di principio, se il pagamento rappresenta il corrispettivo per il trasferimento della proprietà di diritti i quali costituiscono proprietà intellettuale distinta e specifica, tale pagamento può essere considerato ricavo (*commercial income*) ai fini dell'applicazione dell'articolo 7 o *capital gain* ai fini dell'applicazione dell'articolo 13, piuttosto che *royalties* ai fini dell'applicazione dell'articolo 12.

Le modifiche al Commentario all'articolo 12 prevedono, inoltre, l'introduzione, immediatamente dopo l'attuale paragrafo 10, dei nuovi paragrafi 10.1 e 10.2.

Secondo quanto previsto dal paragrafo 10.1, i pagamenti effettuati al fine di ottenere i diritti di distribuzione esclusiva di un prodotto o servizio in un dato territorio non costituiscono *royalties*, in quanto non sono effettuati a titolo di corrispettivo per l'uso o per il diritto di utilizzare un diritto sulla proprietà intellettuale di cui alla definizione contenuta nel paragrafo 8<sup>37</sup>. Tali pagamenti rientrerebbero piuttosto nell'ambito di applicazione dell'articolo 7. A titolo esemplificativo, si considerino i pagamenti effettuati da un distributore di capi di abbigliamento residente in uno Stato contraente il quale corrisponde

<sup>35</sup> I pagamenti effettuati sulla base di un contratto di prestazione di servizi generalmente rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 7.

<sup>36</sup> Come previsto dal paragrafo 2 dell'articolo 12 del Modello OCSE, «[...] il termine "canoni" designa i compensi di qualsiasi natura ricevuti per l'uso o la concessione in uso di un diritto d'autore su opere letterarie, artistiche o scientifiche, ivi comprese le pellicole cinematografiche, brevetti, marchi, disegni o modelli, progetti, formule o processi segreti, o per informazioni concernenti esperienze di carattere industriale, commerciale o scientifico».

<sup>37</sup> Il paragrafo 8 del Commentario all'articolo 12 prevede:

«8. Il paragrafo 2 contiene una definizione del termine «canoni». Generalmente, essi si riferiscono ai diritti o ai beni che costituiscono le diverse forme di proprietà letteraria e artistica, agli elementi di proprietà intellettuale specificate nel testo e alle informazioni inerenti esperienze di carattere industriale, commerciale o scientifico. La definizione viene applicata ai pagamenti per l'uso, o la concessione in uso, di diritti del tipo menzionato, indipendentemente dal fatto che essi siano, o debbano essere, depositati presso un pubblico registro. La definizione comprende sia i pagamenti effettuati in base ad una licenza sia le indennità che un soggetto sia obbligato a pagare per avere fraudolentemente contraffatto o violato il diritto. La definizione, tuttavia, non trova applicazione con riferimento ai compensi che, seppure basati sulla frequenza con cui un diritto appartenente ad un soggetto viene utilizzato, sono effettuati ad altra persona che non possiede il diritto o la concessione in uso dello stesso (si veda, ad esempio, il paragrafo 18 che segue). Va inoltre evidenziato che il paragrafo richiede che i compensi siano "corrisposti": tale termine deve essere interpretato in modo ampio e tale da ricomprendere il soddisfacimento dell'obbligo di mettere i fondi a disposizione del creditore nel modo richiesto dal contratto o dagli usi. A titolo indicativo, nel prosieguo sono fornite alcune linee guida al fine di delimitare l'ambito di applicazione dell'Articolo 12 in relazione agli altri articoli della Convenzione per quanto concerne, in particolare, il trasferimento di informazioni».

una determinata somma di denaro al *manufacturer* di magliette firmate, residente dell'altro Stato contraente, quale corrispettivo per il diritto esclusivo di vendere, nel primo Stato, le magliette firmate e confezionate all'estero.

Ai sensi del paragrafo 10.2, un pagamento non può definirsi essere effettuato «per l'uso, o per il diritto all'uso» di un progetto, modello o piano se tale pagamento rappresenta il corrispettivo per lo sviluppo di un progetto, modello o piano non ancora esistenti.

## 2.6 Articolo 24: la versione del 2005 e le modifiche del 2008

Il paragrafo 1 dell'articolo 24 stabilisce il principio per cui ai fini dell'imposizione è vietata la discriminazione sulla base della nazionalità, mentre, a condizione di reciprocità, i soggetti aventi la nazionalità di uno Stato contraente non possono essere trattati, nell'altro Stato contraente, in modo meno favorevole rispetto ai soggetti aventi la nazionalità di quest'ultimo Stato (allorquando si trovino nella medesima situazione). Le disposizioni del paragrafo 1 non si applicano soltanto ai soggetti nazionali residenti di uno Stato contraente, ma si estendono a tutti i soggetti aventi nazionalità di ciascuno Stato contraente, siano essi o meno residenti negli stessi.

