

Il nuovo Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni: profili di novità

di Piergiorgio Valente (*)

Con l'approvazione, in data 21 novembre 2017, del nuovo Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni, l'OCSE ha introdotto novità significative che implementano le linee guida elaborate nell'ambito del progetto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) articolato in 15 *Actions*. In particolare le maggiori innovazioni al precedente modello riguardano la disciplina anti-abuso, il concetto di stabile organizzazione e la procedura "MAP" (*Mutual Agreement Procedure*).

1. Premessa

La pubblicazione, da parte dell'OCSE, del nuovo Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni fa seguito ai rapporti finali relativi alle 15 azioni del progetto BEPS, già diffuse nell'ottobre 2015 (1). Come è noto, il progetto è nato nel 2013 con l'obiettivo di sviluppare delle misure di contrasto alla c.d. **erosione della base imponibile**, in particolare da parte dei gruppi multinazionali, e all'allocazione di profitto verso giurisdizioni con regimi fiscali privilegiati o

a tassazione nulla (2). Più specificatamente, il modello in esame ha implementato le *Actions* 2, 6, 7 e 14 del progetto BEPS, che riguardano:

- gli strumenti ibridi (nella forma dei c.d. *Hybrid Mismatch Arrangements*) (3);
- le ipotesi di abuso delle disposizioni convenzionali (c.d. *treaty abuse*) (4);
- le stabili organizzazioni (5);
- la risoluzione delle controversie (c.d. *dispute resolution mechanisms*) (6).

Va sottolineato come nel nuovo Modello di Convenzione sia stata evidenziata l'importan-

(*) Crowe Valente/Valente Associati GEB Partners.

(1) Per un esame delle rispettive azioni si veda P. Valente, "Erosione della base imponibile e *profit shifting*: pubblicati 13 rapporti OCSE", in *Quotidiano IPSOA* del 15 ottobre 2015 e P. Valente, "La pianificazione fiscale internazionale nell'Era BEPS", in *Quotidiano IPSOA* del 31 ottobre 2016.

(2) Si vedano sul punto: P. Valente, "*Base Erosion e Profit shifting - L'Action plan dell'OCSE*", in *il fisco*, n. 37/2013, e P. Valente, "*Tax planning aggressivo. Il Rapporto OCSE - Addressing Base Erosion and Profit shifting*", in *il fisco*, n. 12/2013. Con riferimento alle ipotesi di elusione si veda inoltre P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, pag. 1895 ss.

(3) Per approfondimenti sulle problematiche sollevate dagli strumenti ibridi cfr. P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, cit., pag. 2025 ss. Occorre inoltre ricordare come le forme di disallineamento da ibridi sono già state disciplinate nell'ambito

dell'UE dalla Direttiva 2016/1164/UE, recentemente modificata con riferimento ai Paesi terzi.

(4) Sul punto cfr. P. Valente, "Abuso dei trattati, strumenti di contrasto internazionali e proposte comunitarie", in *Fiscaltà & Commercio internazionale*, n. 5/2016. In particolare sul fenomeno del c.d. *treaty shopping* cfr. P. Valente - I. Caraccioli - G. Campana, *Beneficiario effettivo e treaty shopping*, IPSOA, 2016, Vol. 14 (Collana di Fiscaltà Internazionale, diretta da P. Valente).

(5) Per approfondimenti sulla nozione convenzionale di stabile organizzazione cfr. P. Valente, "Erosione della base imponibile e stabile organizzazione", in *il fisco*, n. 31/2015.

(6) Per un esame degli strumenti di risoluzione delle controversie tra Stati e dell'*Action* 14 del progetto BEPS cfr. P. Valente, "Procedure amichevoli, procedure arbitrali e rapporti Fisco-contribuente", in *il fisco*, n. 5/2017.

za della **cooperazione amministrativa tra Stati**, sia mediante lo scambio di informazioni che tramite la collaborazione nella riscossione delle imposte. Tale nuovo approccio dimostra come il Modello OCSE sia finalizzato non solo a prevenire le ipotesi di doppia imposizione ma anche a consentire una piena cooperazione amministrativa tra Stati contraenti. Quest'ultima rappresenta, a pieno titolo, uno degli obiettivi principali del Modello di Convenzione (7).

Inoltre, la pubblicazione del nuovo Modello di Convenzione segue la sottoscrizione, nel giugno 2017, della *"Multilateral Convention to implement Tax Treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting"*. Tale accordo multilaterale è volto a favorire l'implementazione delle misure convenzionali in attuazione del progetto BEPS (8).

Appare evidente come il nuovo modello in esame non si traduca semplicemente in un aggiornamento rispetto alla versione pubblicata nel 2014, ma si collochi invece nell'ambito di un nuovo approccio, suggerito dall'OCSE e adottato dai Paesi del G20, che vede affiancarsi al formato tradizionale bilaterale quello delle Convenzioni Multilaterali, da più parti ritenute uno strumento, da un lato, più efficace nella eliminazione delle doppie imposizioni (9) e nel contrasto all'erosione della base imponibile e, dall'altro, più flessibile nell'adattamento ai cambiamenti dell'economia globale (10).

