

Dipartimento di Impresa e Management
Cattedra di Diritto Tributario (corso proredito)

**Convenzione tra la Repubblica Italiana e la Repubblica di San Marino
per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e
per prevenire le frodi fiscali**

RELATORE

Prof. Fabio Marchetti

CANDIDATO

Flavio Simoncini

Matricola 647511

CORRELATORE

Prof.ssa Mirella Pellegrini

ANNO ACCADEMICO 2014 / 2015

Dipartimento di Impresa e Management
Cattedra di Diritto Tributario (corso progredito)

Convenzione tra la Repubblica Italiana e la Repubblica di San Marino per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e per prevenire le frodi fiscali

RELATORE

Prof. Fabio Marchetti

CANDIDATO

Flavio Simoncini

Matricola 647511

CORRELATORE

PROF.SSA MIRELLA PELLEGRINI

ANNO ACCADEMICO 2014 / 2015

INDICE GENERALE

ANNO ACCADEMICO 2014 / 2015	2
INTRODUZIONE.....	5
LE CONVENZIONI COME STRUMENTI DI FISCALITÀ INTERNAZIONALE	6
Gerarchia delle fonti.....	6
Doppie imposizioni	7
ANALISI DELLA LEGGE DI RATIFICA	14
PREMESSA.....	14
CONVENZIONE.....	17
Soggetti.....	17
Imposte considerate.....	18
DEFINIZIONI	19
Definizioni generali.....	19
Residenza.....	21
La residenza nelle convenzioni contro le doppie imposizioni	22
Stabile organizzazione	32
IMPOSIZIONE DEI REDDITI.....	47
Redditi immobiliari	47
Utili delle imprese.....	47
Navigazione marittima ad aerea	48
Imprese associate	49
Dividendi.....	49
Interessi	58
Canoni.....	68
Utili di capitale.....	75
Professioni indipendenti.....	76
Lavoro dipendente	79
Compensi e gettoni di presenza	80
Artisti e sportivi	81
Pensioni	85
Funzioni pubbliche.....	88
Professori, insegnanti, ricercatori	89
Studenti ed apprendisti	90
Altri redditi.....	91
METODI PER ELIMINARE LA DOPPIA IMPOSIZIONE	92
Eliminazione della doppia imposizione	92

CAPITOLO 5: DISPOSIZIONI PARTICOLARI.....	93
Non discriminazione	93
Procedura amichevole.....	94
Scambio di informazioni	96
Articolo V Protocollo.....	98
Agenti diplomatici e funzioni consolari	99
Rimborsi.....	100
Limitazione dei benefici.....	101
DISPOSIZIONI FINALI.....	102
Entrata in vigore	102
Denuncia.....	103
SENTENZA 28 MARZO 2011, N.5	106
CONCLUSIONI	109
BIBLIOGRAFIA	110

INTRODUZIONE

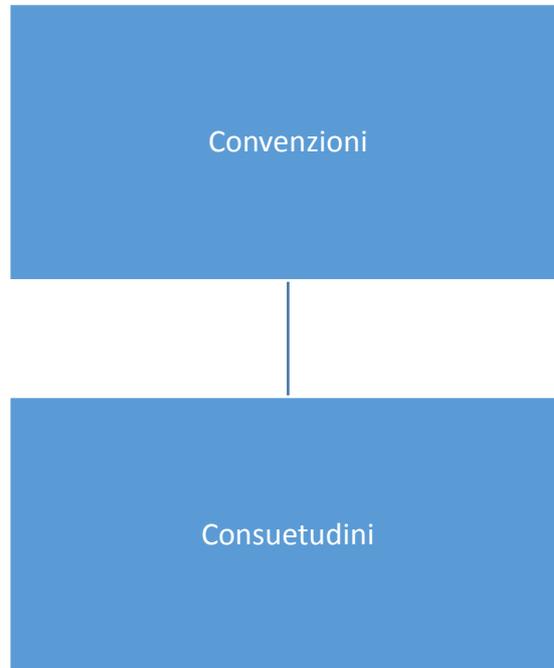
Affrontare un argomento come il rapporto convenzionale tra San Marino e Italia ha, per me, un fascino senza pari. Questo avviene sia per la forte attrazione che esercita, in generale, il diritto tributario su di me, sia per il legame che ho con San Marino, il mio Paese natio. La recente entrata in vigore della Convenzione rende questo argomento degno di apparire in una tesi di laurea specialistica, con gli obiettivi di: esplicitare le norme e il percorso storico di questo accordo, anche con l'ausilio di illustrazioni e grafici; fornire una casistica di esempi pratici che mettano in evidenza soprattutto come San Marino abbia rispettato questa Convenzione. L'esegesi di suddetta Convenzione si avvarrà del contributo del Commentario OCSE. È importante soffermarsi sulla doppia imposizione: i suoi effetti, infatti, sono dannosi sullo scambio di beni e servizi e sui movimenti di capitale, tecnologie e beni sono così ben noti che è scarsamente necessario accentuare l'importanza di rimuovere gli ostacoli che la doppia imposizione presenta allo sviluppo di relazioni economiche tra Paesi. È stato a lungo riconosciuto tra i Paesi membri dell'OCSE che è desiderabile chiarire, standardizzare e confermare la situazione fiscale dei contribuenti impegnati in attività commerciali, industriali e finanziarie attraverso l'applicazione da parte di tutti gli Stati di soluzioni comuni a casi identici di doppia imposizione. È anche uno scopo dei trattati fiscali prevenire evasione ed elusione fiscale. I contribuenti possono essere tentati di aggirare la normativa fiscale di un Paese sfruttando le differenze tra le leggi di vari Paesi. Questi tentativi possono essere contrastati attraverso previsioni normative che fanno parte della normativa tributaria domestica. È improbabile, quindi, che un tale Stato si accordi a previsioni di doppia imposizione bilaterale che abbiano l'effetto di permettere transazioni abusive che altrimenti sarebbero impedito da previsioni e regole di questo genere contenute nelle leggi domestiche. Inoltre, non vorrà applicare le sue convenzioni bilaterali in modo che ciò possa avere effetto.

Nella speranza che questa tesi sia d'utilità per addetti ai lavori e per appassionati della materia, rendo grazie a chiunque abbia partecipato alla genesi di questa opera: la mia famiglia *in primis*, la mia università e il mio professore relatore, senza i quali questo trattato non avrebbe avuto origine.

LE CONVENZIONI COME STRUMENTI DI FISCALITÀ INTERNAZIONALE

Gerarchia delle fonti

Le convenzioni tra Stati costituiscono la fonte più importante di diritto internazionale tributario, seguite, secondo alcuni, dalle consuetudini¹:



La doppia imposizione è un fenomeno che attenta al corretto funzionamento dei sistemi tributari ed è stata, pertanto, presa in considerazione da alcune organizzazioni internazionali (OCSE, ONU, ecc.). Dal momento che le misure unilaterali (le norme interne degli Stati) non sono rimedi efficaci, si ricorre alle convenzioni. Vengono stipulati, quindi, trattati tra Stati per disciplinare questioni tributarie (inizialmente solo le doppie imposizioni, in seguito le imposte su redditi, patrimoni e sulle successioni e la collaborazione in tema di evasione fiscale)².

Come detto sopra, tra le organizzazioni internazionali che si prendono cura di queste tematiche c'è l'OCSE, il cui **modello di convenzione** viene impiegato da molti Paesi tra cui anche l'Italia e San Marino³.

¹ Cfr. Istituzioni di diritto tributario, di F. TESAURO.

² I trattati in materia di imposte sui redditi, conclusi dall'Italia, sono oltre 70, mentre quelli in materia di imposte sulle successioni sono 7, dei quali uno soltanto (Francia) riguarda anche le imposte sulle donazioni. Le più importanti convenzioni concluse dall'Italia sono commentate in AA. VV. Le Convenzioni dell'Italia in materia di imposte su reddito e patrimonio, a cura di C. GARBARINO.

³ Nelle Convenzioni che si basano sul Modello ONU, che tutela i Paesi in via di sviluppo, si prevede la concessione di un credito d'imposta figurativo (*tax sparing credit*) che lo Stato di residenza concede come detrazione d'imposta anche quando l'investitore non è esonerato dalle imposte sui redditi prodotte nell'altro Stato contraente (di solito un Paese in via di sviluppo). Quando, per attrarre investitori esteri, un Paese concede delle agevolazioni per le imposte sui redditi, la tassazione da parte dello Stato industrializzato di residenza del soggetto che effettua l'investimento annullerebbe di fatto il beneficio concesso nel Paese in via di sviluppo. Il Modello Ocse prevede come facoltà la concessione del credito d'imposta figurativo (art.23 B, paragrafo 2).

Invece, il Modello degli Stati Uniti d'America (*1981 Draft U.S. Model Income Tax Treaty*) è caratterizzato dal rilievo dato alla nazionalità (alias cittadinanza) dei contribuenti, invece che allo Stato della residenza fiscale o della Fonte.

Le convenzioni internazionali acquistano valore di legge mediante approvazione delle relative **leggi di ratifica**, cioè norme speciali che, come recita il noto broccardo *lex specialis derogat generali*, prevalgono sulle norme interne ordinarie⁴.

Tuttavia, le norme interne più favorevoli al contribuente prevalgono su quelle delle leggi esecutive delle convenzioni⁵. Ciò avviene per via del fatto che le disposizioni convenzionali, in seguito alla ratifica, sono norme speciali con finalità agevolativa: non può darsi, quindi, alcuna forma di contrasto con la normativa interna. In caso di contrasto, le norme interne devono essere dichiarate **incostituzionali**⁶.

Esaminando, invece, i rapporti tra convenzioni e norme dell'Unione Europea, il primato spetta alle seconde sulle prime in caso di contrasto. Nel caso in cui due parti contraenti sono membri dell'UE, da ambo le parti si applica il diritto dell'Unione; nel caso invece in cui un trattato sia stato stipulato tra uno Stato membro ed uno Stato terzo, il diritto dell'Unione prevale sul trattato nel diritto dello Stato membro, ma non può avere effetti nei confronti dello Stato terzo. Quindi, mentre lo Stato europeo deve disapplicare le norme convenzionali in contrasto al diritto comunitario, lo Stato terzo è tenuto ad applicare l'accordo⁷. Inoltre, secondo la Corte di Giustizia, lo Stato membro è tenuto a concedere ai non residenti le agevolazioni previste dalla convenzione alle stesse condizioni dei residenti, secondo il principio del trattamento nazionale.

Paesi entrambi membri UE	Si applica il Diritto dell'Unione Europea
Un Paese è membro UE e l'altro no	Diritto dell'Unione prevale sul trattato nello Stato membro, ma non ha effetti sul secondo

Doppie imposizioni

Dagli anni '20 è stata avvertita l'esigenza di individuare **principi uniformi** per la redazione di trattati contro le doppie imposizioni. La Società delle Nazioni (poi divenuta *ONU*), incaricata dalla *International Chamber of Commerce*, predispose due modelli di convenzione:

- Il *Mexico model* (del 1943);
- Il *London model* (del 1946).

Il primo venne elaborato, in via prevalente, da Stati membri provenienti dall'America Latina, causa l'assenza per la seconda guerra mondiale di membri dei Paesi industrializzati. La peculiarità consiste nel privilegio nella potestà impositiva accordato allo Stato della fonte, posizione teorica appannaggio dei Paesi importatori di capitale. Il *London model*, a differenza del precedente modello, riconosce la preminenza del potere impositivo dello Stato della residenza, limitando l'esercizio della potestà impositiva dello Stato della fonte ad alcune circoscritte tipologie di reddito. Tale posizione è propria dei Paesi industrializzati, tradizionali esportatori di capitali.

<i>Mexico model</i>	Privilegio della potestà impositiva allo Stato della fonte
<i>London model</i>	Privilegio della potestà impositiva allo Stato della residenza

A seguito dello scioglimento della Società delle Nazioni nel 1946, l'*OECE* assunse il compito di studiare le questioni attinenti la doppia imposizione internazionale. Questa organizzazione, nel 1956, assegnò ad un

⁴ Ciò trova conferma nell'art.75 del D.p.r. 29 Settembre 1973, n. 600.

⁵ Art. 169 T.u.i.r.

⁶ Artt. 11 e 117 Cost.

⁷ Cfr. *On Double Taxation Conventions*, cit. p. 74.

comitato fiscale, creato appositamente, l'incarico di elaborare un modello di trattato contro le doppie imposizioni, che assolvesse una funzione paradigmatica tra gli Stati membri in occasione della negoziazione di convenzioni bilaterali.

Nel 1961 l'*OECE* divenne *OCSE* e, due anni dopo, il suddetto comitato fiscale predispose un modello generale di trattato contro le doppie imposizioni, corredato da un **commentario** per la corretta interpretazione delle norme in esso contenute. Il modello di trattato venne intitolato: "*Draft Double Taxation Convention on Income and Capital*" (Modello di convenzione sulle doppie imposizioni su reddito e capitale).

Nel Luglio 1963 venne emanata dal Consiglio dell'*OCSE* una raccomandazione mediante la quale agli Stati membri fu consigliata l'adozione, al momento della stipula di convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, del modello predisposto dal Comitato fiscale, tenendo conto, al contempo, dell'interpretazione fornita dal relativo commentario. Gli Stati membri, nonostante non avessero alcun obbligo a seguire tale raccomandazione, recepirono i criteri proposti dall'*OCSE* e si uniformarono agli stessi nelle negoziazioni dei trattati bilaterali avvenute negli anni successivi. Dal 1963, il Modello *OCSE* ha avuto notevoli ripercussioni sulla negoziazione, l'applicazione e l'interpretazione delle convenzioni fiscali. Per prima cosa, i Paesi membri *OCSE* si sono largamente conformati al Modello di Convenzione. I progressi fatti verso l'eliminazione della doppia imposizione tra Paesi membri può essere misurata dal crescente numero di Convenzioni concluse tra Paesi membri ma anche dal fatto che, in accordo con le Raccomandazioni del Consiglio *Ocse*, queste convenzioni seguono il modello e, in molti casi, le disposizioni generale del Modello. L'esistenza del Modello di Convenzione ha reso possibile un'armonizzazione desiderabile delle convenzioni bilaterali a beneficio sia dei contribuenti sia delle amministrazioni nazionali. In secondo luogo, l'impatto del Modello di Convenzione si è esteso molto oltre l'area *OCSE*. È stato utilizzato come documento base di riferimento in negoziazioni tra Paesi membri e non membri e anche tra soli Paesi non membri.

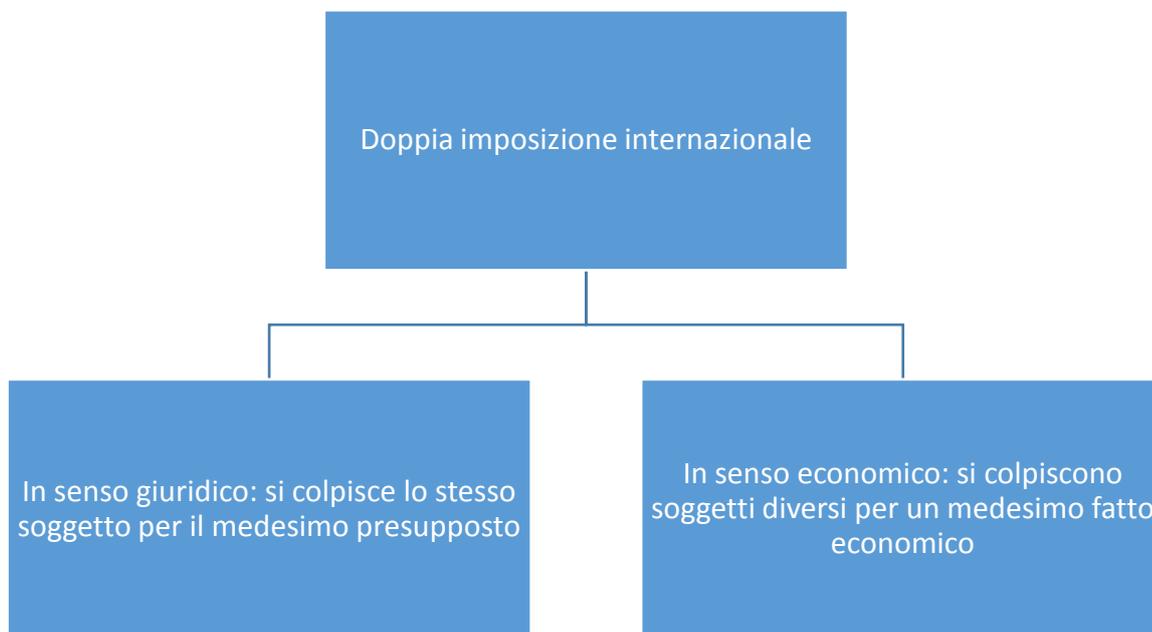
Ora analizziamo gli interrogativi fondamentali che si pongono nell'analisi delle convenzioni.

Qual è il contenuto delle convenzioni sulle doppie imposizioni? È costituito dalle norme di distribuzione, cioè dalle norme che ripartiscono il potere impositivo tra gli Stati contraenti.

A chi si applicano le convenzioni internazionali? Alle persone che sono residenti di uno o di entrambi gli Stati contraenti⁸. La residenza è da intendersi in senso fiscale in virtù della legislazione dello Stato contraente.

Quando due Stati diversi, con tributi identici o simili, colpiscono, per il medesimo presupposto, lo stesso soggetto, vi è "doppia imposizione internazionale in senso giuridico". Quando le due imposizioni colpiscono, per un medesimo fatto economico, soggetti diversi, la doppia imposizione è detta "doppia imposizione in senso economico".

⁸ Art. 1 Modello *OCSE*.



La doppia imposizione può verificarsi in tre ipotesi⁹. La più frequente si verifica quando l'imposizione personale dello Stato della residenza concorra con l'imposizione reale dello Stato della fonte. Gli Stati, generalmente, tassano tutti i redditi dei residenti, anche se prodotti all'estero; nello stesso tempo, i redditi prodotti all'estero sono tassati anche dallo Stato della fonte. Può aversi, altresì, concorso di imposte personali. Ciò avviene quando un soggetto risulti fiscalmente residente in più Stati (ad esempio, una persona ha in uno Stato il centro dei suoi affari economici ed in un altro la sua dimora stabile)¹⁰. Infine, vi può essere concorso di imposte reali; a ciò può condurre la diversità dei criteri di localizzazione dei redditi adottati dagli Stati.

⁹ Sulle cause della doppia imposizione internazionale cfr. A. PISTONE, La tassazione degli utili distribuiti e la *thin capitalization*: profili internazionali e comparati; B. CASTAGNEDE, Précis de Fiscalité internationale.

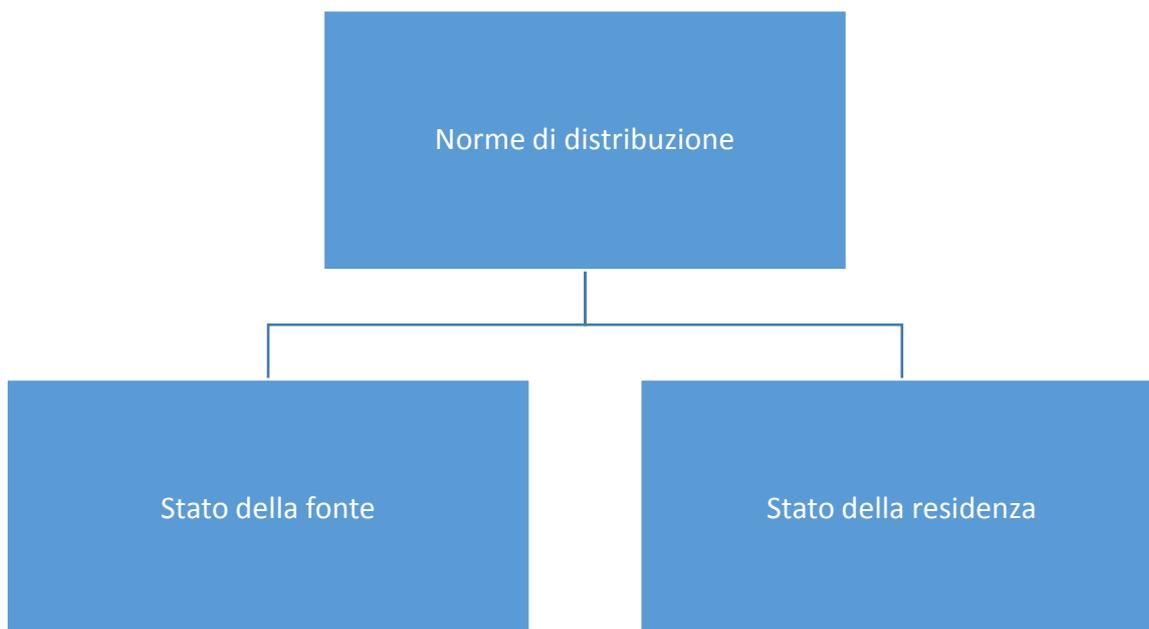
¹⁰ La doppia residenza fiscale può essere la conseguenza del fatto che vi sono ordinamenti che adottano criteri diversi di determinazione della residenza: negli USA la residenza fiscale è legata alla cittadinanza, per cui un cittadino americano che si stabilisca in un altro Paese acquisisce una doppia residenza fiscale. Cfr. *Global Perspectives on income taxation laws*, R.S. AVI-YONAH, N. SARTORI, O. MARIAM.



L'opposto della doppia imposizione è la “**doppia non imposizione**”, che può verificarsi perché espressamente prevista dalla convenzione, ad esempio per incentivare una determinata attività. È un effetto indesiderato¹¹, ma l'applicazione della convenzione contro le doppie imposizioni tra i due Stati non può porvi rimedio, perché le norme convenzionali restringono e non estendono, il potere impositivo dei contraenti. Questo fenomeno può derivare dall'effetto combinato di una legge interna e di una clausola convenzionale. Nella situazione in cui la convenzione, per esempio, prevedesse che un reddito possa essere tassato solamente dallo Stato di residenza, che, invece, esenta quel reddito, il risultato finale è di doppia non imposizione (quel reddito non è tassato né da un contraente, per effetto della legislazione interna, né dall'altro, perché lo impedisce la convenzione).

Le norme di distribuzione, quindi, determinano quale Stato può tassare un certo presupposto di imposta, o ammettono che entrambi gli Stati, con o senza limiti, possono esercitare il potere impositivo.

¹¹ Si tratta di un effetto per lo più indesiderato, perché le convenzioni non vengono stipulate per escludere il potere di imposizione di entrambi i contraenti.



È interessante notare come le norme convenzionali pongano limiti alla potestà impositiva e non la generino, dal momento che ogni Stato è dotato di per sé di potestà impositiva in campo tributario. Le norme convenzionali, pertanto, rese efficaci in un dato ordinamento, possono dunque impedire la tassazione di data fattispecie, in deroga alle norme fiscali ordinarie, ma non determinarne la tassazione in maniera diretta, che può derivare soltanto da norme interne. Le norme di distribuzione del modello OCSE, in via principale, limitano la potestà di imposizione dello Stato della fonte. Può trattarsi di:

- Limitazione totale (la tassazione è riservata allo Stato di residenza ed è esclusa nello Stato della fonte);
- o di limitazione parziale (oltre che nello Stato di residenza, può esservi tassazione anche nello Stato della fonte, con o senza limiti).



Possiamo perciò distinguere i redditi in tre categorie:

- 1) redditi tassabili esclusivamente nello Stato di **residenza** (in quanto la potestà impositiva dello Stato della fonte è limitata totalmente). Fanno parte di questa categoria i canoni (art.12)¹², gli utili derivanti dall'alienazione di azioni o titoli (art.13), le pensioni private (art.18), le somme ricevute dagli studenti per scopi di studio o di formazione professionale (art.20). Gli utili delle imprese sono imponibili solo nello Stato di residenza dell'impresa (art.7)¹³, ma i redditi attribuibili ad una stabile organizzazione sono tassabili anche nello Stato della fonte. La stessa regola vale per i lavoratori autonomi, che, nell'ultima versione del Modello, sono equiparati alle imprese¹⁴. In maniera analoga, i redditi da lavoro dipendente sono imponibili solo nello Stato di residenza, a meno che l'altra attività non venga svolta nell'altro Stato (art.15)¹⁵.
- 2) redditi che possono essere tassati da **entrambi gli Stati contraenti** (in quanto la potestà impositiva dello Stato della fonte è limitata solo parzialmente). Di questa categoria fanno parte i dividendi e gli interessi e, in accordo a molte Convenzioni stipulate dall'Italia, ma non secondo il modello, anche i canoni. Dividendi ed interessi sono dunque tassabili da entrambi gli Stati contraenti, ma il potere impositivo dello Stato della fonte è limitato. La tassazione dei dividendi da parte dello Stato della fonte non deve superare il 5%, se il beneficiario effettivo è una società che detiene direttamente almeno il 25% del capitale della società che distribuisce i dividendi; negli altri casi, non dev'essere superato il 15%. La ritenuta sugli interessi non deve essere superiore, nello Stato della fonte, al 10%; e lo Stato di residenza deve concedere un credito d'imposta a fronte della ritenuta operata alla fonte;
- 3) La terza categoria è costituita dai redditi che possono essere tassati, oltre che nello Stato di residenza, anche nello Stato della **fonte**, senza limiti. In questa categoria rientrano i redditi degli immobili (art.6); i redditi di impresa (compresi quelli dei lavoratori autonomi) attribuibili alle stabili organizzazioni (art.7), i *capital gain* (art.13); i compensi degli amministratori e sindaci (art.16); i redditi di artisti e sportivi (art.17).

¹² Molte convenzioni concluse dall'Italia, peraltro, impiegano, per i canoni, il medesimo criterio di tassazione previsto per dividendi ed interessi.

¹³ Gli utili delle imprese di navigazione sono imponibili soltanto nello Stato in cui ha sede la direzione effettiva dell'impresa (artt.8 e 16).

¹⁴ Per i lavoratori autonomi l'art.14 del Modello prevedeva la tassazione nello Stato della fonte se c'era una base fissa; l'art.14 del Modello è stato espunto dal modello ed ora il termine "impresa" ricomprende qualsiasi attività economica (art.3).

¹⁵ Anche nell'ipotesi in cui l'attività venga svolta nello Stato della fonte, resta ferma la tassazione esclusiva dello Stato della residenza se il lavoratore soggiorna all'estero per meno di 183 giorni in un anno o se le remunerazioni non sono sostenute da un datore di lavoro o da una stabile organizzazione con sede nello Stato della fonte.

ANALISI DELLA LEGGE DI RATIFICA

PREMESSA

L'analisi della legge di ratifica gode dell'ausilio dei commenti della Commissione OCSE alla *Model Tax Convention on Income and on Capital* del 22 Luglio del 2010 (Commentario OCSE).

Il Modello OCSE di Convenzione sulla doppia imposizione su reddito e capitale fornisce un mezzo di **regolamentazione uniforme** dei problemi che sorgono nel campo della doppia imposizione giuridica. Secondo quanto raccomandato dal Consiglio dell'OCSE, i Paesi Membri, quando concludono o sottopongono a revisione le convenzioni bilaterali, si dovrebbero uniformare a questo modello di Convenzione così come interpretato dai Commenti e avendo riguardo delle riserve contenute.

Così come mostrato dalla tabella nella pagina seguente, il Modello di Convenzione descrive, per prima cosa, il suo ambito (cap.1) e alcuni termini (cap.2). La parte principale (capitoli 3,4 e 5) dispone fino a quanto possono tassare redditi e capitali i due Paesi contraenti e come si può eliminare la doppia imposizione giuridica. Infine, si trovano le disposizioni speciali (cap.6) e quelle finali (cap.7).

Benché tutti i Paesi membri siano in accordo con gli scopi e le principali disposizioni del Modello di Convenzione, quasi tutti hanno formulato riserve su alcune norme, che sono registrate nei commenti degli articoli relativi.

Con la legge 19 Luglio 2013, n.88, si ratifica e si dà esecuzione alla Convenzione tra la Repubblica italiana e la Repubblica di San Marino per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e per prevenire le frodi fiscali.

Analizziamo in seguito la Convenzione e la relativa modifica da parte del Protocollo.

STRUTTURA

Struttura della Convenzione	Ambito di applicazione	Soggetti, Imposte considerate
	Definizioni	Definizioni generali, Residenza, Stabile organizzazione
	Imposte sul reddito	Redditi immobiliari, Utili delle imprese, Navigazione marittima ed aerea, Imprese associate, Dividendi, Interessi, Canoni, Utili di capitale, Professioni indipendenti, Lavoro dipendente, Compensi e gettoni di presenza, Artisti e sportivi, Pensioni, Funzioni pubbliche, Professori, insegnanti e ricercatori. Studenti ed apprendisti. Altri redditi.
	Metodi per eliminare la doppia imposizione	Eliminazione della doppia imposizione
	Disposizioni particolari	Non discriminazione, Procedura amichevole, Scambio di informazioni, Agenti diplomatici e funzionari consolari, Rimborsi, Limitazione dei benefici
	Disposizioni finali	Entrata in vigore, Denuncia
Protocollo aggiuntivo	Articolo 1	Dividendi
	Articolo 2	Interessi
	Articolo 3	Canoni
	Articolo 4	Scambio di informazioni
	Articolo 5	Applicazione articoli 10, 11 e 12
	Articolo 6	Sostituzione Protocollo
	Articolo 7	Entrata in vigore

CONVENZIONE

Questa Convenzione, come affermato nell'introduzione, ha lo scopo di "prevenire le frodi fiscali, per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e per rafforzare l'ordinato sviluppo delle relazioni economiche tra i due Paesi nel contesto di una maggiore cooperazione, nonché per assicurare che i vantaggi della Convenzione per evitare le doppie imposizioni vadano a beneficio esclusivo dei contribuenti che adempiono i loro obblighi fiscali".

Quindi, il Congresso di Stato della Repubblica di San Marino e il Governo della Repubblica Italiana hanno convenuto quanto segue.

Soggetti

(Articolo 1)

In questo articolo si specifica che la Convenzione si applica ai **residenti di uno o entrambi gli Stati contraenti**.

Questo criterio, vedi *supra*, stabilisce che, mentre le prime Convenzioni erano applicabili ai cittadini dei Paesi contraenti, quelle più recenti si applicano ai residenti, invece altre ancora ai contribuenti. Si ritiene preferibile¹⁶, per ragioni pratiche, far sì che la Convenzione si applichi a soggetti che sono residenti¹⁷ di uno o di entrambi i Paesi contraenti.

¹⁶ Commentario art.1

¹⁷ Art.4

Imposte considerate

(Articolo 2)

L'articolo due specifica quali sono le imposte considerate nella Convenzione, con lo scopo di rendere più accettabile e precisa la terminologia e la nomenclatura relative alle imposte coperte dalla Convenzione, di assicurare l'identificazione di suddette imposte, di allargare, per quanto possibile, l'ambito di applicazione della Convenzione includendo, in armonia con la normativa interna, le tasse imposte dalle suddivisioni politiche ed autorità locali, di evitare la necessità di concludere una nuova Convenzione se sono modificati gli ordinamenti interni e di assicurare per ogni Paese contraente notifiche di cambiamenti significativi nelle leggi tributarie dell'altro Stato.

La disciplina della convenzione si applica alle imposte sul reddito prelevate per conto di ciascuno degli Stati contraenti, delle sue suddivisioni politiche o amministrative o dei suoi enti locali, qualunque sia il sistema di prelevamento¹⁸.

Quali sono le imposte sul reddito considerate?

- le imposte prelevate sul reddito complessivo o su elementi del reddito, comprese le imposte sugli utili derivanti dall'alienazione di beni mobili o immobili;
- le imposte sull'ammontare complessivo degli stipendi e dei salari corrisposti dalle imprese;
- le imposte sui plusvalori.

Nella tabella sottostante si analizzano le imposte che effettivamente vengono colpite dalla Convenzione in ciascun Paese contraente.

SAN MARINO	ITALIA
Imposta sul reddito delle persone fisiche	Imposta sul reddito delle persone fisiche
Imposta sul reddito delle persone giuridiche e delle imprese individuali	Imposta sul reddito delle persone giuridiche e delle imprese individuali
	IRAP

L'ultimo comma specifica quali imposte future saranno oggetto della disciplina della Convenzione. Queste, infatti, devono essere "di natura identica o analoga" e "in aggiunta o in sostituzione delle imposte esistenti." Sorge infine, in capo a ciascuno Stato, l'obbligo di notifica delle modifiche importanti apportate "alle rispettive legislazioni fiscali".

¹⁸ Art.2 comma 1

DEFINIZIONI

Dall'art.3 si esaminano le definizioni che circoscrivono l'ambito della Convenzione. In prima analisi, si passano in rassegna le definizioni generali.

Definizioni generali

(Articolo 3)

Condizionatamente al fatto che il contesto non richieda una diversa interpretazione, si inquadrano i termini ricorrenti nel prosieguo della Convenzione.

TERMINE	DEFINIZIONE
Italia	Repubblica Italiana
San Marino	Repubblica di San Marino
Uno/altro Stato contraente	San Marino/Italia
Persona	Persona fisica, società ed ogni altra associazione di persone
Società	Qualsiasi persona giuridica o qualsiasi ente che è considerato persona giuridica ai fini dell'imposizione
Impresa di uno/dell'altro Stato contraente	Impresa esercitata da un residente di uno Stato contraente e un'impresa esercitata da un residente dell'altro Stato contraente
Traffico internazionale	Qualsiasi attività di trasporto effettuato per mezzo di una nave o di un aeromobile da parte di un'impresa la cui sede di direzione effettiva è situata in uno Stato contraente, ad eccezione del caso in cui la nave o l'aeromobile sia utilizzato esclusivamente tra località situate nell'altro Stato contraente
Nazionali	Persone fisiche che hanno la nazionalità di uno Stato contraente; persone giuridiche, società di persone e associazioni costituite in conformità della legislazione in vigore in uno Stato contraente
Autorità competente	Per quanto concerne l'Italia, il Ministero dell'Economia e delle Finanze; per quanto concerne San Marino, la Segreteria di Stato per le Finanze

Il secondo comma definisce, in via residuale, le espressioni non considerate nel comma precedente. Il criterio adottato è quello del "significato che ad esse è in quel momento attribuito dalla legislazione di detto Stato relativa alle imposte alle quali si applica la Convenzione, a meno che il contesto non richieda una diversa interpretazione".

La definizione di persona esplicitamente menziona individui, società ed altro ancora. Quindi, una fondazione potrebbe inserirsi nella categoria "persone". Il termine "traffico internazionale" si basa sul principio che il diritto di tassare profitti dalle operazioni di barche o aerei nel traffico internazionale risiede solamente nello Stato contraente in cui il luogo di gestione effettiva è situato in considerazione della natura speciale del business del traffico. Questa definizione è più ampia di quanto normalmente inteso, dato che si intende preservare per il luogo di gestione effettiva il diritto di tassare il traffico puramente domestico così come il traffico internazionale con un Paese terzo. E consentire agli altri Stati contraenti di tassare il traffico solamente tra i propri confini. Una nave o un aereo operano solamente in luoghi nell'altro Stato contraente

in relazione a un particolare viaggio se il posto di partenza e quello di arrivo sono entrambi nell'altro Stato contraente. La definizione del termine "nazionale" afferma semplicemente che, in relazione a uno Stato contraente, il termine si applica ad ogni individuo che possiede la nazionalità o la cittadinanza di quello Stato contraente.

Residenza

(Articolo 4)

L'esplicazione della residenza e della doppia residenza è mostrata nella seguente tabella:

Residenza in uno Stato contraente

- Se "in virtù della legislazione di detto Stato", è ivi assoggettata ad imposta, a motivo del suo domicilio, della sua residenza, della sede della sua direzione o di ogni altro criterio di natura analoga. Questa espressione è comprensiva delle persone che sono assoggettate ad imposta in detto Stato soltanto per il reddito che esse ricavano da fonti situate in detto Stato. Suddetto criterio consente di districarsi perfettamente nel caso in cui la persona in oggetto sia residente di un solo Stato.