Scopo del paragrafo 2 è di limitare ai soli apolidi che siano residenti di uno degli Stati contraenti l'ambito di applicazione delle disposizioni riguardanti la parità di trattamento con i soggetti nazionali. Tale disposizione, pertanto, esclude che gli apolidi, i quali non sono residenti di nessuno degli Stati contraenti, godano di benefici maggiori rispetto a quelli previsti per i soggetti aventi la nazionalità di uno degli Stati.

La discriminazione alla cui eliminazione mira il paragrafo 3 non è basata sulla nazionalità, bensì sull'effettivo luogo in cui è situata un'impresa. Esso si applica perciò senza distinzione, e a prescindere dalla nazionalità, a tutti i residenti di uno Stato contraente che abbiano una stabile organizzazione<sup>38</sup> nell'altro Stato contraente.

Il paragrafo 5 dell'articolo 24 è volto ad eliminare una particolare forma di discriminazione derivante dal fatto che in alcuni Stati la deduzione di interessi, *royalties* e altre spese è ammessa senza limitazione quando il beneficiario è residente, mentre incontra dei limiti oppure non è ammessa quando il beneficiario non è residente<sup>39</sup>. La stessa situazione può anche verificarsi nell'ambito dell'imposta sul patrimonio, per quanto riguarda i debiti contratti con soggetti non residenti. Il paragrafo 5, infine, impedisce ad uno Stato contraente di riconoscere un regime fiscale meno favorevole ad un'impresa, il cui capitale sia detenuto, in tutto o in parte, direttamente o indirettamente, da uno o più soggetti residenti dell'altro Stato contraente. Tale disposizione fa riferimento soltanto all'imposizione sulle società e non anche sui soggetti che ne detengono il capitale. Il suo obiettivo è quello di garantire la parità di trattamento tra i contribuenti residenti nello stesso Stato, e non anche quello di assoggettare il capitale detenuto da soci esteri ad un regime identico a quello applicato al capitale detenuto da soci residenti.

Le modifiche all'articolo 24 introdotte dal 2008 *Model* riguardano, in particolare, il Commentario ai paragrafi 1 e 3.

Secondo quanto previsto dal nuovo paragrafo 17 del Commentario al paragrafo 1, «per soggetto avente la nazionalità di uno Stato contraente» si intende una persona giu-

<sup>38</sup> Ai sensi dell'articolo 5 del Modello OCSE, «l'espressione "stabile organizzazione" designa una sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività».

<sup>39</sup> La medesima situazione può verificarsi anche con riferimento all'imposta sul patrimonio (paragrafo 55 del Commentario al paragrafo 4 dell'articolo 24).

ridica «la quale deriva il suo status dalla legislazione in vigore in quello Stato contraente». Una società normalmente deriva il proprio *status* dalle leggi in vigore nello Stato in cui essa è stata costituita o registrata. Ai sensi della legislazione domestica di molti Paesi, il luogo di costituzione o di registrazione costituiscono il criterio, o uno dei criteri, per determinare la residenza delle società ai fini dell'articolo 4. Dal momento che il paragrafo 1 dell'articolo 24 ha l'obiettivo di escludere trattamenti diversi in ragione della nazionalità, ma solo con riferimento alle entità le quali si trovano «nella medesima situazione, in particolare rispetto alla residenza», è importante distinguere tra un trattamento diverso per effetto della nazionalità soltanto, da un trattamento diverso per effetto di altri fattori e, in particolare, della residenza.

Il paragrafo 1 dell'articolo 24 vieta soltanto le discriminazioni basate sulla diversa nazionalità e richiede che tutti gli altri fattori rilevanti, tra cui la residenza, coincidano. Altrimenti quando l'articolo 24 venga applicato nel contesto di altre disposizioni convenzionali, la maggior parte delle quali contemplano un diverso trattamento sulla base della residenza, è evidente che due società le quali non sono residenti nello stesso Stato ai sensi dell'articolo 4 non possono considerarsi nella medesima situazione ai fini del paragrafo 1.

Secondo quanto previsto dal nuovo paragrafo 59 del Commentario al paragrafo 3, dal momento che una stabile organizzazione, per sua natura, non distribuisce dividendi, il trattamento fiscale delle distribuzioni di utili da parte dell'impresa alla quale la stabile organizzazione appartiene è al di fuori dell'ambito di applicazione del paragrafo 3 dell'articolo 24. Il paragrafo 3 riguarda la tassazione dei profitti provenienti dalle attività della stabile organizzazione in sé, e non si estende all'impresa nel suo complesso. Ciò trova conferma nel secondo periodo del paragrafo 3, dove si evidenzia che gli aspetti fiscali relativi al soggetto d'imposta che possiede la stabile organizzazione, quali i benefici fiscali e le deduzioni, non rientrano nell'ambito di applicazione del paragrafo stesso.