2. Il concetto di residenza fiscale e *habitual abode*

Il nuovo Modello di Convenzione introduce una rilevante novità con riferimento ai criteri per la determinazione della residenza fiscale delle entità diverse dalle persone fisiche. Ed infatti, il paragrafo 3 dell'art. 4, nella sua nuova formulazione (11), prevede, per le persone giuridiche, che la localizzazione della residenza fiscale in uno Stato contraente non debba più essere operata applicando direttamente la *tie-breaker rule* del *Place of Effective Management* (PoEM) (12), ma debba invece essere definita mediante un **apposito accordo** (*mutual agreement*) tra le autorità competenti degli Stati contraenti. Viene adottato in altri termini un approccio c.d. **case-by-case**, basato su un'analisi specifica dei **singoli casi concreti**, secondo cui gli Stati contraenti dovranno definire, in collaborazione tra loro, l'effettiva residenza fiscale, tenendo in considerazione una serie di fattori illustrati dal commentario. Tale tipologia di analisi deve articolarsi attorno ai seguenti fattori riferibili al luogo in cui:

- le riunioni del Consiglio di amministrazione sono regolarmente tenute;
- gli amministratori delegati esercitano le proprie funzioni;
- i dirigenti esercitano le funzioni di ordinaria amministrazione;
- la sede centrale è localizzata;
- la documentazione contabile è conservata.

Il nuovo commentario, tuttavia, sottolinea come gli Stati contraenti rimangano comunque **liberi**

(7) Cfr. P. Valente - L. Baggio, *Geofiscaltà. Il Dilemma di Giano tra Cifra Tellurica e Continente Digitale*, Eurilink University Press, Roma, 2017.

(8) Cfr. P. Valente, *"BEPS Action 15: Release of Multilateral Instrument"*, in *Intertax*, Vol. 45, No. 3/2017, pagg. 219-228; R. Streinz, *"Multilateral Instrument and EU Competence"*, in *Brit. Tax Rev.*, n. 3/2015, pag. 429; A. Zalasinski, *"Conclusion of the BEPS Multilateral Instrument and Distribution of Competences between the EU and its Member States"*, in *Brit. Tax.*

The Compatibility of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Proposals with EU Law (PDF Download Available). Available from: https://www.researchgate.net/publication/290379735_The_Compatibility_of_the_OECDG20_Base_Erosion_and_Profit_Shifting_Proposals_with_EU_Law [accessed Jan 07 2018]. Sulla portata della Convenzione Multilaterale, si veda J. Schwarz, *"BEPS Multilateral Convention Unveiled"*, in *Kluwer International Tax Blog* del 25 novembre 2016.

(9) Con la firma dello strumento multilaterale (giugno 2017) ha termine la prima sostanziale riforma delle regole di fiscalità internazionale da più di 100 anni (P. Valente - L. Baggio, *Geofiscaltà. Il Dilemma di Giano tra Cifra Tellurica e Continente Digitale*, cit., pagg. 15, 112, 194-199). Cfr. P. Valente, *BEPS Action 15: Release of Multilateral Instrument*, cit., pag. 220 e P. Valente,

Convenzioni Internazionali, IPSOA, 2016.

(10) Per un approfondimento sulla portata e sulle caratteristiche degli strumenti multilaterali cfr. P. Valente, *"Rilevanza dello strumento multilaterale ai fini dell'implementazione delle misure BEPS"*, in *il fisco*, n. 47-48/2015.

(11) Il nuovo testo dell'art. 4, par. 3 così dispone: *"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 endeavour 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 [...]"*. Cfr. OECD (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing. Consultabile al seguente link: http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en.

(12) Per una disamina della nozione di PoEM nei diversi sistemi di diritto europeo cfr. P. Valente, *"La sede di direzione effettiva nel diritto comparato"*, in *il fisco*, n. 28/2009. Inoltre sulla nozione di PoEM a livello internazionale e comunitario cfr. P. Valente - D. Cardone, *Esterovestizione. Profili probatori e metodologie di difesa nelle verifiche*, IPSOA, 2015, pag. 155 ss.

di mantenere la formulazione originaria ed il riferimento al criterio del PoEM (13).

In sostanza il nuovo modello mantiene quale criterio dirimente quello del PoEM, posto che i fattori che gli Stati contraenti devono tenere in considerazione ne rispecchiano gli elementi principali. La vera novità, pertanto, è rappresentata dal **meccanismo di collaborazione** tra gli Stati che dovranno determinare la residenza fiscale delle entità diverse dalle persone fisiche con un *mutual agreement*. In questo senso appare evidente che il nuovo approccio suggerito consente di attribuire maggiore certezza alla localizzazione della residenza nei casi di c.d. *dual residence* (14).

