

OCSE 2005

IL NUOVO MODELLO DI CONVENZIONE CONTRO LA DOPPIA IMPOSIZIONE

E' stato recentemente pubblicato il Modello 2005 e il Commentario, che contengono tra l'altro la risposta ad alcuni problemi in tema di stabile organizzazione e di tassazione internazionale delle stock option

di Stefano Marchese*

— La nuova versione del Modello OCSE¹ è il risultato dell'approvazione da parte del Consiglio, avvenuta il 15 luglio 2005, del documento "*The 2005 Update to the Model Tax Convention*", già reso pubblico per la discussione in bozza nel marzo 2004.

L'annuncio alla stampa dell'approvazione del Modello OCSE 2005 è avvenuta nel mese di settembre 2005, ma l'effettiva messa a disposizione del testo coordinato al pubblico, in formato elettronico a pagamento, è dell'ottobre 2005².

Diverse sono state le modifiche apportate al Modello di Convenzione e al relativo Commentario; tra queste si segnalano, in particolare, quelle in tema di:

- trattamento fiscale delle attività connesse al trasporto marittimo e aereo internazionale;
- problemi fiscali internazionali relativi ai piani di *stock option* a favore dei dipendenti;
- problemi fiscali delle pensioni transfrontaliere;
- stabile organizzazione personale, societaria e multipla;
- revisione dell'art. 26 della Convenzione Modello e del suo Commentario in tema di scambio di informazioni;
- interpretazione delle convenzioni.

La nuova edizione comprende altresì diverse modifiche apportate da alcuni Stati, alle loro posizioni, osservazioni e riserve sul Modello di convenzione. Per la prima volta le posizioni della Serbia e del Montenegro sono state incluse nel Modello.

In questa sede si darà conto, in sintesi, delle principali novità.

Modifiche alla Convenzione Modello

Una prima modifica della convenzione riguarda l'articolo 19, afferente le retribuzioni pubbliche. Esso in precedenza escludeva le pensioni, che oggi sono invece incluse nell'ambito di applicazione della norma pattizia.

La norma oggi prevede il principio secondo cui i salari, gli stipendi pubblici e altre simili remunerazioni sono tassabili solo nello Stato che eroga tali redditi, a meno che le prestazioni del lavoratore non siano rese nell'altro Stato, che il primo sia ivi residente, ne abbia la nazionalità, o che comunque non abbia preso la residenza nello Stato di prestazione della sua attività al solo scopo di adempiere al suo mandato di lavoratore pubblico. Con particolare riferimento alla pensioni, si fissa il principio dell'esclusiva potestà impositiva dello Stato erogante, con la sola eccezione del caso in cui il pensionato sia residente nell' - o abbia la nazionalità dell' - altro Stato.

Ulteriori modifiche sono state apportate all'art. 26, in tema di scambio di informazioni. In particolare, lo scambio potrà avvenire non soltanto quando le informazioni siano "necessarie" (come prevedeva il vecchio testo), ma anche quando siano "probabilmente rilevanti" ai fini dell'applicazione della Convenzione e ai fini dell'accertamento e riscossione delle imposte (nuova espressione) in base alla legislazione interna di uno dei due Stati contraenti.

Sono aggiunti altresì i §§ 4 e 5 all'art. 26, con relative disposizioni del Commentario, prevedendosi che le informazioni potranno essere ottenute dallo Stato destinatario della richiesta avvalendosi delle sue proprie procedure di accertamento, anche quando detto Stato non abbia alcun interesse al riguardo. Si precisa altresì che le

*Vicepresidente FEE

limitazioni allo scambio d'informazioni, in generale previste dal § 3, non potranno applicarsi per il solo fatto che le informazioni riguardino dati bancari o coperti da segreto fiduciario.

Modifiche al Commentario in tema di trasporti internazionali

Il Commentario precisa, nella nuova versione, che la definizione di "traffico internazionale" non si applica ad un'impresa di trasporto che abbia il suo luogo di direzione effettiva in uno Stato contraente quando la nave o l'aereo abbia tratte comprese tra due luoghi dell'altro Stato. Quanto alla determinazione dei profitti delle imprese di trasporto internazionale, si precisa che le regole della Convenzione si applicano anche ai ricavi accessori ai trasporti. Ulteriormente, si estende l'ambito di applicazione dell'articolo anche all'ipotesi di noleggio di navi o aeromobili interamente equipaggiati anche di personale (*charter*), dato che altrimenti, evidenzia il Commentario, tali attività assai rilevanti nel mondo odierno sfuggirebbero dalla disposizione sui trasporti internazionali.