Doppia residenza - persone fisiche

- questa persona è considerata residente soltanto dello Stato nel quale ha un'abitazione permanente; quando essa dispone di un'abitazione permanente, in entrambi gli Stati, è considerata residente dello Stato nel quale le sue relazioni personali ed economiche sono più strette (centro degli interessi vitali);
- se non si può stabilire lo Stato nel quale detta persona ha il centro dei suoi interessi vitali, o se la medesima non ha un'abitazione permanente in alcuno degli Stati, essa è considerata residente dello Stato in cui soggiorna abitualmente;
- se detta persona soggiorna abitualmente in entrambi gli Stati, oppure non soggiorna abitualmente in alcuno di essi, essa è considerata residente soltanto dello Stato del quale ha la nazionalità;
- se detta persona ha la nazionalità di ambo gli Stati, o se non ha la cittadinanza di alcuno di essi, le autorità competenti degli Stati risolvono la questione di comune accordo

Doppia residenza - persone giuridiche

- essa è residente soltanto dello Stato in cui si trova la sede della sua direzione effettiva

Il concetto di residente dimostra la sua importanza in tre casi:

- nel determinare l'ambito di applicazione della Convenzione.
- a risolvere casi in cui la doppia imposizione sorge in conseguenza di doppia residenza.
- a risolvere casi in cui la doppia tassazione cresce come conseguenza della tassazione lo Stato di residenza non stato di fonte.

Come detto in precedenza, gli ordinamenti tributari dei vari Stati si possono caratterizzare sia dall'utilizzo di criteri di collegamento di tipo **soggettivo** tra il fatto impositivo ed il territorio statale, rappresentati dalla residenza e dalla cittadinanza, sia da criteri di tipo **oggettivo**, come il luogo di produzione del reddito sottoposto a tassazione. I due i criteri di collegamento di maggiore rilievo sono:

- la residenza (criterio personale);
- il luogo di produzione del reddito (criterio territoriale).

Nell'ambito della prima tipologia dei sistemi d'imposizione (*worldwide*), l'ordinamento tributario sammarinese ha esteso il criterio impositivo della residenza (già previsto per le persone giuridiche nella previgente normativa) anche alle persone fisiche¹⁹, imponendo il reddito del soggetto residente ovunque sia prodotto, sia nella Repubblica di San Marino che all'estero. Pertanto, nel diritto sammarinese, la residenza della persona si ritiene un collegamento sufficiente per attribuire allo Stato di residenza (in

¹⁹ L. 16 dicembre 2013, n. 166

questo caso San Marino) la potestà di assoggettare ad imposizione anche i redditi prodotti all'estero, fatti salvi i criteri per eliminare la doppia imposizione alle condizioni di legge.

Tuttavia, bisogna tenere in considerazione come l'ordinamento tributario sammarinese abbia adottato un sistema impositivo con entrambi i sistemi suddetti: la tassazione dei contribuenti è legata, da un lato, al criterio del collegamento personale per i soggetti residenti e, dall'altro, a quello reale per i soggetti non residenti²⁰. Per quanto questi ultimi non intrattengano un legame personale con la Repubblica di San Marino, possono realizzare, cionondimeno, il presupposto dell'imponibilità dei redditi percepiti.

La residenza nelle convenzioni contro le doppie imposizioni

Il Modello OCSE di Convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni sui redditi e sul capitale e, nello specifico, la Convenzione contro le doppie imposizioni stipulata tra San Marino e Italia, prevede apposite norme che, *in primis*, permettono di definire la residenza di una persona ai sensi ed ai fini della Convenzione medesima; in secondo luogo, qualora si verifichi un'ipotesi di doppia residenza, stabiliscono alcune regole (cd. "*tie-breaker rules*") per definire l'unica residenza della persona ai fini della Convenzione²¹.

Si deduce, da ciò, che l'operatività della Convenzione è strettamente subordinata alla previa definizione di un'unica residenza della persona. L'**unicità della residenza** è limitata alle norme convenzionali; in base alle leggi fiscali interne, quindi, la persona fisica o la giuridica può di mantenere lo *status* di residente.

Lo scopo dell'art.4 della Convenzione è ripartire la pretesa tributaria tra i due Stati contraenti, individuando lo Stato della residenza e, in via residuale, lo Stato della fonte che, in genere, si occupa di limitare o rinunciare alla propria potestà impositiva, concedendo rispettivamente il credito d'imposta o l'esenzione.

Il paragrafo 1 dell'art. 4²² rinvia in maniera esplicita al significato contenuto nelle legislazioni nazionali per stabilire se una persona possa essere ritenuta residente ai fini della Convenzione e, cioè, sia "assoggettata ad imposta nello stesso Stato a motivo del suo domicilio, della sua residenza, della sede della sua direzione o di ogni altro motivo di natura analoga". Dev'essere intesa, questa espressione, nel significato di **potenziale assoggettamento ad imposizione in maniera illimitata** (*full liability to tax*) e non conta l'effettivo prelievo fiscale subito dalla persona fisica.

Per quanto concerne, inoltre, il significato da attribuire a residenza e domicilio, emerge come la Convenzione si astenga dal proporre definizioni autonome che possano essere adottate in luogo delle nozioni delle legislazioni nazionali.

Detto questo, è possibile affermare che l'art. 4 della Convenzione definisce un criterio interpretativo speciale della Convenzione stessa e, in quanto tale, prevale sui criteri generali d'interpretazione di cui all'art. 3, paragrafo 2 della Convenzione.

²⁰ L. n. 166/2013, art.5

²¹ Il Commentario OCSE determina, nei *preliminary remarks*, che "*the concept of the resident of a Contracting State has various function and is of importance in three cases:*

- *in determining a convention's personal scope of application;*
- *in solving cases where double taxation arises in consequence of double residence;*
- *in solving case where double taxation arises as a consequence of taxation in the he residence and in the State of source or situs".*

²² Il paragrafo in esame stabilisce: "*for the purposes of this Convention, the term «resident of a Contracting State» means any person who under the laws of the State, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature, and also includes that State and any political subdivision or local authority thereof. This term, however, does not include any person who is liable to tax in that State in respect only of income from sources in that State or capital situated therein".*

Il paragrafo 3 dell'art. 4 della Convenzione Italia-San Marino regola l'ipotesi in cui, ai sensi delle disposizioni del paragrafo 1, una persona fisica è residente di entrambi gli Stati contraenti (vale a dire, in Italia e nella Repubblica di San Marino). Per risolvere tale conflitto, è opportuno individuare disposizioni speciali che attribuiscono prevalenza ai criteri di collegamento del contribuente ad uno Stato piuttosto che all'altro²³.

La disposizione in esame concede preferenza allo Stato contraente in cui la persona fisica ha una **abitazione permanente**. Tale criterio è, nella maggior parte delle ipotesi, sufficiente per risolvere il conflitto risultante dal fatto che una persona dispone di una abitazione permanente in uno Stato contraente, nonostante abbia soggiornato per un certo periodo di tempo nell'altro Stato contraente.

Ne consegue che, nell'applicazione della Convenzione (e dunque qualora vi sia conflitto tra la legislazione dei due Stati), si considera che la residenza della persona fisica si trovi nel luogo ove la stessa abbia o utilizzi una abitazione; detta abitazione deve qualificarsi come permanente; il requisito della permanenza c'è 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 durata²⁴.

Qualora una persona fisica disponga di una abitazione permanente in entrambi gli Stati contraenti, il paragrafo 2 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 di detta persona. A tal fine, vengono 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 e il comportamento personale dell'interessato deve essere considerato in modo particolare. Se una persona, la quale possiede una abitazione in uno Stato, stabilisce una seconda abitazione nell'altro Stato conservando tuttavia la prima abitazione, la circostanza che egli conservi tale prima abitazione nell'ambiente ove egli ha sempre vissuto, ove ha sempre lavorato, e ove egli ha la propria famiglia e i beni, può, unitamente ad altri elementi, contribuire a dimostrare che egli ha conservato il centro degli interessi vitali nel primo Stato.

La lettera b) stabilisce un criterio per:

- a) il caso in cui la persona fisica disponga di una abitazione permanente in entrambi gli Stati contraenti e non si possa determinare in quale dei due Stati abbia il centro degli interessi vitali;
- b) il caso in cui la persona fisica non abbia una abitazione permanente in alcuno Stato contraente.

In tal caso, si accorda la preferenza allo Stato contraente ove la persona soggiorna **abitualmente**. Si devono quindi prendere in considerazione non solo i soggiorni che l'interessato effettua nella abitazione permanente nello Stato considerato, ma anche i soggiorni in qualsiasi altro luogo nel medesimo Stato²⁵.

Nel disporre che, nelle due situazioni contemplate, la preferenza è accordata allo Stato contraente ove la persona fisica ha il proprio soggiorno abituale, la lettera b) non determina il periodo di tempo entro il quale

²³ Secondo quanto stabilito dal Commentario all'art. 4 del Modello OCSE, il criterio di riferimento deve essere di natura tale da essere soddisfatto in un unico Stato e allo stesso tempo deve riflettere un legame per cui il diritto di assoggettare a tassazione sia naturalmente attribuito a quello specifico Stato.

²⁴ Precisa il Commentario all'art. 4 del Modello OCSE che, con riferimento alla nozione di abitazione, è opportuno osservare che qualsiasi forma di abitazione si può considerare (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.

²⁵ Altra ipotesi è quella di una persona fisica che non dispone di una abitazione permanente in alcuno degli Stati contraenti, in quanto, a titolo esemplificativo, soggiorna, spostandosi da un hotel ad un altro. Anche in tale caso, tutti i singoli soggiorni effettuati in uno Stato devono essere considerati, senza che risulti indispensabile accertarsi delle ragioni alla base di detti soggiorni.

è necessario effettuare il confronto. Esso dovrebbe essere effettuato su un periodo di tempo sufficientemente lungo da consentire di valutare se la residenza in ciascuno dei due Stati è abituale e di determinare al contempo la periodicità dei soggiorni.

Qualora, nelle due situazioni considerate nella lettera b), la persona fisica abbia il proprio soggiorno abituale in entrambi gli Stati contraenti o non abbia il proprio soggiorno abituale in nessuno di suddetti Stati, la preferenza viene accordata allo Stato del quale essa possiede la nazionalità. Se la persona fisica possiede la nazionalità di entrambi gli Stati contraenti o non possiede la nazionalità di alcuno di essi, la lettera d) attribuisce alle autorità competenti il dovere di determinarne la residenza mediante ricorso alla procedura amichevole di cui all'art. 25 della Convenzione.

Per quanto concerne il **centro degli interessi vitali**, la maggioranza degli Stati, inclusa la Repubblica di San Marino, ha ordinamenti tributari fondati su **criteri di collegamento sia reali che personali**, in quanto applicano sia il principio della residenza per i redditi ovunque prodotti dai propri residenti (*worldwide principle*), sia il principio della fonte (*source principle*), limitatamente ai redditi prodotti all'interno del proprio territorio da soggetti non residenti (art. 5 della L. n. 166/2013).

Quando si verifica il concorso di pretese impositive tra due Stati, in relazione ad una specifica fattispecie di reddito transnazionale, tale reddito è soggetto a doppia imposizione giuridica internazionale.

Per prevenire eventuali controversie, ogni Stato può concludere con altri Stati convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni.

Se la Convenzione prevede in maniera espressa che la potestà impositiva è attribuita in via esclusiva ad uno Stato, l'altro Stato non potrà rivendicare alcunché. Se però la Convenzione non reca espressamente tale dizione, ma si limita ad indicare un criterio che contrasta con quello della legislazione interna, si verifica, nonostante la Convenzione, un concorso di pretese impositive, in quanto entrambi gli Stati mantengono la potestà impositiva non esclusiva in relazione a quel reddito transnazionale.

In tali casi, per evitare fenomeni di doppia imposizione giuridica si applicano le norme interne e bilaterali contro le doppie imposizioni.

Come regola generale, le norme convenzionali prevalgono sulle norme interne; esse però devono essere interpretate operando un rinvio alle leggi interne dello Stato contraente salvo che il contesto non richieda altrimenti; in tal caso le norme convenzionali possono essere interpretate senza fare riferimento alle legislazioni degli Stati contraenti.

Per quanto la Repubblica di San Marino abbia concluso numerose Convenzioni per evitare le doppie imposizioni, permangono molti Stati con cui essa non ha alcun rapporto convenzionale.

Le situazioni che si possono configurare sono quindi le seguenti:

- a) se non vi è una Convenzione in vigore, si applicano esclusivamente le norme interne dello Stato (della fonte e della residenza);
- b) se vi è una Convenzione in vigore, si applicano le norme convenzionali seppure interpretate, nella maggior parte dei casi, con riferimento alle leggi interne.

In presenza di Convenzione, il problema di *dual residence* per le persone fisiche può essere risolto in virtù dell'applicazione del paragrafo 2 dell'art. 4 dell'accordo convenzionale, il quale prevede che quando una persona fisica è considerata residente di entrambi gli Stati contraenti: questa persona si considera residente dello Stato contraente nel quale ha un'**abitazione permanente**. Quando essa dispone di un'abitazione permanente in ciascuno degli Stati contraenti, è considerata residente dello Stato contraente nel quale le sue relazioni personali ed economiche sono più strette, vale a dire laddove è localizzato il suo

"centro degli interessi vitali"; se non si può determinare lo Stato contraente nel quale detta persona ha il suo "centro degli interessi vitali", o se la medesima non ha abitazione permanente in alcuno degli Stati contraenti, essa è considerata residente dello Stato contraente in cui soggiorna abitualmente; se detta persona soggiorna in maniera abituale in entrambi gli Stati contraenti ovvero non soggiorna abitualmente in alcuno di essi, essa è considerata residente dello Stato contraente del quale ha la **nazionalità**; se detta persona ha la nazionalità di entrambi gli Stati contraenti o se non ha la nazionalità di alcuno di essi, le autorità competenti degli Stati contraenti risolvono la questione di **comune accordo** (procedura amichevole ex art. 25 del Modello OCSE).

Le disposizioni sopra richiamate si definiscono *tie-breaker rules* e prevedono una serie di criteri per determinare, in ipotesi di *dual residence*, quale dei due Stati contraenti dovrà avere prevalenza nel considerare residente il contribuente persona fisica.

Come si evince chiaramente dal disposto normativo, i criteri in questione non sono già alternativi tra loro, ma seguono un ordine gerarchico ai fini della loro applicazione. Al riguardo, è opportuno soffermarsi sull'interpretazione fornita dall'OCSE in merito ai concetti di "abitazione permanente", "centro degli interessi vitali", "soggiorno abituale" e "nazionalità"²⁶. Posto che, nel concludere le sue convenzioni, l'Italia si è conformata al Modello OCSE anche nell'elencazione delle *tie breaker rules*, dal confronto dell'art. 4, comma 2, con la legislazione interna si desume che: l'espressione "abitazione permanente" corrisponde alla dimora abituale; l'espressione "centro degli interessi vitali" corrisponde al domicilio; il termine "nazionalità" corrisponde alla cittadinanza, quale enucleata dalle leggi speciali e dalla giurisprudenza internazionale; il "soggiorno abituale" dovrebbe collocarsi entro l'ambito della dimora abituale.

Si deve in ogni caso rilevare che, in assenza di una Convenzione, nel caso in cui una persona fisica abbia, in base alle norme nazionali di ciascun Paese, il "centro degli interessi vitali" (cioè interessi personali e patrimoniali) in due Stati il problema della doppia residenza fiscale (*dual residence*) si risolve attribuendola allo Stato in cui sono rinvenibili i legami personali. Tale principio è stato autorevolmente affermato dalla Corte di Giustizia CE nella sentenza 12 luglio 2001, causa C-262/99, nella quale i giudici comunitari hanno affermato che, nel caso in cui una persona abbia legami sia personali che professionali in due Stati membri, il luogo della sua "normale residenza" è quello in cui viene individuato il centro permanente degli interessi di tale persona e che, nell'ipotesi in cui tale valutazione globale non permetta siffatta valutazione, si deve dichiarare la preminenza dei legami personali (presenza fisica della persona e dei familiari, disponibilità di un'abitazione, luogo in cui i figli frequentano la scuola, luogo di esercizio dell'attività professionale, ecc.).

Da quanto sinora scritto si evince che l'individuazione del "centro degli interessi vitali" è un presupposto fondamentale ai fini dell'attribuzione della residenza fiscale. Tale considerazione assume ancor più rilevanza se si pensa che il regime impositivo e, quindi, il carico tributario cui le persone fisiche devono soggiacere dipende proprio dal luogo ove hanno stabilito il loro "centro degli interessi vitali".

A ciò consegue che l'Ufficio Tributario Sammarinese, prima di attribuire²⁷ la residenza fiscale ad un soggetto che ha dichiarato la propria residenza all'estero, deve attuare un insieme di attività investigative

²⁶ Il Commentario OCSE al Modello di Convenzione internazionale contro le doppie imposizioni esamina ciascuno dei citati criteri. Riferendoci, in particolare, al concetto di abitazione permanente, si può osservare che l'abitazione può essere posseduta a qualsiasi titolo purché il soggetto l'abbia a disposizione continuamente e non occasionalmente allo scopo di un soggiorno di breve durata; l'abitazione, quindi, deve essere stata sistemata e utilizzata per un uso permanente. Per quanto riguarda, invece, il centro degli interessi vitali, esso identifica il luogo in cui le relazioni personali ed economiche dell'individuo sono più ristrette. Si avrà riguardo alle sue relazioni familiari e sociali, alla sua occupazione, alle sue attività politiche, culturali o di altro genere, alla sede d'affari o a quella dalla quale gestisce le sue proprietà.

²⁷ Si ricorda che, in base all'art. 10 della L. n. 166/2013, l'onere di provare la residenza di una persona fisica ricade in capo all'Amministrazione finanziaria.

preliminari, talvolta anche molto complesse e dispendiose, con l'obiettivo di accertare l'eventuale simulazione del soggetto che: nonostante le risultanze anagrafiche attestanti il trasferimento della residenza all'estero, mantenga il "centro dei propri interessi rilevanti" in Italia; ovvero, preordinando una "pluralità di centri", renda difficoltosa l'individuazione della sede principale degli affari ed interessi; attraverso l'imputazione formale dei proventi, direttamente conseguiti, a soggetti terzi (società), abbia realizzato un'interposizione fittizia.

Dato che non è possibile porre in essere una **procedura investigativa** standard da parte dell'Ufficio Tributario, i funzionari devono condurre la loro attività di ricerca ad ampio raggio, in modo tale da individuare in maniera precisa tutti quegli elementi, ampiamente descritti in precedenza, che siano idonei ad integrare la prova della residenza in Italia della persona sottoposta a controllo.

In tema di **residenza delle società e delle associazioni**, il paragrafo 3 dell'art. 4 fa riferimento alle società e alle altre associazioni, indipendentemente dalla circostanza che esse siano o meno persone giuridiche. Una persona giuridica potrebbe essere assoggettata a tassazione in più di uno Stato in ragione della sua residenza qualora uno Stato contraente impieghi il criterio del luogo di costituzione della società mentre l'altro Stato il criterio della sede di direzione effettiva.

Il paragrafo 3 dà rilevanza al criterio di determinazione della residenza delle persone giuridiche rappresentato dal luogo dove la società è effettivamente gestita (i.e., dal luogo della sede di direzione effettiva).

Ai sensi del par. 3 dell'art. 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 par. 24 del Commentario all'art. 4 (versione del 2005), la "sede di direzione effettiva" (o "*place of effective management*") è stata adottata quale criterio preferenziale per la determinazione della residenza fiscale dei soggetti diversi dalle persone fisiche²⁸.

Essa è il luogo dove sono sostanzialmente adottate le decisioni principali sul piano della gestione, nonché quelle necessarie per l'esercizio dell'attività dell'ente. La "sede di direzione effettiva" 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 complesso²⁹.

Le modifiche al Commentario all'art. 4, recepite nella versione del 2008 del Modello OCSE, prevedono che venga eliminato, dal suindicato par. 24, il 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 (...)"

²⁸ Precisa il Commentario al par. 1 dell'art. 4 che la definizione di "residente di uno Stato Contraente" fa riferimento alla nozione di residenza che è 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.

²⁹ Come precisato al par. 25 delle Osservazioni al Commentario (versione 2005), l'Italia non condivide l'interpretazione esposta nel par. 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.

Al contempo, è prevista l'introduzione di un nuovo par. 24.1, il cui obiettivo è di precisare i criteri di riferimento per la determinazione della "sede di direzione effettiva" delle persone giuridiche. Ai fini della determinazione della residenza, come sottolineato dal 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 contabilità³⁰.

In definitiva, il nuovo par. 24.1 del Commentario all'art. 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'art. 25 del Modello OCSE³¹. Il significato della locuzione "*place of effective management*" non è, tuttavia, di facile definizione. Con l'obiettivo di fornire agli Stati membri linee interpretative chiare ed uniformi, il Commentario al Modello OCSE individua la "sede di direzione effettiva" nel luogo in cui vengono adottate le decisioni più importanti relative alla gestione della società e allo svolgimento dell'attività di impresa. Nonostante ciò, non è dato rinvenire disposto normativo uniforme, né interpretazione ed applicazione omogenee del criterio in questione nei diversi ordinamenti i quali si ispirano ai principi dettati dall'OCSE³². In accordo alla legge britannica (e a quella di

³⁰ I suindicati fattori non hanno carattere esaustivo.

³¹ La versione del 2008 del Modello OCSE contempla la possibilità di ricorrere alla procedura arbitrale mediante l'introduzione, all'art. 25, del seguente paragrafo 5 (traduzione non ufficiale):

"5. Laddove,

a) ai sensi del paragrafo 1, una persona abbia sottoposto un caso all'autorità competente di uno Stato Contraente, sulla base del fatto che le azioni di uno o entrambi gli Stati Contraenti siano state poste in essere, per questa persona, non in conformità, dal punto di vista fiscale, con questa Convenzione, e b) le autorità competenti non siano in grado di raggiungere un accordo per la risoluzione del caso ai sensi del paragrafo 2 entro due anni dalla presentazione del caso all'autorità competente dell'altro Stato Contraente, ogni questione irrisolta risultante dal caso sarà sottoposta a procedura arbitrale se la persona lo richiede. Tuttavia tali questioni irrisolte non saranno sottoposte a procedura arbitrale se una decisione sulle stesse è già stata emessa da un organo giudiziario o amministrativo di uno dei due Stati. A meno che una persona direttamente interessata dal caso non accetti l'accordo reciproco che attua la decisione arbitrale, tale decisione sarà vincolante per entrambi gli Stati Contraenti e sarà attuata a prescindere dai limiti temporali previsti dalle legislazioni nazionali di questi Stati. Le autorità competenti degli Stati contraenti regoleranno con un accordo reciproco le modalità d'applicazione di questo paragrafo".

³² L'ordinamento comunitario non offre una definizione di "sede di direzione effettiva" distinta ed autonoma da quella prevista dall'ordinamento internazionale, né una tale definizione può desumersi dal principio di libertà di stabilimento sancito dall'art. 43 del Trattato UE, il quale stabilisce che "(l)e restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro sono vietate". La stessa definizione di residenza fornita dalle direttive comunitarie "madre-figlia" (90/ 435/CEE) e "fusioni" (90/ 434 /CEE) corrisponde a quella di cui all'art. 4, par. 3 del Modello OCSE.

Gli interventi della Corte di Giustizia delle Comunità europee sulla compatibilità con le libertà fondamentali delle legislazioni antiabuso nazionali, consentono di individuare un significativo nesso tra "sede di direzione effettiva" in un determinato Stato e svolgimento, in tale Stato, di un'effettiva attività economica, non rinvenibile nelle costruzioni societarie del tutto "fittizie".

Nella sentenza *Cadbury Schweppes*, (C-196/04) in merito alla questione della compatibilità con la libertà di stabilimento della legislazione antiabuso britannica, la Corte comunitaria precisa che "il concetto di stabilimento nell'ambito del significato delle disposizioni del Trattato sulla libertà di stabilimento implica l'effettivo svolgimento di un'attività economica (...) affinché la restrizione alla libertà di stabilimento possa ritenersi giustificata dall'esigenza di

altri Paesi d'ispirazione anglosassone tra cui l'Australia) la società si considera residente nel Regno Unito se è stata costituita nel territorio dello Stato ovvero se ha ivi la sua sede centrale di controllo e gestione (**central management and control**). La legislazione britannica, inoltre, ha codificato una tradizionale impostazione giurisprudenziale di common law, esemplificata dalla celebre sentenza De Beers in cui si stabilisce che la regola da adottare è quella per cui la società risiede dove la sua attività d'impresa è condotta, cioè dove il suo *central management and control* si trova abitualmente. Quel luogo costituisce il vertice da cui si dispiega il controllo sull'attività dell'impresa ed il nucleo di produzione della *policy* societaria; la dottrina britannica lo riconduce alla collocazione operativa degli amministratori piuttosto che alla residenza dei soci. Nell'Europa continentale, la legge più spesso fa riferimento al concetto di *place of management*, poi interpretato dalle rispettive Amministrazioni quale sede decisionale vicina al luogo di esercizio dell'attività d'impresa, piuttosto che quale luogo di esercizio delle scelte strategiche a medio e lungo termine, con un abbassamento, dunque, della collocazione gerarchica rilevante per l'individuazione della residenza fiscale. È il caso delle leggi tedesche ed austriache, secondo cui la sede amministrativa è il luogo dove vengono compiute, a scadenza regolare, le scelte cruciali per la conduzione continuativa dell'impresa.

Le Amministrazioni finanziarie, in generale, preferiscono l'identificazione del "*place of effective management*" con il luogo di gestione quotidiana dell'attività commerciale. L'Amministrazione finanziaria britannica (*HM Revenue & Customs*), dopo aver affermato, nelle proprie osservazioni al Commentario OCSE del 1963 e 1977, che la sede di direzione effettiva debba coincidere con la sede amministrativa che si occupa del controllo e della gestione dell'attività principale, ha cambiato successivamente la propria impostazione, dichiarando che "(...) la sede di direzione effettiva possa, in determinati casi, essere collocata in un luogo diverso rispetto a dove vengono svolti la direzione ed il controllo dell'attività. Ciò potrebbe accadere, ad esempio, quando una società è gestita da amministratori residenti all'estero ma i poteri direttivi finali sono in capo a soggetti che non sono formalmente amministratori e si riuniscono nel Regno Unito" (*HM Revenue & Customs, Company Residence: Statement of Practice 1/90*)³³.

In Sud Africa, il *South Africa Revenue Service (SARS)* ritiene che la direzione effettiva si esprima nella gestione quotidiana e regolare di un'impresa piuttosto che nel compimento di scelte strategiche, che richiedono l'integrazione ovvero l'esecuzione da parte di altri organi. In sede di accertamento di tale sede, si aggiunge, rilevano potenzialmente tre luoghi:

contrastare pratiche abusive, tale restrizione deve avere come obiettivo la prevenzione di quelle pratiche che implicano la creazione di strutture fittizie le quali non riflettono la realtà economica [della società]".

La valutazione sulla sussistenza di una costruzione fittizia deve effettuarsi, a parere della Corte comunitaria, in concreto e deve basarsi su elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi; questi devono riguardare, in particolare, il livello di presenza fisica della controllata estera in termini di locali, di personale e di attrezzature. Rileva, inoltre, la concreta sostanza delle attività svolte nello Stato ospitante. Laddove da una verifica in concreto effettuata risulti che la controllata estera "corrisponde a un'installazione fittizia che non esercita alcuna attività economica effettiva sul territorio dello Stato membro di stabilimento, la creazione di tale [controllata estera] dovrebbe essere ritenuta costruzione di puro artificio". Secondo la Corte comunitaria, è tale il caso di una società "fantasma" o "schermo".

³³ In generale, secondo quanto precisato nello *Statement of Practice 1190*, l'Amministrazione finanziaria britannica, in materia di residenza delle società, adotta il seguente approccio:

- in primo luogo, è necessario determinare se i membri del Consiglio di Amministrazione esercitano di fatto il "*central management and control* della società;
- in caso affermativo, è necessario determinare in quale luogo tale "*central management and control*" è esercitato (tale luogo non coincide necessariamente con quello in cui i membri del Consiglio di amministrazione si riuniscono);
- laddove risulti che i membri del Consiglio di Amministrazione non esercitano il "*central management and control*" della società, l'Amministrazione finanziaria britannica procede all'individuazione dei soggetti e del luogo in cui il suindicato potere è esercitato.

- a) dove la direzione ed il controllo sono esercitati dal Consiglio di Amministrazione;
- b) dove i direttori generali e gli amministratori svolgono un'attività gestionale quotidiana, implementando decisioni adottate da altri soggetti;
- c) dove l'attività commerciale è svolta nella sua materialità.

Secondo quanto rileva il SARS, per "*effective management*" deve intendersi il *day-to-day management* della società da parte del *senior management*. Il concetto di "*effective management*" riguarda la focalizzazione del *management* su *business* e *scope* della società. Esso non è relativo al controllo da parte degli azionisti o al controllo da parte dei membri del CdA. Il luogo dell'"*effective management*", pertanto, è il luogo in cui le decisioni strategiche e relative alla policy della società (adottate dal CdA) sono eseguite ed attuate. Esso può essere definito come il luogo di implementazione degli indirizzi e degli obiettivi complessivi della società. A giudizio del SARS, pertanto, la direzione effettiva coincide con il luogo descritto sub b).

In Danimarca, l'Amministrazione finanziaria "considera il luogo dell'*effective management* come quello dove si svolge l'attività di gestione quotidiana della società, che non necessariamente coincide con quello dove le decisioni chiave sono adottate".

In Australia, invece, l'Amministrazione finanziaria ha espresso la propria adesione all'impostazione secondo cui, da un'interpretazione letterale della legge australiana, il luogo del "*central management and control*" non si identifica necessariamente con il luogo dove un'attività imprenditoriale è condotta, anche se in alcuni casi essi possono coincidere. L'individuazione del "*place of central management and control*" richiede un'indagine preventiva sui soggetti, la tempistica e la collocazione geografica propri delle procedure decisionali di tipo strategico della società. Tale attività si sostanzia nella scelta degli indirizzi strategici e degli obiettivi, e nella successiva valutazione delle performances aziendali in base a tali parametri, oltre che alla luce delle opportunità e dei rischi di mercato.

Per quanto concerne la posizione dell'Italia sui criteri di individuazione della residenza delle persone giuridiche il par. 25 delle Osservazioni all'art. 4 del Modello OCSE afferma che:

"25. As regards paragraphs 24 and 24.1, Italy holds the view that the place where the main and substantial activity of the entity is carried on is also to be taken into account when determining the place of effective management of a person other than an individual".

La suindicata Osservazione è in linea con quanto previsto, nell'ordinamento giuridico italiano, dall'art. 73 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR). I due Stati contraenti esamineranno di volta in volta le fattispecie applicative dell'art. 4 in materia di residenza fiscale, tenuto altresì conto della particolare situazione socio-economica e geografica dei due Stati contraenti stessi³⁴.

In Appendice alla presente Circolare sono riportate le linee guida pratico-applicative per la determinazione in San Marino della residenza fiscale delle persone giuridiche (ai sensi dell'art. 4, par. 3 della Convenzione), individuate sulla base del requisito, di carattere generale, della sussistenza di una adeguata "sostanza economica e fisica" in capo alla persona giuridica medesima.

Esaminiamo, ora, il concetto di residenza nella "*digital economy*". L'OCSE ha pubblicato, il 19 Luglio 2013, il cd. "Action Plan" che prevede gli interventi da porre in essere in un periodo temporale di 18-24 mesi, con l'obiettivo di contrastare il fenomeno dell'erosione della base imponibile per effetto del cd. *profit shifting*.

³⁴ Paragrafo 1 del Protocollo Aggiuntivo alla Convenzione

Un ambito in cui si è intervenuti è quello della "*digital economy*". Secondo l'OCSE, la crescente importanza delle "imprese multinazionali digitali" e della "*internet economy*" - le cui componenti immateriali consentono di spostare più facilmente rischi, funzioni e *asset* (e, conseguentemente, profitti) - rende necessaria l'analisi delle problematiche fiscali dell'economia digitale.

Nello specifico, è buona cosa affrontare le criticità legate alla "presenza digitale" di un'impresa nell'economia di un altro Paese, in cui talvolta non vi è alcuna imposizione perché manca un collegamento territoriale ai sensi delle vigenti norme internazionali convenzionali.

Le questioni connesse alla "presenza digitale" (e, quindi, alla "*taxable presence*") in un Paese, da parte delle imprese multinazionali, sono state recentemente affrontate dall'OCSE nel *Discussion Draft "BEPS ACTION 1: ADDRESS THE TAX CHALLENGES OF THE DIGITAL ECONOMY"*, pubblicato in data 24 marzo 2014 ed "aperto" a commenti ed osservazioni da parte di qualunque soggetto interessato.

Nel *Discussion Draft* summenzionato, l'OCSE rileva che nei modelli di business tipici dell'economia digitale, una società residente di uno Stato può effettuare transazioni con soggetti presenti in un altro Paese, tramite un proprio sito *web* o altri mezzi digitali (i.e., un'applicazione su un dispositivo mobile) senza mantenere una "presenza fisica" in quest'ultimo Stato. La presenza sempre maggiore, altresì, di processi automatizzati può ridurre ulteriormente la "presenza fisica" su un dato territorio.

Oltre la metà dei Paesi richiede un certo livello di "presenza fisica" sul territorio per tassare i profitti ivi realizzati.

Una società è soggetta ad imposizione sui redditi prodotti in un Paese diverso da quello della sede, se in tale Stato vi è una stabile organizzazione³⁵.

Molte imprese che effettuano transazioni con soggetti (clienti) situati in Stati diversi da quelli in cui le prime sono residenti operano in assenza di stabile organizzazione sul territorio: le transazioni vengono svolte telefonicamente, tramite fax o agenti indipendenti.

Il tema dell'economia digitale assume proporzioni alquanto vaste, in quanto le imprese operanti in tale settore, per effetto dell'implementazione dei cd. "schemi di pianificazione fiscale aggressiva", possono sottrarsi a tassazione sia nel Paese di residenza sia nella/nelle giurisdizione/giurisdizioni in cui sono situati i clienti (cd. "*double non-taxation*").

Infine, le imprese multinazionali non di rado "frammentano artificialmente", in più fasi operative e tra più entità, l'attività svolta, affinché la stessa si presenti come "ausiliaria" e/o "preparatoria", o, comunque, non presenti i requisiti (minimi) previsti convenzionalmente per la configurazione di una stabile organizzazione (sede fissa di affari).

Il *Discussion Draft* elenca una serie di proposte per la soluzione delle problematiche e delle criticità connesse alla "*taxable presence*" delle imprese dell'economia digitale. In dettaglio:

- si potrebbe procedere alla modifica delle disposizioni di cui al paragrafo 4 dell'art. 5 del Modello OCSE, per prevedere che, in alcuni settori di business, le attività previste al paragrafo 4 di cui sopra non hanno natura meramente "preparatoria" o "ausiliaria", bensì costituiscono "*core functions of a business*";
- un'altra possibilità è quella di prevedere un collegamento alternativo per le situazioni in cui l'attività di *business* viene svolta esclusivamente in forma digitale. In queste occasioni, una impresa che

³⁵ Artt. 5 e 7 del Modello di Convenzione OCSE

svolge "*fully dematerialised digital activities*"³⁶ potrebbe avere una stabile organizzazione in un dato Stato se registra una "*significant digital presence*"³⁷ nell'economia di quest'ultimo.

³⁶ Potential elements of a test /or when a fully dematerialised digital activity was conducted could include the following:

- The core business of the enterprise relies completely or in a considerable part on digital goods or digital services;
- No physical elements or activities are involved in the value chain other than the existence, use, or maintenance of servers and websites or other IT tools and the collection, processing, and commercialisation of location-relevant data;
- Contracts are concluded exclusively remotely via the Internet or by telephone;
- Payments are made solely through credit cards or other electronic payments using on-line forms or platforms linked or integrated to the relative websites;
- Websites are the only means used to enter into a relationship with the enterprise; no physical stores or agencies exist /or the performance of the core activities other than offices located in the parent company or operating company countries;
- All or the vast majority of profits are attributable to the provision of digital goods or services;
- The legal or tax residence and the physical location of the vendor are disregarded by the customer and do not influence its choices; or
- The actual use of the digital good or the performance of the digital service do not require physical presence or the involvement of a physical product other than the use of a computer, mobile devices or other tools" (cfr. il par. 213 del Discussion Draft).