Ulteriore elemento di novità riguarda la nozione di **habitual abode** ovvero di **dimora abituale**, in tema di residenza delle persone fisiche (15). In primo luogo, il nuovo commentario all'art. 4, specifica che in tutte le ipotesi in cui l'immobile sia stato concesso in locazione o comunque messo a disposizione di terzi, con ciò escludendo il potere di disposizione del proprietario sul bene stesso, lo stesso non assumerà rilievo ai fini della localizzazione della dimora abituale del contribuente. Inoltre, la nuova versione del commentario all'art. 4 offre nuovi elementi per determinare il carattere di **abitualità**, individuando quali criteri per la determinazione dell'*habitual abode*:

- la frequenza dei soggiorni;
- la durata dei soggiorni;
- la regolarità dei soggiorni.

Tali elementi vanno ad aggiungersi a quello rappresentato dal **periodo di soggiorno** nell'arco dell'anno solare. Pertanto, nella determinazione della dimora abituale, occorrerà fare riferimento, oltre che al periodo temporale trascorso dal contribuente in uno Stato contraente, anche agli elementi sopra menzionati, tenendo inoltre in considerazione la *routine* ordinaria del soggetto. Ed infatti il nuovo commentario evidenzia la necessità di considerare un periodo di

tempo nel quale non siano accaduti eventi significativi quali un divorzio o una separazione (16). Anche con riferimento alla residenza delle persone fisiche, la nuova versione del commentario sembra suggerire un approccio più analitico, volto a valorizzare le particolarità del caso concreto.

3. Il contrasto al *treaty shopping* e il nuovo art. 29

L'utilizzo delle Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, finalizzato all'ottenimento di vantaggi sotto il profilo fiscale (c.d. *treaty shopping*) (17), è oggetto della *Action 6* del progetto BEPS. In tale sede l'OCSE ha raccomandato il raggiungimento di un *minimum standard* costituito dall'inclusione nei trattati bilaterali di una dichiarazione degli Stati contraenti in merito all'intenzione di **eliminare situazioni di doppia non-imposizione**, generate per il tramite dei c.d. *treaty shopping arrangements* (18). Tali fenomeni si traducono infatti in ipotesi di evasione ed elusione fiscale.

In questo senso il nuovo Modello di Convenzione ha previsto l'introduzione di un nuovo art. 29, contenente una **clausola anti-abuso** e la c.d. *Limitation On Benefit rule* (LOB). Quest'ultima disposizione consiste essenzialmente nella previsione di limiti all'applicazione delle Convenzioni, così da escludere tutti quei soggetti che non presentino determinate caratteristiche dalla fruizione degli effetti sul piano fiscale, c.d. *benefits*, derivanti dalle Convenzioni stesse (19). Sul punto il nuovo commentario all'art. 29 lascia agli Stati contraenti un ampio margine di flessibilità nella configurazione dei meccanismi anti-abuso e quindi nell'implementazione dello *standard* minimo sopra accennato. L'art. 29 si presenta articolato infatti in 9 paragrafi. In particolare i paragrafi da 1 a 7 rappresentano disposizioni specifiche volte a contrastare le ipotesi di abuso delle Convenzioni (riconducibili al formato "LOB"). Le stesse disposizioni sono sta-

(13) Si veda il par. 24.5 del commentario all'art. 4.

(14) Cfr. P. Valente, *Convenzioni Internazionali*, cit.

(15) Per un approfondimento sulle problematiche attinenti alla determinazione della residenza delle persone fisiche si veda P. Valente - L. Vinciguerra, *Esterovestizione delle persone fisiche. Centro degli interessi vitali e nomadismo fiscale*, IPSOA, 2016.

(16) Si veda il par. 19.1 del commentario all'art. 4.

(17) Per un'analisi approfondita in tema di *treaty shopping* si veda P. Valente - I. Caraccioli - G. Campana, *Beneficiario effettivo e treaty shopping*, IPSOA, 2016. Gli autori offrono una defi-

nizione del fenomeno quale "tecnica mediante la quale un soggetto residente in uno Stato terzo accede indirettamente ai benefici previsti dalle disposizioni convenzionali".

Per un'ulteriore analisi sul tema cfr. P. Valente, *Elusione fiscale internazionale*, cit., pag. 2393 ss.

(18) Cfr. il par. 22 del rapporto finale, OECD (2015), *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report*, OECD Publishing. Consultabile al seguente link: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241695-en>.

(19) Cfr. P. Valente, *Convenzioni Internazionali*, cit.

te formulate in una prima versione dettagliata e in una seconda dalla portata semplificata. Infine è prevista una **clausola generale anti-abuso** al paragrafo 9: il c.d. *principal purpose test*. In sintesi, gli Stati contraenti possono optare per tre differenti formati, dando applicazione alternativamente:

- al solo paragrafo 9 dell'art. 29, relativo alla regola del *principal purpose test*;
- ai paragrafi da 1 a 7 in versione dettagliata;
- alla clausola anti-abuso di cui al paragrafo 9, insieme ad ogni altra versione, anche semplificata, dei paragrafi da 1 a 7 dell'art. 29 così come definiti all'interno del commentario.