Modifiche al Commentario in tema di stabile organizzazione

In primo luogo viene modificato il § 33 del Commentario all'art. 5, chiarendo che può sussistere stabile organizzazione personale per effetto della presenza di un "agente dipendente" anche quando a costui non sia mai stato dato formalmente un potere di rappresentanza dell'impresa estera.

Il nuovo testo del Commentario precisa inoltre, prendendo chiara posizione sulla "dottrina *Philip Morris*", quanto segue: "Il mero fatto, tuttavia, che una persona sia stata presente o persino abbia partecipato in negoziazioni in uno Stato tra un'impresa ed un cliente non sarà sufficiente, di per sé, per concludere che la persona abbia esercitato in tale Stato un'autorità di concludere contratti a nome dell'impresa. Il fatto che la persona sia stata presente o abbia persino partecipato in tali negoziazioni potrebbe, tuttavia, costituire un fattore rilevante nel determinare le esatte funzioni esercitate da questa persona per conto dell'impresa".

Con riguardo all'ipotesi di società nazionale partecipata

da un'impresa estera – anche questi temi sono centrali della "dottrina *Philip Morris*" – i §§ 41 e 42 del Commentario all'art. 5 sono stati interamente sostituiti, con l'aggiunta di un nuovo § 41.1. Se ne riporta il testo in una nostra libera traduzione dalla lingua inglese:

"41. Una società madre può, tuttavia, essere considerata, in base alle norme dei paragrafi 1 o 5 dell'articolo, come avente una stabile organizzazione in uno Stato dove una società figlia ha una sede di affari. Così, qualsiasi spazio o locale appartenente alla società figlia che sia a disposizione della società madre (si vedano i paragrafi 4, 5 e 6 sopra) e che costituisca una sede fissa di affari mediante la quale la società madre svolge la sua attività, costituirà una stabile organizzazione della società madre a norma del paragrafo 1, alle condizioni dei paragrafi 3 e 4 dell'articolo (si veda, *exempli gratia*, l'esempio del paragrafo 4.3 sopra). Inoltre, secondo il paragrafo 5, una società madre sarà considerata come avente una stabile organizzazione in uno Stato in relazione a qualsiasi attività che la sua società figlia ponga in essere per la prima se la società figlia ha, ed esercita abitualmente, in questo Stato un'autorità di concludere contratti a nome della società madre (si vedano i paragrafi 32, 33 e 34 sopra), a meno che tale attività sia limitata a quelle indicate nel paragrafo 4 dell'articolo o a meno che la società figlia agisca nell'ordinario corso dei suoi affari quale agente indipendente cui si applichi il paragrafo 6 dell'articolo.

41.1 Lo stesso principio si applica a qualsiasi società facente parte di un gruppo multinazionale così che tale società possa essere considerata come avente una stabile organizzazione in uno Stato dove essa ha a sua disposizione (si vedano i paragrafi 4, 5 e 6 sopra) ed utilizzi locali appartenenti ad un'altra società del gruppo, o se la prima società sia considerata come avente una stabile organizzazione a norma del paragrafo 5 dell'articolo (si vedano i paragrafi 32, 33 e 34 sopra). La determinazione dell'esistenza di una stabile organizzazione a norma dei paragrafi 1 o 5 dell'articolo deve, tuttavia, essere fatta separatamente per ciascuna società del gruppo. Così, l'esistenza in uno Stato di una stabile organizzazione di una società del gruppo non avrà alcuna rilevanza sul fatto che un'altra società del gruppo abbia essa stessa una stabile organizzazione in questo Stato.

42. Mentre i locali appartenenti ad una società che sia un membro di un gruppo multinazionale possono

NOTE

¹ Cfr. OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, update as of 15 July 2005. Parigi, 2005.