³⁷ 22 "For an enterprise engaged in a fully dematerialised business, a significant digital presence could be deemed to exist in a country when, for example:

- A significant number of contracts for the provision of fully dematerialised digital goods or services are remotely signed between the enterprise and a customer that is resident /or tax purposes in the country;
- Digital goods or services of the enterprise are widely used or consumed in the country;
- Substantial payments are made from clients in the country to the enterprise in connection with contractual obligations arising /rom the provision of digital goods or services as part of the enterprise's core business; or
- An existing branch of the enterprise in the country offers secondary functions such as marketing and consulting functions targeted at clients resident in the country that are strongly related to the core business of the enterprise" (cfr. il par. 214 del Discussion Draft).

Stabile organizzazione

(Articolo 5)

In seguito alla residenza, viene disciplinato il concetto di stabile organizzazione. “Suddetta espressione designa una sede fissa di affari in cui l'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività”.

La sede fissa d'affari si estrinseca, concretamente, in alcuni esempi citati dal comma 2:

- una sede di direzione;
- una succursale;
- un ufficio;
- un'officina;
- un laboratorio;
- una miniera, un giacimento petrolifero o di gas naturale, una cava od ogni altro luogo di estrazione di risorse naturali;
- un cantiere di costruzione o di montaggio la cui durata oltrepassa i dodici mesi;

In seguito, si determinano i criteri secondo cui dev'essere esclusa la disciplina della stabile organizzazione. Non si parla di stabile organizzazione, infatti, quando:

- si fa uso di una installazione ai soli fini di deposito, di esposizione, o di consegna di beni o merci appartenenti all'impresa;
- i beni o le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinate ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna;
- i beni o le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinate ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa;
- una sede fissa di affari è utilizzata ai soli fini di acquistare beni o merci o di raccogliere informazioni per la impresa;
- una sede fissa di affari è utilizzata, per l'impresa, ai soli fini di pubblicità, di fornire informazioni, di ricerche scientifiche o di altre attività che abbiano carattere preparatorio o ausiliario;

Nel quarto comma si fa cenno ai poteri che una persona esercita abitualmente e che le permettono di concludere contratti. In presenza di tali poteri, che differiscono da quelli di un agente che goda di uno status indipendente, si considera stabile organizzazione, salvo il caso in cui l'attività di detta persona sia limitata all'acquisto di beni o merci per l'impresa.

Invece, non si considera che un'impresa di uno Stato contraente ha una stabile organizzazione nell'altro Stato contraente per il solo fatto che essa vi esercita la propria attività per mezzo di un mediatore, di un commissionario generale o di ogni altro intermediario che goda di uno status indipendente, a condizione che dette persone agiscano nell'ambito della loro ordinaria attività.

Il fatto che una società residente di uno Stato contraente controlli o sia controllata da una società residente dell'altro Stato contraente ovvero svolga la sua attività in questo altro Stato (sia per mezzo di una stabile organizzazione oppure no) non costituisce di per sé motivo sufficiente per far considerare una qualsiasi delle dette società una stabile organizzazione dell'altra.

L'uso principale del concetto di stabile organizzazione serve a determinare il diritto di uno Stato contraente a passare i profitti di un'impresa dell'altro Stato contraente. Secondo l'articolo 71 Stato contraente non può tassare i profitti di un'impresa dell'altro stato contraente a meno che non esegua le sue attività attraverso una stabile organizzazione situata all'interno.

Il concetto di stabile organizzazione è pressoché universalmente accolto come presupposto per assoggettare ad imposizione un'attività economica svolta, in un Paese, da un soggetto non residente.

L'importanza conferita alla ricerca della definizione di stabile organizzazione da parte dell'*ONU*, in un primo tempo, e dal Comitato fiscale dell'*OCSE* poi, nonché dalla dottrina nasce dalla necessità di ogni Stato di determinare le condizioni in base alle quali è possibile attrarre a tassazione il reddito d'impresa conseguito da un soggetto non residente nel territorio dello stesso.

L'art. 7 del Modello *OCSE* (così come previsto generalmente in tutti i principali trattati contro la doppia imposizione siglati dalla Repubblica di San Marino) prevede che "gli utili di un'impresa di uno Stato contraente sono imponibili soltanto in detto Stato, a meno che l'impresa non svolga la sua attività nell'altro Stato contraente per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata". Qualora l'impresa svolga l'attività attraverso una stabile organizzazione, gli utili dell'impresa diverranno imponibili nell'altro Stato, ma soltanto nella misura in cui siano attribuibili alla stabile organizzazione stessa. Ne consegue che:

- un'impresa residente di uno Stato non potrà essere tassata in un altro Stato a motivo dell'attività ivi svolta, a meno che vi operi mediante una stabile organizzazione;
- l'attività condotta dall'impresa nell'altro Stato mediante una stabile organizzazione non potrà essere sottoposta a tassazione se non per gli utili direttamente attribuibili alla stabile organizzazione stessa.

Secondo il commentario *OCSE* la "sede di affari" si può individuare se sono disponibili (a qualsiasi titolo) locali, immobili o macchinari, impianti e attrezzature varie impiegati per lo svolgimento dell'attività d'impresa. Una sede di affari può essere presente anche se in cui non vi siano locali a disposizione per lo svolgimento di un'attività imprenditoriale, ma l'impresa abbia soltanto un **certo spazio**. Il Commentario *OCSE*, infatti, stabilisce che una sede di affari può essere rappresentata da uno spazio in un mercato ovvero da aree impiegate dall'impresa in via permanente in un deposito doganale o, ancora, nella sede di un'altra impresa.

Per concerne il "*power of disposition test*" (sussistenza del potere di disporre, a qualsiasi titolo, del luogo in cui viene svolta l'attività d'impresa da parte del soggetto non residente), le modifiche al Commentario *OCSE* recentemente approvate precisano ulteriormente le ipotesi in cui può configurarsi una sede d'affari. In particolare, si determina che non è necessario alcun titolo legale formale che conceda il diritto ad utilizzare una determinata sede: è ritenuto che sia sufficiente la mera circostanza fattuale per cui un'impresa dispone di un certo spazio nel quale svolgere la propria attività. Una sede d'affari, quindi, può sussistere anche qualora un'impresa occupi abusivamente un certo spazio attraverso il quale essa svolge la propria attività³⁸.

Il Commentario *OCSE* fornisce, altresì, elenco di esempi in cui può configurarsi l'esistenza di una stabile organizzazione, partendo dal presupposto che la mera presenza di un'impresa in un determinato luogo non implica necessariamente che questa impresa abbia il **potere di disporre del luogo medesimo**:

- un fornitore che visita regolarmente il proprio cliente per ricevere gli ordini e incontrare il direttore degli acquisti non implica che la struttura del cliente sia a disposizione del fornitore e, pertanto, non ne costituisce una sede d'affari³⁹;
- il dipendente di una società cui è consentito utilizzare, per lungo periodo di tempo, un ufficio nella sede di un'altra società (ad esempio, una controllata recentemente acquisita), al fine di garantire che essa rispetti gli obblighi assunti sulla base dei contratti stipulati con la prima società, integra i presupposti in base ai quali l'ufficio della controllata costituisce una sede d'affari per la controllante (e, dunque, una stabile organizzazione), qualora detto ufficio sia a disposizione del dipendente per un periodo

³⁸ Commentario *OCSE*, sub art. 5, paragrafo 4.1.

³⁹ Commentario *OCSE*, sub art. 5, paragrafo 4.2.

sufficientemente lungo tale da integrare l'ulteriore requisito della permanenza e l'attività ivi svolta dal dipendente non abbia carattere meramente ausiliario o preparatorio⁴⁰;

- un *dock* presso il magazzino di un cliente utilizzato da una società di trasporti su gomma ogni giorno per diversi anni al fine di consegnare la merce acquistata dal cliente non costituisce sede d'affari a disposizione della società di trasporti⁴¹;
- la presenza di un imbianchino nell'edificio/ufficio del suo cliente principale tre giorni alla settimana per due anni configura una sua stabile organizzazione, qualora l'imbianchino ivi svolga le più rilevanti funzioni proprie della sua attività (i.e. tinteggiare)⁴²;
- l'espressione "sede d'affari attraverso cui (...)" deve essere intesa in senso ampio così da includere tutti i casi in cui attività d'impresa siano svolte in un determinato luogo che è, a quello scopo, a disposizione dell'impresa. Così si deve ritenere, ad esempio, che un'impresa impegnata nella pavimentazione di una strada stia svolgendo la propria attività attraverso il luogo presso cui sta operando (i.e. la strada)⁴³.

La qualificazione della sede di affari come «fissa» deve essere intesa con riferimento sia all'ambito temporale che alla localizzazione.

Per quanto concerne l'ambito temporale deve sussistere l'elemento soggettivo (la volontà di costituire una sede permanente, in via del tutto disgiunta dalla effettiva durata della stessa) oppure l'elemento oggettivo (l'effettiva permanenza). In pratica, deve realizzarsi una connessione tra il luogo di esercizio dell'attività e un determinato punto geografico. Il Commentario OCSE considera irrilevante la durata in base alla quale un'impresa di uno Stato contraente opera nell'altro Stato, nel caso in cui non operi in un posto determinato; ciò non implica, tuttavia, che l'attrezzatura, che costituisce la sede di affari, debba risultare fissata al suolo sul quale poggia, essendo sufficiente la permanenza della stessa in un determinato luogo. Infatti, proprio sul concetto di permanenza in un determinato luogo si fonda la convinzione della natura non temporanea di una sede di affari.

Se la sede d'affari viene costituita per uno scopo non qualificabile come temporaneo, la stessa può essere considerata stabile organizzazione, anche se, di fatto, è esistita per un limitato periodo di tempo, a causa della particolare natura dell'attività o di particolari vicende del contribuente (es. la morte dello stesso) o dell'attività (ad es., fallimento o cattiva gestione dell'impresa). Se una sede di affari, sorta allo scopo di svolgere un'attività di carattere temporaneo, è mantenuta per un periodo tale da non poter essere considerato transitorio, la stessa diverrà sede fissa e, conseguentemente, stabile organizzazione ab origine.

In merito al requisito della fissità, sotto il profilo spaziale, della sede di affari, le modifiche al Commentario OCSE forniscono chiarimenti relativamente a quelle attività che, per loro natura, sono svolte non nello stesso luogo ma in luoghi vicini. In particolare, si deve ritenere che sussista un'unica sede d'affari quando, alla luce dell'attività svolta dall'impresa, sia identificabile un determinato spazio che possa considerarsi unico, sia sotto il profilo geografico che economico/funzionale, benché al suo interno l'attività d'affari venga svolta in più luoghi⁴⁴.

Così, ad esempio:

⁴⁰ Commentario OCSE, sub art. 5, paragrafo 4.3.

⁴¹ Commentario OCSE, sub art. 5, paragrafo 4.4.

⁴² Commentario OCSE, sub art. 5, paragrafo 4.5.

⁴³ Commentario OCSE, sub art. 5, paragrafo 4.6.

⁴⁴ Commentario OCSE, sub art. 5, paragrafo 5.1.

- una miniera costituisce un'unica sede di affari sebbene le attività possano spostarsi da un luogo ad un altro all'interno di essa⁴⁵;
- un hotel, in cui una società di consulenza affitta diverse stanze/ufficio, si può considerare un'unica sede di affari di detta società di consulenza poiché, in tal caso, l'edificio costituisce, sotto il profilo geografico, un unicum;
- una strada, un mercato esterno o una fiera costituiscono un'unica sede d'affari anche qualora, nell'ambito degli stessi, un commerciante localizzi il proprio *stand* in parti diverse.

Per converso, non si può ritenere che sussista un'unica sede di affari quando non vi sia una coerenza sotto il profilo economico/funzionale, anche qualora le attività siano svolte all'interno di un'area geografica limitata. Così, ad esempio, qualora un imbianchino sia chiamato a dipingere più parti di un grande edificio nell'ambito di una serie di contratti stipulati con clienti non correlati tra loro, l'edificio non può essere considerato un'unica sede d'affari per l'imbianchino poiché non vi è un unico progetto per la tinteggiatura dell'intero edificio.

Sarebbe differente il caso in cui l'imbianchino svolgesse la medesima opera in esecuzione di un singolo contratto con un singolo cliente⁴⁶.

Analogamente, non si può ritenere che sussista un'unica sede d'affari laddove l'attività sia svolta nell'ambito di un singolo progetto ma in luoghi diversi che difettano della necessaria **coerenza geografica**. È il caso, ad esempio, di un consulente che opera nell'ambito di un singolo progetto per l'addestramento del personale di una banca dislocato in diverse filiali (ogni filiale dovrebbe considerarsi separatamente). Diversa è l'ipotesi del consulente che svolga la medesima attività spostandosi da un ufficio all'altro all'interno della stessa filiale⁴⁷. Per quanto attiene il requisito della fissità sotto il profilo temporale, la sede d'affari non deve avere natura temporanea. Il Commentario OCSE, sulla base delle modifiche approvate il 28 gennaio 2003, specifica che può configurarsi una stabile organizzazione anche quando una sede d'affari esiste solo per un breve periodo di tempo qualora la natura dell'attività sia tale per cui il compimento della stessa richiede tale limitato periodo di tempo. Il Commentario OCSE precisa che, nella valutazione del requisito temporale, i singoli Stati membri dell'OCSE non hanno adottato un criterio uniforme; la prassi ha, tuttavia, evidenziato che l'esistenza di una stabile organizzazione non è contestabile normalmente laddove l'attività sia svolta attraverso una sede d'affari per un periodo inferiore a sei mesi⁴⁸.

Eccezioni a tale regola si riscontrano qualora:

- l'attività abbia natura ricorrente, nel qual caso la fissità della sede d'affari si deve valutare considerando il numero di volte (anche nel corso di più anni) in cui la sede si utilizza;
- l'attività venga svolta in un Paese in via esclusiva, nel qual caso la connessione con il territorio è rilevante nonostante il compimento dell'attività richieda, per sua natura, soltanto un breve periodo di tempo;

⁴⁵ Commentario OCSE, sub art. 5, paragrafo 5.2.

⁴⁶ Commentario OCSE, sub art. 5, paragrafo 5.3.

⁴⁷ Commentario OCSE, sub art. 5, paragrafo 5.4.

⁴⁸ Commentario OCSE, sub art. 5, paragrafo 6.

- una sede d'affari sia utilizzata per brevi periodi di tempo e per diverse attività simili svolte dallo stesso soggetto o da parti correlate, onde evitare che la sede non ecceda il carattere puramente temporaneo in relazione a ciascuna attività⁴⁹.

L'esercizio dell'attività imprenditoriale (in tutto o in parte) attraverso la stabile organizzazione si deve intendere nel senso che l'imprenditore (o il dipendente dello stesso) deve svolgere la propria attività e ricevere le relative informazioni e istruzioni nella sede d'affari e non altrove.

L'attività deve essere, tra l'altro, essere svolta regolarmente, il che, secondo il paragrafo 7 del Commentario, non vuol dire **senza interruzioni**⁵⁰.

La stabile organizzazione dà inizio alla sua esistenza dal momento in cui l'impresa comincia a svolgere l'attività attraverso di essa. La fase di allestimento della sede non va considerata, qualora l'attività preparatoria sia differente, nella sostanza, da quella che verrà svolta in via permanente.

I paragrafi dall'8 all'11 del Commentario OCSE esaminano certe fattispecie di svolgimento dell'attività d'impresa mediante una stabile organizzazione. In particolare:

- nel caso di proprietà materiali (es. attrezzature industriali, commerciali o scientifiche) o immateriali (es. brevetti) concesse o affittate a terzi, attraverso una sede fissa di affari, tale attività farà ritenere in linea generale la sede di affari stessa una stabile organizzazione;
- nel caso in cui un'impresa di uno Stato affidi in locazione immobili o affitti attrezzature o beni immateriali ad un'impresa di un altro Stato, senza mantenere in quest'ultimo Stato una sede fissa di affari per tali attività, le attività ivi condotte non costituiscono una stabile organizzazione del concedente, sempreché l'accordo negoziale si limiti alla mera locazione all'affitto. Il Commentario OCSE, al paragrafo 8, non ritiene significativo neppure il caso in cui il concedente fornisca personale qualificato per il funzionamento delle attrezzature fornite, ammesso che la responsabilità del personale sia limitata al lavoro relativo al funzionamento alla manutenzione dell'attrezzatura sotto la responsabilità, direzione e controllo del locatario;
- qualora le responsabilità del personale siano più ampie (es. compartecipazione nelle decisioni attinenti l'attrezzatura fornita), si può configurare una stabile organizzazione, a condizione che sia rispettato il principio della permanenza.

In merito ai **requisiti** che si devono prendere in considerazione per stabilire il carattere meramente preparatorio o ausiliario dell'attività, il Commentario OCSE all'art. 5 (par. 24) stabilisce che va valutato se l'attività costituisce parte essenziale o significativa dell'attività dell'impresa nel suo complesso. Si tratta di una valutazione che prende in considerazione sia un aspetto qualitativo ("*essential*") attinente alla natura dell'attività svolta dall'agente sia un elemento di carattere quantitativo ("*significant*") relativo alla rilevanza dell'attività rispetto a quella dell'impresa nel suo complesso.

La valutazione che concerne il carattere preparatorio o ausiliario dell'attività si deve effettuare caso per caso. Una sede fissa di affari la cui attività è identica a quella dell'impresa nel suo insieme, non esercita attività preparatoria o ausiliaria. In particolare, qualora un'impresa abbia per oggetto la supervisione sull'esecuzione di contratti di brevetti e di *know-how*, la sede fissa di affari di detta impresa non si può ritenere che svolga un'attività preparatoria o ausiliaria⁵¹. Una sede fissa di affari, che ha la funzione di gestire un'impresa o parte di essa o di un gruppo di imprese non si può considerare che svolga attività

⁴⁹ Commentario OCSE, sub art. 5, paragrafo 6.1.

⁵⁰ Tale concetto è ribadito nel paragrafo 10 del Commentario ove viene precisato che l'interruzione temporanea dell'attività non può considerarsi chiusura dell'attività.

⁵¹ Commentario OCSE, sub art.5, paragrafo 24

preparatoria o ausiliaria. Se più imprese multinazionali istituiscono un ufficio "di direzione" incaricato di sovrintendere e coordinare i servizi d'impresa effettuati negli Stati in cui hanno sede le società controllate o le stabili organizzazioni, tale ufficio "di direzione" si potrà ritenere, di norma, una stabile organizzazione ai sensi del paragrafo 2 dell'art. 5. Il Commentario OCSE all'art. 5 determina che la funzione di direzione di un'impresa, anche se limitata a una determinata area funzionale del gruppo, costituisce parte essenziale dell'attività d'impresa e, quindi, non può essere considerata avere carattere preparatorio o ausiliario ai sensi della lettera e) del paragrafo 3 dell'art. 5. Una stabile organizzazione si può altresì configurare quando un'impresa disponga di una sede fissa di affari per consegnare pezzi di ricambio destinati alla riparazione o alla manutenzione dei macchinari forniti alla clientela. Tali attività rimangono al di fuori dell'ambito di applicazione della lett. a) del paragrafo 3 in quanto sono una parte essenziale e significativa dei servizi prestati dall'impresa ai propri clienti⁵².

Infine, la lett. e) del paragrafo 3 precisa che le attività della sede fissa di affari devono essere svolte per l'impresa. Una sede fissa di affari che presta servizi non soltanto a favore dell'impresa dalla quale dipende ma anche nei confronti di altre imprese (ad esempio, per altre società di un gruppo al quale appartiene l'impresa che dispone di una sede fissa) non rientra nell'ambito di applicazione della lett. e), vale a dire, non svolge attività dal carattere preparatorio o ausiliario.

Il Commentario determina anche le condizioni al verificarsi delle quali la disponibilità di cavi o oleodotti (che attraversano un determinato Stato) può dar luogo all'esistenza di una stabile organizzazione in detto Stato o invece rientri tra le fattispecie elencate al paragrafo 3. Qualora tali strutture siano utilizzate per trasportare beni di proprietà di altre imprese, la lettera a) non potrebbe trovare applicazione, dato che si riferisce al trasporto di merce appartenente all'impresa che possiede o utilizza le strutture. Né si ritiene possa trovare applicazione la lett. e), considerato che i cavi o l'oleodotto non sono utilizzati solo per l'impresa e il loro utilizzo non ha carattere esclusivamente ausiliario o preparatorio in relazione all'attività dell'impresa che utilizza dette strutture.

La situazione sarebbe diversa (e la lett. a) potrebbe trovare applicazione) laddove l'impresa avesse ed utilizzasse cavi e oleodotti che attraversano il territorio di uno Stato al solo scopo di trasportare beni di sua proprietà e l'attività di trasporto fosse meramente incidentale in relazione all'attività propria dell'impresa⁵³.

Il paragrafo 32 del Commentario OCSE all'art. 5 sottolinea che non sarebbe stato nell'interesse delle relazioni economiche internazionali prevedere che la presenza di una qualsiasi persona dipendente generasse i presupposti per la sussistenza di una stabile organizzazione. Tale trattamento, quindi, è confinato alle persone che, in relazione alle finalità della loro autorità, ovvero della natura della loro attività, vincolino l'impresa in un determinato livello di attività imprenditoriale in un particolare Stato. Ne deriva che solamente le persone che hanno il potere di concludere contratti sono ritenute disporre di sufficiente autorità per impegnare l'impresa in una attività di affari in un determinato Stato. In tale contesto il termine "stabile organizzazione" implica, in via naturale, che la persona utilizzi i propri poteri in modo continuativo e non meramente in casi isolati. Il potere di concludere contratti deve riguardare, ai sensi del paragrafo 33 del Commentario OCSE, l'attività propria dell'impresa; sarebbe infatti irrilevante, ad esempio, se la persona avesse la facoltà di assumere dipendenti per l'impresa al fine di assistere l'attività della persona stessa, ovvero se la persona fosse autorizzata a stipulare, in nome dell'impresa, contratti concernenti soltanto operazioni interne. Inoltre tale autorità va esercitata in via continuativa nell'altro Stato; quest'ultima eventualità dovrà essere giudicata sulla base delle condizioni fattuali e della realtà commerciale caratteristica dell'impresa. Una persona, che dispone del potere di negoziare gli elementi e i dettagli di un contratto in modo tale da vincolare l'impresa, può essere considerata esercitare questa

⁵² Non può ritenersi ausiliaria o preparatoria l'attività svolta da una sede fissa di affari la quale non si limita a fornire informazioni ma predisporre progetti, ecc. per rispondere alle esigenze specifiche di ciascun cliente.

⁵³ Commentario OCSE, sub art. 5, paragrafo 26.1

autorità "in tale Stato", anche qualora il contratto sia firmato da un'altra persona nello Stato in cui l'impresa è situata o qualora all'agente non sia stato formalmente conferito il potere di rappresentanza. Il paragrafo 33 del Commentario OCSE, nella versione aggiornata al 2005, aggiunge, inoltre, che la mera partecipazione alle negoziazioni non è di per sé sufficiente a concludere che l'agente abbia esercitato il potere di concludere contratti in nome dell'impresa;

- il fatto che una persona abbia assistito o addirittura partecipato a tali negoziazioni può tuttavia costituire fattore rilevante nel determinare le funzioni effettivamente svolte per conto dell'impresa. La necessità che un agente concluda "abituamente" contratti riflette il principio sottostante l'art.5 secondo cui la **presenza** di un'impresa in uno Stato contraente **non deve avere natura transitoria** affinché si possa considerare che la stessa disponga di una stabile organizzazione in quello Stato. L'ampiezza e la frequenza dell'attività necessarie per evincere che l'agente "esercita abitualmente" il potere di concludere contratti dipende dalla natura dei contratti e dell'attività del mandante;
- l'agente deve svolgere attività diverse da quelle rientranti tra le ipotesi di esclusione di stabile organizzazione di cui al paragrafo 3 dell'art. 5 della Convenzione in esame.

Occorre inoltre rilevare che solo le persone che soddisfano le condizioni ivi indicate si ritiene possano costituire una stabile organizzazione; tutte le altre persone sono escluse. Va tuttavia sottolineato che il paragrafo in esame stabilisce un criterio alternativo circa l'esistenza per l'impresa di una stabile organizzazione in un determinato Stato. Ne deriva che, nel caso in cui si possa dimostrare che l'impresa dispone di una stabile organizzazione in base ai paragrafi 1 e 2, non diviene necessario dimostrare che la persona in carica ricade sotto la disciplina del paragrafo 4.

Il paragrafo 5 dell'art. 5 della Convenzione Italia-San Marino prevede che un'impresa di uno Stato non sia considerata avere una stabile organizzazione nell'altro Stato a causa dell'esercizio in tale Stato della propria attività mediante un mediatore, un commissionario generale o ogni altro intermediario con status indipendente, alla condizione che tali persone agiscano nell'ambito della loro ordinaria attività. Il paragrafo 5 pone due condizioni all'impresa affinché l'attività esercitata nell'altro Stato non configuri una stabile organizzazione. La prima riguarda il cd. "*status indipendente*". Al proposito, il Commentario al Modello OCSE elenca alcuni criteri di riferimento:

- l'indipendenza giuridica ed economica;
- la natura e l'estensione degli obblighi cui deve sottostare l'agente, nonché le istruzioni impartite e il controllo esercitato dall'impresa;
- il rischio imprenditoriale deve risultare proprio dell'**agente** e non dell'impresa. La condizione dello status indipendente è una condizione necessaria affinché non si abbia stabile organizzazione, ma non sufficiente. Infatti un agente indipendente può sia rientrare nella definizione generale di stabile organizzazione, quale sede fissa di affari in cui l'impresa esercita la sua attività, sia non rispettare il requisito dell'esercizio di un'attività ordinaria (descritto successivamente).

Per quanto attiene all'indipendenza giuridica dell'agente il Commentario OCSE precisa che il controllo che una società esercita su una sua consociata in quanto azionista non assume rilevanza, sebbene, come è specificato al paragrafo 40, una controllata possa essere considerata un agente dipendente della sua controllante al verificarsi delle medesime condizioni poste in relazione a società non correlate⁵⁴. Nella versione del Commentario OCSE aggiornata al luglio 2005, è stato riscritto il paragrafo 41; vengono, in tal modo, indicate le condizioni in presenza delle quali una "*subsidiary*" può ritenersi costituire stabile organizzazione (anche personale) della società-madre avente sede in un altro Stato contraente. In

⁵⁴ Commentario OCSE, sub art. 5, paragrafo 38.1.

particolare, i locali appartenenti alla "*subsidiary*", i quali siano a disposizione della società-madre e costituiscano sede fissa di affari attraverso la quale quest'ultima svolge la propria attività, costituiranno stabile organizzazione della società-madre ai sensi del paragrafo 1 dell'art. 5 e nei limiti di cui ai paragrafi 2 e 2 dello stesso articolo. La "*subsidiary*" integra, altresì, stabile organizzazione della società-madre quando la prima ha, ed abitualmente esercita, nell'altro Stato il potere di concludere contratti in nome della seconda, alle condizioni di cui al paragrafo 4 dell'art. 5 e nei limiti di cui ai paragrafi 3 e 5 della medesima disposizione.

Gli stessi principi si applicano a qualunque società parte di un gruppo multinazionale, cosicché tale società può essere considerata avere una stabile organizzazione nello Stato dove ha a sua disposizione locali appartenenti a un'altra società del gruppo. La valutazione circa la sussistenza di una stabile organizzazione ai sensi dei paragrafi 1 o 4 dell'art. 5 deve, tuttavia, essere effettuata separatamente per ciascuna società del gruppo. Pertanto, l'esistenza, in uno Stato, di una stabile organizzazione di una società del gruppo non avrà alcuna rilevanza nei limiti in cui un'altra società del gruppo ha di per sé una stabile organizzazione in quello Stato.

Un agente indipendente è responsabile nei confronti del *principal* per i risultati della sua attività, ma non è controllato nelle modalità con cui essa viene svolta: non sarà, pertanto, soggetto a istruzioni dettagliate da parte del *principal* in relazione alla gestione dell'attività. La circostanza che il *principal* faccia affidamento sulle competenze e l'esperienza dell'agente è elemento che comprova l'indipendenza di quest'ultimo⁵⁵.

Il Commentario OCSE all'art. 5 (par. 38) stabilisce a tal proposito che la valutazione circa l'indipendenza o meno del soggetto si fonda sull'ampiezza degli obblighi che tale soggetto ha assunto nei confronti dell'impresa. Allorquando le attività commerciali svolte dal soggetto per conto dell'impresa siano soggette ad istruzioni dettagliate o a controllo complessivo da parte dell'impresa, tale soggetto non può considerarsi indipendente dall'impresa stessa. Il riferimento alle "*detailed instructions*" va inteso avendo riguardo allo specifico contesto.

Istruzioni o specifiche operative sono connaturate ad ogni prestazione di servizi e non sono, da sole, sufficienti ad integrare il presupposto della dipendenza. Questa va invece intesa su un più generale piano "personale", laddove le istruzioni non siano riferite a specifiche transazioni, ma al complesso dell'attività del prestatore. Nell'ambito dell'accordo con il *principal*, può essere previsto che l'agente fornisca informazioni rilevanti riguardo all'attività svolta sulla base dell'accordo. Questa circostanza non è di per sé un criterio sufficiente a provare la dipendenza dell'agente a meno che le informazioni siano fornite allo scopo di richiedere l'approvazione del *principal* sulle modalità con cui viene eseguita l'attività. Al contrario, laddove le informazioni siano fornite al mero fine di assicurare la regolare esecuzione dell'accordo e di mantenere buone relazioni con il *principal*, tale elemento non può considerarsi rivelatore di una situazione di dipendenza⁵⁶. Limitazioni all'ampiezza dell'attività dell'agente influiscono sulla autorità concessagli, ma non sono rilevanti ai fini della valutazione della sua indipendenza che è determinata dalla libertà con cui gestisce la propria attività nell'ambito dei poteri conferitigli⁵⁷.

Altro elemento che ha importanza ai fini della valutazione dell'indipendenza dell'agente è il numero di *principal* che l'agente rappresenta. La circostanza che l'agente svolga la propria attività per intero o per lo più a favore di un unico *principal* durante tutto il periodo in cui esercita la propria attività o per un significativo periodo di tempo potrebbe costituire un indizio di dipendenza economica. Tale elemento non è, peraltro, di per sé determinante. Nel giudicare l'indipendenza di un soggetto, infatti, devono essere presi in considerazione tutti i fatti e le circostanze atti a determinare se l'attività dell'agente sia autonoma, se

⁵⁵ Commentario OCSE, sub art. paragrafo 38.3.

⁵⁶ Commentario OCSE, sub art. 5, paragrafo 38.5.

⁵⁷ Commentario OCSE, sub art. 5, paragrafo 38.4.

rispetto ad essa l'agente assuma il rischio di impresa e riceva un compenso commisurato alle competenze e all'esperienza prestati per svolgere l'attività.

Tuttavia va rilevato che, quando un agente agisce per conto di più *principal* nell'ambito della propria ordinaria attività e nessuno di questi assume un ruolo predominante in relazione alle dimensioni della sua attività, la dipendenza giuridica può sussistere qualora i *principal* agiscano di concerto per il controllo dell'attività svolta dall'agente per loro conto⁵⁸. La seconda condizione posta dal paragrafo 5 per configurare un agente come indipendente concerne il fatto che l'intermediario operi nell'ambito della propria ordinaria attività. Anche questa condizione si considera necessaria, ma non sufficiente. Infatti, qualora non sia soddisfatta, si avrà *de facto* nello Stato di esercizio dell'attività una stabile organizzazione dell'impresa preponente, a meno che la sopraindicata attività non possa essere fatta rientrare tra quelle indicate nel paragrafo 3 dell'art. 5. Il paragrafo 37 del Commentario OCSE all'art. 5 precisa che un intermediario è ritenuto agire al di fuori della propria attività ordinaria, qualora eserciti in via abituale un'attività che attiene economicamente alla sfera dell'impresa, invece che alla propria. A titolo esemplificativo il Commentario menziona il caso del commissionario che non si limita a vendere beni dell'impresa ma che agisce, in qualità di agente dell'impresa stessa, nella stipula di contratti in via abituale. Tale fattispecie realizza, per il commentario, un caso di stabile organizzazione.

Qualora tali presupposti non siano verificati, non possiamo ritenere che l'agente goda di uno *status* indipendente e, pertanto, alla luce dell'art. 5, comma 4, gli elementi che devono essere valutati ai fini della configurabilità di una stabile organizzazione personale possono essere così sintetizzati:

- titolarità ed esercizio abituale di poteri di rappresentanza: la sussistenza dei poteri di rappresentanza deve essere valutata non solo sul piano formale, ma anche sul piano sostanziale. In questo senso va letta la precisazione del Commentario OCSE all'art. 5 (par. 33), secondo la quale "si può ritenere che un soggetto che sia autorizzato a negoziare tutti gli elementi di un contratto in modo vincolante per l'impresa estera abbia il potere di concludere i contratti anche qualora il contratto sia formalmente concluso da un altro soggetto dello Stato di residenza dell'impresa estera". In altri termini, il potere di rappresentanza può essere contestato anche ad un soggetto cui sia stata fornita la capacità di negoziare tutti gli elementi del contratto in modo vincolante per il *principal*, sebbene il contratto di vendita venga di fatto firmato da altra persona (eventualmente, il *principal* stesso) in un altro Paese (i.e., il Paese del *principal*). Il Commentario OCSE, nella versione aggiornata il 28 gennaio 2003, specifica che l'assenza di un coinvolgimento da parte del *principal* nelle transazioni può essere indicativa della concessione all'agente dell'autorità di concludere contratti. Ad esempio, si può ritenere che l'agente disponga dell'autorità di concludere contratti qualora richieda e riceva gli ordini e li invii direttamente ad un magazzino dal quale i beni sono consegnati, ovvero laddove l'impresa estera approvi abitualmente le transazioni⁵⁹. Nel paragrafo 33, secondo la versione del Commentario OCSE aggiornata al 2005, viene precisato che l'agente il quale dispone del potere di negoziare gli elementi e i dettagli di un contratto in modo vincolante per l'impresa, può ritenere di aver esercitato siffatto potere nell'altro Stato anche nel caso in cui il contratto sia firmato da un'altra persona nello Stato in cui l'impresa è situata e il primo non sia stato investito formalmente del potere di rappresentanza. In senso negativo, invece, il nuovo paragrafo 33 precisa che la partecipazione, da parte dell'agente, alle negoziazioni tra l'impresa e il cliente non deve di per sé indurre a ritenere che l'agente abbia esercitato nell'altro Stato il potere di concludere contratti in nome dell'impresa. Tale fattispecie, pertanto, non configura di per sé una stabile organizzazione. Tuttavia dev'essere aggiunto che la partecipazione alle negoziazioni da parte dell'agente costituisce fattore rilevante nella determinazione delle mansioni effettivamente svolte per conto dell'impresa;

⁵⁸ Commentario OCSE, sub art. 5, paragrafo 38.6.

⁵⁹ Commentario OCSE, sub art. 5, paragrafo 32.1.

- il potere di concludere contratti deve essere esercitato in modo ripetuto ed abituale. Cosa debba intendersi esattamente per abitudine non aveva costituito fino a temi recenti oggetto di approfondimento nel Commentario alla Convenzione Modello OCSE con specifico riguardo all'ipotesi della stabile organizzazione. La versione aggiornata del Commentario OCSE si riferisce esplicitamente a tale requisito specificando che, per valutare il soddisfacimento dell'*habitual exercise test* l'ampiezza e la frequenza con cui l'agente esercita il proprio potere deve essere analizzata in relazione alla natura dei contratti e all'attività del *principal*. Non potendo essere individuati elementi precisi che valgano in ogni circostanza, il Commentario rimanda ai fattori che sono considerati con riferimento al paragrafo 5⁶⁰. Il potere di concludere contratti deve riguardare l'attività propria dell'impresa estera non rilevando, invece, il potere di concludere contratti relativi ad operazioni interne (i.e., assumere dipendenti).