Occorre segnalare che, ove gli Stati contraenti optassero per il secondo formato, implementando i par. da 1 a 7 senza includere la clausola di cui al par. 9, il nuovo commentario prevede che la Convenzione debba essere necessariamente integrata da **ulteriori disposizioni** idonee a contrastare le ipotesi di *conduit arrangements*, ovvero essenzialmente tutti quei casi, descritti dettagliatamente nel commentario, in cui soggetti residenti in Stati terzi utilizzino entità residenti in uno degli Stati contraenti al fine di ottenere i benefici derivanti dall'applicazione della Convenzione vigente tra quest'ultimo e l'altro Stato contraente.

4. La *limitation on benefit rule* di cui ai par. 1-7 dell'art. 29

Le disposizioni di cui ai par. da 1 a 7 (20) prevedono la c.d. *Limitation on benefit rule* sopra menzionata con il riconoscimento dei benefici derivanti dall'applicazione della Convenzione solo per quei soggetti che, fornita adeguata prova, risultino essere in possesso di **determinati requisiti**. In particolare l'art. 29 fa riferimento

allo *status* di **qualified person**, definito al par. 2 del medesimo articolo, che valorizza l'effettiva connessione del reddito di fonte estera all'attività svolta dal contribuente nello Stato di residenza (21).

In accordo a tale ultima disposizione sono considerate come *qualified person* le seguenti categorie di contribuenti, che presentano determinate caratteristiche e/o un particolare *status* giuridico:

- persone fisiche;
- Stati contraenti e/o proprie divisioni e autorità locali;
- società quotate, la cui principale categoria di azioni è scambiata in un mercato regolamentato dello Stato contraente di residenza;
- società collegate a società quotate che superino con successo il c.d. *ownership test*, volto a verificare il livello minimo di partecipazione in termini di capitale sociale ed eventualmente anche il c.d. *base erosion test*, finalizzato ad accertare che il reddito distribuito da tali società a soggetti terzi (esclusi dall'applicazione della Convenzione) non superi determinate soglie;
- organizzazioni *non-profit* e fondi pensionistici riconosciuti i cui beneficiari rientrano nelle categorie di soggetti legittimati ad ottenere i benefici accordati dalla Convenzione;
- altre entità le cui quote o titoli rappresentativi sono detenuti oltre determinate soglie da soggetti residenti in uno degli Stati contraenti e/o il cui reddito non venga distribuito, oltre determinati limiti, a soggetti terzi, sulla scorta dell'*ownership test* e del *base erosion test*;
- fondi di investimento collettivo che presentino le caratteristiche indicate ai par. 55 e ss. del commentario all'art. 29.

Il commentario precisa in maniera dettagliata, per ciascuno dei soggetti sopra elencati, i requi-

(20) Si riporta qui di seguito il testo dei par. 1-7 dell'art. 29:
"1. [Provision that, subject to paragraphs 3 to 5, restricts treaty benefits to a resident of a Contracting State who is a 'qualified person' as defined in paragraph 2].

2. [Definition of situations where a resident is a qualified person, which covers:

- an individual;
- a Contracting State, its political subdivisions and their agencies and instrumentalities;
- certain publicly-traded companies and entities;
- certain affiliates of publicly-listed companies and entities;
- certain non-profit organisations and recognised pension funds;
- other entities that meet certain ownership and base erosion requirements;
- certain collective investment vehicles.].

3. [Provision that provides treaty benefits to certain income

derived by a person that is not a qualified person if the person is engaged in the active conduct of a business in its State of residence and the income emanates from, or is incidental to, that business].

4. [Provision that provides treaty benefits to a person that is not a qualified person if at least more than an agreed proportion of that entity is owned by certain persons entitled to equivalent benefits].

5. [Provision that provides treaty benefits to a person that qualifies as a 'headquarters company'].

6. [Provision that allows the competent authority of a Contracting State to grant certain treaty benefits to a person where benefits would otherwise be denied under paragraph 1].

7. [Definitions applicable for the purposes of paragraphs 1 to 7].

(21) Cfr. P. Valente, *Convenzioni Internazionali*, cit.

siti e le caratteristiche indispensabili per l'**accesso ai benefici convenzionali**, offrendo numerosi esempi in relazione alla vasta casistica. Esiste inoltre una versione semplificata che limita il grado di dettaglio della disposizione.

Il par. 3 dell'art. 29 dispone invece l'estensione dei benefici accordati dalla Convenzione anche ai soggetti che non posseggono lo *status* di *qualified person* ove gli stessi conducano in uno degli Stati contraenti attività di natura economica in maniera attiva e il reddito sia attribuibile a tali attività (c.d. *active conduct test*). Sul punto il commentario precisa che esulano dalla nozione di *active conduct*, rilevante ai fini dell'applicazione della norma in esame, tutte quelle attività che si limitano alla supervisione o amministrazione, alla predisposizione dei mezzi finanziari, all'effettuazione o gestione di investimenti (con alcune eccezioni) o ad attività proprie di una società *holding*. Infine, particolare attenzione deve essere prestata all'effettivo collegamento tra la componente di reddito, per cui si richiede l'applicazione della Convenzione, e l'attività condotta attivamente in uno degli Stati contraenti. A tal fine l'OCSE raccomanda una vera e propria analisi funzionale del tipo di attività economica condotta (22).

