

COMMENTO ALL'ARTICOLO 7 SULLA TASSAZIONE DEGLI UTILI D'IMPRESA I.

Osservazioni preliminari 1. Questo articolo è per molti aspetti una continuazione e un corollario dell'articolo 5 sulla definizione del concetto di stabile organizzazione. Il criterio della stabile organizzazione è comunemente utilizzato nelle convenzioni internazionali contro la doppia imposizione per determinare se un particolare tipo di reddito debba o meno essere tassato nel Paese da cui proviene, ma il criterio non fornisce di per sé una soluzione completa al problema della doppia imposizione degli utili d'impresa; per evitare tale doppia imposizione è necessario integrare la definizione di stabile organizzazione aggiungendovi una serie di regole concordate in base alle quali calcolare gli utili attribuibili alla stabile organizzazione. Per dirla in modo leggermente diverso, quando un'impresa di uno Stato contraente svolge la propria attività nell'altro Stato contraente, le autorità di questo secondo Stato devono porsi due domande prima di prelevare l'imposta sugli utili dell'impresa: la prima domanda è se l'impresa ha una stabile organizzazione nel loro Paese; in caso di risposta affermativa, la seconda domanda è quali sono gli eventuali utili su cui la stabile organizzazione deve pagare l'imposta. L'articolo 7 riguarda le regole da utilizzare per determinare la risposta a questa seconda domanda. Le regole per accertare gli utili di un'impresa di uno Stato contraente che intrattiene rapporti commerciali con un'impresa dell'altro Stato contraente quando entrambe le imprese sono associate sono trattate nell'articolo 9. 2. Gli articoli 7 e 9 non sono particolarmente dettagliati e non erano una novità assoluta quando sono stati adottati dall'OCSE. La questione dei criteri da utilizzare per l'attribuzione degli utili a una stabile organizzazione e delle modalità di ripartizione degli utili derivanti da transazioni tra imprese associate è stata affrontata in un gran numero di convenzioni contro la doppia imposizione e in vari modelli elaborati dalla Società delle Nazioni prima che l'OCSE se ne occupasse per la prima volta e le soluzioni adottate sono state generalmente conformi a un modello standard. 3. È generalmente riconosciuto che i principi essenziali su cui si basa questo modello standard sono ben fondati e, quando l'OCSE ha esaminato per la prima volta la questione, si è ritenuto sufficiente riaffermarli con alcuni lievi emendamenti e modifiche volti principalmente a produrre maggiore chiarezza. I due articoli incorporano una serie di direttive. Essi non stabiliscono, né per natura ci si potrebbe aspettare che lo facciano, una serie di regole precise per affrontare ogni tipo di problema che può sorgere quando un'impresa di uno Stato realizza profitti in un altro. Il commercio moderno si organizza in un'infinita varietà di modi e sarebbe del tutto impossibile, nei limiti abbastanza ristretti di un articolo di una convenzione sulla doppia imposizione, specificare una serie esaustiva di regole per affrontare ogni tipo di problema che può sorgere. 4. Va riconosciuto, tuttavia, che vi sono state notevoli variazioni nell'interpretazione delle direttive generali dell'articolo 7 e delle disposizioni delle convenzioni e dei modelli precedenti su cui si basa la formulazione dell'articolo. La mancanza di un'interpretazione comune dell'articolo 7 può portare a