Sottolinea inoltre l'OCSE (nuovo paragrafo 60) che in alcuni Stati, i redditi di una stabile organizzazione di un'impresa di un altro Stato contraente sono tassati ad una aliquota più elevata rispetto a quella applicabile ai redditi delle imprese residenti. Tale aliquota addizionale, a volte denominata *branch tax*, si giustifica alla luce del fatto che se una filiale di un'impresa straniera registrasse i medesimi redditi della stabile organizzazione e conseguentemente ne effettuasse la distribuzione quali dividendi, si applicherebbe su questi ultimi un'aliquota addizionale, ai sensi di quanto previsto dal paragrafo 2 dell'articolo 10.

## 2.7 Articolo 25: la versione del 2005 e le modifiche del 2008

L'articolo 25 istituisce una procedura amichevole per la risoluzione delle controversie che insorgono dall'applicazione delle disposizioni convenzionali. Ai paragrafi 1 e 2, in particolare, si prevede che le autorità competenti debbano impegnarsi per regolare, in via di amichevole composizione, la posizione dei contribuenti soggetti ad imposizione non conforme alle disposizioni convenzionali. Il paragrafo 3 invita e autorizza le autorità competenti degli Stati contraenti a risolvere, attraverso la procedura di composizione amichevole, le problematiche relative all'interpretazione o applicazione della rispettiva convenzione bilaterale e, ancora, a consultarsi per eliminare la doppia imposizione nei casi non disciplinati dalla stessa. Infine, con riguardo alle modalità pratiche di attuazione della procedura amichevole, il paragrafo 4 dell'articolo 25 autorizza le autorità competenti a comunicare direttamente tra loro e, quando opportuno, ad intraprendere uno scambio orale di opinioni attraverso una commissione congiunta appositamente nominata.

La procedura amichevole ha carattere speciale ed esorbita dal diritto interno. Essa può essere instaurata solo nei casi che ricadono nell'ambito di applicazione del paragrafo 1, vale a dire allorquando un prelievo sia stato imposto, o sia in procinto di essere imposto, in contrasto con le disposizioni convenzionali.

Il 2008 Model contiene considerevoli modifiche all'articolo 25 e relativo Commentario, il cui obiettivo è di rendere effettiva la procedura di accordo reciproco, non oggetto di un obbligo specifico nella versione del 2005. Le modifiche al testo dell'articolo 25 ne prevedono l'integrazione mediante l'inserimento di un nuovo paragrafo 5<sup>40</sup>.

Le modifiche al Commentario all'articolo 25 prevedono, in generale, che nel caso in cui le autorità competenti non siano in grado di raggiungere un accordo ai sensi del paragrafo 2<sup>41</sup> entro due anni dalla sottoposizione del caso all'autorità competente, la questione deve essere risolta mediante ricorso alla procedura arbitrale. Tale procedura, inoltre, prescinde da un'eventuale previa autorizzazione da parte delle autorità competenti: in presenza del requisito procedurale temporale, ogni questione non risolta, la quale impedisce il raggiungimento dell'accordo tra le autorità competenti, deve essere sottoposta a procedura arbitrale.

Il nuovo paragrafo 25 del Commentario ai paragrafi 1 e 2 dell'articolo 25 prevede che il periodo di tre anni per la presentazione dei reclami da parte del contribuente<sup>42</sup> continua a decorrere in pendenza di un procedimento giurisdizionale interno. È tuttavia possibile che alcuni Stati dispongano per la sospensione del termine triennale per la presentazione del reclamo, in pendenza di un procedimento giurisdizionale interno<sup>43</sup>. L'articolo 25 nulla prevede in merito alla possibilità di una sospensione della procedura di accordo reciproco nell'ipotesi in cui il contribuente non abbia provveduto al pagamento dell'imposta oggetto di disputa. In linea generale, il pagamento dell'imposta dovuta non dovrebbe costituire condizione per l'inizio della procedura di accordo reciproco (nuovo

<sup>40</sup> Il nuovo paragrafo 5 dell'articolo 25 prevede:

«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>1</sup>».