Infine si segnalano i par. 4 e 5 dell'art. 29 che estendono l'applicazione dei benefici convenzionali rispettivamente ai soggetti residenti esclusi che sono partecipati, oltre determinate soglie, da *qualified persons* e ai soggetti qualificabili come *headquarters companies*. Quanto ai primi il commentario precisa, nella versione semplificata, la **soglia minima di partecipazione** pari al 75% delle quote. Con riferimento invece al concetto di *headquarters company*, di cui al par. 5, il commentario specifica che appartengono a tale categoria quelle **società a capo di gruppi multinazionali** che soddisfano ciascuna delle seguenti condizioni:

- la sede principale di direzione e amministrazione è localizzata nello Stato contraente di residenza;
- il gruppo multinazionale è composto da società residenti in almeno quattro Stati, ove le stesse svolgono attività economica in modo attivo e il reddito generato in ciascuno di tali Stati rappresenti almeno il 10% del reddito complessivo del gruppo;

- le attività economiche condotte dal gruppo in Stati diversi da quello contraente ove la *headquarter company* è residente generano meno del 50% del reddito complessivo del gruppo;
- il reddito della società non deriva per più del 25% dall'altro Stato contraente;
- la *headquarter company* è soggetta, nel proprio Stato contraente di residenza, alle medesime regole in tema di imposte sui redditi previste per i soggetti che posseggono lo *status* di *qualified person* di cui al par. 3 dell'art. 29;
- la società deve superare un *base erosion test* simile a quello previsto al par. 2 dell'art. 29 seppure con alcune differenze in relazione alle tipologie di pagamenti deducibili.

5. Il *principal purpose test*

Al paragrafo 9 dell'art. 29 è stata prevista, infine, una specifica disposizione che riguarda la regola del c.d. ***principal purpose test*** (23). Nello specifico, il par. 9 dell'art. 29 stabilisce che i benefici della Convenzione non sono riconosciuti in tutte quelle ipotesi in cui il conseguimento di un particolare beneficio accordato dalla Convenzione stessa rappresenti lo scopo principale (*principal purpose*) della transazione o della struttura utilizzata e l'ottenimento di tale beneficio si ponga in contrasto con l'oggetto e lo scopo delle disposizioni convenzionali. Il *principal purpose test* deve essere condotto, tenendo in considerazione **tutte le circostanze del caso specifico** così da determinare la finalità principale della transazione, e verificando se l'applicazione dei benefici alla particolare transazione si ponga in contrasto con l'oggetto e lo scopo del Trattato stesso. L'analisi delle circostanze non deve essere mirata a fornire prova dello scopo finale della transazione, ma è sufficiente che tale scopo sia determinato sulla base di un **canone di ragionevolezza** (24).

La disposizione rappresenta una clausola di salvaguardia che opera anche laddove la disciplina nazionale degli Stati contraenti non offra strumenti efficaci per contrastare i fenomeni di **utilizzo improprio** delle disposizioni convenzionali. Tale clausola consente di prevenire i fenomeni di *treaty shopping* in tutte quelle ipotesi che esulano dall'ambito di applicazione dei par. da 1 a 7 (25). In questo senso si spiega il limite alla

(22) Cfr. i par. 74, 75 e 76 del commentario all'art. 29.

(23) Cfr. R. Kok, "The principal purpose test in tax treaties under BEPS 6", in *Intertax*, Vol. 44, No. 5/2016, pagg. 406-412.

(24) Cfr. F. Engelen, *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, IBFD, 2004, pag. 175 ss.

(25) Cfr. M. Lang, "BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse

discrezionalità degli Stati contraenti nell'implementazione dell'art. 29 (26).

Il commentario, infine, evidenzia come il contribuente abbia diritto a fornire **prova contraria** nell'ambito del *principal purpose test*; tuttavia sembra possibile concludere che, come di norma accade in presenza di clausole generali e come peraltro riconosciuto dallo stesso commentario (27), una tale analisi si presta a interpretazioni che possono differire in maniera considerevole tra loro.

6. Le modifiche all'art. 5 in tema di stabile organizzazione

Con riferimento alla stabile organizzazione, oltre alle raccomandazioni definite nel rapporto finale relativo all'Action 6 del progetto BEPS, l'OCSE ha pubblicato il 22 giugno 2017 ulteriori linee guida, così come delineate nel documento "Public Discussion Draft on Additional Guidance on Attribution of Profits to Permanent Establishments" (28), con riguardo alla attribuzione e determinazione dei redditi delle stabili organizzazioni (29).

L'art. 5 del nuovo Modello di Convenzione è stato pertanto modificato implementando le linee guida così delineate. In particolare, le novità di maggiore rilievo riguardano l'introduzione della c.d. *anti-fragmentation rule* e di nuovi criteri per la configurazione della stabile organizzazione personale.