In tema di **consociate**, a spiegazione del paragrafo 6 dell'art. 5, il paragrafo 40 del Commentario OCSE precisa come sia, in generale, accettato che l'esistenza di una consociata non costituisca, di per sé, una stabile organizzazione della società madre. Tale principio si ricava dal fatto che, ai fini impositivi, la consociata costituisce un'entità legale societaria. Anche qualora l'attività imprenditoriale esercitata dalla consociata sia diretta dalla casa madre, non fa sì che la consociata sia considerata una stabile organizzazione della società madre. Al contrario, una consociata potrà costituire stabile organizzazione della casa madre alle condizioni previste dal paragrafo 4, qualora non possa essere considerata un agente indipendente ai sensi del paragrafo 5 e abbia ed eserciti, in via abituale il potere di concludere contratti in nome della casa madre. In tal caso gli effetti sarebbero identici come per qualsiasi altra società terza.

I paragrafi 4 e 5 dell'art. 5 della Convenzione in esame interagiscono in un rapporto di **regola-eccezione**. In altri termini, il paragrafo 4 enuncia il criterio generale ai fini della sussistenza di una stabile organizzazione personale, mentre il paragrafo 5 vale ad escludere l'applicazione del paragrafo 4 allorché siano integrati i requisiti per la qualificazione dell'agente come indipendente. Se, invece, i requisiti previsti dal paragrafo 5 non vengono soddisfatti e, conseguentemente, l'agente non abbia lo *status* indipendente, per verificare l'esistenza di una stabile organizzazione personale valgono le condizioni indicate dal paragrafo 4.

Il paragrafo 41 del Commentario OCSE, secondo la versione aggiornata al 2005, determina le condizioni in presenza delle quali una "*subsidiary*" può ritenersi costituire stabile organizzazione (anche personale) della società-madre avente sede in un altro Stato contraente. In particolare, i locali appartenenti alla "*subsidiary*", i quali siano a disposizione della società-madre e costituiscano sede fissa di affari attraverso la quale quest'ultima svolge la propria attività, costituiranno stabile organizzazione della società-madre ai sensi del paragrafo 1 dell'art. 5 e nei limiti di cui ai paragrafi 2 e 2 dello stesso articolo. La "*subsidiary*" integra, altresì, stabile organizzazione della società-madre quando la prima ha, ed abitualmente esercita, nell'altro Stato il potere di concludere contratti in nome della seconda, alle condizioni di cui al paragrafo 4 dell'art. 5 e nei limiti di cui ai paragrafi 3 e 5 della medesima disposizione.

Infine, il paragrafo 41.1 del Commentario al Modello OCSE estende i principi di cui al paragrafo 41 a ciascuna delle società facenti parte di **gruppi multinazionali**, con la precisazione che la valutazione circa la sussistenza dei requisiti per la configurazione di una stabile organizzazione va effettuata autonomamente e separatamente per ciascuna società del gruppo.

Il paragrafo 42 del Commentario OCSE contempla un'ipotesi particolare, in presenza della quale non è configurabile una stabile organizzazione. Trattasi della situazione in cui una società appartenente ad un gruppo multinazionale fornisca servizi ad altra società del gruppo quale parte della sua attività svolta in locali ad essa non appartenenti, utilizzando, però, personale proprio. Mentre i locali appartenenti a una

⁶⁰ Commentario OCSE, sub art. 5, paragrafo 33.1.

società, parte di un gruppo multinazionale, possono essere messi a disposizione di un'altra società del gruppo e possono, alle condizioni di cui all'art. 5, costituire stabile organizzazione di quell'altra società se l'attività della prima società è svolta tramite quei locali, è importante distinguere la situazione in cui una società, parte di un gruppo multinazionale, effettua prestazioni di servizi a un'altra società del gruppo quale parte della sua propria attività svolta in locali che non sono quelli della prima società e mediante l'impiego del suo proprio personale. In tal caso, il luogo dove quei servizi sono resi non è a disposizione della seconda società; né l'attività di questa società è svolta per il tramite di quei locali. Questi ultimi, pertanto, non possono essere considerati stabile organizzazione della società alla quale sono resi i servizi. In effetti, il fatto che le attività proprie di una società, svolte in un determinato luogo, possano arrecare benefici economici all'attività di un'altra società non implica che tale ultima società svolga la sua attività tramite quel determinato luogo⁶¹.

Analizziamo, ora, le ipotesi **specifiche**. Sulla base di quanto illustrato finora, risulta sicuramente interessante analizzare più in dettaglio, con riferimento a quanto disposto dall'*OCSE*, le specifiche ipotesi di configurabilità o assenza di stabile organizzazione.

Sedi di direzione

Il paragrafo 2 dell'art. 5 riporta due espressioni: "sede di direzione" e "ufficio". La motivazione della distinta elencazione risiede nel fatto che i due termini possono non assumere lo stesso significato nelle legislazioni dei Paesi contraenti. Inoltre il termine "sede di direzione" è stato riportato separatamente, dal momento che non significa necessariamente un "ufficio".

Sotto il profilo lessicale il termine "direzione" (o *management*) appare un concetto alquanto astratto, proprio dell'economia d'azienda, e per questo privo di una puntuale ed univoca definizione nel diritto tributario internazionale.

Nel concetto di sede di direzione sembra essere implicita la necessità di individuazione di un luogo in cui le decisioni vengono effettivamente prese.

Da quanto detto, si può notare come ogni analisi applicativa sul concetto di "sede di direzione" debba essere improntata alla massima cautela.

Succursali

L'art. 5, paragrafo 2, lett. b), della Convenzione stipulata con l'Italia riporta il termine "succursale" (o "branch"). Il Commentario OCSE non fornisce alcuna definizione del termine e la dottrina ne ha approfondito l'espressione succursale può essere, nel linguaggio comune, impiegata in alternativa a filiale.

Uffici

Come rilevato in precedenza, il paragrafo 2 dell'art. 5 menziona separatamente i termini "ufficio", "sede di direzione" e "succursale", in quanto in alcune legislazioni un ufficio non è automaticamente considerato come una succursale. Nell'ordinamento sammarinese si può ritenere comunque che un ufficio rientri nel significato comunemente attribuibile alla succursale.

⁶¹ Il fatto che una società acquisti parti prodotte o servizi forniti da un'altra società in uno Stato diverso non implica per ciò stesso che essa abbia una stabile organizzazione, anche se trae benefici dalla lavorazione di tali parti o dalla fornitura di tali servizi.

Qualora, in base al disposto di cui al paragrafo 3, l'attività sia condotta ai soli fini di esposizione, di consegna, di acquisto di merci, di raccolta di informazioni o di pubblicità o di attività analoghe di carattere preparatorio o ausiliare per l'impresa, non si ha stabile organizzazione dell'impresa.

Officine

Per "officina" si può intendere un impianto, a livello industriale o artigiano, nel quale si effettuano lavorazioni o si procede all'esecuzione di montaggi, riparazioni, revisioni e manutenzioni nell'ambito delle costruzioni meccaniche. Come si può notare, nell'espressione "officina" si riassumono le caratteristiche principali della stabile organizzazione.

Laboratori

Per laboratorio si intende un locale attrezzato per svolgere attività sperimentali, tecniche o produttive o per eseguire ricerche scientifiche; talvolta può essere annesso ad un negozio di vendita. In base alla lett. c) del paragrafo 2, qualora il laboratorio sia utilizzato per l'impresa ai soli fini di ricerca scientifica, non si considera che vi sia una stabile organizzazione.

Miniere, cave o altri luoghi di estrazione di risorse naturali

Tra le varie fattispecie che possono configurare una stabile organizzazione vi sono le miniere, le cave o altri luoghi di estrazione di risorse naturali. Il paragrafo 14 del Commentario OCSE precisa che l'espressione "ogni altro luogo di estrazione di risorse naturali" deve essere interpretata in modo estensivo in modo da ricomprendere, per esempio, i luoghi di estrazione di idrocarburi sia sulla terraferma che offshore". Precisa ancora il Commentario OCSE (al paragrafo 15), che il testo del Modello di convenzione si riferisce all'"estrazione di risorse" e non anche all'"esplorazione" delle stesse.

Dal momento che non è stato possibile pervenire in sede OCSE ad una comune definizione per la qualificazione del reddito derivante dall'attività esplorativa, nonché per l'attribuzione del diritto a tassare tale reddito, gli Stati contraenti possono accordarsi per inserire specifiche disposizioni nelle convenzioni bilaterali.

In particolare, gli Stati contraenti possono convenire che le attività di esplorazione di risorse naturali svolte in uno dei due Paesi:

- non siano considerate stabile organizzazione;
- siano considerate stabile organizzazione;
- siano considerate stabile organizzazione, qualora tali attività abbiano una durata superiore ad un prefissato periodo temporale.

Cantieri di costruzione o montaggio con durata superiore ai dodici mesi

La lett. g) del paragrafo 2 della norma in parola dispone che "un cantiere di costruzione o di montaggio è considerato «stabile organizzazione» solo se oltrepassa i **dodici mesi**". Sul punto il Commentario OCSE (al paragrafo 16) avverte che, qualora il cantiere non soddisfi questa condizione, non costituisce di per sé stabile organizzazione, anche se esiste nella sua area un'installazione, un ufficio o un laboratorio, nel senso espresso dal paragrafo 2, connesso con l'attività di costruzione o montaggio. Pertanto, la non permanenza del cantiere in un determinato luogo per un periodo di 12 mesi sembra sancire de facto la transitorietà di per sé dell'attività condotta dall'impresa nel cantiere di costruzione. Secondo il paragrafo 17 del Commentario OCSE, con il termine "cantiere di costruzione o di montaggio" deve intendersi un'installazione volta alla costruzione di edifici, strade, ponti, canali, posa in opera di tubazioni, terrazzamenti e dragaggio. L'attività di progettazione e supervisione della costruzione di un edificio è ricompresa nell'espressione, a

condizione che sia eseguita dal costruttore stesso. Per converso, l'attività di progettazione e supervisione non va ricompresa, qualora sia effettuata da un'altra impresa, la cui attività, in connessione con la costruzione, risulta circoscritta alla mera progettazione e supervisione. Nel caso in cui tale altra impresa disponga di un ufficio impiegato, in via esclusiva, per l'attività di progettazione e supervisione riguardante un cantiere che non configura una stabile organizzazione, l'ufficio stesso non costituirà sede fissa di affari, nel senso indicato dal paragrafo 1, in quanto mancante del requisito della permanenza.

Il paragrafo 20 del Commentario OCSE osserva che la natura di un progetto di costruzione o di montaggio può essere tale da richiedere al costruttore continui o periodici spostamenti, a seconda dello stato di avanzamento del progetto. Tale fatto si verifica, ad esempio, nei progetti riguardanti la costruzione di strade, canali, nonché per lo scavo di vie d'acqua o per la posa di tubature. La non permanenza della forza lavorativa in un determinato luogo per 12 mesi è, per il Commentario OCSE, irrilevante. Infatti, l'attività effettuata in un punto del territorio è parte di un unico progetto, che configura una stabile organizzazione, qualora, nel suo complesso, sia di durata eccedente i 12 mesi. Nell'ipotesi di più contratti, ognuno dei quali di durata inferiore al periodo minimo necessario per configurare una stabile organizzazione il commentario precisa che, se i contratti sono tra di loro collegati, il test dei 12 mesi (o della diversa durata prevista da ciascuna convenzione) non è applicabile distintamente a ciascun contratto, ma deve essere considerata l'attività nel suo insieme.

Il paragrafo 19 del Commentario OCSE rileva che il cantiere inizia ad esistere da quando l'imprenditore comincia l'attività (ivi comprese le attività preparatorie), nello Stato in cui la costruzione deve essere eseguita; ciò avviene, ad esempio, quando l'impresa installa un ufficio per la progettazione. In generale, il cantiere continua ad esistere fino al completamento del lavoro o al suo definitivo abbandono. Interruzioni stagionali, causate da cattivo tempo, e interruzioni temporanee, dovute a indisponibilità di materiali o da difficoltà relative alla manodopera, devono essere computate nel periodo di durata del cantiere. Lo stesso paragrafo 19 del Commentario OCSE riporta l'esempio di un imprenditore che, iniziata la propria attività per la costruzione di una strada il 18 maggio, è costretto a fermarla il 18 novembre, a causa delle avverse condizioni meteorologiche (o per la mancanza di materiali), e a riprenderla il 18 febbraio dell'anno seguente, completando la costruzione della strada stessa il 18 giugno; tale progetto, in base alle esposte caratteristiche, deve essere considerata come stabile organizzazione, dal momento che sono trascorsi 13 mesi (dalla data di inizio dell'attività alla data del completamento).

In occasione dell'aggiornamento del Commentario dell'aprile 2000⁶² si è analizzato il caso di un cantiere di una società di persone fiscalmente trasparente, affermando il principio che la durata complessiva del cantiere deve essere determinata tenendo conto dell'attività svolta non solo dalla società di persone in senso stretto, ma anche dai soci della medesima.

Nell'ipotesi in cui la durata del cantiere ecceda i dodici mesi, ciascun socio sarà considerato avere una stabile organizzazione nello Stato contraente in cui il cantiere è situato e sarà assoggettato a tassazione sulla quota di reddito a lui imputabile.

Nel particolare caso dell'appalto, il Commentario OCSE precisa che se un'impresa (*general contractor*), la quale ha intrapreso l'esecuzione di un progetto, provvede a subappaltare parti del progetto stesso ad altre imprese (*subcontractors*), il periodo trascorso dal *subcontractor* nel cantiere deve essere considerato come impiegato dal *general contractor* per l'esecuzione del progetto. Dal suo canto, il *subcontractor* disporrà anch'esso di una stabile organizzazione, qualora le sue attività abbiano durata eccedente i 12 mesi.

Il paragrafo 3 del Commentario OCSE all'art. 5, nelle precedenti versioni, si limitava a fare riferimento espressamente a un cantiere di costruzione o di montaggio la cui durata fosse superiore a 12 mesi.

⁶² Cfr. paragrafo 19.1 del Commentario.

Qualsiasi altro elemento non rientrante in tali fattispecie non costituiva di per sé una stabile organizzazione (anche, ad esempio, un ufficio o un laboratorio all'interno del cantiere, così come previsti al paragrafo 2, associati all'attività di costruzione).

Le modifiche al Commentario OCSE, approvate il 28 gennaio 2003, propongono una rilettura di tali indicazioni specificando che un ufficio o un laboratorio utilizzati per diversi progetti di costruzione, attraverso i quali non siano svolte soltanto attività aventi carattere meramente ausiliario o preparatorio, integrerebbero i requisiti per la configurabilità di una stabile organizzazione, anche qualora nessuno dei progetti di costruzione associati avesse una durata superiore a 12 mesi. In tal caso, la situazione dell'ufficio o laboratorio sarebbe distinta da quella propria di ciascun cantiere, nessuno dei quali costituirebbe una stabile organizzazione; di conseguenza, si dovrebbe assicurare che alla stabile organizzazione siano attribuiti solo i profitti corrispondenti alle funzioni svolte e ai rischi assunti attraverso l'ufficio o il laboratorio. I profitti attribuiti potrebbero includere anche parte dei profitti dei singoli cantieri, ma solamente per remunerare funzioni e rischi effettivamente attribuibili all'ufficio (o al laboratorio)⁶³.

Per fornire un supporto casistico ai fini dell'individuazione delle ipotesi che rientrano nell'ambito di applicazione del paragrafo 2 dell'art. 5, il Commentario OCSE aggiunge, a quelle già menzionate nelle precedenti versioni, il rinnovo (che ecceda la mera manutenzione o nuova decorazione) di edifici, strade, ponti e canali⁶⁴.

La natura di un progetto di costruzione o montaggio può determinare che, al progredire del progetto stesso, l'attività venga localizzata in luoghi diversi. Nella versione aggiornata del Commentario OCSE viene descritto anche il caso in cui le parti di una struttura, ad esempio una piattaforma offshore, siano assemblate in vari luoghi e poi siano spostate in un altro luogo all'interno dello Stato per l'assemblaggio finale. In tal caso, le attività svolte devono considerarsi come parte di un unico progetto, che configura una stabile organizzazione laddove perduri per oltre 12 mesi, essendo a tal fine irrilevante che la forza lavoro non sia dislocata in un unico luogo per tutta la durata dell'attività⁶⁵.

Il Modello OCSE non analizza approfonditamente l'ipotesi dell'uso di una **installazione** al solo scopo del deposito, dell'esposizione o della consegna di merce appartenente all'impresa. La configurabilità dell'esistenza di una stabile organizzazione si fa dipendere esclusivamente dall'utilizzo della merce appartenente all'impresa. Qualora si faccia uso dell'installazione per finalità diverse da quelle citate (es. per la riparazione della merce o l'assistenza post-vendita) la stessa installazione potrà ricadere nel concetto di stabile organizzazione.

Pure l'ipotesi delle merci appartenenti all'impresa immagazzinate al solo scopo di deposito, di esposizione o di consegna non viene analizzata dettagliatamente dalla Convenzione OCSE. Ai sensi del Commentario OCSE, l'inesistenza di una stabile organizzazione è determinata esclusivamente dalla presenza di un magazzino merci, impiegato per le attività di deposito, stoccaggio, esposizione o consegna.

Il paragrafo 22 del Commentario OCSE precisa che l'ipotesi di merci appartenenti all'impresa immagazzinate ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa si riferisce ad uno stock di beni o merci, di proprietà di un'impresa, lavorato da una seconda impresa per conto della prima. 4.11. Sede fissa d'affari per acquistare merci o raccogliere informazioni per l'impresa.

Nel caso della sede fissa d'affari utilizzata al solo fine di acquistare merci o raccogliere informazioni per l'impresa, il paragrafo 22 del Commentario OCSE rileva che il riferimento alla raccolta di informazioni

⁶³ Commentario OCSE, sub art. 5, paragrafo 16.

⁶⁴ Commentario OCSE, sub art. 5, paragrafo 17.

⁶⁵ Commentario OCSE, sub art. 5, paragrafo 20.

include il caso di un ufficio giornalistico che non ha altro scopo principale se non quello di agire come uno dei «molti tentacoli» del corpo principale.

L'ipotesi della sede fissa d'affari utilizzata dall'impresa al solo fine di pubblicità, di fornire informazioni, di ricerche scientifiche e di attività analoghe che abbiano carattere preparatorio o ausiliario, è un caso che non richiede un'elencazione esauriente di eccezioni, in quanto prevede un'eccezione generalizzata alla definizione di cui al paragrafo 1 e, quando si interpreta in maniera congiunta a quel paragrafo, stabilisce un criterio più selettivo per la determinazione dell'esistenza di una stabile organizzazione.

Questa ipotesi costituisce una limitazione alla definizione di stabile organizzazione, escludendo determinate forme di organizzazioni imprenditoriali le quali, ancorché svolte mediante sede fissa di affari, non dovrebbero, in linea di principio, costituire stabile organizzazione. Si afferma che tale sede di affari può, dal canto suo, contribuire alla produttività globale dell'impresa, ma i servizi resi rivestono carattere preparatorio, non direttamente finalizzati all'ottenimento di un utile d'impresa. Il paragrafo 23 del Commentario OCSE precisa, pertanto, che sono esempi di sede fissa di affari le attività, aventi carattere preparatorio o ausiliario, utilizzate dall'impresa al solo fine di pubblicità, di fornire informazioni, di ricerche scientifiche o per l'attuazione di contratti di licenza, di brevetti o di *know how*.

Il paragrafo 24 del Commentario sottolinea l'estrema difficoltà dell'individuazione delle attività che rivestono carattere preparatorio o ausiliario. Il criterio distintivo, decisivo a tale fine, va ricercato nel fatto che l'attività della sede di affari di per se stessa rappresenti o meno una parte essenziale dell'attività dell'impresa nella sua globalità. Si può ritenere che una sede fissa di affari, il cui scopo sia identico a quella dell'impresa, non può essere considerata esercitare attività preparatoria o ausiliaria.

Una sede fissa di affari con funzione di direzione dell'impresa (o di parte dell'impresa o di un gruppo) non può essere ritenuta svolgere attività definibili come preparatorie o ausiliarie, in quanto tali attività direzionali non sembrano compatibili con il concetto di accessoriarietà.

Nel caso in cui un'impresa, avente ramificazioni internazionali, costituisca un "ufficio di direzione 11 ("management office" in Paesi in cui possiede consociate, stabili organizzazioni, agenti o licenziatari, tale ufficio di direzione sarà considerato, in genere, una stabile organizzazione ai sensi del paragrafo 2, in quanto svolge funzioni di coordinamento e di supervisione.

Nel caso delle cd. "imprese policentriche", in cui tutte le funzioni direttive sono delegate agli uffici regionali di direzione, in modo tale che le funzioni dell'*head office* sono limitate alla supervisione generale, tali uffici regionali rientrano nel concetto di "*place of management*" di cui alla lettera a) del paragrafo 2.

In conclusione, il paragrafo 24 del Commentario OCSE dispone che l'attività direttiva di un'impresa (o anche di una parte della stessa) riveste un ruolo essenziale dell'attività imprenditoriale e come tale non può, in alcun modo, essere interpretata come attività di carattere preliminare, prodromico, preparatorio ovvero ausiliario per l'impresa.

La nozione di stabile organizzazione (*branch*) è tracciata nell'art.5 del Modello di Convenzione, che delinea due figure: la stabile organizzazione "materiale", costituita dal complesso di beni organizzati; la "stabile organizzazione personale", che è costituita da un soggetto che opera svolgendo attività imputabili al non residente.

IMPOSIZIONE DEI REDDITI

Viene analizzata l'imposizione diretta.

Redditi immobiliari

(Articolo 6)

I redditi che un residente di uno Stato contraente ritrae da beni immobili (compresi i redditi delle attività agricole o forestali) situati nell'altro Stato contraente sono imponibili in detto altro Stato.

Secondo la definizione del comma 2 dell'art.6, l'espressione "beni immobili" ha il significato che "ad essa è attribuito dalla legislazione dello Stato contraente in cui i beni sono situati". Questa accezione comprende, in ogni caso:

- gli accessori;
- le scorte morte o vive delle imprese agricole e forestali;
- i diritti ai quali si applicano le disposizioni del diritto privato riguardanti la proprietà fondiaria.

Queste disposizioni si applicano ai redditi derivanti dalla utilizzazione diretta, dalla locazione o da ogni altra forma di utilizzazione di beni immobili. Queste disposizioni si applicano anche ai redditi derivanti dai beni immobili di un'impresa nonché ai redditi dei beni immobili utilizzati per l'esercizio di una professione indipendente.

Si considerano, inoltre, "beni immobili":

- l'usufrutto dei beni immobili;
- i diritti relativi a pagamenti variabili o fissi per lo sfruttamento o la concessione dello sfruttamento di giacimenti minerari, sorgenti ed altre risorse naturali. Invece gli aeromobili, le navi e i battelli non sono da considerarsi beni immobili.

Utili delle imprese

(Articolo 7)

Vediamo ora in quale Stato si impongono gli utili delle imprese. Innanzitutto, gli utili di un'impresa di uno Stato contraente sono imponibili soltanto in detto Stato, a meno che l'impresa non svolga la sua attività nell'altro Stato contraente per mezzo di una **stabile organizzazione** ivi situata (non si applica, quindi l'art.5 della Convenzione)⁶⁶. Se l'impresa svolge in tal modo la sua attività, gli utili dell'impresa sono imponibili nell'altro Stato ma soltanto nella misura in cui detti utili sono attribuibili alla stabile organizzazione.

In aggiunta a questo, si prescrive che, fatte salve le disposizioni del paragrafo 3 (quelle successive?), quando un'impresa di uno Stato contraente svolge la sua attività nell'altro Stato contraente per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata, **in ciascuno Stato** contraente vanno attribuiti a detta stabile organizzazione gli utili che si ritiene sarebbero stati da essa conseguiti se si fosse trattato di un'impresa distinta e separata svolgente attività identiche o analoghe in condizioni identiche o analoghe e in piena indipendenza dall'impresa di cui essa costituisce una stabile organizzazione.

Inoltre, nella determinazione degli utili di una stabile organizzazione sono ammesse in **deduzione** le spese sostenute per gli scopi perseguiti dalla stessa stabile organizzazione, comprese le spese di direzione e le spese generali di amministrazione, sia nello Stato in cui è situata la stabile organizzazione, sia altrove.

⁶⁶ Art.7, comma 1

Inoltre, qualora uno degli Stati contraenti segua la prassi di determinare gli utili da attribuire ad una stabile organizzazione in base al **riparto** degli utili complessivi dell'impresa fra le diverse parti di essa, la disposizione del paragrafo 2 non impedisce a detto Stato contraente di determinare gli utili imponibili secondo la ripartizione in uso. Tuttavia, il metodo di riparto adottato dovrà essere tale che il risultato ottenuto sia conforme ai principi contenuti nel presente articolo.

Un limite all'imposizione viene stabilito nel comma 5. Nessun utile può essere attribuito ad una stabile organizzazione per il solo fatto che essa ha acquistato beni o merci per l'impresa.

Inoltre, ai fini dei paragrafi precedenti, gli utili da attribuire alla stabile organizzazione sono determinati annualmente con lo stesso metodo, a meno che non esistano validi e sufficienti motivi per procedere diversamente.

Infine, quando gli utili comprendono elementi di reddito considerati separatamente in altri articoli della presente Convenzione, le disposizioni di tali articoli non vengono modificate da quelle del presente articolo.

L'esperienza pratica ha mostrato, comunque, che c'è stata una considerevole variazione nell'interpretazione di questi principi generali e di altre disposizioni delle precedenti versioni dell'articolo sette⁶⁷. Questa mancanza di interpretazione comune ha creato problemi di doppia imposizione e non imposizione. Con l'andare degli anni, la Commissione sugli Affari Fiscali ha speso molto tempo e sforzi provando ad assicurare una interpretazione più uniforme e l'applicazione delle regole di quest'articolo. Un *report* che indirizza questa questione nel caso specifico delle banche stato pubblicato nel 1984. Nel 1987, notando che la determinazione dei profitti attribuibili a una stabile organizzazione avrebbe potuto dare adito ad un po' di incertezza, il comitato ha intrapreso una revisione della questione che ha portato all'adozione nel 1993 del record attribuzione del reddito alle stabili organizzazioni e al successo seguenti cambiamenti del commentario. Nonostante questo lavoro, le pratiche di Paesi OCSE e non OCSE che riguarda l'attribuzione dei profitti alle stabili organizzazioni e l'interpretazione di questi paesi dell'articolo sette hanno continuato a variare considerevolmente. Il comitato ha considerato il bisogno di fornire più certezza ai contribuenti.

Navigazione marittima ad aerea (Articolo 8)

In quest'ambito, gli utili derivanti dall'esercizio, in traffico internazionale, di navi o di aeromobili sono imponibili soltanto nello Stato contraente in cui è situata la sede della **direzione effettiva** dell'impresa⁶⁸.

Se la sede della direzione effettiva di una impresa di navigazione marittima è situata a bordo di una nave, detta sede si considera situata nello Stato contraente in cui si trova il **porto di immatricolazione** della nave, oppure, in mancanza di un porto di immatricolazione, nello Stato contraente di cui è residente l'esercente la nave⁶⁹.

In aggiunta a quanto disposto in precedenza, si prescrive che le disposizioni del paragrafo 1 si applicano parimenti agli utili derivanti dalla partecipazione a un fondo comune (*pool*), a un esercizio in comune o ad un organismo internazionale di esercizio⁷⁰.

⁶⁷ Commentario art.7

⁶⁸ Art.8, comma 1

⁶⁹ Art.8, comma 2

⁷⁰ Art.8, comma 3

Imprese associate

(Articolo 9)

L'articolo comincia elencando le condizioni per l'imposizione dell'imposta sui redditi alle "società sussidiarie e parenti" e alle "società sotto comune controllo"⁷¹. Allorché:

- 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
- le medesime persone partecipano direttamente o indirettamente alla direzione, al controllo o al capitale di un'impresa di uno Stato contraente e di un'impresa dell'altro Stato contraente, e, nell'uno e nell'altro caso, le due imprese, nelle loro relazioni commerciali o finanziarie, sono vincolate da condizioni accettate 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 lo sono stati, possono essere inclusi negli utili di questa impresa e tassati in conseguenza.

In eccezione a quanto disposto in precedenza, allorché uno Stato contraente include tra gli utili di un'impresa di detto Stato - e di conseguenza assoggetta a tassazione - utili per i quali un'impresa dell'altro Stato contraente è stata sottoposta a tassazione in detto altro Stato, e gli utili così inclusi sono utili che sarebbero maturati a favore dell'impresa del primo Stato se le condizioni fissate tra le due imprese fossero state quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti, allora detto altro Stato farà un'apposita rettifica all'importo dell'imposta ivi applicata su tali utili. Tali rettifiche dovranno effettuarsi unicamente in conformità alla procedura amichevole della presente Convenzione⁷².

Dividendi

(Articolo 10)

Articolo originario

Per dividendi si intende generalmente la distribuzione di profitti agli azionisti da parte di imprese con azioni limitate, *partnership* limitata con capitale condiviso, società secondo le leggi dei Paesi membri dell'OCSE, queste società sono entità legali dotate di personalità giuridica distinta da quella degli azionisti. Su questo punto differiscono dalle *partnership* nella misura in cui le ultime non hanno personalità giuridica nella maggior parte dei paesi. I profitti di un'attività eseguita da una *partnership* sono i profitti dei partner derivati dalla loro attività personali⁷³.

In linea generale, i dividendi pagati da una società residente di uno Stato contraente ad un residente dell'altro Stato contraente sono imponibili in detto altro Stato. Però, tali dividendi possono essere tassati anche nello Stato contraente di cui la società che paga i dividendi è residente ed in conformità alla legislazione di detto Stato, ma, se l'effettivo beneficiario dei dividendi è un residente dell'altro Stato contraente, l'imposta così applicata non può eccedere:

- il 5 per cento dell'ammontare lordo dei dividendi se l'effettivo beneficiario è una società che ha detenuto almeno il 25 per cento del capitale della società che distribuisce i dividendi per un periodo di almeno 12 mesi antecedente alla data della delibera di distribuzione dei dividendi;
- il 15 per cento dell'ammontare lordo dei dividendi, in tutti gli altri casi⁷⁴.

⁷¹ Commentario art.9

⁷² Art.25

⁷³ Commentario art.10

⁷⁴ Art.10, comma 1

Le autorità competenti degli Stati contraenti regoleranno di comune accordo le modalità di applicazione di tali limitazioni. Il presente paragrafo non riguarda l'imposizione della società per gli utili con i quali sono stati pagati i dividendi⁷⁵.

(Riforma del Protocollo)

I dividendi pagati da una società residente di uno Stato contraente ad un residente dell'altro Stato contraente sono imponibili in detto altro Stato.

Tuttavia, tali dividendi possono essere tassati anche nello Stato contraente di cui la società che paga i dividendi è residente ed in conformità alla legislazione di detto Stato, ma, se l'effettivo beneficiario dei dividendi è un residente dell'altro Stato contraente, l'imposta così applicata non può eccedere:

- lo 0 per cento dell'ammontare lordo dei dividendi se l'effettivo beneficiario è una società diversa da una società di persone che ha detenuto almeno il 10 per cento del capitale della società che distribuisce i dividendi per un periodo di almeno 12 mesi antecedente alla data della delibera di distribuzione dei dividendi;
- il 15 per cento dell'ammontare lordo dei dividendi, in tutti gli altri casi.

Le autorità competenti degli Stati contraenti regoleranno di comune accordo le modalità di applicazione di queste limitazioni. Il presente paragrafo non riguarda l'imposizione della società per gli utili con i quali sono stati pagati i dividendi.

Ai fini del presente Articolo il termine "dividendi" designa i redditi derivanti da azioni, da azioni o diritti di godimento, da quote minerarie, da quote di fondatore o da altre quote di partecipazione agli utili, ad eccezione dei crediti, nonché i redditi di altre quote sociali assoggettati al medesimo regime fiscale dei redditi delle azioni secondo la legislazione fiscale dello Stato di cui è residente la società distributrice.

Le disposizioni dei paragrafi 1 e 2 non sono applicate nel caso in cui il beneficiario effettivo dei dividendi, residente di uno Stato contraente, eserciti nell'altro Stato contraente, di cui è residente la società che paga i dividendi, un'attività industriale o commerciale per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata, oppure una professione indipendente mediante una base fissa ivi situata, e la partecipazione generatrice di dividendi si ricolleggi effettivamente ad esse. In tal caso, i dividendi sono imponibili in detto altro Stato contraente secondo la propria legislazione.

Nel caso in cui una società residente di uno Stato contraente ricavi utili o redditi dall'altro Stato contraente, detto altro Stato non può applicare alcuna imposta sui dividendi pagati dalla società, a meno che tali dividendi siano pagati ad un residente di detto altro Stato o che la partecipazione generatrice dei dividendi si ricolleggi effettivamente ad una stabile organizzazione o a una base fissa situate in detto altro Stato, né prelevare alcuna imposta, a titolo di imposizione degli utili non distribuiti, sugli utili non distribuiti dalla società, anche se i dividendi pagati o gli utili non distribuiti costituiscono in tutto o in parte utili o redditi realizzati in detto altro Stato.

(Esegesi)

L'espressione "pagati" ha un significato molto ampio, in quanto la nozione di pagamento designa il soddisfacimento dell'obbligo di mettere le somme a disposizione degli azionisti secondo quanto richiesto dal contratto o dagli usi. La norma in esame disciplina solamente i dividendi pagati da una società residente di uno Stato contraente a un residente dell'altro Stato contraente. Tale disposizione, pertanto, non si applica con riferimento ai dividendi pagati da una società residente di uno Stato terzo o con riferimento ai

⁷⁵ Art.10, comma 2

dividendi pagati da una società residente di uno Stato contraente, imputabili ad una stabile organizzazione che un'impresa di quello Stato possiede nell'altro Stato contraente.

Si ricorda che il requisito del "beneficiario effettivo" è stato introdotto nel par. 2 dell'art. 10 per chiarire il significato dell'espressione "pagati (...) a un residente" utilizzata nel par. 1 della medesima norma. Viene così chiarito che lo Stato della fonte non è obbligato a rinunciare alla potestà impositiva sui redditi costituiti da dividendi soltanto perché tali redditi siano stati percepiti direttamente da un residente di uno Stato con cui lo Stato della fonte ha concluso una convenzione. L'espressione "beneficiario effettivo" non si utilizza in un'accezione tecnica e restrittiva, dovendosi piuttosto intendere nel suo contesto e alla luce dello scopo e delle finalità della Convenzione, in particolare dello scopo di evitare la doppia imposizione e prevenire l'evasione e l'elusione fiscale.

Se un elemento di reddito viene percepito da un residente di uno Stato contraente che opera in qualità di agente o di fiduciario, sarebbe contrario allo scopo e alle finalità della Convenzione che lo Stato della fonte concedesse uno sgravio o l'esenzione soltanto in considerazione della circostanza che il percettore immediato 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 della Convenzione 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.

La disciplina dei commi precedenti non è applicata nel caso in cui il beneficiario effettivo dei dividendi, residente di uno Stato contraente, eserciti nell'altro Stato contraente, di cui è residente la società che paga i dividendi, una attività industriale o commerciale per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata, ovvero una professione indipendente mediante una base fissa ivi situata, e la partecipazione che genera i dividendi si ricollegi effettivamente ad esse. In questo caso, i dividendi sono imponibili in detto altro Stato contraente secondo la propria legislazione⁷⁶.

Il par. 4 dell'art.10 non si ispira alla concezione della cd. "forza di attrazione della stabile organizzazione". Esso non prevede che i dividendi ricevuti da un residente di uno Stato contraente da una fonte situata nell'altro Stato contraente debbano, sulla base di una presunzione di legge o finzione, considerarsi correlati a una stabile organizzazione di un residente in detto Stato, di guisa che questo Stato non sarebbe obbligato a limitare la sua imposizione. Il paragrafo si limita a stabilire che nello Stato della fonte i dividendi sono imponibili come parte degli utili della stabile organizzazione ivi posseduta dal beneficiario residente dell'altro Stato, se essi sono pagati in relazione a partecipazioni facenti parte dell'attivo della stabile organizzazione o con essa altrimenti effettivamente connessi.