<sup>1</sup>. In some States, national law, policy or administrative considerations may not allow or justify the type of dispute resolution envisaged under this paragraph. In addition, some States may only wish to include this paragraph in treaties with certain States. For these reasons, the paragraph should only be included in the Convention where each State concludes that it would be appropriate to do so based on the factors described in paragraph 47 of the Commentary on the paragraph. As mentioned in paragraph 54 of that Commentary, however, other States may be able to agree to remove from the paragraph the condition that issues may not be submitted to arbitration if a decision on these issues has already been rendered by one of their courts or administrative tribunals.

<sup>41</sup> Il paragrafo 2 dell'articolo 25 prevede:

«L'autorità competente, se il ricorso appare fondato e se essa non è in grado di giungere ad una soddisfacente soluzione, farà del suo meglio per regolare il caso per via di amichevole composizione con l'autorità competente dell'altro Stato contraente, al fine di evitare una tassazione non conforme alla Convenzione.

Ogni accordo sarà applicato nonostante qualsiasi limitazione di tempo previsto dalle legislazioni nazionali degli Stati contraenti».

<sup>42</sup> Il termine triennale è previsto dal secondo periodo del paragrafo 1 dell'articolo 25.

<sup>43</sup> Il nuovo paragrafo 26 individua i limiti dell'accesso alla procedura di composizione amichevole nei casi in cui la transazione oggetto della richiesta costituisca comportamento abusivo da parte del contribuente, ai sensi della legislazione nazionale. In linea generale, il fatto che l'imposizione derivi dall'applicazione di una disposizione antiabuso interna non costituisce valido motivo di diniego dell'accesso alla procedura in commento.

paragrafo 47). Ai sensi del nuovo paragrafo 48, gli Stati dovrebbero adottare disposizioni le quali consentono la sospensione della riscossione delle imposte pendente la procedura di composizione amichevole.

I paragrafi 63 ss. sono di nuova introduzione e contengono il commento al nuovo paragrafo 5 dell'articolo 25. Secondo quanto previsto dal paragrafo 63, nell'ipotesi in cui le autorità competenti non siano in grado di raggiungere un accordo ai sensi del paragrafo 2 entro due anni dalla presentazione del caso, la questione sarà, previa istanza del soggetto che l'ha inizialmente sottoposta, discussa e risolta mediante ricorso alla procedura arbitrale. Tale procedura, inoltre, prescinde da un'eventuale previa autorizzazione da parte delle autorità competenti: in presenza del requisito procedurale temporale, ogni questione non risolta, la quale impedisce il raggiungimento dell'accordo tra le autorità competenti, deve essere sottoposta a procedura arbitrale.

La procedura arbitrale introdotta dal paragrafo 5 dell'articolo 25 non rappresenta un meccanismo di risoluzione delle controversie alternativo né supplementare rispetto alla procedura di accordo reciproco: laddove le autorità competenti abbiano raggiunto un accordo che non lascia alcuna questione irrisolta per quanto riguarda l'applicazione delle disposizioni convenzionali, non vi è motivo per ricorrere alla procedura arbitrale. Ciò, anche nel caso in cui il contribuente che ha fatto ricorso alla procedura di accordo reciproco ritenga non soddisfacente la soluzione raggiunta dalle autorità competenti coinvolte.

Il meccanismo introdotto dal paragrafo 5 è, quindi, estensione della procedura di accordo reciproco ed ha lo scopo di accrescerne l'effettività. Pertanto, mentre il caso principale è risolto nel contesto della procedura di accordo reciproco, solo quelle questioni specifiche dalla cui risoluzione dipende la definizione del caso stesso possono essere sottoposte alla procedura arbitrale. La procedura in commento si distingue così dalle altre forme di accordo o di arbitrato dove la giurisdizione del collegio arbitrale si estende all'esame e risoluzione del caso nel suo complesso (nuovo paragrafo 64). In materia di *transfer pricing*, in particolare, è necessario che gli Stati membri dell'OCSE i quali appartengono, a loro volta, all'Unione europea applichino le disposizioni di cui al paragrafo 5 dell'articolo 25 in coordinamento con quanto previsto dalla convenzione arbitrale del 1990<sup>44</sup> (nuovo paragrafo 65).

<sup>44</sup> La convenzione 90/436/CEE, firmata dagli Stati membri dell'UE nel luglio del 1990, prevede una procedura arbitrale diretta ad evitare le doppie imposizioni derivanti da rettifiche divergenti, effettuate dagli Stati membri, dei prezzi di trasferimento praticati tra imprese associate. Entrata in vigore nel 1995, la sua applicazione è rimasta sospesa dall'1 gennaio 2000 al 31 ottobre 2004. Nel 1999 è stato firmato il Protocollo di modifica che ne ha esteso l'efficacia per un altro quinquennio, prevedendo, altresì, una clausola di rinnovo automatico per gli anni successivi. L'ultimo Stato firmatario (il Portogallo) del Protocollo ha depositato gli strumenti di ratifica il 4 agosto 2004. La convenzione ha, pertanto, (ri)acquisito piena efficacia il 1° novembre 2004. I suoi effetti, tuttavia, si producono retroattivamente, a partire dalla data in cui l'applicazione era stata sospesa.