7. La c.d. *anti-fragmentation rule*

Come accennato, nel nuovo Modello di Convenzione viene aggiunto all'art. 5 il paragrafo 4.1 (30) che introduce una clausola volta al contrasto della frammentazione delle attività (*anti-*

fragmentation) quale forma di elusione dello *status* di stabile organizzazione.

In accordo alla suddetta clausola, l'eventuale frammentazione delle attività svolte da una o più imprese tra loro collegate comporterà la configurazione di una stabile organizzazione in tutte quelle ipotesi in cui le diverse attività siano riferibili a **funzioni complementari** di una medesima attività economica. Le condizioni che attivano la clausola sono, alternativamente, la qualificazione, quale stabile organizzazione, di uno dei luoghi ove le attività sono poste in essere e, in mancanza, l'impossibilità di qualificare le attività nel loro complesso quali meramente preparatorie ed ausiliarie (31).

A riguardo, il nuovo commentario all'art. 5 fornisce al par. 60 alcuni chiarimenti in merito ai criteri utili per la qualificazione di un'attività quale preparatoria ed ausiliaria. In particolare viene evidenziato:

- come il **carattere preparatorio** comporti normalmente una breve durata della stessa attività rispetto a quella principale, seppure con alcune eccezioni;

- come la **natura ausiliaria** sia riscontrabile con riferimento a tutte quelle attività di supporto all'attività essenziale e significativa dell'impresa nel suo complesso.

Inoltre viene sottolineata l'incompatibilità tra la natura ausiliaria di una determinata attività e la necessità di destinare alla medesima una parte significativa degli uomini e mezzi di cui l'impresa dispone.

8. La nozione di agente dipendente

Il Modello di Convenzione introduce una significativa novità con riferimento alla nozione

Rule in Tax Treaties", in *Tax Notes International*, May 2014, pagg. 655-664.

(26) Come già accennato, ove gli stessi scegliessero di trasporre unicamente il par. 9 dell'art. 29, quest'ultimo dovrà essere integrato opportunamente con disposizioni che contengano idonei meccanismi di contrasto. È evidente infatti la differenza tra i par. 1-5, ancorati ad elementi di natura oggettiva quali la forma giuridica, il reddito e la titolarità delle quote, rispetto al par. 9, che fa invece riferimento ad un piano più propriamente soggettivo, quale lo scopo ultimo di una particolare struttura o transazione.

(27) Si veda il par. 179 del commentario all'Art. 29.

(28) Consultabile al seguente link: <http://www.oecd.org/tax/-transfer-pricing/beps-discussion-draft-additional-guidance-attribution-of-profits-to-permanent-establishments.pdf>.

(29) M. Kobetsky, *International Taxation of Permanent Establishments - Principles and Policy*, Cambridge Tax Law Series, Cambridge, 2011.

(30) Si riporta di seguito il testo della norma:

"Paragraph 4 shall not apply to a fixed place of business that is used or maintained by an enterprise if the same enterprise or a closely related enterprise carries on business activities at the same place or at another place in the same Contracting State and

a) that place or other place constitutes a permanent establishment for the enterprise or the closely related enterprise under the provisions of this Article, or

b) the overall activity resulting from the combination of the activities carried on by the two enterprises at the same place, or by the same enterprise or closely related enterprises at the two places, is not of a preparatory or auxiliary character,

provided that the business activities carried on by the two enterprises at the same place, or by the same enterprise or closely related enterprises at the two places, constitute complementary functions that are part of a cohesive business operation".

(31) Si veda il par. 79 del nuovo commentario all'art. 5.

di agente dipendente, definita dal par. 5 dell'art. 5 nella sua nuova formulazione (32). Sul punto viene attribuita rilevanza alle ipotesi in cui un soggetto operando per conto di un'impresa e al di fuori dell'esercizio di una propria attività indipendente (in tale ultimo caso opera l'eccezione di cui al successivo par.6):

- stipuli **abitualmente contratti** o svolga un ruolo significativo ai fini della conclusione di contratti che sono stipulati di solito dall'impresa senza modifiche materiali da parte della stessa (33);

- concluda contratti **in nome dell'impresa**, o tali contratti abbiano ad oggetto il trasferimento di proprietà o altro diritto d'uso con riferimento a beni di proprietà dell'impresa o di cui la stessa abbia il diritto all'utilizzazione, ovvero la prestazione di servizi da parte dell'impresa.

Potrà configurarsi, pertanto, una stabile organizzazione personale con riferimento alle attività caratterizzate dagli elementi sopra indicati (34), condotte dal soggetto che agisce quale agente dipendente dell'impresa.

In ultima analisi, la nozione di agente dipendente è dunque delineata attribuendo rilievo ad aspetti di **natura sostanziale** con riguardo alla relazione tra il soggetto e l'impresa, così da individuare efficacemente anche fattispecie che ad una prima analisi non consentirebbero di qualificare il soggetto quale stabile organizzazione personale dell'impresa.