² Chi volesse procurarsene copia può trovarla all'indirizzo web <http://www.oecd.org>. Una versione del modello, senza commentario ed altri utili documenti, può essere reperita in versione "free" all'url <http://www.oecd.org/dataoecd/50/49/35363840.pdf>.

essere messi a disposizione di un'altra società del gruppo e possono, subordinatamente alla sussistenza delle altre condizioni previste dall'art. 5, costituire una stabile organizzazione di quest'altra società se l'attività di quest'altra società è svolta mediante questi locali, è importante distinguere questo caso dalla situazione frequente in cui una società che sia un membro di un gruppo multinazionale fornisce servizi (ad esempio servizi di *management*) ad un'altra società del gruppo come parte della sua propria attività svolta in locali che non siano quelli dell'altra società e utilizzando proprio personale. In questo caso, il luogo dove questi servizi sono forniti non è a disposizione della seconda società e non è l'attività di questa società che è svolta mediante questi locali. Questi locali, pertanto, non possono essere considerati quali stabile organizzazione della società a cui i servizi sono forniti. Infatti, il fatto che le attività proprie di una società in una data sede possano dar luogo ad un beneficio economico all'attività di un'altra società non significa che la seconda società svolga la sua attività attraverso questi locali: chiaramente, una società che si limita ad acquistare parti prodotte o servizi forniti da un'altra società in un differente Paese non avrà una stabile organizzazione a causa di ciò anche se essa possa beneficiare della manifattura di queste parti o della fornitura di questi servizi".

Modifiche al Commentario in tema di interessi

Il Commentario è stato integrato per affrontare il caso delle clausole di "gross-up", in base alle quali l'onere della ritenuta fiscale sugli interessi, applicato dallo Stato della fonte, si trasforma in un maggior interesse per il debitore, visto che il creditore pretende che l'interesse pattuito gli sia corrisposto interamente, al netto di qualsiasi onere fiscale. Spesso, precisa il Commentario nel nuovo testo, ciò trova giustificazione nel fatto che il creditore, a sua volta, si finanzia per effettuare l'operazione di finanziamento attiva, di talché il suo reddito non è dato dall'interesse attivo ma dalla differenza tra questo e gli oneri finanziari sopportati per acquisire la provvista. Tuttavia, poiché gli interessi sono tassati al lordo nello Stato della fonte, si verificano le distorsioni o di imposizione su un ammontare maggiore del reddito effettivamente ritratto dal creditore, difficilmente recuperabile mediante i consueti meccanismi del credito d'imposta estero, o di traslazione dell'onere d'imposta sul debitore. Il Commentario suggerisce quindi che alcuni Stati ben

possono prevedere l'imposizione degli interessi nel solo Stato di residenza del creditore, risentendo così di quell'influsso culturale proprio, ad esempio, della direttiva interessi e *royalty* in ambito europeo.

Modifiche al Commentario in tema di stock option

Sono stati aggiunti al Commentario all'art. 15 nuovi paragrafi (dal 12 al 12.15) per regolare il trattamento fiscale transfrontaliero delle *stock option* ai dipendenti. Tali integrazioni sono il risultato di un documento OCSE, a lungo dibattuto, su questo tema.

In estrema sintesi, le esigenze dell'integrazione del Commentario dipendono dalla necessità di segnare un chiaro confine tra il reddito di lavoro e le plusvalenze azionarie, confine che è indicato per il primo sino al momento dell'esercizio dell'opzione o della sua vendita, e per il secondo dal momento dell'esercizio dell'opzione stessa. Ulteriore esigenza è quella di correlare il reddito derivante dalle *stock option* — per sua natura di maturazione pluriennale — con quello di lavoro *strictu sensu* in un particolare Stato, nell'ipotesi ormai frequente di alti dirigenti aziendali ad elevata mobilità internazionale. Ciò pone possibili problemi di allocazione di quote del reddito tra più giurisdizioni fiscali, che il Commentario affronta.

Anche il Commentario all'art. 16 è stato integrato, per disciplinare il caso di *stock option* assegnato ad amministratori di società.

Modifiche al Commentario in tema di pensioni

L'elevata mobilità internazionale dei lavoratori e le asimmetrie nelle regole di imposizione delle pensioni nei vari Stati hanno suggerito un'ampia integrazione del Commentario agli articoli 18 e 19.