La procedura definita nella convenzione arbitrale rappresenta un valido strumento, a disposizione delle imprese, per l'eliminazione della doppia imposizione da aggiustamento dei prezzi di trasferimento. Ciò in considerazione, non solo della sua (ri)entrata in vigore, ma anche dell'approvazione, da parte del Consiglio dell'UE, di un Codice di condotta contenente una serie di regole procedurali che trovano applicazione con riferimento alle disposizioni sulla risoluzione delle dispute previste dalla convenzione medesima.

Nel 2002, la Commissione europea ha istituito un Gruppo di lavoro (Forum congiunto dell'UE sui prezzi di trasferimento - JTPF) allo scopo di far fronte ai problemi di carattere fiscale scaturenti dalla doppia imposizione da aggiustamento dei prezzi di trasferimento. Nel corso del 2003, il JTPF ha analizzato principalmente questioni relative all'applicazione della convenzione arbitrale del 1990 ed alle procedure di accordo reciproco previste dalle convenzioni contro le doppie imposizioni. Nell'aprile 2004, la Commissione europea ha accolto le raccomandazioni del JTPF ed ha sottoposto all'approvazione del Consiglio una bozza di Codice di condotta per l'eliminazione della doppia imposizione societaria nei casi di transazioni infragruppo transfrontaliere. Il Codice, il quale è stato approvato a fine novembre 2004, trova applicazione nei casi di aumento del reddito imponibile da transazioni transfrontaliere come conseguenza

Ai sensi del nuovo paragrafo 69, laddove due Stati contraenti, i quali non hanno incluso il paragrafo 5 dell'articolo 25 nella rispettiva convenzione bilaterale, intendano fare ricorso alla procedura arbitrale per la risoluzione di uno o più casi specifici, le rispettive autorità competenti hanno la facoltà di negoziare e concludere un accordo sulla base del *Modello di Accordo* di cui nel prosieguo.

Il Commentario al paragrafo 5 (nuovo paragrafo 76), inoltre, affronta il rapporto tra procedura arbitrale e rimedi previsti dalla legislazione interna. Con l'obiettivo di evitare decisioni contrastanti della medesima fattispecie, non dovrebbe essere consentito il ricorso alla procedura arbitrale di cui al paragrafo 5 dell'articolo 25, se il caso è già stato sottoposto e deciso dagli organi giudiziari competenti interni di uno degli Stati contraenti. Il medesimo approccio è stato adottato dalla maggior parte degli Stati membri con riferimento alla procedura di accordo reciproco<sup>45</sup>.

Infine, il 2008 *Model* propone, in apposito *Annex*, un *Modello di Accordo* al quale le autorità competenti possono fare riferimento quale base per la conclusione di un accordo, al fine di rendere effettiva la procedura arbitrale introdotta dal nuovo paragrafo 5 dell'articolo 25. Il *Modello di Accordo* disciplina, in apposite separate clausole, gli aspetti formali e procedurali della procedura arbitrale, dalla sottoposizione del caso all'autorità competente fino alla decisione emessa dal Collegio arbitrale. Se ne riporta di seguito il contenuto essenziale.

dell'aggiustamento dei prezzi di trasferimento ed introduce norme per la risoluzione delle dispute tra Stati nei procedimenti per l'eliminazione della doppia imposizione. Si assicura, così, una più effettiva ed uniforme applicazione sia della convenzione arbitrale del 1990, sia delle procedure di accordo reciproco (*mutual agreement procedures*) previste dalle convenzioni contro le doppie imposizioni. Il Codice di condotta ha come obiettivo la fissazione di norme procedurali comuni riguardanti:

- la determinazione del *dies a quo* del periodo di tre anni, vale a dire il termine entro il quale la società sottoposta a doppia imposizione per effetto dell'aggiustamento dei prezzi di trasferimento è tenuta a sottoporre il caso all'autorità competente. La decorrenza del periodo di tre anni coincide con la data della notifica del primo avviso di accertamento fiscale o misura equivalente che comporta o può comportare una doppia imposizione (art. 1);
- la determinazione del *dies a quo* del periodo di due anni durante il quale le amministrazioni fiscali degli Stati membri sono tenute ad effettuare un tentativo per il raggiungimento di un accordo reciproco sull'eliminazione della doppia imposizione oggetto di denuncia. Il caso può ritenersi sottoposto alle autorità competenti allorché il soggetto di imposta fornisca dati identificativi certi e completi, i dettagli sui fatti rilevanti del caso, una completa documentazione (art. 2);
- le regole da seguire durante la procedura amichevole, le disposizioni generali, lo svolgimento pratico, la trasparenza, lo scambio dei documenti e la partecipazione del soggetto d'imposta. Riguardo al funzionamento pratico e alla trasparenza, si invitano gli Stati ad utilizzare una comune lingua di lavoro al fine di abbreviare i tempi ed i costi della procedura ed a garantire la riservatezza delle informazioni qualora esista una convenzione fiscale o una normativa interna che lo preveda (art. 3);
- le regole da seguire nel caso in cui si renda necessario l'avvio della fase arbitrale, per effetto del mancato raggiungimento di un accordo reciproco entro il termine dei due anni (art. 4);
- la sospensione della riscossione dell'imposta in pendenza delle procedure previste dalla convenzione (art. 5).

Il Codice ha valore di impegno politico e non incide sui diritti ed obblighi degli Stati membri, né sulle rispettive sfere di competenza degli Stati e della Comunità. VALENTE P., *Fiscalità sovranazionale*, cit., p. 289 ss.

<sup>45</sup> In particolare:

a) il caso non può essere sottoposto contemporaneamente alla procedura di accordo reciproco e alle autorità giudiziarie competenti interne. Laddove sia ancora possibile sottoporre il caso a queste ultime autorità, il ricorso alla procedura di accordo reciproco è ammesso, purché il contribuente si impegni a non sottoporre il medesimo caso alle autorità giudiziarie competenti interne;

b) laddove il caso sia stato risolto in virtù della procedura di accordo reciproco, il contribuente ha la facoltà di rifiutare tale accordo e sottoporre il caso alle autorità giudiziarie competenti interne; se, al contrario, il contribuente intende beneficiare dell'accordo, non può più sottoporre il medesimo caso alle autorità giudiziarie interne;

c) laddove il contribuente abbia esaurito le possibilità di sottoporre il caso alle autorità giudiziarie competenti interne, l'unico rimedio contro l'ipotesi di doppia imposizione è rappresentato dalla procedura di accordo reciproco di cui al paragrafo 2 dell'articolo 25.

## Istanza di sottoposizione di un caso a procedura arbitrale

Un'istanza che, ai sensi del paragrafo 5 dell'articolo 25 della convenzione («istanza di arbitrato»), ha ad oggetto questioni irrisolte sollevate nel corso della procedura di accordo reciproco, dovrà essere inoltrata per iscritto e inviata a una delle autorità competenti. L'istanza dovrà contenere le informazioni necessarie e sufficienti ad identificare i fatti. Essa dovrà essere altresì accompagnata da una dichiarazione scritta di ciascuno dei soggetti richiedenti o direttamente interessati dal caso, nella quale si dà atto che nessuna decisione sulle stesse questioni è già stata emessa da un organo giudiziario o amministrativo interno degli Stati contraenti. Entro 10 giorni dalla ricezione dell'istanza, l'autorità competente ricevente dovrà inviare una copia dell'istanza e della dichiarazione che l'accompagnano all'altra autorità competente.

### Termini per la sottoposizione del caso

L'istanza di arbitrato può essere inoltrata soltanto dopo due anni dalla data in cui un caso - sottoposto alla competente autorità di uno degli Stati contraenti ai sensi del paragrafo 1 dell'articolo 25 - è stato a sua volta sottoposto anche alla competente autorità dell'altro Stato contraente. A tale proposito, si dovrebbe considerare l'opportunità di presentare un caso all'autorità competente dell'altro Stato solo se le rilevanti informazioni siano state fornite [*le necessarie informazioni e i documenti saranno specificati nell'Accordo*].

### Termini di Riferimento

Entro tre mesi dall'avvenuta ricezione dell'istanza da parte di entrambe le autorità competenti, queste dovranno concordare le questioni che il collegio arbitrale dovrà risolvere. Esse saranno comunicate per iscritto al soggetto che ha inoltrato l'istanza di arbitrato (*Termini di Riferimento*). Le autorità competenti potranno inoltre, nei Termini di Riferimento, stabilire regole procedurali supplementari o diverse da quelle previste nell'Accordo.