9. Il carattere di indipendenza e i nuovi par. 6 e 8 dell'art. 5

Ulteriori novità sono rappresentate dai par. 6 ed 8 dell'art. 5 del nuovo Modello di Convenzione e dai paragrafi 102 e ss. del commentario al medesimo articolo.

In particolare, l'art. 5 al par. 6 esclude la configurazione di una stabile organizzazione personale in tutte quelle ipotesi in cui il soggetto sia dotato di **indipendenza giuridica** e concluda contratti nell'ambito della propria attività ordinaria, ricorrendo, in questi casi, la **figura dell'agente indipendente**.

Sul punto, oltre ai chiarimenti utili alla valutazione degli indicatori di indipendenza, già presenti nella precedente versione, il nuovo commentario al par. 6 dell'art. 5 presenta alcuni elementi di novità. Innanzitutto vengono specificate le attività che rientrano nell'ambito dell'attività ordinaria di un agente. Tra queste rientra lo svolgimento di **attività di intermediazione**, ove la stessa sia condotta a volte in qualità di agente e altre per conto proprio (35).

Infine viene evidenziato come il carattere di indipendenza sia da escludere in quelle ipotesi in cui il soggetto agente agisca esclusivamente o quasi esclusivamente per conto di uno o più imprese alle quali è strettamente collegato. In questo senso occorrerà fare riferimento anche alla **proporzione** tra le attività prestate e il volume complessivo di affari del soggetto. Risulta inoltre incompatibile con il requisito di indipenden-

(32) Si riporta di seguito la nuova formulazione del par.5 dell'art. 5:

"Notwithstanding the provisions of paragraphs 1 and 2 but subject to the provisions of paragraph 6, where a person is acting in a Contracting State on behalf of an enterprise and, in doing so, habitually concludes contracts, or habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts that are routinely concluded without material modification by the enterprise, and these contracts are

a) in the name of the enterprise, or

b) for the transfer of the ownership of, or for the granting of the right to use, property owned by that enterprise or that the enterprise has the right to use, or

c) for the provision of services by that enterprise, that enterprise shall be deemed to have a permanent establishment in that State in respect of any activities which that person undertakes for the enterprise, unless the activities of such person are limited to those mentioned in paragraph 4 which, if exercised through a fixed place of business (other than a fixed place of business to which paragraph 4.1 would apply), would not make this fixed place of business a permanent establishment under the provisions of that paragraph".

(33) Sul punto il par. 88 del commentario al par. 5 dell'art. 5 specifica come l'assunzione in maniera abituale di un ruolo principale (*leading*) nella conclusione dei contratti si configuri

di fatto in tutte quelle ipotesi in cui la stipula del contratto deriva direttamente dalle azioni del soggetto, anche ove lo stesso non abbia materialmente concluso il contratto in accordo alla legge nazionale dello Stato contraente. Viene attribuita così preminenza al profilo sostanziale piuttosto che a quello formale, legato alla legge regolatrice del contratto, che potrebbe localizzare la stipula in un altro Stato. Risultano pertanto rilevanti anche tutte quelle ipotesi in cui i contratti siano stipulati in un altro Stato, ove l'impresa li sottopone ad una mera revisione ed approvazione senza modificarne gli elementi fondamentali.

(34) Come evidenzia il par. 97 del commentario al par. 5 dell'art. 5, l'analisi della sussistenza dei vari elementi caratterizzanti l'attività e il ruolo del soggetto dovrà tuttavia essere condotta avendo riguardo alla particolare attività di impresa e alle circostanze di natura commerciali riscontrabili nel caso di specie.

(35) Par. 110 commentario al par. 6 dell'art. 5. Si riporta di seguito uno degli esempi pratici offerti dal commentario al par. citato: *"Where, for example, a broker-dealer in the financial sector performs a variety of market intermediation activities in the same way but, informed by the needs of the clients, does it sometimes as an agent for another enterprise and sometimes on its own account, the broker-dealer will be considered to be acting in the ordinary course of its business as an agent when it performs these various market intermediation activities"*.

za, la circostanza secondo cui il soggetto agisce per un lungo periodo o comunque per un periodo considerevole per conto di un'unica impresa. Il successivo par. 8 dell'art. 5 approfondisce ulteriormente il concetto di **stretto collegamento**, tra soggetto ed impresa, che determina la qualificazione del primo quale agente dipendente, introducendo specifici criteri per la valutazione del grado di indipendenza dell'agente (36). Al riguardo, l'indipendenza viene esclusa ove, tenuto conto di tutte le circostanze del caso, il soggetto sia sotto il controllo dell'impresa ovvero gli stessi siano sotto il controllo di un terzo. Ulteriori ipotesi in cui è il grado di indipendenza è ritenuto **insufficiente** riguardano i casi ove:

- una delle parti coinvolte possiede, sia direttamente che indirettamente, più del 50% della partecipazione nell'altra; ovvero
- un soggetto terzo, sia esso persona fisica o società, possieda direttamente e/o indirettamente più del 50% della partecipazione in entrambe le entità.