Ai fini del presente articolo, il termine "dividendi" designa i redditi derivanti da azioni, da azioni o diritti di godimento, da quote minerarie, da quote di fondatore o da altre quote di partecipazione agli utili, ad eccezione dei crediti, nonché i redditi di altre quote sociali assoggettati allo stesso regime fiscale dei redditi delle azioni secondo la legislazione fiscale dello Stato di cui è residente la società distributrice.⁷⁷

Infine, quando una società residente di uno Stato contraente genera utili o redditi dall'altro Stato contraente, detto altro Stato non può applicare alcuna imposta sui dividendi pagati dalla società, a meno che tali dividendi siano pagati ad un residente di tale altro Stato o che la partecipazione generatrice dei dividendi si ricollegi effettivamente ad una stabile organizzazione o a una base fissa situate in detto altro Stato, né prelevare alcuna imposta, a titolo di imposizione degli utili non distribuiti, sugli utili non distribuiti

⁷⁶ Art.10, comma 4

⁷⁷ Art.10, comma 3

dalla società, anche se i dividendi pagati o gli utili non distribuiti costituiscono in tutto o in parte utili o redditi realizzati in detto altro Stato⁷⁸.

Il testo dell'art. 10 della Convenzione contro le doppie imposizioni sottoscritta con l'Italia (di seguito, "Convenzione") è stato modificato dall'Articolo I del Protocollo di modifica alla suindicata Convenzione, sottoscritto e ratificato da San Marino nel giugno 2012.

La nuova formulazione è in linea con le previsioni comunitarie contenute nella Direttiva 90/435/CEE. L'art. 5 della suindicata Direttiva, infatti, dispone che "gli utili distribuiti da una società figlia alla sua società madre, almeno quando quest'ultima detiene una partecipazione minima del 10%⁷⁹ nel capitale della società figlia, sono esenti dalla ritenuta alla fonte".

Rammentiamo che l'applicazione del regime "madre-figlia" è subordinato alla verifica di presupposti di carattere:

- soggettivo (relativi alla natura della società "madre");
- oggettivo (legati alla partecipazione nella società "figlia").

Ai sensi dell'art. 2 della Direttiva 90/435/CEE, la società "madre":

- dev'essere corrispondente alle società di capitali⁸⁰;
- deve essere domiciliata fiscalmente in uno Stato membro secondo la legislazione fiscale di tale Stato;
- deve essere assoggettata nello Stato di residenza, senza possibilità di opzione o di esonero, ad una delle imposte sui redditi elencate alla lett. c) del par. 1.

Ai fini dell'applicazione della Direttiva, la qualità di società "madre" è riconosciuta alle società che soddisfano i requisiti di cui sopra e che detengono nel capitale di una società "figlia" di un altro Stato membro una partecipazione minima del 10%.

L'art. 3, lett. b) della Direttiva in parola definisce il rapporto di "consociazione" ai fini dell'applicazione della Direttiva stessa. Una società può definirsi "consociata" di una seconda società quando:

- la prima detiene una partecipazione diretta minima del 10% nel capitale della seconda, oppure
- la seconda società detiene una partecipazione diretta minima del 10% nel capitale della prima, oppure
- una terza società detiene una partecipazione diretta minima del 10% nel capitale sia della prima sia della seconda.

Conformemente, l'art. 10, par. 2 a) della Convenzione, come modificato dal Protocollo del 2012, prevede che la ritenuta alla fonte applicabile ai dividendi non può eccedere:

"a) lo 0 per cento dell'ammontare lordo dei dividendi qualora l'effettivo beneficiario sia una società diversa da una società di persone che ha detenuto almeno il 10 per cento del capitale della società che distribuisce

⁷⁸ Art.10, comma 6

⁷⁹ Percentuale così ridotta dalla Direttiva 2003/123 / CE del 22 dicembre 2003.

⁸⁰ Allegato alla Direttiva

i dividendi per un periodo di almeno 12 mesi antecedente alla data della delibera di distribuzione dei dividendi".

La nozione di dividendi fa riferimento, in primo luogo, alle distribuzioni di utili che derivano dal possesso di azioni, cioè partecipazioni in società di capitali. Le azioni sono assimilate a tutti i titoli emessi da società il cui statuto prevede una clausola di partecipazione agli utili della società senza qualificarsi quali crediti; tali sono, a titolo esemplificativo, le azioni o i diritti di godimento, le quote del fondatore o le altre quote di partecipazioni agli utili. I crediti che danno diritto alla partecipazione agli utili non fanno parte di questa categoria; parimenti, gli interessi su obbligazioni convertibili non sono dividendi.

L'art. 10 della Convenzione in esame non regola solamente i dividendi propriamente detti ma anche gli interessi su finanziamenti nella misura in cui il creditore effettivamente partecipi ai rischi assunti dalla società, cioè nei casi in cui il rimborso dipenda in larga misura dal successo o comunque dall'attività dell'impresa. Gli artt. 10 e 11 non impediscono, pertanto, di assimilare questo tipo di interessi ai dividendi conformemente alle norme interne di contrasto alla sottocapitalizzazione, applicabili nello Stato del debitore⁸¹.

Si considerano dividendi non solamente le distribuzioni di utili deliberate dalle assemblee generali annuali degli azionisti, ma altresì diverse prestazioni in denaro o suscettibili di valutazione economica, come azioni gratuite, bonus, utili da liquidazione e distribuzioni occulte di utili. I benefici previsti dalla norma si applicano a condizione che lo Stato sottoponga tali prestazioni ad imposizione quali dividendi. Non rileva il fatto che tali prestazioni abbiano origine dagli utili d'esercizio conseguiti dalla società o provengano, a titolo esemplificativo, da **riserve**, cioè da utili di precedenti esercizi. In via generale, le distribuzioni effettuate da una società che hanno l'effetto di ridurre i diritti dei soci, come ad esempio, i pagamenti che costituiscono rimborso di capitale in qualsiasi forma, non sono considerati dividendi.

Le distribuzioni di utili da parte delle società di persone (*partnership*) non rientrano nella definizione di dividendi, a parte nei casi in cui le *partnership* siano assoggettate, nello Stato in cui è situata la sede di direzione effettiva, ad un regime fiscale sostanzialmente analogo a quello applicabile alle società per azioni (ad esempio, in Belgio, Portogallo e Spagna, ed anche in Francia per quanto concerne le distribuzioni ai *commanditaires* nelle *sociétés en commandite simple*).

I benefici cui dà diritto una partecipazione in una società sono, di regola, disponibili solo per gli azionisti. Tuttavia, nel caso in cui alcuni di tali benefici dovessero essere resi disponibili a persone che non sono azionisti secondo l'accezione di diritto societario, questi possono essere considerati dividendi se: la relazione di diritto tra tali persone e la società è assimilata ad una partecipazione in una società ("partecipazioni occulte") e le persone che ricevono tali benefici sono strettamente correlate con un azionista; è questo il caso, ad esempio, del beneficiario che ha un legame di parentela con l'azionista o della società appartenente al medesimo gruppo della società che ne possiede le azioni.

⁸¹ Secondo il Commentario all'art. 10 del Modello OCSE, 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, tra cui, a titolo esemplificativo:

- il finanziamento eccede in larga misura ogni altro apporto al capitale dell'impresa (o è stato assunto per sostituire una quota rilevante del capitale che è andato perso) ed il suo valore non è sostanzialmente bilanciato dall'attivo liquidabile;
- il creditore partecipa agli utili della società;
- il rimborso del finanziamento è subordinato alle pretese di altri creditori o al pagamento di dividendi;
- l'ammontare o il pagamento degli interessi dipende dagli utili della società;
- il contratto di finanziamento non contiene disposizioni mirate che prevedono il rimborso entro una data definita.

Per quanto concerne la regola di tassazione dei dividendi, la riforma indicata nel Protocollo Aggiuntivo è in linea con le previsioni di cui alla Direttiva 90/435/CEE⁸². La lettera a) del par. 2 esplicita che la società che riceve i dividendi abbia posseduto almeno il 10% del capitale per un periodo di tempo relativamente lungo prima della data di distribuzione (12 mesi). Ciò implica che, riguardo alla partecipazione, rileva la situazione esistente nel momento in cui si ha la sottoposizione a tassazione di cui al par. 2, cioè, nella maggior parte dei casi, la situazione esistente nel momento in cui i dividendi sono giuridicamente messi a disposizione degli azionisti. Questa previsione risponde all'esigenza di assicurare un ambito di applicazione della

⁸² La Direttiva 90/435/CEE, nella versione modificata dalla Direttiva 2003/123/CE, è applicata da ogni Stato membro (art. 1):

- alla distribuzione degli utili percepiti da stabili organizzazioni di società di altri Stati membri collocate in uno Stato membro e provenienti dalle loro società figlie di uno Stato membro diverso da quello in cui è situata la stabile organizzazione;
- alla distribuzione degli utili effettuata da società di uno Stato membro a stabili organizzazioni, situate in un altro Stato membro, di società del medesimo Stato membro di cui sono società figlie.

Questa Direttiva non pregiudica l'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali necessarie per evitare le frodi e gli abusi. Ai fini dell'applicazione della Direttiva, l'espressione "società di uno Stato membro" designa ogni società che (art. 2):

- riveste una delle forme enumerate nel nuovo elenco di cui all'allegato della direttiva 2003/123/CE, in cui sono inserite nuove entità giuridiche quali le cooperative, le mutue, le società senza capitale azionario, le casse di risparmio e di previdenza o le associazioni che esercitano attività commerciali;
- secondo la legislazione fiscale di uno Stato membro, è considerata avere residenza fiscale in tale Stato membro e, a norma di una convenzione in materia di doppia imposizione conclusa con un Paese terzo, non è considerata avere residenza fiscale fuori dell'UE;
- è soggetta, inoltre, all'imposta sulle società, senza poter operare una scelta e senza esserne esentata.

La qualità di "società madre" si riconosce almeno ad ogni "società di uno Stato membro" che detenga una partecipazione minima del 10% nel capitale di una società di un altro Stato membro. Siffatta qualità è anche riconosciuta, alle stesse condizioni, ad una "società di uno Stato membro" che detenga nel capitale di una società dello stesso Stato membro una partecipazione minima del 10% parzialmente o totalmente mediante una "stabile organizzazione" della prima società situata in un altro Stato membro. Per "società figlia" si intende la società nel cui capitale è detenuta una partecipazione minima del 10%.

Gli Stati membri hanno la facoltà di:

- sostituire al criterio della partecipazione al capitale quello della detenzione dei diritti di voto;
- non applicare la direttiva a quelle società di uno Stato membro che non conservano, per un periodo ininterrotto di almeno due anni, una partecipazione che dia diritto alla qualità di società madre o alle società nelle quali una società di un altro Stato membro non conservi, per un periodo ininterrotto di almeno due anni, siffatta partecipazione.

Allorquando una società madre o la sua stabile organizzazione, per via del rapporto di partecipazione tra la società madre e la sua società figlia, riceve utili distribuiti in una modalità diversa dalla liquidazione della società figlia, lo Stato della società madre e lo Stato della sua stabile organizzazione:

- si astengono dal sottoporre tali utili ad imposizione, ovvero
- li sottopongono ad imposizione, autorizzando però detta società madre o la sua stabile organizzazione a dedurre dalla sua imposta la frazione dell'imposta societaria relativa ai suddetti utili e pagata dalla società figlia e da una sua sub-affiliata.

Gli utili distribuiti da una società figlia alla sua società madre sono esenti da ritenuta alla fonte. Lo Stato membro in cui ha sede la società madre non ha la facoltà di riscuotere ritenute alla fonte sugli utili che questa società riceve dalla sua società figlia.

disposizione che sia il più esteso possibile. L'applicazione dell'imposta pari a 0 (equivalente, in fatto, alla totale esenzione dei dividendi), secondo quanto previsto dalla lett. a) del par. 2 dell'art. 10 in commento, è, tuttavia, subordinata alle seguenti condizioni, le quali devono verificarsi congiuntamente:

- il soggetto che percepisce dividendi è una società di capitali residente nel territorio dello Stato italiano (vale a dire, costituita in forma di società per azioni, società a responsabilità limitata o società in accomandita per azioni);
- il soggetto pagatore dei dividendi è una società sammarinese;
- il soggetto percettore dei dividendi ha detenuto, anteriormente alla data in cui i dividendi sono pagati dalla società sammarinese, una partecipazione diretta nella società sammarinese almeno pari al 10% per un periodo non inferiore a 12 mesi;
- la società italiana è il "beneficiario effettivo"⁸³ dei dividendi percepiti.

In base al dato letterale della norma, va fin da subito precisato che l'esenzione dalla ritenuta può trovare applicazione unicamente in presenza di un rapporto partecipativo diretto tra la società italiana percettrice dei dividendi e la società sammarinese partecipata che paga i dividendi.

Per quanto l'ultima parte del par. 2 dell'art. 10 rinvii, per le modalità applicative della limitazione delle ritenute (e della suindicata esenzione) a successivi accordi che saranno raggiunti dalle autorità competenti degli Stati contraenti (i.e., Repubblica di San Marino e Italia), si ritiene che, ai fini dell'applicazione della esenzione prevista dall'art. 10 par. 2 lett. a) della Convenzione in esame, il sostituto d'imposta sammarinese (i.e., la società sammarinese partecipata dalla società italiana) dovrà curarsi di richiedere alla società partecipante italiana - e conservare - la seguente documentazione:

- certificato di residenza fiscale rilasciato dall'Autorità tributaria dell'altro Stato contraente (i.e., Italia);
- certificato camerale e di vigenza rilasciato dal Registro delle Imprese territorialmente competente, ovvero certificato equipollente, dal quale risulti chiaramente che l'ente societario è costituito in una delle forme giuridiche indicate nella precedente elencazione (vale a dire, costituita in forma di società per azioni, società a responsabilità limitata o società in accomandita per azioni);
- copia dell'autocertificazione compilata e sottoscritta in originale da parte del legale rappresentante della società italiana partecipante, secondo il modulo riportato in Allegato 1 alla presente circolare.

Si precisa che la predetta documentazione sarà necessaria anche nei casi - diversi da quello indicato dall'art. 10 par. 2 lett. a) - in cui si applichi la ritenuta secondo l'aliquota del 15%.

Le aliquote d'imposta contenute nella norma in esame per l'imposizione nello Stato della fonte sono da considerarsi aliquote massime. Nella lettera a) del par. 2, il termine "capitale" viene utilizzato relativamente

⁸³ Nel Modello OCSE non è dato rinvenire una definizione compiuta di *beneficial owner*, così come manca un adeguato approfondimento del concetto di beneficiario effettivo nel Commentario al Modello OCSE. Secondo la prassi amministrativa italiana (cfr. CM 23 dicembre 1996, n. 306/ E, cap. VIII, § 8, e R.M. 6 maggio 1997, n. 104/ E) deve intendersi per beneficiario effettivo "(...) il soggetto cui il reddito è fiscalmente imputabile; (...) pertanto non si verifica il requisito in questione quando viene interposto un intermediario - come ad esempio un agente o un *nominee*» - tra il beneficiario e il debitore del provento". In altri termini, stante la finalità dichiaratamente antielusiva della clausola del *beneficial owner*, occorre privilegiare una lettura di tipo sostanziale - e non formale - del concetto di beneficiario effettivo, verificando l'effettiva (oltre che giuridica) titolarità dei diritti (i.e. la titolarità del potere di decidere la produzione ed il realizzo dei redditi e il potere di disporne) e non la mera titolarità formale degli stessi. In ogni caso, il par. 4 del Commentario all'art. 12 chiarisce che l'esenzione nello Stato della fonte non è concessa nel caso in cui venga interposto un intermediario (agente o *nominee*) tra il beneficiario e l'erogante, a meno che l'effettivo beneficiario sia residente nell'altro Stato contraente.

al regime fiscale dei dividendi, ovvero delle distribuzioni di utili agli azionisti. Ricorrere a tale termine in tale contesto implica che, ai fini della lettera a), debba essere impiegato secondo il significato assunto ai fini delle distribuzioni agli azionisti.

In tema di esclusioni, il par. 4 dell'art.10 non è ispirato alla concezione della cd. "forza di attrazione della stabile organizzazione". Esso non prevede che i dividendi ricevuti da un residente di uno Stato contraente da una fonte situata nell'altro Stato contraente debbano, sulla base di una sorta di presunzione di legge o finzione, considerarsi correlati a una stabile organizzazione di un residente in detto Stato, in modo che questo Stato non sarebbe obbligato a limitare la sua imposizione. Il paragrafo si limita a determinare che nello Stato della fonte i dividendi sono imponibili in quanto parte degli utili della stabile organizzazione ivi posseduta dal beneficiario residente dell'altro Stato, qualora essi siano pagati in relazione a partecipazioni facenti parte dell'attivo della stabile organizzazione o con essa altrimenti effettivamente connessi. In tal caso, il par. 4 dispensa lo Stato della fonte dei dividendi dalle limitazioni previste dall'art. 10⁸⁴.

Il par. 4 dell'art. 10 del Protocollo Aggiuntivo alla Convenzione, così come modificato dal Protocollo, afferma che l'espressione "(...) i dividendi sono imponibili in detto altro Stato contraente secondo la propria legislazione" non può essere interpretata come contraria ai principi contenuti negli artt. 7 e 14 della Convenzione stessa.

Per quanto concerne le limitazioni dell'ambito di applicazione, l'art. 10 della Convenzione in esame disciplina solo i dividendi pagati da una società residente di uno Stato Contraente a un residente dell'altro Stato contraente. Il par. 5 esclude l'imposizione extra-territoriale dei dividendi, vale a dire l'imposizione, da parte di alcuni Stati, sui dividendi distribuiti da una società non residente in considerazione del solo fatto che gli utili della società da cui derivano le distribuzioni provengono dal loro territorio (per esempio, in quanto realizzati attraverso una stabile organizzazione ivi situata)⁸⁵.

Il par. 5 inoltre stabilisce che le società non residenti non devono essere assoggettate ad imposte speciali sugli utili non distribuiti. Si potrebbe sostenere che l'applicazione da parte dello Stato di residenza del contribuente delle disposizioni interne in materia di società estere controllate o altre norme con l'effetto analogo di assoggettare ad imposizione gli utili che non sono stati distribuiti sia in contrasto con le disposizioni del par. 5. Come chiarito dal Commentario all'art. 10 del Modello OCSE, il paragrafo si limita all'imposizione alla fonte e, perciò, non ha alcun impatto sull'imposizione nel luogo di residenza sulla base

⁸⁴ Come precisato dal Commentario all'art. 10 del Modello OCSE, il paragrafo potrebbe dare luogo ad abusi per effetto del trasferimento di azioni a stabili organizzazioni istituite solo a tale scopo in Stati che riservano un regime privilegiato ai redditi rappresentati da dividendi. Indipendentemente dal fatto che tali operazioni possano portare all'applicazione delle normative antiabuso nazionali, va tenuto presente che un dato luogo può costituire stabile organizzazione solo se nello stesso viene esercitata un'attività industriale o commerciale e, che la condizione in forza della quale una partecipazione deve ricollegarsi effettivamente a tale luogo impone che la partecipazione sia effettivamente connessa a tale attività industriale o commerciale.

⁸⁵ Secondo il Commentario all'art. 10 del Modello OCSE, il problema dell'imposizione extra-territoriale non si pone se lo Stato della fonte assoggetta a tassazione i dividendi poiché sono pagati ad un azionista residente di quello Stato o ad una stabile organizzazione situata in tale Stato. Inoltre, si può sostenere che tale disposizione non può avere l'effetto di impedire a uno Stato di applicare una ritenuta sui dividendi distribuiti da società estere, qualora siano percepiti nel suo territorio. Infatti, in tal caso, il criterio per l'assoggettamento a tassazione fa riferimento all'operazione materiale di pagamento dei dividendi e non alla provenienza degli utili della società oggetto di distribuzione. Ma se il soggetto che percepisce i dividendi in uno Stato contraente è risiede nell'altro (di cui la società che distribuisce i dividendi è residente), tale soggetto può, ai sensi dell'art. 21 del Modello OCSE, ottenere l'esenzione o il rimborso della ritenuta applicata dal primo Stato. Analogamente, se il beneficiario dei dividendi è residente di uno Stato terzo che ha concluso una convenzione contro le doppie imposizioni con lo Stato in cui i dividendi sono percepiti, esso può, ai sensi dell'art. 21 del Modello OCSE, ottenere l'esenzione o il rimborso della ritenuta applicata da quest'ultimo Stato

di tali disposizioni o norme. Inoltre, il paragrafo concerne solo l'imposizione della società e non anche dell'azionista.

Parlando di **disciplina tributaria interna**, il vigente ordinamento tributario sammarinese (come riformato dalla L. 16 dicembre 2013, n. 166) dispone all'art. 103 co. 6 la non applicazione della ritenuta alla fonte sugli utili distribuiti da società residenti a soggetti diversi dalle persone fisiche non sono assoggettati alla ritenuta, a condizione che il soggetto percipiente dichiarerà alla società che distribuisce gli utili di non agire per conto di una persona fisica.

Gli utili distribuiti e corrisposti a persone fisiche dalle società di capitali residenti, invece, si assoggettano a ritenuta alla fonte del 5% a titolo d'imposta. La predetta ritenute d'imposta viene applicata sugli utili che si riferiscono ad utili prodotti a partire dal periodo d'imposta 2014.

A mente dell'art. 13 co. 1 lett. f) della L. n. 166/2013, inoltre, i dividendi di fonte estera percepiti dai residenti nel territorio della Repubblica di San Marino possono essere assoggettati ad imposizione separata, su opzione del contribuente. In tal caso, l'imposta sostitutiva è applicata secondo l'aliquota del 3% sul netto frontiera⁸⁶ (art. 13 co. 2 v) della L. n. 166/2013). La suindicata imposta sostitutiva è applicata dall'intermediario finanziario sammarinese quando i dividendi sono incassati per suo tramite ed è riscossa mediante ritenuta alla fonte a titolo d'imposta (art. 103 co. 7 della L. n. 166/2013).

Su opzione del contribuente, comunque, la predetta ritenuta può essere considerata a titolo d'acconto e i predetti redditi concorrono alla formazione del reddito complessivo del soggetto percipiente secondo il proprio regime di tassazione (art. 103 co. 7 della L. n. 166/2013).

⁸⁶ Come precisato dall'art. 13 co. 3 della L. n. 166/2013, con la definizione "netto frontiera" si intende l'ammontare della componente di reddito estero così come percepito dal soggetto passivo al netto di eventuali imposte assolte nello Stato della fonte.

Interessi

(Articolo 11)

(Articolo originario)

La disciplina generale dispone che gli interessi provenienti da uno Stato contraente e pagati ad un residente dell'altro Stato contraente sono imponibili in detto altro Stato. Tuttavia, tali interessi possono essere tassati anche nello Stato contraente dal quale essi provengono e in conformità alla legislazione di detto Stato, ma, se l'effettivo beneficiario degli interessi è un residente dell'altro Stato contraente, l'imposta così applicata non può eccedere il 13 per cento dell'ammontare lordo degli interessi. Le autorità competenti degli Stati contraenti regoleranno di comune accordo le modalità di applicazione di tale limitazione. Nonostante le disposizioni del paragrafo 2, gli interessi provenienti da uno degli Stati contraenti sono esenti da imposta in detto Stato se:

- il debitore degli interessi è il Governo di detto Stato contraente o un suo ente locale; o
- gli interessi sono pagati al Governo dell'altro Stato contraente o ad un suo ente locale o ad un ente od organismo (compresi gli istituti finanziari) interamente di proprietà di questo altro Stato contraente o di un suo ente locale; o
- gli interessi sono pagati, per conto del Governo, ad altri enti od organismi (compresi gli istituti finanziari) in dipendenza di finanziamenti da essi concessi nel quadro di accordi conclusi tra i Governi degli Stati contraenti.

(Riforma del Protocollo)

Gli interessi provenienti da uno Stato contraente e pagati ad un residente dell'altro Stato contraente sono imponibili in detto altro Stato.

Tuttavia, tali interessi possono essere tassati anche nello Stato contraente dal quale essi provengono e in conformità alla legislazione di detto Stato, ma, se l'effettivo beneficiario degli interessi è un residente dell'altro Stato contraente, l'imposta così applicata non può eccedere:

- lo 0 per cento dell'ammontare lordo degli interessi se l'effettivo beneficiario è una società diversa da una società di persone che ha detenuto almeno il 25 per cento del capitale della società che paga gli interessi per un periodo di almeno 12 mesi antecedente alla data di pagamento degli interessi;
- il 13 per cento dell'ammontare lordo degli interessi, in tutti gli altri casi.

Le autorità competenti degli Stati contraenti regoleranno di comune accordo le modalità di applicazione di tali limitazioni.

Nonostante le disposizioni del paragrafo 2, gli interessi provenienti da uno degli Stati contraenti sono esenti da imposta in detto Stato se:

- il debitore degli interessi è il Governo di detto Stato contraente o un suo ente locale; o
- gli interessi sono pagati al Governo dell'altro Stato contraente o ad un suo ente locale o ad un ente od organismo (compresi gli istituti finanziari) interamente di proprietà di questo altro Stato contraente o di un suo ente locale; o
- gli interessi sono pagati, per conto del Governo, ad altri enti od organismi (compresi gli istituti finanziari) in dipendenza di finanziamenti da essi concessi nel quadro di accordi conclusi tra i Governi degli Stati contraenti.

Il termine "interessi" designa i redditi dei titoli del debito pubblico, di buoni od obbligazioni di prestiti garantiti o non da ipoteca e portanti o meno una clausola di partecipazione agli utili, e dei crediti di qualsiasi natura, nonché ogni altro provento assimilabile ai redditi di somme date in prestito in base alla legislazione fiscale dello Stato da cui i redditi provengono.

Le disposizioni dei paragrafi da 1 a 3 non sono applicate nel caso in cui il beneficiario effettivo degli interessi, residente di uno Stato contraente, eserciti nell'altro Stato contraente dal quale provengono gli interessi, un'attività industriale o commerciale per via di una stabile organizzazione ivi situata, oppure una professione indipendente mediante una base fissa ivi situata, ed il credito generatore degli interessi venga ricollegato effettivamente ad esse.

In tal caso, gli interessi sono imponibili in detto altro Stato contraente secondo la propria legislazione.

Gli interessi si considerano provenienti da uno Stato contraente quando il debitore è lo Stato stesso, una sua suddivisione politica o amministrativa, un suo ente locale o un residente di detto Stato.

Tuttavia, qualora il debitore degli interessi, sia esso residente o no di uno Stato contraente, ha in uno Stato contraente una stabile organizzazione o una base fissa, per le cui necessità viene contratto il debito sul quale vengono pagati gli interessi e tali interessi sono a carico della stabile organizzazione o della base fissa, gli interessi stessi si considerano provenienti dallo Stato contraente in cui è situata la stabile organizzazione o la base fissa.

Se, in conseguenza di particolari relazioni esistenti tra il debitore e il beneficiario effettivo o tra ciascuno di essi e terze persone, l'ammontare degli interessi, tenuto conto del credito per il quale sono pagati, eccede quello che sarebbe stato convenuto tra il debitore e il beneficiario effettivo in assenza di simili relazioni, le disposizioni di questo articolo si applicano soltanto a quest'ultimo ammontare. In tale caso, la parte eccedente dei pagamenti è imponibile in conformità della legislazione di ciascuno Stato contraente e tenuto conto delle altre disposizioni della presente Convenzione.

(Esegesi)

A livello definitorio, ai fini del presente articolo, il termine "interessi" designa i redditi dei titoli del debito pubblico, di buoni od obbligazioni di prestiti garantiti o non da ipoteca e che portano o no una clausola di partecipazione agli utili, e dei crediti di qualsiasi natura, nonché ogni altro provento assimilabile ai redditi di somme date in prestito in base alla legislazione fiscale dello Stato da cui i redditi provengono⁸⁷.

Il comma 5 dispone che le disposizioni dei paragrafi da 1 a 3 non sono applicate nel caso in cui il beneficiario effettivo degli interessi, residente di uno Stato contraente, eserciti nell'altro Stato contraente dal quale provengono gli interessi, un'attività industriale o commerciale per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata, oppure una professione indipendente mediante una base fissa ivi situata, ed il credito generatore degli interessi si ricolleghi effettivamente ad esse.

In tal caso, gli interessi sono imponibili in detto altro Stato contraente secondo la propria legislazione.

Gli interessi si considerano provenienti da uno Stato contraente quando è lo Stato stesso ad essere debitore, una sua suddivisione politica o amministrativa, un suo ente locale o un residente di detto Stato. Tuttavia, quando il debitore degli interessi, sia esso residente o no di uno Stato contraente, ha in uno Stato contraente una stabile organizzazione o una base fissa, per le cui necessità viene contratto il debito sul quale sono pagati gli interessi e tali interessi sono a carico della stabile organizzazione o della base fissa, gli

⁸⁷ La suindicata definizione riproduce il contenuto dell'art. 11 par. 3 del Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni

interessi stessi sono considerati considerano provenienti dallo Stato contraente in cui è situata la stabile organizzazione o la base fissa.

Se, in conseguenza di particolari relazioni esistenti tra il debitore e il beneficiario effettivo o tra ciascuno di essi e terze persone, l'ammontare degli interessi, tenuto conto del credito per il quale sono pagati, eccede quello che sarebbe stato convenuto tra il debitore e il beneficiario effettivo in assenza di simili relazioni, le disposizioni del presente articolo si applicano soltanto a quest'ultimo ammontare. In tal caso, la parte eccedente dei pagamenti è imponibile in conformità della legislazione di ciascuno Stato contraente e tenuto conto delle altre disposizioni della presente Convenzione.

Gli interessi non "patiscono" la doppia imposizione economica, non sono tassati entrambi nelle mani del debitore e nelle mani del creditore. A meno che non sia disposto il contrario dal contratto, il pagamento della tassa sugli interessi cade sulla ricevente. Se succede che il debitore sopporta ogni tassa caricabile alla fonte, questo è come se si fosse accordato di pagare il creditore con un interesse addizionale che corrisponda questa tassa.

Secondo la regola generale enunciata al par. 1 dell'art. 11 della Convenzione in esame, gli interessi provenienti dalla Repubblica di San Marino e pagati ad un residente nel territorio dello Stato italiano sono imponibili in Italia (e viceversa).

Secondo la regola generale enunciata al par. 1 dell'art. 11 della Convenzione in esame, gli interessi provenienti dalla Repubblica di San Marino e pagati ad un residente nel territorio dello Stato italiano sono imponibili in Italia (e viceversa).

Il Commentario OCSE all'art. 11 precisa nelle considerazioni preliminari che il termine «interesse» ha generalmente il significato di remunerazione del denaro prestato. Lo stesso Commentario precisa inoltre che il termine «*remuneration*» rientra nella categoria dei redditi da capitali mobiliari («*category of "income from movable capital"*»).

Secondo il paragrafo 21 del Commentario OCSE all'art. 11, la definizione di «interessi» fornita nel primo periodo del par. 3 dell'art. 11 è esaustiva; lo stesso Commentario precisa che nel testo dell'articolo non si è ritenuto opportuno fare un ulteriore riferimento alle legislazioni interne dal momento che:

- la definizione fornita dal par. 3 ricomprende praticamente tutte le categorie di reddito che sono considerate interessi nelle varie legislazioni interne;
- la definizione utilizzata assicura l'indipendenza delle convenzioni dalle future modifiche delle legislazioni interne degli Stati contraenti; i riferimenti alle legislazioni interne dovrebbero quindi, per quanto possibile, essere evitati. Il Modello OCSE non comprende invece tra gli interessi le penali relative a ritardati pagamenti; peraltro gli Stati contraenti sono liberi di omettere tale periodo del par. 3 dell'art. 11 e di trattare le penali come interessi.

In maniera analoga a quanto sopra visto per le penalità, non sono assimilate agli interessi le «*annuities*»⁸⁸; il par. 23 del Commentario OCSE precisa infatti che:

- le «*annuities*» relative ad impieghi passati sono trattate all'art. 18 del Modello OCSE («Pensioni»);
- le rate relative ad «*annuities*» comprendono una quota di interessi sul capitale ed una quota di rimborso del capitale; tali rate rappresentano «frutti civili» («*fruits civils*») che maturano giorno per giorno e, pertanto, risulta difficile per molti Stati contraenti effettuare una distinzione tra gli elementi che rappresentano reddito da capitale e quelli che costituiscono un rimborso del capitale stesso.

L'aggiornamento del 1995 al Commentario al Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni altresì ha chiarito che la definizione di «interessi» di cui all'art. 11 non comprende i pagamenti fatti in base a determinati tipi di strumenti finanziari non tradizionali (ad esempio, *interest rate swap*), che non siano caratterizzati da un rapporto di credito sottostante. La definizione di «interessi», però, tornerà applicabile, qualora tali pagamenti dovessero essere ricaratterizzati come «interessi», in applicazione della regola della «prevalenza della sostanza sulla forma».

La suindicata definizione di "interessi" appare, quantomeno in linea di principio, compatibile con la nozione di interessi presente nella L. 16 dicembre 2013, n. 166, all'art. 19 comma 1 lett. a), il quale qualifica come "redditi di capitale" "gli interessi di ogni natura", ad esclusione di quelli compensativi.

Per quanto concerne la regola generale di tassazione, secondo la norma enunciata al par. 1 dell'art. 11 della Convenzione in esame, gli interessi provenienti dalla Repubblica di San Marino e pagati ad un residente⁸⁹ nel territorio dello Stato italiano sono imponibili in Italia (e viceversa).

Il par. 2 dell'art. 11 afferma una deroga al principio indicato in precedenza, consentendo la tassazione concorrente degli interessi anche nello Stato contraente (i.e., nella Repubblica di San Marino) dal quale essi provengono ed in conformità alla legislazione ivi vigente, stabilendo il limite massimo della imposta che si può applicare secondo l'aliquota:

- a) dello 0% dell'ammontare lordo degli interessi, se l'effettivo beneficiario è una società diversa da una società di persone che ha detenuto almeno il 25% del capitale della società che paga gli interessi per un periodo di almeno 12 mesi antecedente alla data di pagamento degli interessi;

⁸⁸ Vale a dire, le "rendite", anche vitalizie - o perpetue - legate a prodotti finanziari produttivi di interessi. Le rendite, infatti, sono un tipico mezzo finanziario utilizzato come garanzia futura di un'entrata costante.

⁸⁹ È utile osservare che la norma in esame utilizza unicamente il termine "residente" come riferito, in generale, sia alle persone fisiche sia a quelle diverse dalle persone fisiche. Per le relative definizioni, si rinvia a quanto previsto dall'art. 3 della Convenzione.

b) del 13% dell'ammontare lordo degli interessi, in tutti gli altri casi.

L'applicazione dell'imposta pari a 0 (equivalente, in fatto, alla totale esenzione degli interessi), secondo quanto previsto dalla lett. a) del par. 2 dell'art. 11 in commento, è, tuttavia, subordinata alle seguenti condizioni, che si devono verificare in maniera congiunta:

- il soggetto che percepisce interessi è una società di capitali residente nel territorio dello Stato italiano (vale a dire, costituita in forma di società per azioni, società a responsabilità limitata o società in accomandita per azioni);
- il soggetto che paga gli interessi è una società sammarinese;
- il soggetto percettore degli interessi ha detenuto, anteriormente alla data in cui gli interessi sono pagati dalla società sammarinese, una partecipazione diretta nella società sammarinese almeno pari al 25% per un periodo non inferiore a 12 mesi;
- la società italiana - come sopra definita - è il "beneficiario effettivo"⁹⁰ degli interessi percepiti.

Si deve precisare che l'esenzione dalla ritenuta può trovare applicazione unicamente in presenza di un rapporto partecipativo diretto tra la società italiana percettrice degli interessi e la società sammarinese partecipata erogante gli interessi. Ogni altra fattispecie (cfr. infra il paragrafo 4 della presente circolare) dovrà formare oggetto di specifici chiarimenti nell'ambito del tavolo tecnico bilaterale con l'Autorità competente italiana.

Benché l'ultima parte del par. 2 dell'art. 11 rinvii, per le modalità applicative della limitazione delle ritenute (e della suindicata esenzione) a successivi accordi che saranno raggiunti dalle autorità competenti degli Stati contraenti (i.e., Repubblica di San Marino e Italia), si ritiene che, ai fini dell'applicazione della esenzione prevista dall'art. 11 par. 2 lett. a) della Convenzione in esame, il sostituto d'imposta sammarinese (i.e., la società sammarinese partecipata dalla società italiana) dovrà avere cura di richiedere alla società partecipante italiana e conservare la seguente documentazione:

⁹⁰ Nel Modello OCSE non si rinviene ad una definizione compiuta di *beneficial owner*, così come manca un adeguato approfondimento del concetto di beneficiario effettivo nel Commentario al Modello OCSE.