### Scelta degli arbitri

Entro tre mesi dalla ricezione dei Termini di Riferimento da parte del soggetto che ha inoltrato l'istanza di arbitrato o entro quattro mesi dalla ricezione dell'istanza di arbitrato da parte di entrambe le autorità competenti, ciascuna di esse dovrà nominare un arbitro. Entro due mesi dall'ultima nomina, gli arbitri così nominati dovranno a loro volta nominare un terzo arbitro che rivestirà il ruolo di Presidente. Se nessuna nomina è effettuata entro il periodo richiesto, vi provvederà il Direttore del Centro dell'OCSE per le Politiche Fiscali e l'Amministrazione che procederà alla nomina entro 10 giorni dal ricevimento della relativa istanza da parte della persona che ha inoltrato l'istanza di arbitrato. La stessa procedura sarà applicata con gli opportuni adattamenti se, per qualsiasi ragione, si rendesse necessario sostituire un arbitro dopo l'avvio della procedura arbitrale.

### Idoneità e nomina degli arbitri

Qualsiasi persona, inclusi i funzionari di uno Stato contraente, può essere nominata arbitro, a meno che non sia stata coinvolta in precedenti fasi del procedimento arbitrale.

La nomina sarà considerata effettiva allorquando la lettera di nomina sia stata sottoscritta sia dalla persona o dalle persone che hanno il potere di nominare l'arbitro sia dallo stesso arbitro.

### Comunicazioni e confidenzialità

Relativamente alle comunicazioni e alla confidenzialità connesse al caso sottoposto a procedimento arbitrale, ciascun arbitro è rappresentante legittimo dell'autorità competente che l'ha nominato o, se l'arbitro non è stato nominato da un'autorità competente soltanto, della competente autorità dello Stato contraente a cui il caso che ha dato origine alla procedura arbitrale è stato presentato inizialmente. Laddove un caso sia presentato simultaneamente ad entrambe le autorità competenti, l'espressione «la competente autorità dello Stato contraente a cui il caso che ha dato origine alla procedura arbitrale è stato inizialmente presentato» dovrà essere interpretata secondo quanto stabilito nel paragrafo 1 dell'articolo 25.

### Regole procedurali e di istruttoria

Gli arbitri adotteranno le regole procedurali e di istruttoria che ritengono necessarie per la risoluzione delle questioni indicate nei Termini di Riferimento. Essi avranno accesso a tutte le informazioni necessarie a risolvere le questioni sottoposte ad arbitrato, incluse le informazioni confidenziali. A meno che le autorità competenti non prevedano diversamente, qualsiasi informazione non disponibile prima che l'istanza di arbitrato venga ricevuta da entrambe le autorità competenti non dovrà essere considerata ai fini della decisione.

### Partecipazione del soggetto che ha inoltrato istanza di arbitrato

Il soggetto che ha inoltrato l'istanza di arbitrato può, direttamente o tramite i propri rappresentanti, presentare per iscritto le proprie osservazioni agli arbitri, nei limiti in cui ciò è consentito durante la procedura di accordo reciproco. Inoltre, col consenso degli arbitri, il soggetto può presentare oralmente le proprie osservazioni durante il procedimento arbitrale.

### Principi giuridici applicabili

Gli arbitri dovranno pronunciarsi sulle questioni oggetto di procedura arbitrale in conformità con le disposizioni applicabili del trattato, nonché con le legislazioni domestiche degli Stati contraenti. Le questioni relative all'interpretazione del trattato saranno decise dagli arbitri alla luce dei principi contenuti negli articoli 31-34 della Convenzione di Vienna relativa all'interpretazione dei Trattati<sup>46</sup>, avendo riguardo alle *Linee Guida*

<sup>46</sup> L'articolo 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969 contiene la regola generale per l'interpretazione:

«1. Un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo.  
2. Ai fini dell'interpretazione di un trattato, il contesto comprende, oltre al testo, preambolo e allegati inclusi:  
a) ogni accordo relativo al trattato e che sia intervenuto tra tutte le parti in occasione della sua conclusione;  
b) ogni strumento disposto da una o più parti in occasione della conclusione del trattato ed accettato dalle altre parti in quanto strumento relativo al trattato.

dell'OCSE sul *Transfer Pricing per le Imprese Multinazionali e le Amministrazioni Fiscali*<sup>47</sup>. Gli arbitri faranno altresì riferimento ad ogni altra fonte individuata dalle autorità competenti nei Termini di Riferimento.

### Decisione arbitrale

Laddove più di un arbitro sia stato nominato, la decisione arbitrale sarà adottata a maggioranza semplice degli arbitri. A meno che non sia previsto diversamente nei Termini di Riferimento, la decisione del collegio arbitrale avrà forma scritta e conterrà i riferimenti normativi e la motivazione alla base della stessa. Col consenso del soggetto che ha inoltrato l'istanza di arbitrato e di entrambe le autorità competenti, la decisione del collegio arbitrale sarà resa pubblica, previa redazione in forma anonima e con l'omissione di qualsiasi dettaglio che possa rivelare l'identità dei soggetti coinvolti e con l'indicazione che la decisione non ha valore di precedente vincolante.