Il nuovo commentario specifica che il controllo, ai fini dell'applicazione del par. 8 citato, al di fuori dalle ipotesi previste con riferimento ai diversi gradi di partecipazione in termini percentuali, dovrà essere valutato anche con riguardo a strutture ed accordi che consentono al soggetto di esercitare diritti simili a quelli che avrebbe ottenuto possedendo una partecipazione, diretta o indiretta, superiore al 50% relativamente ai diritti di natura patrimoniale dell'impresa.

10. Le novità in tema di *Mutual Agreement Procedure*

L'art. 25 del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni dell'OCSE istituisce una

procedura amichevole e una procedura arbitrale per la risoluzione di questioni interpretative, nonché dei casi di doppia imposizione per i quali l'applicazione delle altre disposizioni della Convenzione non consente di addivenire ad una soluzione.

La procedura amichevole, c.d. *Mutual Agreement Procedure* ("MAP") consiste in una procedura volta alla conclusione di un accordo tra le autorità competenti degli Stati contraenti (37). Tale meccanismo è oggetto dell'Action 14 del progetto BEPS, il cui rapporto finale ha raccomandato la modifica dell'art. 25 del Modello di Convenzione così da assicurare accesso alla procedura in maniera ampia e flessibile, nonché di consentire che entrambi gli Stati contraenti siano a conoscenza dell'istanza di MAP presentata dal contribuente (38).

Tale raccomandazione è stata implementata mediante la modifica dell'art. 25 del Modello di Convenzione e del relativo commentario. La novità principale riguarda infatti la formulazione del par. 1 dell'art. 25 (39). La norma prevede, nella nuova versione, che il contribuente possa rivolgersi non solo alle autorità competenti del proprio Stato di residenza o nazionalità, come nella precedente versione, ma anche a quelle dell'**altro Stato contraente**.

Tale novità garantisce al contribuente un maggiore accesso alla procedura amichevole. Ove gli Stati contraenti non ritengano opportuno includere tale facoltà nel disposto della norma in esame, gli stessi dovranno in ogni caso garantire pieno accesso alla MAP attuando apposite misure al fine di assicurare la piena conoscenza da parte di tutte le autorità coinvolte.

(36) Si riporta di seguito il testo del par. 8:

"For the purposes of this Article, a person or enterprise is closely related to an enterprise if, based on all the relevant facts and circumstances, one has control of the other or both are under the control of the same persons or enterprises. In any case, a person or enterprise shall be considered to be closely related to an enterprise if one possesses directly or indirectly more than 50 per cent of the beneficial interest in the other (or, in the case of a company, more than 50 per cent of the aggregate vote and value of the company's shares or of the beneficial equity interest in the company) or if another person or enterprise possesses directly or indirectly more than 50 per cent of the beneficial interest (or, in the case of a company, more than 50 per cent of the aggregate vote and value of the company's shares or of the beneficial equity interest in the company) in the person and the enterprise or in the two enterprises".

(37) Per un approfondimento sul tema cfr. P. Valente, *Controversie internazionali. Procedure amichevoli e gestione delle re-*

lazioni, IPSOA, 2013, Cap. II. Cfr. J. Malherbe, "The Issues of Dispute Resolution and Introduction of a Multilateral Treaty", in *Intertax*, n. 1/2015, Vol. 43.

(38) Si vedano i par. 35 e 36 del rapporto finale sull'Action 14, OECD (2015), *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14 - 2015 Final Report*, OECD Publishing. Consultabile al seguente link: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241633-en>.

(39) Di seguito il testo della norma in esame:

"Where a person considers that the actions of one or both of the Contracting States result or will result for him in taxation not in accordance with the provisions of this Convention, he may, irrespective of the remedies provided by the domestic law of those States, present his case to the competent authority of either Contracting State. The case must be presented within three years from the first notification of the action resulting in taxation not in accordance with the provisions of the Convention".

11. Ulteriori modifiche e novità

Si segnalano infine alcune modifiche di minor rilievo con riferimento alle seguenti disposizioni:

- art. 3, par. 1, lett. e) relativo alla **definizione di traffico internazionale**;
- art. 8, ai sensi del quale gli utili di un'impresa di uno Stato contraente che derivano dall'esercizio, in traffico internazionale, di navi o aeromobili, sono imponibili solo nel detto Stato contraente. Tale disposizione si applica anche agli utili derivanti dalla partecipazione a un fondo

comune (*c.d. pool*), a un esercizio in comune o ad un organismo internazionale di esercizio. La precedente versione del Modello OCSE prevedeva, invece, che gli utili derivanti dall'esercizio, in traffico internazionale, di navi o aeromobili, fossero imponibili soltanto nello Stato contraente in cui è situata la sede della direzione effettiva dell'impresa;

- art. 15, par. 3, riguardante le remunerazioni percepite in corrispettivo di un lavoro subordinato svolto **a bordo di navi o aeromobili** impiegati in traffico internazionale.