Secondo la prassi amministrativa italiana (cfr. CM 23 dicembre 1996, n. 306/E)

VIII, § 8, e R.M. 6 maggio 1997, n. 104/E) deve intendersi per beneficiario effettivo "(...) il soggetto cui il reddito è fiscalmente imputabile; (...) pertanto non si verifica il requisito in questione quando viene interposto un intermediario - come ad esempio un agente o un «*nominee*» - tra il beneficiario e il debitore del provento".

In altri termini, assodata la finalità dichiaratamente antielusiva della clausola del *beneficial owner*, occorre privilegiare una lettura di tipo sostanziale - e non formale - del concetto di beneficiario effettivo, verificando l'effettiva (oltre che giuridica) titolarità dei diritti (i.e. la titolarità del potere di decidere la produzione ed il realizzo dei redditi e il potere di disporne) e non la mera titolarità formale degli stessi.

- certificato di residenza fiscale rilasciato dall'Autorità tributaria dell'altro Stato contraente (i.e., Italia);
- certificato camerale e di vigenza rilasciato dal Registro delle Imprese territorialmente competente, oppure certificato equipollente, dal quale risulti chiaramente che l'ente societario è costituito in una delle forme giuridiche indicate nella precedente elencazione (vale a dire, costituita in forma di società per azioni, società a responsabilità limitata o società in accomandita per azioni);
- copia dell'autocertificazione compilata e sottoscritta in originale da parte del legale rappresentante della società italiana partecipante, secondo il modulo riportato in Allegato 1 alla presente circolare.

La documentazione predetta sarà necessaria anche nei casi, diversi da quello indicato dall'art. 11 par. 2 lett. a), in cui si applichi la ritenuta secondo l'aliquota del 13%.

Il par. 3 dell'art. 11 delinea la disciplina della tassazione degli interessi prodotti da titoli emessi da uno degli Stati contraenti.

Non vengono applicate, in particolare, le disposizioni contenute nel precedente par. 2 dell'art. 11 della Convenzione in commento in ordine alle seguenti fattispecie:

- gli interessi prodotti dai titoli, ad esempio, emessi dallo Stato italiano o da un suo ente locale (ad esempio, un Comune italiano) e sottoscritti da un soggetto sammarinese. Questi interessi sono esenti da imposta in Italia e sono soggetti a tassazione esclusivamente a San Marino secondo la legislazione tributaria interna;
- gli interessi sono pagati al Governo dell'altro Stato contraente o ad un suo ente locale o ad un ente od organismo (inclusi gli istituti finanziari) interamente di proprietà di questo altro Stato contraente o di un suo ente locale. Si devono intendere ricompresi in tale disciplina, ad esempio, gli interessi pagati da un soggetto italiano (ad esempio, su obbligazioni) alla società sammarinese Poste SpA, in quanto interamente partecipata dallo Stato sammarinese;
- gli interessi sono pagati, per conto del Governo, ad altri enti od organismi (inclusi gli istituti finanziari) in dipendenza di finanziamenti da essi concessi nel quadro di accordi conclusi tra i Governi degli Stati contraenti.

Al paragrafo 5 dell'art. 11 della Convenzione è prevista la non applicabilità del regime di tassazione di cui ai precedenti par. 1, 2 e 3, nella situazione in cui:

- il beneficiario effettivo degli interessi operi nello Stato della fonte per mezzo di una stabile organizzazione o svolga una libera professione mediante una base fissa;
- il credito generatore degli interessi si ricollegli effettivamente alla stabile organizzazione o base fissa.

In tal caso, infatti, si considera Stato della fonte lo Stato ove è situata la stabile organizzazione (o la base fissa); pertanto si applicano gli artt. 7 («Utili delle imprese») o 14 («Professioni indipendenti») della Convenzione.

A tale proposito, il par. 24 del Commentario OCSE all'art. 11 stabilisce che tale paragrafo dell'art. 11 non si basa sul principio della «forza di attrazione della stabile organizzazione» (o della base fissa); la norma in questione prevede infatti solamente che gli interessi siano tassabili nello Stato della fonte come parte degli utili della stabile organizzazione (o base fissa) posseduta in tale Stato dal beneficiario residente nell'altro Stato contraente, se gli interessi sono pagati in relazione a crediti che sono parte dei beni della stabile organizzazione (o base fissa) o sono comunque connessi con la stabile organizzazione (o base fissa).

Ai sensi del par. 6 dell'art. 11 della Convenzione, gli interessi devono essere considerati provenienti da uno Stato contraente (Stato della fonte) quando il debitore è un residente di tale Stato oppure quando il debitore è lo Stato medesimo, una sua suddivisione politica o un'autorità locale. Lo stesso paragrafo 6 dispone però un'eccezione alla regola enunciata, nell'ipotesi in cui il debitore degli interessi abbia una stabile organizzazione (o una base fissa) in uno Stato contraente ed il prestito sia stato stipulato per le esigenze della stabile organizzazione (o della base fissa). In tal caso non rileverà lo Stato di residenza del debitore, ma quello in cui è situata la stabile organizzazione (o la base fissa).

Lo scopo del par. 6 dell'art. 11 è quello di rendere applicabile **l'aliquota di tassazione ridotta**, di cui all'art. 11 del Modello OCSE, anche nel caso in cui il prestito sia stato contratto da una stabile organizzazione e gli interessi siano pagati dalla stabile organizzazione stessa. In tal caso infatti la Convenzione risulterà applicabile tra lo Stato di residenza del debitore e quello in cui è situata la stabile organizzazione, risultando irrilevante la residenza del debitore-possessore della stabile organizzazione. Nel caso, invece, in cui non esista un legame economico («*economic link*») fra la stabile organizzazione ed il prestito su cui maturano gli interessi, lo Stato in cui è situata la stabile organizzazione non ha diritto di tassare gli interessi in quanto non si può considerare Stato nel quale maturano gli interessi.

Con riferimento all'esistenza di una correlazione economica fra stabile organizzazione e prestito, il Commentario al Modello OCSE (al par. 27) prevede i seguenti tre casi:

- il *management* della stabile organizzazione ha contratto il prestito per le necessità della stessa stabile organizzazione; la stabile organizzazione paga gli interessi in maniera diretta al creditore ed indica il prestito fra le passività: lo Stato in cui si trova la stabile organizzazione è considerato come lo Stato in cui maturano gli interessi ed è quindi applicabile il par. 6 in esame;

- il prestito è stato contratto direttamente dall'«*head office*» (vale a dire, dalla casa-madre) ed i proventi relativi vengono utilizzati per le necessità della stabile organizzazione situata in un altro Stato; gli interessi, dunque, sono sopportati dalla stabile organizzazione: lo Stato in cui si trova la stabile organizzazione si considera come lo Stato in cui maturano gli interessi ed è quindi applicabile il par. 6;
- il prestito è stato contratto direttamente dall'«*head office*» ed i relativi proventi vengono utilizzati per le necessità di numerose stabili organizzazioni situate in diversi Stati: tale caso ricade fuori dall'ambito di applicazione del par. 6. In particolare, si deve pensare al caso di una stabile organizzazione in Italia di un'impresa sammarinese che paga interessi ad una banca sammarinese, ad esempio, a fronte di un finanziamento (mutuo) erogato dal medesimo istituto finanziario sammarinese e contratto direttamente dalla medesima stabile organizzazione italiana dell'impresa sammarinese. In tale ipotesi, la stabile organizzazione sammarinese mutuataria deve operare, all'atto del pagamento degli interessi, la ritenuta convenzionale del 13% ai sensi dell'art. 11 par. 2 lett. b) della Convenzione firmata con l'Italia.

Il par. 7 dell'art. 11 della Convenzione firmata con l'Italia prevede l'applicazione del principio dell'«*arm's length*»⁹¹, in base al quale, in caso di stabili organizzazioni o di rapporti di controllo tra creditore e debitore, la disciplina agevolativa prevista dall'articolo in esame si applica solo agli interessi (pagati) non eccedenti il «valore normale», cioè quelli che sarebbero stati convenuti tra soggetti indipendenti, in condizioni di libera concorrenza. L'eccedenza eventuale rispetto al valore normale risulta tassabile nello Stato della fonte in base alla propria legislazione interna (ad es., secondo la legislazione interna sammarinese, se il soggetto pagatore gli interessi "eccedenti" il valore normale è ivi residente, ovvero se la Repubblica di San Marino può essere considerata come lo Stato della fonte ai sensi dell'art. 11).

La clausola contenuta nel par. 7 dell'art. 11 è applicabile solo nel caso in cui l'interesse, considerato eccessivo, sia dovuto a particolari rapporti tra creditore e debitore, o tra entrambi e qualche altra persona, come ad esempio nei casi di vincoli di controllo diretto o indiretto o quando l'interesse pagato ad un soggetto è subordinato ad un gruppo con interessi comuni. Lo stesso Commentario (al par. 34) precisa inoltre che il concetto di «particolari relazioni» («*special relationship*») comprende i rapporti di sangue o di matrimonio e, in generale, «*any community of interests as distinct from the legal relationship giving rise to the payment of the interest*».

Per quanto concerne, inoltre, il regime fiscale applicabile alla parte eccedente gli interessi, la natura della stessa, al fine di individuare la categoria di reddito di appartenenza, si deve individuare in funzione delle

⁹¹ Per la nozione, ai fini dell'ordinamento tributario sammarinese, di "valore normale", si veda quanto disposto dall'art. 6 della L. n. 166/2013.

circostanze del caso concreto. Il Commentario dispone che (par. 35) la norma in esame consente solo la rettifica del tasso a cui sono applicati gli interessi e non la riqualificazione del finanziamento diretta ad attribuire la natura di apporto al capitale.

Nel Commentario si rileva che la disposizione in commento riguarda non solo il beneficiario ma anche il debitore degli interessi eccedenti e, se la legislazione dello Stato della fonte lo consente, l'ammontare eccedente si può ritenere non deducibile ai fini fiscali.

In accordo alla normativa tributaria sammarinese vigente, il trattamento fiscale degli interessi (anche quelli pagati da soggetti sammarinesi a soggetti non residenti) è disciplinato dall'art. 103 della L. n. 166/2013, il quale prevede l'applicazione di una ritenuta alla fonte a titolo d'imposta e con obbligo di rivalsa:

- del 13% sui redditi di capitale (tra i quali sono compresi gli interessi) corrisposti a soggetti diversi dalle banche e dalle società finanziarie di cui alla L. 17 novembre 2005, n. 165 e successive modificazioni ed integrazioni;
- del 10% sugli interessi da prestiti obbligazionari ed altri titoli similari di debito, di diritto sammarinese, a condizione che la loro durata sia pari o superiore a trentasei mesi e che il rimborso non abbia luogo prima di tale scadenza⁹².

L'art. 103 comma 2 della L. n. 166/2013, altresì, dispone che sui redditi di capitale (ivi compresi gli interessi) corrisposti dalle banche e dalle società finanziarie di cui alla L. n. 165/2005, e successive modificazioni ed integrazioni, è operata una ritenuta, con obbligo di rivalsa:

- nella misura dell'11% sugli interessi da conto corrente o da deposito;
- nella misura del 5% sugli interessi passivi e altri proventi corrisposti a fronte di operazioni "pronti contro termine" su titoli e valori di qualsiasi specie o natura;
- nella misura del 5% sugli interessi passivi ed altri proventi derivanti da certificati di deposito se tali certificati hanno una durata inferiore a diciotto mesi; nella misura del 4% se hanno una durata pari o superiore a diciotto mesi;
- nella misura del 4% sugli interessi passivi ed altri proventi inerenti a prestiti obbligazionari emessi dai soggetti autorizzati di cui alla L. n. 165/2005 e successive modificazioni ed integrazioni.

⁹² Si tratta di titoli diversi da quelli emessi dai soggetti LISF, per i quali, come infra precisato, si applica la ritenuta alla fonte a titolo d'imposta e con obbligo di rivalsa del 4%.

Riferendoci al regime di tassazione separata degli interessi, premi ed altri frutti generati da titoli obbligazionari esteri o da altri titoli di credito esteri diversi dalle azioni di cui all'art. 13 comma 1 lett. g)⁹³, quando questi siano realizzati per il tramite di un intermediario finanziario sammarinese, l'imposta sostitutiva di cui al comma 2 lett. vi) dell'art. 13 della L. n. 166/2013 viene riscossa attraverso ritenuta alla fonte a titolo d'imposta. Su opzione del contribuente la predetta ritenuta può essere considerata a titolo d'acconto e i predetti redditi concorrono alla formazione del reddito complessivo del soggetto percipiente secondo il proprio regime di tassazione.

Le suindicate ritenute previste dalle disposizioni interne, in quanto più favorevoli per il contribuente, possono applicarsi in luogo di quelle convenzionali, in presenza delle condizioni di legge.

Con riferimento alla disciplina (di sostanziale esenzione dalla ritenuta) prevista dall'art. 11 par. 2 lett. a) della Convenzione firmata con l'Italia, è intenzione della Segreteria di Stato per le Finanze ed il Bilancio e i Rapporti con l'A.A.S.F.N. dare attivazione ad un tavolo tecnico bilaterale con l'Autorità competente italiana allo scopo di stabilire se, ed entro quali limiti, rientrano nell'ambito di applicazione della predetta norma anche:

- gli interessi pagati dalla società partecipante residente in uno degli Stati contraenti a fronte di finanziamenti erogati dalla società controllata residente nell'altro Stato contraente;
- gli interessi pagati da una società residente in uno degli Stati contraenti a fronte di finanziamenti erogati da una società residente nell'altro Stato contraente partecipata dalla stessa società che detiene una partecipazione nella prima società finanziata

⁹³ Il riferimento è da intendersi alla lett. h) nella disciplina transitoria.

•

Canoni

(Articolo 12)

(Articolo originario)

Così come per gli interessi e per i dividendi, i canoni provenienti da uno Stato contraente e pagati ad un residente dell'altro Stato contraente sono imponibili in detto altro Stato.

Tuttavia, tali canoni sono imponibili anche nello Stato contraente dal quale essi provengono ed in conformità alla legislazione di detto Stato, ma, se l'effettivo beneficiario dei canoni è un residente dell'altro Stato contraente, l'imposta così applicata non può eccedere il 10 per cento dell'ammontare lordo dei canoni. Le autorità competenti degli Stati contraenti regoleranno di comune accordo le modalità di applicazione di tale limitazione.

Ai fini del presente articolo il termine "canoni" designa i compensi di qualsiasi natura corrisposti per l'uso o la concessione in uso, di un diritto d'autore su opere letterarie, artistiche o scientifiche, ivi compresi il software, le pellicole cinematografiche e le registrazioni per trasmissioni radiofoniche o televisive, di brevetti, marchi di fabbrica o di commercio, disegni o modelli, progetti, formule o processi segreti, nonché per l'uso o la concessione in uso di attrezzature industriali, commerciali o scientifiche o per informazioni concernenti esperienze di carattere industriale, commerciale o scientifico.

Le disposizioni del paragrafo 1 e 2 non si applicano nel caso in cui il beneficiario effettivo dei canoni, residente di uno Stato contraente, eserciti nell'altro Stato contraente dal quale provengono i canoni, un'attività commerciale o industriale per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata, oppure una professione indipendente mediante una base fissa ivi situata, ed il diritto o il bene generatore dei canoni si ricolleghino effettivamente ad esse. In tal caso, i canoni sono imponibili in detto altro Stato contraente secondo la propria legislazione.

Inoltre, i canoni si considerano provenienti da uno Stato contraente quando il debitore è lo Stato stesso, una sua suddivisione politica o amministrativa, un suo ente locale o un residente di detto Stato. Tuttavia, quando il debitore dei canoni, sia esso residente o no di uno Stato contraente, ha in uno Stato contraente una stabile organizzazione o una base fissa a cui si ricollegano effettivamente i diritti o i beni generatori dei canoni, e tali canoni sono a carico della stabile organizzazione o della base fissa, i canoni stessi si considerano provenienti dallo Stato in cui è situata la stabile organizzazione o la base fissa.

Se, in conseguenza di particolari relazioni esistenti tra il debitore e il beneficiario effettivo o tra ciascuno di essi e terze persone, l'ammontare dei canoni, tenuto conto dell'uso, diritto o informazione per i quali sono pagati, eccede quello che sarebbe stato convenuto tra debitore e beneficiario effettivo in assenza di simili relazioni, le disposizioni del presente articolo si applicano soltanto a quest'ultimo ammontare. In tal caso, la parte eccedente dei pagamenti è imponibile in conformità della legislazione di ciascuno Stato contraente e tenuto conto delle altre disposizioni della presente Convenzione.

(Riforma del Protocollo)

I canoni provenienti da uno Stato contraente e il cui beneficiario effettivo è un residente dell'altro Stato contraente sono imponibili in detto altro Stato.

Tuttavia, tali canoni sono imponibili anche nello Stato contraente dal quale essi provengono ed in conformità alla legislazione di detto Stato, ma, se l'effettivo beneficiario dei canoni è un residente dell'altro Stato contraente, l'imposta così applicata non può eccedere:

- lo 0 per cento dell'ammontare lordo dei canoni se l'effettivo beneficiario è una società diversa da una società di persone che ha detenuto almeno il 25 per cento del capitale della società che paga i canoni per un periodo di almeno 12 mesi antecedente alla data di pagamento dei canoni;
- il 10 per cento dell'ammontare lordo dei canoni, in tutti gli altri casi. Le autorità competenti degli Stati contraenti regoleranno di comune accordo le modalità di applicazione di tale limitazione.

Ai fini del presente Articolo il termine "canoni" designa i compensi di qualsiasi natura corrisposti per l'uso o la concessione in uso, di un diritto d'autore su opere letterarie, artistiche o scientifiche, ivi compresi il software, le pellicole cinematografiche e le registrazioni per trasmissioni radiofoniche o televisive, di brevetti, marchi di fabbrica o di commercio, disegni o modelli, progetti, formule o processi segreti, nonché per l'uso o la concessione in uso di attrezzature industriali, commerciali o scientifiche o per informazioni concernenti esperienze di carattere industriale, commerciale o scientifico.

Le disposizioni dei paragrafi 1 e 2 non si applicano nel caso in cui il beneficiario effettivo dei canoni, residente di uno Stato contraente, eserciti nell'altro Stato contraente dal quale provengono i canoni, un'attività commerciale o industriale per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata, oppure una professione indipendente mediante una base fissa ivi situata, ed il diritto o il bene generatore dei canoni si ricolleghino effettivamente ad esse. In tal caso, i canoni sono imponibili in detto altro Stato contraente secondo la propria legislazione.

I canoni si considerano provenienti da uno Stato contraente quando il debitore è lo Stato stesso, una sua suddivisione politica o amministrativa, un suo ente locale o un residente di detto Stato. Tuttavia, quando il debitore dei canoni, sia esso residente o no di uno Stato contraente, ha in uno Stato contraente una stabile organizzazione o una base fissa a cui si ricollegano effettivamente i diritti o i beni generatori dei canoni, e tali canoni sono a carico della stabile organizzazione o della base fissa, i canoni stessi si considerano provenienti dallo Stato in cui è situata la stabile organizzazione o la base fissa.

Se, in conseguenza di particolari relazioni esistenti tra il debitore e il beneficiario effettivo o tra ciascuno di essi e terze persone, l'ammontare dei canoni, tenuto conto dell'uso, diritto o informazione per i quali sono pagati, eccede quello che sarebbe stato convenuto tra debitore e beneficiario effettivo in assenza di simili relazioni, le disposizioni del presente articolo si applicano soltanto a quest'ultimo ammontare. In tal caso, la parte eccedente dei pagamenti è imponibile in conformità della legislazione di ciascuno Stato contraente e tenuto conto delle altre disposizioni della presente Convenzione.

(Esegesi)

Il testo dell'art. 12 è stato modificato dall'Articolo III del Protocollo di modifica alla suindicata Convenzione, sottoscritto e ratificato da San Marino nel giugno 2012. La nuova formulazione è in linea con le previsioni comunitarie contenute nella Direttiva 2003/49/CE. L'art. 1 della suindicata Direttiva, infatti, precisa che "i pagamenti (...) di canoni provenienti da uno Stato membro sono esentati da ogni imposta applicata in tale Stato su detti pagamenti, sia tramite ritenuta alla fonte sia previo accertamento fiscale".

La condizione per beneficiare di tale trattamento è che i canoni vengano corrisposti ad una società di un altro Stato membro che si qualifichi come "*beneficial owner*" di tali somme.

L'art. 3, lett. b) della Direttiva definisce il rapporto di "consociazione" ai fini dell'applicazione della Direttiva stessa. Una società può definirsi "consociata" di una seconda società quando:

- la prima detiene una partecipazione diretta minima del 25% nel capitale della seconda, oppure
- la seconda società detiene una partecipazione diretta minima del 25% nel capitale della prima, oppure

- una terza società detiene una partecipazione diretta minima del 25% nel capitale sia della prima sia della seconda. In maniera conforme, l'art. 12, par. 2 a) della Convenzione, come modificato dal Protocollo del 2012, prevede che la ritenuta alla fonte applicabile ai canoni non può eccedere lo 0 per cento dell'ammontare lordo dei canoni se l'effettivo beneficiario è una società diversa da una società di persone che ha detenuto almeno il 25% del capitale della società che paga i canoni per un periodo di almeno 12 mesi antecedente alla data di pagamento dei canoni".

L'art. 12, par. 3 della Convenzione in esame dà la definizione del termine "canoni", ricomprendendo nella predetta nozione "(...) i compensi di qualsiasi natura corrisposti per l'uso o la concessione in uso, di un diritto d'autore su opere letterarie, artistiche o scientifiche, ivi compresi il *software*, le pellicole cinematografiche e le registrazioni per trasmissioni radiofoniche o televisive, di brevetti, marchi di fabbrica o di commercio, disegni o modelli, progetti, formule o processi segreti, nonché per l'uso o la concessione in uso di attrezzature industriali, commerciali o scientifiche o per informazioni concernenti esperienze di carattere industriale, commerciale o scientifico".

La suindicata definizione riproduce il contenuto dell'art. 12 par. 2 del Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni, salvo talune peculiarità.

Si deve precisare che il par. 3 dell'art. 12 della Convenzione in esame prevede espressamente l'inclusione nella nozione di "canoni" anche dei compensi per la concessione in uso di attrezzature industriali, commerciali o scientifiche.

Va precisato che la definizione di "canoni" comprende sia i compensi pagati per una licenza, sia i pagamenti che devono essere corrisposti per aver fraudolentemente copiato o leso un diritto. A tal proposito, il par. 8 del Commentario all'art.12 chiarisce che "*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*".

Il paragrafo 11 del Commentario chiarisce che, nel classificare tra le *royalty* (o canoni) i pagamenti ricevuti per informazioni relative ad esperienze industriali, commerciali o scientifiche, il par. 2 fa riferimento al concetto di "*know-how*". Questo genere di contratti differisce da quelli per la fornitura di servizi per il fatto che il "*grantor*" non deve garantire il risultato e non si impegna esso stesso ad eseguire un lavoro per l'altra parte. In tal caso, la disciplina applicabile ai compensi erogati in favore del prestatore di servizi dev'essere rinvenuta nell'art. 7 della Convenzione in esame. Al fine di consentire un'agevole distinzione dei contratti di concessione di *know-how* da quelli di prestazione di servizi, il par.11.3 del Commentario all'art. 12, introdotto nella versione aggiornata al gennaio 2003, prevede i seguenti elementi:

- i contratti di know-how riguardano informazioni già esistenti o che, in ogni caso, verranno fornite dopo la loro creazione o sviluppo e prevedono clausole di segretezza delle informazioni medesime;
- nei contratti di prestazione di servizi, il fornitore si impegna ad eseguire un'opera che può richiedere particolari esperienze e competenze, ma non è richiesto che queste competenze ed esperienze siano anche trasferite all'altra parte;
- nei casi di fornitura di know-how, il fornitore non deve normalmente svolgere altre attività se non quella di trasmettere le informazioni esistenti al cliente riproducendo il materiale di supporto. Un contratto di fornitura di servizi, al contrario, presuppone un maggior coinvolgimento del fornitore per l'adempimento dei propri obblighi contrattuali (ad es., dovrà pagare personale incaricato di svolgere ricerche, progetti ecc., e pagare eventuali subfornitori).

Dunque, i compensi percepiti per servizi post-vendita, resi dal venditore all'acquirente in base a garanzia, per assistenza tecnica o per un parere reso da un ingegnere, un avvocato o un contabile, non costituiscono *royalties* nell'accezione dell'art. 12 del Modello OCSE, ma redditi d'impresa ai sensi dell'art. 7.

La modifica al Commentario OCSE all'art. 12 affronta anche il particolare caso di contratto di fornitura di programmi per *computer*. Questo contratto viene qualificato come cessione di *know-how* qualora venga prevista l'acquisizione di informazioni che costituiscono le idee ed i principi (linguaggi o tecniche di programmazione) e venga prevista la condizione che le informazioni non siano diffuse senza autorizzazione e siano sottoposte a vincoli di segretezza.

Nella pratica, un esempio di contratto, che comprende sia il *know-how* che la fornitura di assistenza tecnica, è il franchising: il "*franchisor*" mette a disposizione del "*franchisee*" la propria conoscenza ed esperienza ed inoltre provvede a prestare l'assistenza tecnica, finanziaria e alla fornitura dei beni. In questi casi ("*mixed contract*"), il par. 11 del Commentario prevede che il compenso pattuito venga suddiviso tenendo conto dei singoli adempimenti previsti dalle parti, ed applicando a ciascuna parte del contratto il relativo trattamento fiscale. Se, invece, una parte di ciò che è stato pattuito contrattualmente costituisce di gran lunga lo scopo principale del contratto ("*the principal purpose of the contract*"), sembra possibile riservare all'intero compenso corrisposto il trattamento applicabile alla parte principale.

Per quanto riguarda il *software*, la qualificazione dei corrispettivi ricevuti per operazioni che hanno ad oggetto il trasferimento di *software* informatico dipende dalla natura dei diritti che il beneficiario acquisisce in virtù dell'accordo relativo all'uso ed allo sfruttamento del programma. I diritti sui programmi informatici costituiscono proprietà intellettuale.

Nel caso del *software* devono essere distinte, in linea generale, le seguenti situazioni:

- trasferimento di una parte dei diritti relativi al *software*, ma non trasferimento dei diritti di proprietà: i pagamenti relativi al trasferimento dei diritti possono, in taluni casi, essere qualificati come *royalty*;
- cessione di tutti i diritti connessi al *software*: i pagamenti non vengono considerati *royalty*;
- acquisto del *software* per "*personal or business use*": i pagamenti non rientrano fra le *royalty*, ma vengono classificati nell'art. 7 o 14.

Secondo la regola generale enunciata al par. 1 dell'art. 12 della Convenzione in esame, i canoni provenienti dalla Repubblica di San Marino e pagati ad un residente nel territorio dello Stato italiano sono imponibili in Italia (e viceversa).

Il par. 2 dell'art. 12 introduce una deroga al suindicato principio, consentendo la tassazione concorrente dei canoni anche nello Stato contraente (i.e., nella Repubblica di San Marino) dal quale essi provengono ed in conformità alla legislazione ivi vigente, stabilendo il limite massimo della imposta applicabile secondo l'aliquota:

- dello 0% dell'ammontare lordo dei canoni, se l'effettivo beneficiario è una società diversa da una società di persone che ha detenuto almeno il 25% del capitale della società che paga i canoni per un periodo di almeno 12 mesi antecedente alla data di pagamento dei canoni;
- del 10% dell'ammontare lordo dei canoni, in tutti gli altri casi.

L'applicazione dell'imposta pari a 0 (equivalente, in fatto, alla totale esenzione dei canoni), secondo quanto previsto dalla lett. a) del par. 2 dell'art. 12 in commento, è, tuttavia, subordinata alle seguenti condizioni, le quali devono verificarsi congiuntamente:

- il soggetto che percepisce i canoni è una società di capitali residente nel territorio dello Stato italiano (cioè, costituita in forma di società per azioni, società a responsabilità limitata o società in accomandita per azioni);
- il soggetto pagatore dei canoni è una società sammarinese;
- il soggetto percettore dei canoni ha detenuto, anteriormente alla data in cui i canoni sono pagati dalla società sammarinese, una partecipazione diretta nella società sammarinese almeno pari al 25% per un periodo non inferiore a 12 mesi;
- la società italiana - come sopra definita - è il "beneficiario effettivo" 10 dei canoni percepiti.

Va da sé che quanto sopra si applica a condizioni di reciprocità per soggetti residenti nel territorio dello Stato italiano che pagano i canoni.

Dev'essere precisato sin da subito, in osservanza della lettera della norma, che l'esenzione dalla ritenuta può trovare applicazione unicamente in presenza di un rapporto partecipativo diretto tra la società italiana che percepisce i canoni e la società sammarinese partecipata che paga i canoni. Tutte le altre fattispecie (cfr. infra il paragrafo 4 della presente circolare) dovranno formare oggetto di specifici chiarimenti nell'ambito del tavolo tecnico bilaterale con l'Autorità competente italiana.

Per quanto l'ultima parte del par. 2 dell'art. 12 rinvii, per le modalità applicative della limitazione delle ritenute (e della suindicata esenzione) a successivi accordi che saranno raggiunti dalle autorità competenti degli Stati contraenti (i.e., Repubblica di San Marino e Italia), si ritiene che, ai fini dell'applicazione dell'esenzione prevista dall'art. 12 par. 2 lett. a) della Convenzione in esame, il sostituto d'imposta sammarinese (i.e., la società sammarinese partecipata dalla società italiana) dovrà curarsi di richiedere alla società partecipante italiana - e conservare - questa documentazione:

- certificato di residenza fiscale rilasciato dall'Autorità tributaria dell'altro Stato contraente (i.e., Italia);
- certificato camerale e di vigenza rilasciato dal Registro delle Imprese territorialmente competente, ovvero certificato equipollente, dal quale risulti chiaramente che l'ente societario è costituito in una delle forme giuridiche indicate nella precedente elencazione (vale a dire, costituita in forma di società per azioni, società a responsabilità limitata o società in accomandita per azioni);
- copia dell'autocertificazione compilata e sottoscritta in originale da parte del legale rappresentante della società italiana partecipante, secondo il modulo riportato in Allegato 1 alla presente circolare.

Si precisa che la predetta documentazione sarà necessaria anche nei casi - diversi da quello indicato dall'art. 12 par. 2 lett. a) - in cui si applichi la ritenuta secondo l'aliquota del 10%.

Per quanto riguarda le esclusioni, il paragrafo 4 dell'art. 12 della Convenzione è prevista la non applicabilità del regime di tassazione di cui ai precedenti par. 1 e 2, nell'ipotesi in cui:

- il beneficiario effettivo dei canoni operi nello Stato della fonte per mezzo di una stabile organizzazione o svolga una libera professione mediante una base fissa;
- il diritto o il bene generatore dei canoni si ricolleggi effettivamente alla stabile organizzazione o base fissa.

In tal caso, infatti, si considera Stato della fonte lo Stato ove è situata la stabile organizzazione (o la base fissa); pertanto si applicano gli artt. 7 («Utili delle imprese») o 14 («Professioni indipendenti») della Convenzione.

Il par. 20 del Commentario determina, in maniera analoga a quanto enunciato relativamente agli interessi, che il paragrafo in esame non è basato sul principio della "forza di attrazione della stabile organizzazione"; esso prevede solamente che i canoni siano tassabili nello Stato della fonte come parte degli utili della stabile organizzazione (o base fissa) posseduta in tale Stato dal beneficiario residente nell'altro Paese

contraente, se i canoni sono pagati in relazione a diritti o beni che sono parte dei beni della stabile organizzazione o sono comunque connessi con la stabile organizzazione.

Ai fini dell'applicazione delle disposizioni dell'art. 12 della Convenzione in esame, i canoni sono considerati provenienti da uno Stato contraente nel caso in cui il debitore sia lo Stato stesso, una sua suddivisione politica o amministrativa, un suo ente locale o un residente di detto Stato.

Allorquando il soggetto tenuto a corrispondere i canoni, sia esso residente o no di uno Stato contraente, ha in uno Stato contraente una stabile organizzazione o una base fissa a cui si ricollegano effettivamente i diritti o i beni che generano i canoni i quali sono a carico della stabile organizzazione o della base fissa, i canoni stessi si considerano provenienti dallo Stato in cui è situata la stabile organizzazione o la base fissa.

Il par. 6 dell'art. 12 della Convenzione firmata con l'Italia prevede, anche in questo caso, l'applicazione del principio dell'«*arm's length*» in base al quale, in caso di stabili organizzazioni o di rapporti di controllo tra il debitore ed il beneficiario effettivo, la disciplina agevolativa prevista dalla norma in esame si applica solo ai canoni (pagati) non eccedenti il «valore normale», cioè quelli che sarebbero stati convenuti tra soggetti indipendenti, in condizioni di libera concorrenza. L'eccedenza eventuale rispetto al valore normale risulta tassabile nello Stato della fonte in base alla propria legislazione interna (ad esempio, secondo la legislazione interna sammarinese, se il soggetto pagatore i canoni "eccedenti" il valore normale è ivi residente, ovvero se la Repubblica di San Marino può essere considerata come lo Stato della fonte ai sensi dell'art. 12).

Il par. 22 del Commentario OCSE, novellato nella versione del gennaio 2003 del Modello OCSE, chiarisce che il par. 4 dell'art. 12 interviene solo sull'ammontare dei canoni e non sulla riqualificazione degli stessi in altra categoria di reddito.

La clausola contenuta nel par. 6 dell'art. 12 è applicabile solo nel caso in cui i canoni, considerati eccessivi, siano dovuti a particolari rapporti tra debitore e beneficiario effettivo, o tra entrambi e qualche altra persona, come ad esempio nei casi di vincoli di controllo diretto o indiretto o quando il canone pagato ad un soggetto è subordinato ad un gruppo con interessi comuni. Lo stesso Commentario (al par. 24) precisa inoltre che il concetto di «particolari relazioni» («*special relationship*») comprende i rapporti di sangue o di matrimonio e, in generale, «*any community of interests as distinct from the legal relationship giving rise to the payment of the royalty*».

L'ordinamento tributario sammarinese vigente (come riformato dalla L. 16 dicembre 2013, n. 166) non prevede una esplicita definizione e trattamento fiscale dei canoni ("royalties") percepiti da persone fisiche o giuridiche.

L'ordinamento predetto, tuttavia, contiene specifiche disposizioni volte a disciplinare il regime delle ritenute fiscali.

In particolare, i canoni (*royalties*) percepiti da persone fisiche residenti nel territorio della Repubblica di San Marino e corrisposti da soggetti residenti sono assimilati ai redditi di lavoro autonomo ex art. 27, co. 6, lett. b), della L. n. 166/2013 e, qualora non siano pertinenti all'attività svolta si considerano redditi diversi, con abbattimento forfettario della base imponibile del 25% (i.e., 75% imponibile), secondo quanto previsto dal successivo co. 7 della richiamata norma.

I canoni (*royalties*) percepiti da persone giuridiche residenti nel territorio della Repubblica di San Marino e corrisposti da soggetti residenti concorrono alla formazione del reddito d'impresa (artt. 29 e 45 della L. n. 166/2013).

I canoni (*royalties*) percepiti da soggetti non residenti e corrisposti da soggetti residenti (diversi dai privati) sono soggetti a ritenuta (interna) del 20% a mente dell'art. 102 della L. n. 166/2013, salvo diverso e più favorevole trattamento previsto dalla convenzione contro le doppie imposizioni (come nel caso della Convenzione contro le doppie imposizioni firmata con l'Italia).