### Termine per la comunicazione della decisione arbitrale

La decisione arbitrale deve essere comunicata alle autorità competenti e al soggetto che ha inoltrato l'istanza di arbitrato entro sei mesi dalla data in cui il Presidente notifica per iscritto - alle competenti autorità e al soggetto che ha inoltrato l'istanza di arbitrato - di aver ricevuto tutte le informazioni necessarie ad iniziare la valutazione del caso. Se in qualsiasi momento - entro dieci mesi dalla data in cui l'ultimo arbitro è stato nominato - il Presidente, con il consenso di una delle autorità competenti, notifica per iscritto all'autorità competente e al soggetto che ha inoltrato l'istanza di arbitrato di non aver ricevuto tutte le informazioni necessarie per dare avvio alla valutazione del caso:

a) se il Presidente riceve le necessarie informazioni entro due mesi dalla notifica, la decisione arbitrale deve essere comunicata alle autorità competenti e al soggetto che ha inoltrato l'istanza di arbitrato entro sei mesi dalla data in cui dette informazioni sono giunte al Presidente, e

b) se il Presidente non ha ricevuto le necessarie informazioni entro due mesi dalla notifica, la decisione arbitrale deve, salvo diverso accordo tra le autorità competenti, essere adottata senza tener conto di quelle informazioni, anche se ricevute successivamente; la decisione deve essere comunicata alle autorità competenti e al soggetto che ha inoltrato l'istanza di arbitrato entro otto mesi dalla data della notifica.

### Decisione finale

La decisione arbitrale deve considerarsi definitiva, a meno che sia ritenuta non suscettibile di esecuzione dagli organi giurisdizionali di uno degli Stati contraenti a causa

3. Verrà tenuto conto, oltre che del contesto:
  - a) di ogni accordo ulteriore intervenuto tra le parti circa l'interpretazione del trattato o l'attuazione delle disposizioni in esso contenute;
  - b) di ogni ulteriore pratica seguita nell'applicazione del trattato con la quale venga accertato l'accordo delle parti relativamente all'interpretazione del trattato;
  - c) di ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti.
4. Si ritiene che un termine o un'espressione abbiano un significato particolare se verrà accertato che tale era l'intenzione delle parti.

<sup>47</sup> Le *Linee Guida dell'OCSE sul Transfer Pricing per le Imprese Multinazionali e le Amministrazioni Fiscali* del 2000 contengono i principi - elaborati in sede OCSE ed universalmente accettati - applicabili alla determinazione dei prezzi di trasferimento di beni e servizi tra imprese consociate.

della violazione delle disposizioni di cui al paragrafo 5 dell'articolo 25 o di norme procedurali, incluse nei Termini di Riferimento o nell'Accordo. Qualora la decisione sia considerata non suscettibile di esecuzione per una delle suindicate cause, l'istanza di arbitrato deve esser considerata nulla e il procedimento arbitrale deve considerarsi come mai avvenuto. Le autorità competenti daranno esecuzione alla decisione arbitrale entro sei mesi dalla comunicazione della stessa, mediante il raggiungimento di un accordo reciproco sul caso che ha condotto alla procedura arbitrale.

### **Non adozione della decisione arbitrale**

Laddove, in qualsiasi momento successivo alla presentazione dell'istanza arbitrale e prima che gli arbitri abbiano comunicato la decisione alle autorità competenti e al soggetto che ha inoltrato l'istanza di arbitrato, le autorità competenti notifichino per iscritto agli arbitri e al soggetto che ha inoltrato l'istanza di arbitrato di aver risolto ogni questione pendente individuata nei Termini di Riferimento, il caso sarà considerato deciso e risolto ai sensi della procedura di accordo reciproco e nessuna decisione arbitrale dovrà essere adottata.

## Bibliografia

- OCSE, *Modello di Convenzione Fiscale sui Redditi e sul Patrimonio* (Parigi, 2005).
- OCSE, *Draft Contents of the 2008 Update to the Model Tax Convention* (Parigi, 21 aprile 2008)
- OCSE, *The 2008 Update to the OECD Model Tax Convention* (Parigi, 18 luglio 2008).
- OCSE, *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*, 17 luglio 2008.
- OSCE, *Tax Treaties Issues Related to REITs*, 28 gennaio 2008.
- VALENTE P., *Fiscalità sovranazionale* (Milano, 2008).
- VALENTE P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni* (Milano, 2008).