In particolare, i paragrafi del Commentario al primo articolo raggiungono il considerevole numero di 70, per fornire indicazioni di dettaglio alle principali problematiche. Sono trattati, tra gli altri, i problemi definitori del termine "pensione e simili remunerazioni", tutt'altro che di immediata individuazione viste le diverse modalità di erogazione di tali redditi, le problematiche internazionali nella tassazione delle pensioni nei conflitti tra Stato della fonte e della residenza, i diversi rapporti tra deduzione o meno dei contributi pensionistici e tassazione o esenzione delle prestazioni. Particolare attenzione è

posta all'esigenza di evitare non solo ipotesi di doppia tassazione, ma anche di non tassazione.

Problemi di efficacia temporale delle modifiche

Le relativamente poche modifiche al testo di Convenzione Modello potranno spiegare efficacia solo nel futuro, nella misura in cui saranno recepite in nuove convenzioni contro la doppia imposizione stipulate dagli Stati.

Problematiche certamente più complesse si pongono in relazione alle modifiche al Commentario. Poiché questo è un commento al Modello con valenza interpretativa, una tesi è che le relative modifiche debbano considerarsi una sorta di interpretazione autentica del primo, di talché – se la convenzione effettivamente stipulata riporta le medesime espressioni del Modello – il Commentario oggi vigente si dovrebbe applicare anche alle convenzioni stipulate prima della pubblicazione della versione 2005. Questa è la posizione della stessa OCSE che nell'introduzione alla Convenzione esplicita dettagliatamente la valenza interpretativa del Commentario e delle sue modifiche anche con riguardo alle convenzioni bilaterali già in essere (cfr. §§ 33 e ss.).

Si tratta, peraltro, di un'interpretazione non universalmente condivisa, soprattutto nella misura in cui si assuma quale parametro interpretativo l'intenzione degli Stati contraenti, che evidentemente si cristallizza nel momento di sottoscrizione dell'accordo bilaterale con riguardo al Modello e al Commentario in allora vigente e che non può certo dirsi soggetta ad "aggiornamenti" per effetto di modifiche successive al Commentario che gli Stati contraenti non potevano in alcun modo conoscere né prevedere.

A mio avviso, la corretta impostazione del problema – più che trovare soluzione sul piano dogmatico – deve muovere da un approccio di tipo pragmatico. In termini più chiari, occorre distinguere da un lato le modifiche ed integrazioni del Commentario che hanno valenza evidente di chiarimento delle disposizioni del Modello, perché spesso non fanno altro che codificare prassi amministrative e precedenti giurisprudenziali di diversi Stati, senza apportare sostanziali cambiamenti di rotta nell'interpretazione. Su queste, non pare esservi dubbio che la loro applicazione per così dire "retroattiva" non si possa porre in discussione.

Dall'altro lato vi sono invece impostazioni del Commentario assolutamente innovative, o che introducono per la prima volta il trattamento fiscale di specifiche fattispecie. In tal caso, l'interprete deve porsi il problema di verificare se, alla luce del precedente testo del Commentario – assumendo appunto l'invarianza del testo convenzionale – tale interpretazione era possibile, al limite in termini di corollario di quanto ivi indicato. In caso di risposta affermativa, si potrà applicare anche qui il nuovo testo alle vecchie convenzioni; in caso di risposta negativa si dovrà piuttosto far riferimento ai vecchi testi di Commentario che si sono stratificati nel tempo e che, non a caso, l'OCSE continua a riportare in calce al testo vigente.

Per essere concreti, ritengo ad esempio che i chiarimenti in tema di stabile organizzazione personale, di stabile organizzazione occultata in una società controllata e di stabile organizzazione multipla ben possano avere valenza interpretativa sin da oggi. Non altrettanto sicuro sarei sul regime convenzionale delle *stock option* o su alcuni passaggi del Commentario in materia di pensioni.

WILLIAM SHAKESPEARE, "RE LEAR", ATTO IV, SCENA VI

> Lustra pur i peccati con una laminatura d'oro e la gagliarda lancia della giustizia si spezza, e si fa inoffensiva. Se, invece, armi un uomo di stracci, anche la pagliuzza agitata da un pigmeo sarà buona a ferirlo. <