Riferendoci alla disciplina (di sostanziale esenzione dalla ritenuta) prevista dall'art. 12 par. 2 lett. a) della Convenzione firmata con l'Italia, è intenzione della Segreteria di Stato per le Finanze ed il Bilancio e i Rapporti con l'A.A.S.F.N. attivare un tavolo tecnico bilaterale con l'Autorità competente italiana allo scopo di stabilire se, ed entro quali limiti, rientrano nell'ambito di applicazione della predetta norma anche:

- i canoni pagati dalla società partecipante residente in uno degli Stati contraenti alla società controllata residente nell'altro Stato contraente;
- i canoni pagati da una società residente in uno degli Stati contraenti ad una società residente nell'altro Stato contraente partecipata dalla stessa società che detiene una partecipazione nella prima società debitrice.

Utili di capitale

(Articolo 13)

Gli utili che un residente di uno Stato contraente ricava dall'alienazione di beni immobili di cui all'articolo 6, sono imponibili nello Stato contraente dove detti beni sono situati. Gli utili derivanti dall'alienazione di beni mobili facenti parte dell'attivo di una stabile organizzazione che un'impresa di uno Stato contraente ha nell'altro Stato contraente, ovvero di beni mobili appartenenti ad una base fissa di cui dispone un residente di uno Stato contraente nell'altro Stato contraente per l'esercizio di una professione indipendente, compresi gli utili provenienti dall'alienazione di detta stabile organizzazione (da sola od in uno con l'intera impresa) o di detta base fissa, sono imponibili in detto altro Stato. Gli utili derivanti dall'alienazione di navi o di aeromobili impiegati in traffico internazionale o di beni mobili adibiti all'esercizio di dette navi od aeromobili sono imponibili soltanto nello Stato contraente in cui è situata la sede della direzione effettiva dell'impresa. Gli utili derivanti dall'alienazione di ogni altro bene diverso da quelli menzionati ai paragrafi 1, 2 e 3, sono imponibili soltanto nello Stato contraente di cui l'alienante è residente.

Un paragone tra le leggi fiscali dei paesi membri dell'OCSE mostra che la tassazione dei *capital gain* varia considerevolmente da Paese a Paese: in alcuni paesi i *capital gain* non sono considerati reddito tassabile; in altri paesi i *capital gain* cumulati da un'impresa sono tassati, ma *capital gain* ottenuti da un individuo al di fuori delle sue azioni commerciali o affari non sono tassati; anche laddove *capital gain* ottenuti da un individuo fuori dalle sue azioni commerciali o del *business* sono tassati, queste tassazioni spesso si applicano solo in casi specifici, per esempio i profitti dalle vendite di proprietà immobiliare o redditi speculativi.

Professioni indipendenti

(Articolo 14)

I redditi che una persona fisica residente di uno Stato contraente ritrae dall'esercizio di una libera professione o da altre attività analoghe di carattere indipendente sono imponibili in detto Stato. Tali redditi sono imponibili anche nell'altro Stato contraente secondo la propria legislazione interna.

L'espressione "libera professione" comprende in particolare le attività indipendenti di carattere scientifico, letterario, artistico, educativo o pedagogico, nonché le attività indipendenti dei medici, avvocati, ingegneri, architetti, dentisti e contabili.

I redditi disciplinati dall'art. 14 della Convenzione contro le doppie imposizioni sottoscritta dalla Repubblica italiana e dalla Repubblica di San Marino (di seguito, "Convenzione") sono quelli che una persona fisica ricava dall'esercizio di una "libera professione o da altre attività indipendenti di carattere analogo".

L'art. 14 del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni dell'OCSE (di seguito, "Modello OCSE") - nella versione antecedente all'abrogazione dell'articolo medesimo – non definisce l'espressione "libera professione", ma si limita a fornirne, al paragrafo 2, una elencazione esemplificativa e non esaustiva¹.

Sono in particolare ricompresi nell'espressione "libera professione" le seguenti attività indipendenti di carattere:

- scientifico;
- letterario;
- artistico;
- educativo o pedagogico;

ed, inoltre, alcune tipiche attività indipendenti esercitate da:

- medici;
- avvocati;
- ingegneri;
- architetti;
- dentisti;
- contabili.

Secondo quanto previsto dal Commentario al Modello OCSE di convenzione internazionale contro le doppie imposizioni, sono escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 14 le attività esercitate dai "lavoratori autonomi", che sono espressamente trattate e disciplinate da altre disposizioni del Modello OCSE: ad esempio, i redditi di artisti e sportivi (art. 17) ed i compensi dei membri del consiglio di amministrazione (art. 16).

Sono inoltre escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 14 in parola le attività industriali e commerciali, nonché i servizi professionali esercitati nell'ambito di un rapporto di lavoro dipendente.

L'art. 14, par. 1 della Convenzione in esame fa riferimento ai redditi che una "persona fisica" ritrae dall'esercizio di una libera professione. Il riferimento espresso alla "persona fisica" porta ad escludere che la ritenuta (a titolo d'imposta) del 20% sui compensi corrisposti ai professionisti indipendenti residenti nel territorio dello Stato italiano venga applicata anche a compensi corrisposti alle seguenti società di diritto italiano e residenti in Italia:

- società per azioni;
- società a responsabilità limitata;
- società in accomandita per azioni;
- società in nome collettivo;
- società in accomandita semplice;

trattandosi, queste, di enti societari, dotati o meno di personalità giuridica, diversi dalle persone fisiche.

Per quanto concerne la disapplicazione della ritenuta, l'operatore economico sammarinese dovrà avere cura di richiedere alla società prestatrice dei servizi professionali e conservare la seguente documentazione:

- certificato di residenza fiscale rilasciato dall'Autorità tributaria dell'altro Stato contraente (i.e., Italia);
- certificato camerale o di vigenza, rilasciato dal Registro delle Imprese territorialmente competente, ovvero certificato equipollente, dal quale risulti chiaramente che l'ente societario è costituito in una delle forme giuridiche indicate nella precedente elencazione.

La ritenuta alla fonte in esame resta, invece, applicabile nei confronti delle associazioni professionali, in quanto equiparate, sotto il profilo del trattamento fiscale, alle persone fisiche.

In conformità con quanto previsto dal Commentario all'art. 14 del Modello OCSE, non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 14 della Convenzione, in quanto non possono ritenersi "attività analoghe di carattere indipendente" le attività esercitate dai "lavoratori autonomi", espressamente previste e disciplinate da altre disposizioni della Convenzione. Trattasi in particolare:

- dei redditi di artisti e sportivi (art. 17 della Convenzione);
- dei compensi corrisposti ai membri del consiglio di amministrazione (art. 16 della Convenzione).

Sono inoltre escluse le attività professionali esercitate nel contesto di un rapporto di lavoro dipendente, come nel caso dei servizi prestati da persone fisiche che svolgono attività nell'ambito delle Organizzazioni Non Lucrative di Utilità Sociale (ONLUS).

A tali attività si applicano le disposizioni di cui all'art. 15 della Convenzione, relativo al lavoro dipendente.

Secondo la lettera del paragrafo 2 del Commentario all'art. 14 del Modello OCSE, eventuali difficoltà o dubbi di interpretazione in ordine all'ambito di applicazione dell'articolo stesso dovranno essere risolti di mutuo accordo tra gli Stati contraenti.

Con riferimento all'espressione "altre attività analoghe di carattere indipendente" è intenzione della Segreteria di Stato per le Finanze ed il Bilancio della Repubblica di San Marino e i Rapporti con l'A.A.S.F.N. attivare un tavolo tecnico bilaterale con l'Autorità competente italiana allo scopo di definire se, ed entro quali limiti, rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 14 della Convenzione i redditi ritratti dai seguenti soggetti:

- società tra professionisti italiane di cui alla Legge di Stabilità del 2012 (Legge n.183/2011) e al Decreto interministeriale n. 34/2013;
- persone fisiche le quali svolgono attività di fotografo o forniscono servizi di traduzione/interpretariato, o che svolgono attività artigianali;
- persone fisiche le quali svolgono attività lavorativa in virtù di contratti cd. "co.co.pro" (contratti di collaborazione a progetto introdotti e disciplinati, per l'impiego privato, dal D. Lgs. n. 276/2003).

Coerentemente con la lettura dell'art. 14 della Convenzione contro le doppie imposizioni sottoscritta con la Repubblica italiana, sui corrispettivi per prestazioni professionali effettuate dagli enti societari non residenti indicati nel par.2 che precede svolte anteriormente alla data del 01/01/2014 e pagati successivamente a tale data, non troverà applicazione la richiamata ritenuta ex art. 102 della L. n. 166/2013.

In attesa di definire la categoria reddituale di appartenenza dei compensi percepiti dalle persone fisiche non residenti nell'ambito di rapporti cd. "co.co.pro.", le ritenute di cui all'art.102 della L. n. 166/2013 dovranno essere operate da parte dei committenti, fatte salve ulteriori successive disposizioni.

Lavoro dipendente

(Articolo 15)

Fatte salve le disposizioni degli articoli 16, 18, 19, 20 e 21 i salari, gli stipendi e le altre remunerazioni analoghe che un residente di uno Stato contraente riceve in corrispettivo di un'attività dipendente sono imponibili soltanto in detto Stato, a meno che tale attività non venga svolta nell'altro Stato contraente. Se l'attività è quivi svolta, le remunerazioni percepite a tal titolo sono imponibili in questo altro Stato.

Nonostante le disposizioni del paragrafo 1, le remunerazioni che un residente di uno Stato contraente riceve in corrispettivo di un'attività dipendente svolta nell'altro Stato contraente sono imponibili soltanto nel primo Stato se:

- il beneficiario soggiorna nell'altro Stato per un periodo o periodi che non oltrepassano in totale 183 giorni in un periodo di dodici mesi che inizi o termini nel corso dell'anno fiscale considerato, e
- le remunerazioni sono pagate da o per conto di un datore di lavoro che non è residente dell'altro Stato, e
- l'onere delle remunerazioni non è sostenuto da una stabile organizzazione o da una base fissa che il datore di lavoro ha nell'altro Stato.

Nonostante le disposizioni precedenti del presente articolo, le remunerazioni percepite in corrispettivo di un lavoro subordinato svolto a bordo di navi o di aeromobili impiegati in traffico internazionale sono imponibili soltanto nello Stato contraente nel quale è situata la sede della direzione effettiva dell'impresa.

Compensi e gettoni di presenza (Articolo 16)

In linea generale, i compensi, i gettoni di presenza e le altre retribuzioni analoghe che un residente di uno Stato contraente riceve in qualità di membro del consiglio di amministrazione o del collegio sindacale di una società residente dell'altro Stato contraente, sono imponibili in detto altro Stato.

Inoltre, la remunerazione ricevuta da un residente di uno Stato contraente, nel caso di individuo o persona fisica, relativa all'incarico di un membro del consiglio di amministrazione di una società residente di un altro Stato contraente. Dal momento che a volte può essere difficile accertare dove i servizi sono eseguiti, la previsione tratta servizi in quanto eseguiti nello Stato di residenza della società. I paesi membri hanno generalmente compreso il termine tariffe e altri pagamenti simili includendo benefici in natura ricevuti da una persona nella carica di membro del consiglio di amministrazione di società, per esempio alle *stock options*, l'uso di una residenza o automobile, assicurazioni sulla vita o sulla salute e la condizione di membro di un club. Un membro del consiglio di amministrazione di una società spesso anche altre funzioni nella compagnia, per esempio consulente impiegato ordinario ecc. È chiaro che l'articolo non si applica alle remunerazioni pagate a quella persona per via di queste funzioni. In alcuni Paesi gli organi delle società esistono che sono simili in funzione al consiglio di amministrazione. Gli Stati contraenti sono liberi di includere convenzioni bilaterali questi organi di società sotto una disposizione che corrisponde all'articolo 16. Molti di questi problemi discussi nel paragrafo 12 del commentario sull'articolo 15 in relazione alle *stock options* garantite agli impiegati sorgono anche nel caso di stock option garantite ai membri del consiglio di amministrazione delle società. Finché quelle stock option sono garantite un residente di uno Stato contraente nella carica di membro del consiglio di amministrazione di una società che è residente dell'altro stato, quell'altro Stato avrà il diritto di tassare la parte delle stock option che costituiscono le tariffe consigliere o un pagamento simile anche se la tassa è soggetta a sgravi in futuro quando la persona non è più un membro di quel consiglio di amministrazione. Mentre l'articolo si applica ai benefici derivanti da stock Collection garantite a un membro del consiglio di amministrazione senza considerare quando quel beneficio è passato, c'è bisogno di distinguere quel beneficio dai capital gain che possono derivare dall'alienazione di azioni acquistate nell'esercizio dell'opzione. Questo articolo e non l'articolo 13 si applicherà a ogni beneficio derivante dall'opzione stessa finché non è stata esercitata, venduta o altrimenti alienata. Una volta che l'opzione esercitata o alienata, comunque, il beneficio tassabile sotto questo articolo è stato realizzato e ogni guadagno susseguente sulle azioni acquisite sarà derivato dal membro del consiglio di amministrazione nella sua carica di investitore azionista e sarà quindi coperto dall'articolo 13. Infine, È al tempo di esercizio che l'opzione, che è cosa il direttore ottenuto nel suo incarico, scompare e il ricevente contiene lo status di azionista.

Artisti e sportivi

(Articolo 17)

Nonostante le disposizioni degli articoli 14 e 15, i redditi che un residente di uno Stato contraente ritrae dalle sue prestazioni personali svolte nell'altro Stato contraente in qualità di artista dello spettacolo, quale un artista di teatro, del cinema, della radio o della televisione, o in qualità di musicista, nonché di sportivo, sono imponibili in detto altro Stato.

Qualora i redditi relativi a prestazioni personali effettuate da un artista o sportivo siano corrisposti non all'artista o sportivo direttamente, ma ad un'altra persona, detta remunerazione è, nonostante le disposizioni degli articoli 7, 14 e 15 imponibile nello stato contraente in cui le prestazioni dell'artista o dello sportivo sono esercitate.

Questa possono essere tassati nell'altro stato contraente in cui la loro attività personali sono eseguite, sia se sono di natura di affari o di impiego. Questa disposizione un'eccezione alle regole dell'articolo sette e a quelle del paragrafo due dell'articolo 15 rispettivamente. Questa previsione rende possibile evitare le difficoltà pratiche che spesso sorgono tra gli artisti tassati gli sportivi che eseguono l'attività all'estero. Inoltre previsioni troppo strette posso in certi casi impedire scambi culturali. Al fine di superare questi svantaggi, lo Stato contraente può, per comune accordo, limitare l'applicazione del paragrafo un'attività di *business*. Per ottenere questo sarebbe sufficiente correggere il testo dell'articolo così che un'eccezione sia fatta solo alle disposizioni dell'articolo sette. In questo caso gli artisti gli sportivi che seguono in caso di impiego potrebbero automaticamente rientrare dell'articolo 15 quindi essere avvertito la alle esenzioni previste nel paragrafo 2 di quell'articolo. Il paragrafo uno si riferisce l'artista sportive non è possibile darà precisa definizione di artista,

L'art. 17 della Convenzione in esame disciplina i redditi derivanti dall'attività personale, prestata nell'ambito di un rapporto di lavoro dipendente od indipendente, percepiti dai professionisti dello spettacolo, musicisti e sportivi (di seguito sinteticamente indicati con l'espressione "artisti e sportivi").

In considerazione delle particolari caratteristiche dell'attività svolta, gli artisti e sportivi non residenti nel territorio della Repubblica di San Marino rimangono nel territorio dello Stato per un periodo di tempo molto ridotto, strettamente necessario ad eseguire la prestazione programmata, e non dispongono generalmente di alcuna base fissa in Stati diversi da quello di residenza. Nonostante la ridotta permanenza nello Stato, peraltro, gli artisti e sportivi possono conseguire redditi di ammontare rilevante, giustificando così la presenza nella Convenzione in esame (e nel Modello OCSE) di apposita disposizione normativa.

L'esigenza di tutelare la potestà impositiva dei Paesi presi singolarmente ha infatti suggerito l'opportunità di adottare un criterio di imponibilità diverso da quelli previsti dagli artt. 14 e 15 con riferimento, rispettivamente, ai professionisti indipendenti ed ai lavoratori dipendenti, in modo da prevedere che i redditi da essi conseguiti siano imponibili nel medesimo Stato in cui traggono origine.

In deroga a quanto previsto dagli artt. 14 e 15, pur in assenza di una base fissa o di un periodo minimo di permanenza nello Stato della fonte, i redditi conseguiti dagli artisti e sportivi sono dunque imponibili anche nello Stato (i.e., nella Repubblica di San Marino) in cui si svolge l'attività da cui traggono origine (vale a dire nello Stato della fonte).

Il par. 1 dell'art. 17 della Convenzione prevede che gli artisti e gli sportivi che risiedono in uno Stato contraente possono essere sottoposti a tassazione nello Stato contraente in cui le loro attività in quanto tali vengono esercitate, siano esse attività industriali o commerciali o attività da lavoro dipendente. La

disposizione rappresenta un'eccezione, rispettivamente, alle disposizioni di cui agli artt. 14 e 15. Gli artisti e sportivi che esercitano la loro attività in qualità di lavoratori dipendenti ricadono automaticamente nel campo di applicazione dell'art. 15 e, pertanto, sono soggetti alla disciplina prevista dalla predetta norma. Il par.1 dell'art. 17 fa riferimento agli artisti e sportivi. Benché non sia possibile dare una definizione precisa del termine "artista", il par. 1, tuttavia, include una esemplificazione di persone che potrebbero essere considerate di per sé artisti. Tali esempi non dovrebbero essere ritenuti esaustivi. Da un lato, il termine "artista" chiaramente include l'attore teatrale, l'attore cinematografico e l'attore che partecipa a filmati pubblicitari televisivi (ivi incluso, a titolo esemplificativo, un ex sportivo). L'art. 17 si può applicare anche al reddito corrisposto per una attività avente natura politica, sociale, religiosa o di beneficenza qualora essa comporti un elemento di intrattenimento. Per contro, la disposizione non trova applicazione con riferimento al relatore ad una conferenza o al personale amministrativo o tecnico (ad esempio, operatori cinematografici, produttori, registi, coreografi, personale tecnico, o il personale al seguito di un gruppo musicale, ecc.). Tra le due categorie, si individua un'area intermedia ove è necessario valutare nel suo insieme l'attività delle persone considerate.

Se da un lato, l'art. 17 non fornisce alcuna precisa definizione del termine "sportivi", la stessa non è circoscritta ai partecipanti di eventi atletici tradizionali (ad esempio, podisti, saltatori e nuotatori). Essa include altresì, i giocatori di golf, i fantini, i calciatori, i giocatori di *cricket*, i tennisti nonché i piloti automobilistici.

Il Commentario al Modello OCSE richiama, in dettaglio, le seguenti fattispecie:

- con riferimento agli artisti: gli attori di teatro, gli attori in un film o in uno spettacolo televisivo, ovvero coloro che partecipano a manifestazioni politiche, sociali, religiose o di beneficenza che abbiano le caratteristiche di uno spettacolo;
- con riferimento agli sportivi: gli atleti tradizionalmente intesi come tali (quali i corridori, i saltatori ed i nuotatori), i calciatori, i fantini, giocatori di golf, cricket e tennis nonché i piloti di competizioni motoristiche;
- le altre attività connesse a fenomeni di spettacolo, quali giochi del biliardo, degli scacchi e del *bridge*.

Nella pratica possono peraltro presentarsi situazioni in cui è difficile stabilire se l'attività svolta da un determinato soggetto possa (o debba) essere qualificata come attività di un professionista dello spettacolo, un musicista, uno sportivo o se sia invece estranea a tale nozione.

Sotto un primo profilo, potrebbe porsi il problema di individuare quale tipo di attività di spettacolo posseda il carattere della professionalità richiesto, ma non definito, dall'art. 17.

La questione non viene risolta neanche dal Commentario e può dar luogo ad interpretazioni differenti nei diversi Stati.

Si pensi al caso di un artista non professionista che percepisce un rilevante compenso per la partecipazione ad uno spettacolo che lo impegna per un periodo relativamente lungo di tempo, ovvero alla fase di passaggio, frequente nel mondo dello spettacolo, dalla condizione di dilettante a quella di professionista che può prolungarsi per un certo periodo di tempo durante il quale potrebbe non essere semplice individuare i caratteri distintivi dell'una o dell'altra condizione. Il fatto che, al di fuori dello spettacolo in esame, il soggetto percettore del reddito non svolga (o abbia svolto) abitualmente un'attività nel settore dello spettacolo non sembra essere di per sé sufficiente per affermare la non applicabilità delle disposizioni contenute nell'art. 17 e la conseguente non imponibilità dei compensi percepiti nello Stato in cui l'attività medesima è prestata.

Peraltro, in considerazione della ratio della norma di assoggettare ad imposizione nello Stato della fonte i redditi derivanti da prestazioni connesse all'attività dello spettacolo di carattere personale, sembra possibile affermare che il requisito della professionalità non deve essere inteso in senso eccessivamente restrittivo, in modo da non limitare la portata applicativa della norma. In altre parole, sembra possibile escludere l'applicabilità dell'art. 17 in favore di altre norme convenzionali solo nei casi di palese assenza del requisito della professionalità, avendo cura non solo riguardo al carattere di abitualità dell'attività svolta ed alla presenza di una remunerazione ma anche ad ogni altro carattere che possa di volta in volta aiutare nella soluzione del problema.

Un secondo aspetto concerne l'individuazione delle persone che, nell'ambito della realizzazione di uno spettacolo, svolgono un'attività di contenuto artistico nel senso definito dall'art. 17 e quali svolgono invece un'attività di carattere personale regolata dagli artt. 14 e 15. In proposito, il Commentario *OCSE* chiarisce che non rientra nell'ambito di applicazione dell'art.17 il personale amministrativo o di supporto, tra cui vengono espressamente richiamati i tecnici delle riprese, i produttori, i registi, i coreografi, il personale tecnico, ecc.

Altri problemi possono nascere nel caso in cui un medesimo soggetto percepisca un unico compenso ma svolga due attività differenti, di cui solo una ricompresa nell'ambito di applicazione dell'art. 17. Si pensi al caso di un regista o produttore che ha una parte quale attore nel film che dirige o produce. Secondo le indicazioni fornite dal Commentario *OCSE*, la questione sembra doversi risolvere in primo luogo in funzione dell'attività (di attore ovvero di regista/produttore) che assume un carattere predominante rispetto all'altra. Lo stesso Commentario *OCSE*, peraltro, non esclude che in determinati casi possa essere opportuno ricorrere al riparto proporzionale del compenso complessivamente percepito.

Un'ultima notazione riguarda la possibilità che una medesima attività possa essere qualificata sia come attività connessa allo spettacolo sia come attività diversa dallo spettacolo, favorendo l'insorgere di difficoltà interpretative che potrebbero suggerire conclusioni divergenti.

Si pensi ad un attore che partecipa alla registrazione di uno spot pubblicitario ovvero ad una sfilata di moda che potrebbe forse rientrare nel novero degli spettacoli (ancorché non intesi in senso stretto).

Per quanto riguarda i redditi derivanti dalla pubblicità o dalle cosiddette sponsorizzazioni, in particolare, il Commentario *OCSE* ritiene applicabile l'art. 17 qualora la pubblicità o la sponsorizzazione siano direttamente od indirettamente correlate alla partecipazione dell'artista o sportivo ad un determinato evento nel territorio dello Stato. Mancando tale correlazione, invece, ai redditi di cui trattasi non dovrebbe essere applicabile l'art. 17 ma le disposizioni contenute negli artt. 7 o 15 del Modello *OCSE*.

Parlando dell'ambito di applicazione dell'articolo, sotto il profilo oggettivo, va innanzitutto rilevato che gli artisti e sportivi possono percepire una vasta gamma di corrispettivi in forme differenti i quali, a seconda dei rapporti contrattuali da cui originano, possono essere qualificati ai fini convenzionali quali redditi di impresa o derivanti da attività professionale (art. 7 e 14), canoni (art. 12), redditi da lavoro dipendente (art. 15) ovvero redditi derivanti dall'attività artistica e sportiva in senso stretto nei confronti dei quali trova applicazione l'art. 17 del Modello *OCSE*.

In ambito *OCSE* si è posto, quindi, il problema di stabilire quali fattispecie ricomprendere nell'ambito applicativo dell'art. 17 e quali invece assoggettare ai regimi ordinariamente previsti dalle altre norme convenzionali. Il Comitato Affari Fiscali dell'*OCSE*, pur prendendo atto delle difficoltà interpretative, ha peraltro ritenuto opportuno privilegiare una interpretazione nel senso che l'art. 17 deve ritenersi applicabile ai redditi percepiti dall'artista o sportivo in dipendenza dell'attività propriamente artistica o sportiva svolta in un determinato Stato. In assenza di un rapporto di dipendenza diretta tra l'attività

esercitata ed il reddito conseguito, la norma convenzionale correttamente applicabile non deve essere ricercata nell'art. 17 quanto piuttosto in uno degli altri articoli del Modello OCSE.

In applicazione del principio innanzi enunciato, i redditi corrisposti all'artista o sportivo, ad esempio, in dipendenza dell'annullamento di uno spettacolo, di una gara, o di un altro evento già programmato non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 17 ma delle altre norme convenzionali di volta in volta applicabili. In questa situazione, infatti, l'artista o sportivo non ha esercitato alcuna attività di carattere personale nel territorio dello Stato e, proprio per tale circostanza, percepisce un'indennità dalla parte organizzatrice nazionale che non è imponibile nello Stato della fonte se non in forza di disposizioni convenzionali diverse da quelle di cui all'art. 17.

Va evidenziato, peraltro, che il Commentario OCSE concede agli Stati contraenti la possibilità di escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 17 i redditi conseguiti da artisti o sportivi in dipendenza della partecipazione ad eventi finanziati con denaro pubblico.

Il par. 1 dell'art. 17 si applica al reddito corrisposto direttamente o indirettamente ad una persona fisica, sia essa artista o sportivo. In taluni casi il reddito non è corrisposto direttamente alla persona fisica ovvero al suo impresario o agente.

La norma in esame non fa menzione delle modalità di calcolo del reddito in questione. Spetta pertanto alla legislazione nazionale di ciascuno Stato contraente stabilire la deducibilità delle spese ai fini della determinazione del reddito.

Qualora il reddito di un artista o di uno sportivo venga attribuito ad altra persona, e lo Stato della fonte non dispone dell'autorità di assoggettare a tassazione direttamente l'artista o lo sportivo (su tale reddito), il par. 2 dell'art. 17 in commento stabilisce che la quota di reddito, che non può essere oggetto di tassazione in capo all'artista o allo sportivo, può essere sottoposta a tassazione in capo alla persona cui sono corrisposte le remunerazioni. Nel caso in cui la persona a cui sono corrisposte le remunerazioni eserciti una attività industriale o commerciale, l'imposta può essere applicata dallo Stato della fonte anche se il reddito non è attribuibile ad una stabile organizzazione situata in tale Stato.

L'ambito applicativo del par. 2 non è limitato alle situazioni in cui l'artista dello spettacolo (o lo sportivo) e la persona a cui il reddito è attribuito (a titolo esemplificativo, una "*star company*") siano residenti nel medesimo Stato contraente. Il paragrafo consente allo Stato in cui un artista dello spettacolo (o uno sportivo) esercita la propria attività di assoggettare a tassazione il reddito derivante da dette attività e percepito da altra persona indipendentemente dalle altre disposizioni della Convenzione altrimenti applicabili. Quindi, nonostante le disposizioni dell'art. 7, il paragrafo in esame permette a detto Stato di sottoporre a tassazione il reddito generato dalla "*star company*" residente dell'altro Stato contraente anche nel caso in cui l'artista dello spettacolo (o lo sportivo) non sia residente di detto altro Stato. Di converso, nel caso in cui il reddito di un artista dello spettacolo residente in uno degli Stati contraenti venga attribuito ad una "*star company*", residente di uno Stato terzo con il quale lo Stato della fonte non ha concluso una convenzione fiscale, nulla impedirà a questo Stato contraente di sottoporre a tassazione detta persona sulla base della rispettiva legislazione interna.

Pensioni

(Articolo 18)

Fatte salve le disposizioni del paragrafo 2 dell'articolo 19, le pensioni e le altre remunerazioni analoghe, pagate ad un residente di uno Stato contraente in relazione ad un cessato impiego, sono imponibili soltanto in questo Stato.

Inoltre, le disposizioni del paragrafo 1 non si applicano se il beneficiario dei redditi non è assoggettato a imposizione relativamente a tali redditi nello Stato di cui è residente e conformemente alla legislazione di detto Stato. In tal caso, detti redditi sono imponibili nello Stato dal quale provengono.

Nonostante le disposizioni del paragrafo 1 del presente articolo, le pensioni e altri pagamenti analoghi ricevuti nell'ambito della legislazione di sicurezza sociale di uno Stato contraente sono imponibili soltanto in detto Stato.

Infine, se un residente di uno Stato contraente diviene residente dell'altro Stato contraente, le somme ricevute da detto residente all'atto della cessazione dell'impiego nel primo Stato come indennità di fine rapporto o remunerazioni forfetarie di natura analoga sono imponibili soltanto nel primo Stato contraente.

Il par. 1 dell'art. 18 della Convenzione Italia - San Marino prevede che "fatte salve le disposizioni del paragrafo 2 dell'Articolo 19, le pensioni e le altre remunerazioni analoghe, pagate ad un residente di uno Stato Contraente in relazione ad un cessato impiego, sono imponibili soltanto in questo Stato".

Secondo quanto previsto dal Commentario all'art. 18, par. 1, del Modello OCSE, le tipologie di pagamento ricomprese nell'ambito di applicazione dell'art. 18 includono non solamente le pensioni pagate direttamente all'ex dipendente ma anche agli altri beneficiari (ad es., al consorte sopravvissuto, agli accompagnatori o ai figli dei dipendenti). La disposizione si applica anche ai compensi corrisposti relativamente a un passato rapporto di lavoro e alle pensioni relative ai servizi resi a uno Stato o a una sua suddivisione politica o ente locale, che non rientrano nelle disposizioni di cui al paragrafo 2 dell'art. 19.

Diversi pagamenti possono essere effettuati a un dipendente in seguito alla cessazione del rapporto di lavoro. Tali pagamenti rientrano o meno nell'ambito di applicazione dell'art. 18 a seconda della natura degli stessi, senza trascurare i fatti e le circostanze per i quali questi sono effettuati.

Mentre il termine "pensione", nella sua accezione ordinaria, ricomprende solamente i pagamenti periodici, l'espressione "altre remunerazioni analoghe" è talmente generica da ricomprendere anche i pagamenti non periodici.

Se si dimostra che il corrispettivo per il pagamento è la commutazione della pensione o la compensazione per una pensione ridotta, il pagamento può essere classificato quale "altra remunerazione analoga", rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 18. Tale è il caso in cui il soggetto ha la possibilità di scegliere tra il pagamento di una pensione e una somma forfetaria calcolata con riferimento all'ammontare totale delle contribuzioni o all'ammontare della pensione che dovrebbe essere riconosciuta a tale soggetto dal piano pensionistico.

La fonte del pagamento è un importante fattore; i pagamenti effettuati sulla base di un piano pensionistico rientrano normalmente nell'ambito di applicazione dell'art. 18. Altri fattori utili per determinare se un pagamento o una serie di pagamenti rientrano nell'ambito di applicazione del suindicato articolo sono i seguenti:

- il pagamento è effettuato alla cessazione o successivamente alla cessazione del rapporto di lavoro che dà origine al pagamento stesso;
- il beneficiario continua (o meno) a svolgere attività lavorativa;

- il beneficiario ha raggiunto la normale età pensionabile relativamente ad una determinata attività lavorativa;
- lo *status* di altri beneficiari che presentano i requisiti per percepire lo stesso tipo di pagamento in via forfetaria;
- il beneficiario è simultaneamente eleggibile per altri benefici pensionistici.

L'art. 18 si applica solamente alle pensioni e alle altre remunerazioni analoghe che sono pagate relativamente ad attività lavorativa passata; non si applica invece alle pensioni pagate relativamente al passato svolgimento delle attività dei professionisti indipendenti.

Il par. 3 dell'art. 18 della Convenzione Italia-San Marino afferma che "nonostante le disposizioni del paragrafo 1 (...), le pensioni e altri pagamenti analoghi ricevuti nell'ambito della legislazione di sicurezza sociale di uno Stato Contraente sono imponibili soltanto in detto Stato". Sono quindi assoggettate ad imposizione esclusivamente nella Repubblica di San Marino, e in conformità alla legislazione ivi in vigore, le pensioni (e i pagamenti analoghi) che rientrano nell'ambito della legislazione sammarinese di sicurezza sociale.

Secondo quanto previsto dal Commentario all'art. 18 del Modello OCSE (par. 28), l'espressione "sicurezza sociale" si riferisce a un sistema di protezione obbligatoria istituito da uno Stato con l'obiettivo di garantire ai propri cittadini un livello minimo di reddito o di benefici pensionistici o di ridurre l'impatto finanziario di eventi quali disoccupazione, invalidità, malattia, o morte. Caratteristica comune dei sistemi di sicurezza sociale è quella per cui il livello dei benefici concessi è determinato dallo Stato. I pagamenti che potrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della disposizione di cui al par. 3 dell'art. 18 includono:

- le pensioni di anzianità (lavorativa), riconosciute ai cittadini in virtù di un piano pensionistico pubblico;
- le pensioni di vecchiaia;
- le prestazioni di disoccupazione, invalidità, maternità;
- le pensioni di reversibilità, malattia, assistenza sociale;
- le prestazioni a sostegno della famiglia effettuate da uno Stato o da enti pubblici appositamente istituiti.

Il Commentario all'art. 18 del Modello OCSE precisa che, dal momento che i sistemi di sicurezza sociale degli Stati contraenti potrebbero presentare differenze sostanziali, è compito di questi ultimi verificare, nel corso delle negoziazioni bilaterali (o anche in sede di applicazione dell'accordo bilaterale), che vi sia un comune intendimento di ciò che rientra nell'ambito di applicazione del par. 3 dell'art. 18.

Per quanto concerne le pensioni corrisposte nell'ambito della legislazione sammarinese di sicurezza sociale, sulla base del summenzionato esame delle norme di riferimento, nonché dell'interpretazione fornita dal Commentario all'art. 18 del Modello OCSE, con riguardo alla Repubblica di San Marino va chiarito che:

- rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 18 par. 1 della Convenzione contro le doppie imposizioni Italia-San Marino le pensioni erogate in via facoltativa sulla base di una contribuzione volontaria del lavoratore. Ne deriva che, le pensioni in commento, qualora corrisposte, su base facoltativa, da parte di un ente sammarinese nei confronti di una persona fisica residente nel

territorio dello Stato italiano ai sensi dell'art. 4 della stessa Convenzione, sono imponibili soltanto in Italia. L'ente sammarinese che eroga le prestazioni pensionistiche in parola, pertanto, non deve operare alcuna ritenuta a titolo d'imposta;

- rientrano, al contrario, nell'ambito di applicazione dell'art. 18 par. 3 della Convenzione contro le doppie imposizioni Italia-San Marino le seguenti prestazioni pensionistiche, in quanto previste come obbligatorie nell'ambito della vigente legislazione sammarinese sulla sicurezza sociale: o le pensioni corrisposte dall'Istituto per la Sicurezza Sociale sammarinese ("ISS") ai residenti italiani, ivi comprese le pensioni corrisposte ai superstiti e le pensioni di reversibilità; o le pensioni di Stato, e, in generale, tutte le pensioni corrisposte e obbligatorie in virtù di una disposizione normativa sammarinese, ivi comprese le pensioni corrisposte ai superstiti e le pensioni di reversibilità.

Pertanto, l'ente sammarinese che eroga le prestazioni pensionistiche deve operare la ritenuta a titolo d'imposta ai sensi dell'art. 101 co. 2 della L. n. 166/2013.

Come è noto, eventuali difficoltà o dubbi di interpretazione in ordine all'ambito di applicazione dell'articolo stesso dovranno essere risolti di mutuo accordo tra gli Stati contraenti.

Con riferimento all'espressione "legislazione di sicurezza sociale di uno Stato contraente", e fermo restando quanto previsto al paragrafo 3 della presente Circolare, è intenzione della Segreteria di Stato per le Finanze ed il Bilancio e i Rapporti con l'A.A.S.F.N. attivare un tavolo tecnico bilaterale con l'Autorità competente italiana allo scopo di definire contenuti ed ambito di applicazione della predetta locuzione.

In maniera analoga, sarà affrontato nel suindicato tavolo tecnico bilaterale il tema della collocazione delle pensioni complementari erogate sulla base di una contribuzione obbligatoria nell'ambito del par. 1, ovvero del par. 3 dell'art. 18 della Convenzione contro le doppie imposizioni Italia-San Marino.

Funzioni pubbliche

(Articolo 19)

L'articolo in oggetto dispone una differenza di disciplina tra le remunerazioni e le pensioni.

Le remunerazioni, diverse dalle pensioni, pagate da uno Stato contraente o da una sua suddivisione politica o amministrativa o da un suo ente locale a una persona fisica, in corrispettivo di servizi resi a detto Stato o a detta suddivisione od ente, sono imponibili soltanto in detto Stato.

Tuttavia, tali remunerazioni sono imponibili soltanto nell'altro Stato contraente se i servizi vengono resi in questo Stato e la persona fisica è un residente di questo Stato che:

- ha la nazionalità di questo Stato; ovvero
- non è divenuto residente di questo Stato al solo scopo di rendervi i servizi.

Le pensioni corrisposte da uno Stato contraente oppure da una sua suddivisione politica od amministrativa o da un suo ente locale, sia direttamente sia mediante prelevamento da fondi da essi costituiti, ad una persona fisica in corrispettivo di servizi resi a detto Stato o a detta suddivisione od ente, sono imponibili soltanto in questo Stato.

Tuttavia, tali pensioni sono imponibili soltanto nell'altro Stato contraente se la persona fisica è un residente di questo Stato e ne ha la nazionalità.

Le disposizioni degli articoli 15, 16, 17 e 18 si applicano alle remunerazioni e pensioni pagate in corrispettivo di servizi resi nell'ambito di una attività industriale o commerciale esercitata da uno degli Stati contraenti o da una sua suddivisione politica o amministrativa o da un suo ente locale.

Questo articolo si applica salari, stipendi, e altre remunerazioni simili, e pensioni, rispetto al servizio di governo. Previsioni simili nelle vecchie convenzioni bilaterali erano incorniciate allo scopo di conformarsi con le regole di cortesia internazionale e rispetto reciproco tra Stati sovrani. Questi erano quindi piuttosto limitate nell'ambito. Comunque, l'importanza nell'ambito dell'articolo 19 è aumentato per via del fatto che, in conseguenza della crescita del settore pubblico in molti paesi, le attività governative all'estero si sono considerevolmente estese.

Professori, insegnanti, ricercatori
(Articolo 20)

Un professore, un insegnante od un ricercatore il quale soggiorni temporaneamente, per un periodo non superiore a due anni, in uno Stato contraente allo scopo di insegnare o di effettuare ricerche presso una università, collegio, scuola od altro analogo istituto di istruzione, e che è, o era immediatamente prima di tale soggiorno, residente dell'altro Stato contraente è esente da imposta nel primo Stato contraente limitatamente alle remunerazioni derivanti dall'attività di insegnamento o di ricerca.

Le disposizioni del paragrafo 1 del presente articolo non si applicano ai redditi derivanti dalla ricerca se tale ricerca è intrapresa non nell'interesse pubblico ma nell'interesse privato di una o più persone specifiche.

Studenti ed apprendisti (Articolo 21)

Le somme provenienti dall'estero che uno studente o un apprendista, il quale è, o era, immediatamente prima di recarsi in uno Stato contraente, un residente dell'altro Stato contraente, e che soggiorna nel primo Stato contraente al solo scopo di compiere i suoi studi o di attendere alla propria formazione di carattere tecnico, professionale, o aziendale, riceve per sopperire alle spese di mantenimento, di istruzione o di formazione professionale o a titolo di borsa di studio per attendere alla propria istruzione, non sono imponibili in questo Stato per un periodo di tempo ragionevolmente o usualmente necessario per completare l'istruzione o l'apprendistato intrapreso, tuttavia in nessun caso una persona godrà dei benefici previsti dal presente paragrafo per più di 5 anni dall'inizio di tale istruzione o apprendistato.

altresì, le remunerazioni pagate a uno studente o apprendista, rispettivamente, per i servizi resi nell'altro Stato contraente sono esenti da imposta in questo altro Stato per un periodo di 2 anni a condizione che tali servizi siano connessi al suo mantenimento, istruzione o formazione professionale.

Altri redditi (Articolo 22)

Gli elementi di reddito di un residente di uno Stato contraente, qualunque sia la provenienza di essi, che non sono stati trattati negli articoli precedenti della presente Convenzione sono imponibili soltanto in questo Stato.

Le disposizioni del paragrafo 1 non sono applicate ai redditi diversi da quelli derivanti da beni immobili definiti al paragrafo 2 dell'articolo 6, nel caso in cui il beneficiario di tali redditi, residente di uno Stato contraente, eserciti nell'altro Stato contraente un'attività industriale o commerciale per via di una stabile organizzazione ivi situata, oppure una professione indipendente mediante una base fissa ivi situata, ed il diritto od il bene produttivo del reddito si ricolleghi effettivamente a tale stabile organizzazione o base fissa. In tal caso gli elementi di reddito sono imponibili in detto altro Stato contraente secondo la propria legislazione.

Se, in conseguenza di particolari relazioni esistenti tra le persone che hanno svolto le attività per la cui prestazione sono pagati i redditi di cui al paragrafo 1, il pagamento per tali attività es sia eccedente all'ammontare che sarebbe stato convenuto tra persone indipendenti, le disposizioni del paragrafo 1 si applicano soltanto a quest'ultimo ammontare. In tal caso, la parte eccedente dei pagamenti è imponibile in conformità della legislazione di ciascuno Stato contraente e tenuto conto delle altre disposizioni della presente Convenzione.

METODI PER ELIMINARE LA DOPPIA IMPOSIZIONE

Eliminazione della doppia imposizione

(Articolo 23)

Per quanto concerne l'Italia:

Se un residente dell'Italia possiede elementi di reddito imponibili a San Marino, l'Italia, nel computare le proprie imposte sul reddito specificate nell'articolo 2 della presente Convenzione, può includere nella base imponibile di tali imposte detti elementi di reddito, a meno che espresse disposizioni della presente Convenzione non stabiliscano in maniera diversa.

In tal caso, l'Italia deve detrarre dalle imposte così calcolate l'imposta sui redditi pagata a San Marino ma l'ammontare della detrazione non può essere eccedente alla quota di imposta italiana attribuibile ai predetti elementi di reddito nella proporzione in cui gli stessi concorrono alla formazione del reddito complessivo.

Peraltro, nessuna detrazione sarà accordata ove l'elemento di reddito venga assoggettato in Italia ad imposizione mediante ritenuta a titolo di imposta su richiesta del beneficiario del reddito in base alla legislazione italiana.

Per quanto concerne San Marino:

Se un residente di San Marino possiede elementi di reddito che sono imponibili in Italia, San Marino, nel calcolare le proprie imposte sul reddito specificate nell'articolo 2 della presente Convenzione, può includere nella base imponibile di tali imposte detti elementi di reddito, a meno che espresse disposizioni della presente Convenzione non stabiliscano diversamente.

In tal caso, San Marino deve detrarre dalle imposte così computate l'imposta sui redditi pagata in Italia, ma l'ammontare della detrazione non può eccedere la quota di imposta sammarinese attribuibile ai predetti elementi di reddito nella proporzione in cui gli stessi concorrono alla formazione del reddito complessivo.

Tuttavia, nessuna detrazione sarà accordata ove l'elemento di reddito sia assoggettato a San Marino ad imposizione mediante ritenuta a titolo di imposta su richiesta del beneficiario del reddito in base alla legislazione sammarinese.

CAPITOLO 5: DISPOSIZIONI PARTICOLARI

Non discriminazione

(Articolo 24)

I nazionali di uno Stato contraente non sono assoggettati nell'altro Stato contraente ad alcuna imposizione ovvero obbligo ad essa relativo, diversi o maggiormente onerosi di quelli cui sono o potranno essere assoggettati i nazionali di detto altro Stato che si trovino nella stessa situazione. La presente disposizione si applica altresì, nonostante le disposizioni dell'articolo 1, alle persone che non sono residenti di uno o di entrambi gli Stati contraenti.

In aggiunta a ciò, l'imposizione di una stabile organizzazione che una impresa di uno Stato contraente ha nell'altro Stato contraente non può essere in questo altro Stato meno favorevole dell'imposizione a carico delle imprese di detto altro Stato che svolgono la medesima attività. La presente disposizione non può essere interpretata nel senso che faccia obbligo ad uno Stato contraente di accordare ai residenti dell'altro Stato contraente le deduzioni personali, le esenzioni e le riduzioni di imposta che esso accorda ai propri residenti in relazione alla loro situazione o ai loro carichi di famiglia.

Salva l'applicazione delle disposizioni del paragrafo 1 dell'articolo 9, del paragrafo 7 dell'articolo 11 o del paragrafo 6 dell'articolo 12, gli interessi, i canoni ed altre spese pagati da una impresa di uno Stato contraente ad un residente dell'altro Stato contraente sono deducibili, ai fini della determinazione degli utili imponibili di detta impresa, nelle stesse condizioni in cui sarebbero deducibili se fossero stati pagati ad un residente del primo Stato.

Le imprese di uno Stato contraente, il cui capitale è, in tutto o in parte, direttamente o indirettamente, posseduto o controllato da uno o più residenti dell'altro Stato contraente, non vengono assoggettate nel primo Stato contraente ad alcuna imposizione od obbligo ad essa relativo, diversi o più onerosi di quelli cui sono o potranno essere assoggettate le altre imprese della stessa natura del primo Stato.

Infine, le disposizioni del presente articolo si applicano, nonostante le disposizioni dell'articolo 2, alle imposte di ogni genere e denominazione.

Procedura amichevole

(Articolo 25)

Quando una persona ritiene che le misure adottate da uno o da entrambi gli Stati contraenti comportano o comporteranno per essa un'imposizione che non è conforme alle disposizioni della presente Convenzione, essa può, in maniera indipendente dai ricorsi previsti dalla legislazione nazionale di detti Stati, sottoporre il proprio caso all'autorità competente dello Stato contraente di cui è residente ovvero, se il suo caso ricade nel paragrafo 1 dell'articolo 24, a quella dello Stato contraente di cui possiede la nazionalità.

Si deve sottoporre il caso entro i due anni che seguono la prima notifica della misura che comporta un'imposizione non conforme alle disposizioni della Convenzione.

L'autorità competente, se il ricorso le appare fondato e se essa non è in grado di giungere ad una soluzione soddisfacente, 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. L'accordo raggiunto sarà applicato quali che siano i termini previsti dalle legislazioni nazionali degli Stati contraenti.

Le autorità competenti degli Stati contraenti faranno del loro meglio per risolvere per via di amichevole composizione le difficoltà o i dubbi inerenti all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione. Esse potranno altresì consultarsi al fine di eliminare la doppia imposizione nei casi non previsti dalla Convenzione.

Le autorità competenti degli Stati contraenti potranno comunicare tra di loro in maniera diretta al fine di pervenire ad un accordo come indicato nei paragrafi precedenti. Qualora venga ritenuto che degli scambi verbali di opinioni possano facilitare il raggiungimento di tale accordo, essi potranno aver luogo all'interno di una Commissione formata da rappresentanti delle autorità competenti degli Stati contraenti.

Nei casi previsti dai paragrafi precedenti, se le autorità competenti degli Stati contraenti non concludono un accordo che elimini la doppia imposizione entro due anni dalla data in cui il caso è stato sottoposto per la prima volta ad una di esse, le autorità competenti, per ogni caso specifico, istituiscono una Commissione arbitrale con l'incarico di emettere un parere sul modo di eliminare la doppia imposizione, sempreché il/i contribuente/i si impegni(n) ad ottemperare alle decisioni della stessa. L'istituzione della Commissione può aver luogo soltanto se le parti in causa rinunciano preventivamente, senza riserve o condizioni, agli atti del giudizio in corso presso il tribunale nazionale.

La Commissione arbitrale è composta da tre membri così designati: ciascuna autorità competente designa, entro 3 mesi dalla scadenza del termine di cui sopra, un membro ed i due membri designano, nello stesso termine, di comune accordo, il Presidente, scegliendolo tra personalità indipendenti appartenenti agli Stati contraenti o ad uno Stato terzo membro dell'*OCSE*.

La Commissione, nel pronunciare il suo parere, applicherà le disposizioni della presente Convenzione ed i principi generali di diritto internazionale, tenendo conto della legislazione interna degli Stati contraenti. La Commissione stabilisce essa stessa le regole del procedimento arbitrale.

Il contribuente può, qualora ne faccia richiesta, essere ascoltato o farsi rappresentare dinanzi alla Commissione e, se la Commissione lo richiede, questo contribuente è tenuto a presentarsi dinanzi alla medesima o a farvisi rappresentare.

La Commissione rende il suo parere entro sei mesi dalla data in cui è stato nominato il Presidente. La Commissione arbitrale delibera a maggioranza semplice dei suoi componenti. Entro sei mesi dalla pronuncia del parere da parte della Commissione arbitrale, le autorità competenti delle Parti possono ancora adottare, di comune accordo, misure volte ad eliminare la causa che ha determinato l'insorgere

della controversia. Le misure così adottate possono essere non conformi al parere della Commissione arbitrale. Se entro sei mesi dall'emissione del parere da parte della Commissione arbitrale le autorità competenti delle Parti non abbiano raggiunto un accordo per eliminare la causa della controversia, esse devono conformarsi a detto parere e dargli esecuzione.

Le spese procedurali della Commissione vengono suddivise in parti uguali tra gli Stati contraenti.

Scambio di informazioni

(Articolo 26)

(Articolo originario)

Le autorità competenti degli Stati contraenti si scambieranno le informazioni necessarie per applicare le disposizioni della presente Convenzione o quelle delle leggi interne, comprese anche quelle dirette a contrastare l'evasione e le frodi fiscali, degli Stati contraenti relative alle imposte previste dalla Convenzione, nella misura in cui la tassazione che tali leggi prevedono non è contraria alla Convenzione. Lo scambio di informazioni non viene limitato dall'articolo 1.

Le informazioni ricevute da uno Stato contraente saranno mantenute segrete, in maniera analoga alle informazioni ottenute in base alla legislazione interna di detto Stato e saranno comunicate soltanto alle persone od autorità (ivi compresi i tribunali e gli organi amministrativi) incaricate di accertare o riscuotere delle imposte previste dalla Convenzione, delle procedure o dei procedimenti concernenti tali imposte, o delle decisioni di ricorsi presentati per tali imposte.

Queste persone o le predette autorità utilizzeranno tali informazioni soltanto per questi fini. Esse potranno servirsi di queste informazioni nel corso di udienze pubbliche di tribunali o nei giudizi.

Le disposizioni del paragrafo 1 non possono in nessun caso essere interpretate nel senso di imporre ad uno Stato contraente l'obbligo:

- a) di adottare provvedimenti amministrativi in deroga alla propria legislazione o alla propria prassi amministrativa o a quelle dell'altro Stato contraente;
- b) di fornire informazioni che non potrebbero essere ottenute in base alla propria legislazione o nel quadro della propria normale prassi amministrativa o di quelle dell'altro Stato contraente;
- c) di fornire informazioni che potrebbero rivelare un segreto commerciale, industriale, professionale o un processo commerciale oppure informazioni la cui comunicazione sarebbe contraria all'ordine pubblico.

(Riforma del Protocollo)

Le autorità competenti degli Stati contraenti si scambieranno le informazioni **verosimilmente pertinenti** per applicare le disposizioni della presente Convenzione o per l'amministrazione o l'applicazione delle leggi interne collegate alle imposte di qualsiasi genere e denominazione prelevate per conto degli Stati contraenti, delle loro suddivisioni politiche o amministrative o dei loro enti locali, nella misura in cui la tassazione che tali leggi prevedono non è contraria alla Convenzione e anche per prevenire l'elusione e l'evasione fiscale. Lo scambio di informazioni non viene limitato dagli Articoli 1 e 2.

Le informazioni ricevute ai sensi del paragrafo 1 da uno Stato contraente sono tenute segrete, analogamente alle informazioni ottenute in base alla legislazione interna di detto Stato e saranno comunicate soltanto alle persone od autorità (ivi inclusi l'autorità giudiziaria e gli organi amministrativi) incaricate dell'accertamento o della riscossione delle imposte di cui al paragrafo 1, delle procedure o dei procedimenti concernenti tali imposte, delle decisioni di ricorsi presentati per tali imposte, o del controllo delle attività precedenti. Le persone o autorità sopra citate utilizzeranno tali informazioni soltanto per questi fini. Esse potranno servirsi di queste informazioni nel corso di udienze pubbliche o nei giudizi.

Le disposizioni dei paragrafi 1 e 2 non possono in nessun caso essere interpretate nel senso di imporre ad uno Stato contraente l'obbligo:

- di adottare provvedimenti amministrativi in deroga alla propria legislazione o alla propria prassi amministrativa o a quella dell'altro Stato contraente;

- di fornire informazioni che non si potrebbero ottenere in base alla propria legislazione o nel quadro della propria normale prassi amministrativa o di quelle dell'altro Stato contraente;
- di fornire informazioni che potrebbero rivelare un segreto commerciale, industriale, professionale o un processo commerciale, oppure informazioni la cui comunicazione sarebbe contraria all'ordine pubblico.

Se le informazioni sono richieste da uno Stato contraente in conformità al presente Articolo, l'altro Stato contraente utilizzerà i poteri di cui esso dispone per raccogliere le informazioni richieste, anche qualora le stesse non siano rilevanti per i fini fiscali interni di detto altro Stato. L'obbligo di cui al periodo che precede è soggetto alle limitazioni previste dal paragrafo 3, ma tali limitazioni non possono essere in nessun caso interpretate nel senso di permettere ad uno Stato contraente di rifiutarsi di fornire informazioni solo perché lo stesso non ne ha un interesse ai propri fini fiscali.

Le disposizioni del paragrafo 3 non possono in nessun caso essere interpretate nel senso che uno Stato contraente possa rifiutare di fornire le informazioni solo in quanto le stesse sono detenute da una banca, da un'altra istituzione finanziaria, da un mandatario o una persona che opera in qualità di agente o fiduciario o perché dette informazioni si riferiscono a partecipazioni in una persona.

(Esegesi)

Ci sono ottime basi per includere in una Convenzione per evitare le doppie imposizioni previsioni che riguarda la cooperazione paradisi fiscali di due paesi contraenti. Considerando l'internazionalizzazione crescente delle relazioni economiche, i Paesi contraenti hanno un interesse crescente nella fornitura reciproca di informazioni sulla base di quale tassazione domestica deve essere amministrata. Quindi il presente articolo incorpora le regole secondo le quali informazioni può essere scambiata nella più larga misura possibile, con una considerazione a gettare basi appropriate dell'implementazione delle leggi fiscali domestiche degli Stati contraenti per l'applicazione di specifiche previsioni della convenzione.

Articolo V Protocollo

Le disposizioni degli Articoli 10, 11 e 12 si applicano a condizione che sia effettivamente attuato lo scambio di informazioni previsto dall'Articolo 26.

Ciascuno Stato contraente può sospendere l'applicazione degli Articoli 10, 11 e 12, ove abbia fondato motivo di ritenere che l'Articolo 26 non sia adeguatamente applicato. Con decorrenza dal primo giorno del secondo mese successivo a quello della comunicazione di sospensione, le aliquote che possono essere applicate saranno rispettivamente: - 5 per cento, anziché 0 per cento (ex articolo 10, paragrafo 2, lett. a) - 13 per cento, anziché 0 per cento (ex articolo 11, paragrafo 2, lett. a) - 10 per cento, anziché 0 per cento (ex articolo 12, paragrafo 2, lett. a)

Nel caso di sospensione di cui al paragrafo 2, le autorità competenti faranno del loro meglio per regolare in via di amichevole composizione il ripristino di un effettivo scambio di informazioni.

Agenti diplomatici e funzioni consolari
(Articolo 27)

Le disposizioni della presente Convenzione non pregiudicano i privilegi fiscali di cui beneficiano gli agenti diplomatici o i funzionari consolari per via delle regole generali del diritto internazionale o delle disposizioni di accordi particolari.

Rimborsi

(Articolo 28)

Le imposte riscosse in uno Stato contraente mediante ritenuta alla fonte vengono rimborsate a richiesta dell'interessato se il diritto alla percezione di dette imposte sia limitato dalle disposizioni della presente Convenzione.

Le istanze di rimborso, che devono essere prodotte in osservanza dei termini stabiliti dalla legislazione dello Stato contraente tenuto ad effettuare il rimborso stesso, devono essere corredate da un attestato ufficiale dello Stato contraente di cui il contribuente è residente certificante che sussistono le condizioni richieste per aver diritto all'applicazione dei benefici previsti dalla presente Convenzione.

Le autorità competenti degli Stati contraenti stabiliranno di comune accordo, in maniera conforme alle disposizioni dell'articolo 25 della presente Convenzione, le modalità di applicazione di questo articolo.

L'obiettivo della disposizione è di assicurare che i membri delle missioni diplomatiche consolari possano, secondo le previsioni di una Convenzione sulle doppie imposizioni, ricevere trattamento non meno favorevole rispetto quello cui hanno titolo secondo la legge internazionale sotto speciali accordi.

Limitazione dei benefici

(Articolo 29)

Nonostante le altre disposizioni della presente Convenzione, una persona residente di uno Stato contraente non riceverà il beneficio di riduzioni o esenzioni fiscali previste dalla Convenzione da parte dell'altro Stato contraente, se lo scopo principale o uno degli scopi principali della costituzione o esistenza di tale residente o qualunque persona collegata a tale residente era di ottenere i benefici ai sensi della presente Convenzione ai quali detta persona non avrebbe altrimenti avuto diritto.

Le disposizioni della Convenzione non pregiudicano l'applicazione della normativa interna concernente la limitazione delle spese e altre deduzioni derivanti da transazioni tra imprese di uno Stato contraente e imprese situate nell'altro Stato contraente.

DISPOSIZIONI FINALI

Entrata in vigore

(Articolo 30)

La presente Convenzione entrerà in vigore alla data della ricezione della seconda delle due notifiche con cui le Parti contraenti si saranno comunicate ufficialmente l'avvenuto espletamento delle rispettive procedure interne di ratifica previste e le sue disposizioni si applicheranno:

- con riferimento alle imposte prelevate mediante ritenuta alla fonte, alle somme realizzate a partire dal 1° gennaio dell'anno solare successivo a quello in cui la presente Convenzione è entrata in vigore; e
- con riferimento alle altre imposte sul reddito, alle imposte relative ai periodi di imposta a partire dal 1° gennaio dell'anno solare successivo a quello in cui la presente Convenzione è entrata in vigore.

Denuncia

(Articolo 31)

La presente Convenzione avrà durata illimitata e potrà essere denunciata non prima che siano passati cinque anni dalla sua entrata in vigore. La notifica della denuncia all'altro Stato contraente dovrà avvenire almeno sei mesi prima della fine dell'anno solare. In questo caso la Convenzione cesserà di avere effetto:

- con riferimento alle imposte prelevate alla fonte, sulle somme realizzate a partire dal 1° gennaio dell'anno solare successivo a quello nel quale è stata notificata la denuncia;
- con riferimento alle altre imposte sul reddito, sulle imposte relative ai periodi di imposta a partire dal 1° gennaio dell'anno solare successivo a quello nel quale è stata notificata la denuncia.

SENTENZA 28 MARZO 2011, N.5

Il Collegio Garante della costituzionalità delle norme della Repubblica di San Marino, l'equivalente della Corte Costituzionale italiana, ha emanato, il 28 Marzo 2011, una **sentenza** piuttosto interessante relativa al tema delle doppie imposizioni.

Alcuni Consiglieri (membri del Parlamento) sammarinesi hanno promosso la verifica di **legittimità costituzionale** dell'art.56 della legge 22 Dicembre 2010 n.194, in riferimento agli artt.4, 13, 3, e 14 della Dichiarazione dei Diritti dei Cittadini e dei Principi Fondamentali dell'ordinamento sammarinese e all'art.14 della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali. Le censure di incostituzionalità avevano ad oggetto, in particolare, il comma primo della disposizione citata, che ha sostituito l'ottavo comma dell'art. 9 della L. 13 ottobre 1994 n. 91, nel modo che segue: «I soggetti fiscalmente residenti a San Marino che producono reddito da lavoro dipendente possono portare in detrazione dall'imposta una somma predeterminata annualmente con decreto delegato a titolo di spese inerenti la produzione di tale reddito». A parere dei ricorrenti, la novella legislativa, che prevedeva la possibilità di operare una detrazione d'imposta limitatamente ai «soggetti fiscalmente residenti a San Marino», determinerebbe una illegittima disparità di trattamento nei confronti dei lavoratori non residenti nella Repubblica di San Marino (i cosiddetti «frontalieri»), che «non possono più usufruire della detrazione, con il risultato di subire una tassazione superiore a quella dei loro colleghi».

Si è costituito in giudizio lo **Stato**, ai sensi dell'articolo 9, comma 3, della Legge Qualificata n.55/2003, rappresentati e difesi dall'Avvocatura dello Stato, chiedendo di dichiarare inammissibile e comunque infondata nel merito la questione di legittimità costituzionale proposta.

Il principio di eguaglianza, in generale, per quanto debba ritenersi esteso agli stranieri allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili, trova delle limitazioni in relazione a particolari situazioni giuridiche connesse alla diversità dei rapporti esistenti tra lo Stato e il cittadino e lo Stato e lo straniero, per cui non può escludersi che tra cittadino e straniero, benché uguali nella titolarità di certi diritti fondamentali, esistano differenze di fatto e di posizioni giuridiche tali da giustificare razionalmente un diverso trattamento nel godimento di tali diritti, che il Legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità.

La differenza fondamentale, che esiste di fatto tra il cittadino e lo straniero, consiste nella circostanza che, mentre il primo ha con lo Stato un **rapporto** di solito originario e comunque permanente, il secondo ne ha uno **acquisito e temporaneo**. Da questo legame la dottrina ha tradizionalmente desunto una definizione di cittadinanza come condizione giuridica che, nello stesso tempo, conferisce facoltà e impone doveri, definizione la cui eco si avverte chiaramente proprio in una delle norme assunte dai ricorrenti a parametro della verifica di legittimità costituzionale.

L'art. 13, comma primo, della Carta dei Diritti, infatti, afferma: «I cittadini hanno l'obbligo di essere fedeli alle leggi ed alle istituzioni della Repubblica, di partecipare alla sua difesa e di concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva».

I ricorrenti, quindi, trascurano il fatto che l'obbligo di concorrere alle spese pubbliche in ragione della capacità contributiva è imposto non a tutti, bensì ai soli cittadini, non configurandosi, da questo punto di vista, come applicazione pedissequa del generale principio di uguaglianza di cui all'art. 4 della Carta dei Diritti.

Nel dettaglio, se la norma certamente non preclude al Legislatore di estendere l'imposizione fiscale anche agli stranieri che svolgono attività produttiva di reddito nella Repubblica di San Marino, non offre appiglio per affermare che lo stesso Legislatore, quando deroghi al principio dell'universalità dell'imposizione, attribuendo determinati benefici a coloro che si trovino in una certa situazione, debba farlo ugualmente per i lavoratori residenti nella Repubblica e per quelli non residenti.

A conferma della validità di tale rilievo, si deve prendere in considerazione la disposizione del comma quarto dell'art. 9 della L. n. 91 del 1984, («Le detrazioni d'imposta per carichi di famiglia sono rapportate ai mesi dell'anno e non competono ai soggetti passivi non residenti»), mai censurata d'incostituzionalità, per quanto limiti un beneficio fiscale in ragione della residenza nel territorio della Repubblica del soggetto passivo d'imposta.

E non è valido, inoltre, il richiamo dei ricorrenti all'art. 20 dell'Accordo Doganale con la Comunità Economica Europea, che proibisce di discriminare i lavoratori in base alla nazionalità, relativamente alle condizioni di lavoro ed alla retribuzione, ma non assicura ad essi assoluta parità (e reciprocità) di trattamento fiscale.

Non c'è alcuna differenziazione, nel nostro caso, sotto il profilo giuridico, del trattamento retributivo riservato ai lavoratori, atteso che ciascun lavoratore matura la medesima retribuzione lorda, mentre il differente trattamento fiscale incide esclusivamente sul netto della retribuzione.

A questo si deve aggiungere che la differenziazione del trattamento fiscale non fa riferimento alla nazionalità del lavoratore, ma alla sua residenza o meno nel territorio della Repubblica di San Marino: infatti, in applicazione della disposizione legislativa oggetto di sindacato un lavoratore cittadino sammarinese non residente in San Marino non avrebbe la facoltà di fruire della detrazione al pari del lavoratore cittadino italiano non residente; parimenti, un cittadino italiano residente a San Marino e che ivi lavori usufruisce della medesima detrazione riservata al cittadino sammarinese residente.

La giurisprudenza interna evocata dai ricorrenti afferma ulteriormente la portata della norma, precisando, in relazione alla disciplina del collocamento al lavoro, che detta normativa «non comprende alcun differente trattamento dei lavoratori sulla scorta della sola e mera nazionalità: infatti i lavoratori stranieri residenti sul territorio accedono alle liste di avviamento al lavoro in condizioni di esatta e perfetta parità di trattamento con i cittadini. [...] I lavoratori cittadini dell'Unione Europea, essendo soggetti all'Accordo di cooperazione e unione doganale, non patiscono alcun diverso trattamento in quanto stranieri, bensì in quanto non residenti sul territorio della Repubblica, Repubblica che non ha aderito ad alcun accordo internazionale prevedente la libertà di stabilimento delle persone ovvero la libertà di circolazione dei lavoratori (come, ad esempio, l'art. 39 del Trattato istitutivo della Comunità Europea) » (Commissario della Legge, dott. G. Felici, sentenza 5 agosto 2009, nella causa civile di lavoro n. 4/2008).

L'osservazione può, per inciso, essere sviluppata con riferimento al tema della differenziazione dei regimi fiscali delle retribuzioni in base alla residenza.

La Corte di Giustizia delle Comunità Europee, partendo dalla « Shumacker » (14 febbraio 1995, causa C-279/93), stabilisce, in questa prospettiva, che la situazione dei residenti e quella dei non residenti in un dato Stato membro non sono generalmente analoghe, in quanto presentano differenze oggettive per quanto attiene sia alla fonte dei redditi sia alla capacità contributiva personale o alla presa in considerazione della situazione personale e familiare (v., in particolare, sentenza 18 marzo 2010, causa C-440/08, sentenza 22 marzo 2007, causa C-383/05, Talotta, Racc. pag. I-2555, punto 19 e la giurisprudenza ivi citata, e 16 ottobre 2008, causa C-527/06, Renneberg, Racc. pag. I-7735, punto 59).

Inoltre, sempre secondo la Corte di Giustizia, in presenza di un vantaggio fiscale il cui il godimento venga rifiutato ai non residenti, si può verificare una discriminazione quando non sussiste alcuna obiettiva diversità di situazione tale da giustificare una disparità di trattamento tra le due categorie di contribuenti.

La disparità di trattamento, però, se esiste, viene valutata esclusivamente in base al divieto di «restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro», di cui all'art. 49 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (ex articolo 43 del Trattato istitutivo della Comunità Europea), che non è stato evocato, né avrebbe potuto esserlo, nel caso di cui stiamo parlando.

L'art. 14 della CEDU, invocato dai ricorrenti, afferma che il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione.

Tuttavia, dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è ricavato il principio che l'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla CEDU («Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di **pubblica utilità** e nelle condizioni previste dalla **legge** e dai principi generali del **diritto internazionale**. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende») deroga al principio di protezione dei beni protetti da detto Protocollo, al fine di consentire un ampio esercizio della potestà impositiva degli Stati.

Il prevalente orientamento ermeneutico stabilisce che l'obbligazione tributaria deve essere considerata come appartenente «all'ambito» del diritto pubblico e di conseguenza non è coperta dalla nozione di diritti ed obblighi di natura civile riconosciuti dalla CEDU.

È interessante, a tal proposito, la sentenza «Ferrazzini» (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Camera Grande, 12 luglio 2001, ric. 44459/98, Ferrazzini c. Italia) con cui la Corte ha ribadito che la materia fiscale è ancora parte del nocciolo duro delle prerogative della potestà pubblica, poiché la natura pubblica del rapporto tra il contribuente e la collettività resta predominante. Dal momento che la Convenzione e i suoi Protocolli devono essere considerati in maniera **congiunta**, la Corte ritiene, inoltre, che l'articolo 1 del Protocollo n. 1, relativo alla protezione della proprietà, non rechi pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per assicurare il pagamento delle imposte.

Per queste ragioni, il divieto di discriminazione di cui all'art. 14 della CEDU non assurge al rango di parametro per la verifica del corretto esercizio della discrezionalità del Legislatore nazionale in ambito tributario.

Si ritiene, infine privo di rilievo il richiamo dei ricorrenti alla pretesa lesione del **dovere di imparzialità** della Pubblica Amministrazione, in quanto la pubblica amministrazione è tenuta all'applicazione delle leggi vigenti e a conformare il proprio comportamento alle stesse.

Non è inammissibile, pertanto, il sindacato di legittimità costituzionale dell'art. 56 della L. 194 del 2010, in relazione all'art. 14 della Carta dei Diritti.

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio garante della Costituzionalità delle Norme dichiara **non fondata la questione di legittimità costituzionale** dell'art. 56 della L. 22 dicembre 2010, n. 194, sollevata in riferimento agli artt. 4 e 13 della Dichiarazione dei Diritti dei Cittadini e dei Principi Fondamentali dell'Ordinamento Sammarinese, nonché all'art. 14 della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali; dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 56 della L. 22 dicembre 2010, n. 194, sollevata in riferimento all'art. 14 della Dichiarazione dei Diritti dei Cittadini e dei Principi Fondamentali dell'Ordinamento Sammarinese.

CONCLUSIONI

La mia più grande speranza è che questo lavoro sia utile, come accennato nell'introduzione, per gli addetti ai lavori e per chiunque abbia intenzione di approfondire la tematica. Le Convenzioni contro le doppie imposizioni hanno un ruolo speciale nei rapporti fra Paesi. Nel caso di San Marino e Italia, in particolare, l'auspicio è quello di concludere anche la Convenzione per lo scambio di informazioni, cosa che darebbe uno slancio migliorativo alle relazioni tra i due Stati.

Infine, è di fondamentale importanza ricordare che gli attriti recenti tra San Marino e Italia dovuti per lo più all'attività da parte del secondo Paese di contrastare l'evasione possono essere leniti soltanto mediante la stipula di Convenzioni e, in ogni caso, nell'ambito del Diritto.

Ringrazio ancora i lettori della mia tesi e chiunque abbia contribuito in ogni modo e con ogni mezzo alla genesi dell'opera.

BIBLIOGRAFIA

LE CONVENZIONI COME STRUMENTI DI FISCALITÀ INTERNAZIONALE

PIERGIORGIO VALENTE, Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, 2012;

FRANCESCO TESAURO, Istituzioni di diritto tributario, parte speciale, UTET, 2013.

ANALISI DELLA LEGGE DI RATIFICA

Commenti della Commissione OCSE alla Model Tax Convention on Income and on Capital del 22 Luglio del 2010 (Commentario OCSE);

Legge 19 Luglio 2013, n.88;

Circolare n.8, 27/09/2014, Segreteria delle Finanze e del Bilancio della Repubblica di San Marino;

Circolare n.7, 02/09/2014, Segreteria delle Finanze e del Bilancio della Repubblica di San Marino;

Circolare 07/02/2014, Segreteria delle Finanze e del Bilancio della Repubblica di San Marino;

Circolare n.6, 02/04/2014, Segreteria delle Finanze e del Bilancio della Repubblica di San Marino;

Circolare 28 Gennaio 2014, Segreteria delle Finanze e del Bilancio della Repubblica di San Marino;

Circolare n.5, 02/04/2014, Segreteria delle Finanze e del Bilancio della Repubblica di San Marino;

Circolare 04 Marzo 2014, Segreteria della Finanze e del Bilancio della Repubblica di San Marino;

Circolare n.4, Segreteria delle Finanze e del Bilancio della Repubblica di San Marino

SENTENZA

Sentenza 28 Marzo 2011, n.5