problemi di doppia imposizione e non imposizione. Per questo motivo, è importante che le autorità fiscali concordino metodi reciprocamente coerenti per affrontare questi problemi, utilizzando, se del caso, la procedura amichevole prevista dall'articolo 25. COMMENTARIO SULL'ARTICOLO 7 156 MODELLO DI CONVENZIONE FISCALE (VERSIONE CONDENSATA) - ISBN 978-92-64-08948-8 - © OCSE 2010 5. Nel corso degli anni, la Commissione per gli Affari Fiscali ha quindi dedicato molto tempo e sforzi per garantire un'interpretazione e un'applicazione più coerente delle norme dell'articolo. In occasione dell'adozione del Modello di Convenzione fiscale del 1977 sono state apportate lievi modifiche alla formulazione dell'articolo e alcune modifiche al Commentario. Nel 1987, constatando che la determinazione degli utili attribuibili a una stabile organizzazione poteva dare adito a qualche incertezza, il Comitato ha intrapreso una revisione della questione che ha portato all'adozione, nel 1993, del rapporto intitolato "Attribuzione del reddito alle stabili organizzazioni" 2 e alle successive modifiche del Commentario. 6. Nonostante questo lavoro, le prassi dei Paesi OCSE e non OCSE in materia di attribuzione degli utili alle stabili organizzazioni e l'interpretazione dell'articolo 7 da parte di tali Paesi continuavano a variare notevolmente. Il Comitato ha riconosciuto la necessità di fornire maggiore certezza ai contribuenti: nel suo rapporto *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* (Linee guida sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali), adottato nel 1995, ha indicato che ulteriori lavori avrebbero riguardato l'applicazione del principio di piena concorrenza alle stabili organizzazioni. Tale lavoro è sfociato, nel 2008, in un rapporto intitolato *Attribuzione degli utili alle stabili organizzazioni*. L'approccio sviluppato in tale rapporto non è stato vincolato né dall'intento originario né dalla prassi e dall'interpretazione storica dell'articolo 7. L'attenzione si è invece concentrata sulla forma. L'attenzione si è invece concentrata sulla formulazione dell'approccio più preferibile per l'attribuzione degli utili a una stabile organizzazione ai sensi dell'articolo 7, alla luce delle operazioni e degli scambi multinazionali odierni. 7. L'approccio proposto in tale Rapporto riguarda l'attribuzione dei profitti sia alle stabili organizzazioni in generale (Parte I del Rapporto) sia, in particolare, alle stabili organizzazioni di imprese operanti nel settore finanziario, in cui il commercio attraverso una stabile organizzazione è molto diffuso (Parte II del Rapporto, che tratta delle stabili organizzazioni di banche, Parte III, che tratta delle stabili organizzazioni di imprese che svolgono attività di trading globale e Parte IV, che tratta delle stabili organizzazioni di imprese che svolgono attività assicurative). Il Comitato ritiene che la guida inclusa nel Rapporto rappresenti un approccio migliore all'attribuzione degli utili alle stabili organizzazioni rispetto a quanto disponibile in precedenza. Riconosce, tuttavia, che vi sono differenze tra alcune conclusioni del Rapporto e l'interpretazione dell'articolo precedentemente fornita nel presente Commentario. Per questo motivo, il presente Commentario è stato modificato per incorporare una serie di conclusioni del

Rapporto che non sono in conflitto con la versione precedente del Commentario, che prescriveva approcci specifici in alcune aree e lasciava un notevole margine di manovra in altre. Il Rapporto rappresenta pertanto principi concordati a livello internazionale e, nella misura in cui non è in conflitto con il presente Commentario, fornisce linee guida per l'applicazione del principio di libera concorrenza incorporato nell'Articolo. 8. Prima del 2000, i redditi derivanti da servizi professionali e da altre attività di carattere indipendente erano disciplinati da un articolo separato, l'articolo 14. Le disposizioni di tale articolo erano simili a quelle dell'articolo 14, che prevedeva l'applicazione del principio di libera concorrenza. Le disposizioni di tale articolo erano simili a quelle applicabili agli utili d'impresa, ma utilizzava il concetto di base fissa anziché quello di stabile organizzazione, poiché inizialmente si riteneva che quest'ultimo concetto dovesse essere riservato alle imprese commerciali e 1 "The Taxation of Multinational Banking Enterprises", in Transfer Pricing and Multinational Enterprises Three Taxation Issues, OCSE, Parigi, 1984. 2 Riprodotto nel volume II della versione a fogli mobili del Modello di Convenzione fiscale dell'OCSE a pagina R(13)-1.COMMENTARY ON ARTICLE 7 157 MODEL TAX CONVENTION (CONDENSED VERSION) - ISBN 978-92-64-08948-8 - © OECD 2010 attività industriali. Tuttavia, non è sempre stato chiaro quali attività rientrassero nel campo di applicazione dell'articolo 14 rispetto a quello dell'articolo 7. L'eliminazione dell'articolo 14 nel 2000 rifletteva il fatto che non vi erano differenze previste tra i concetti di stabile organizzazione, utilizzati nell'articolo 7, e di base fissa, utilizzati nell'articolo 14, o tra le modalità di calcolo degli utili e di calcolo dell'imposta a seconda dell'articolo 7 o 14 applicato. L'eliminazione dell'articolo 14 ha come effetto che i redditi derivanti da servizi professionali o da altre attività di carattere indipendente sono ora trattati dall'articolo 7 come utili d'impresa. Ciò è stato confermato dall'aggiunta di una definizione del termine "impresa" che prevede espressamente che tale termine includa i servizi professionali o altre attività di carattere indipendente. II. Commento alle disposizioni dell'articolo Paragrafo 1 9. Questo paragrafo si occupa di due questioni. In primo luogo, ribadisce il principio generalmente accettato dalle convenzioni contro la doppia imposizione, secondo cui un'impresa di uno Stato non può essere tassata nell'altro Stato a meno che non svolga la propria attività in quest'ultimo attraverso una stabile organizzazione ivi situata. Non è necessario discutere in questa sede i meriti di questo principio. È forse sufficiente dire che è ormai accettato in materia fiscale internazionale che, finché un'impresa di uno Stato non costituisce una stabile organizzazione in un altro Stato, non si può considerare che essa partecipi alla vita economica di quest'ultimo in misura tale da rientrare nella giurisdizione dei diritti impositivi dell'altro Stato. 10. Il secondo principio, che si riflette nella seconda frase del paragrafo, è che il diritto di imposizione dello Stato in cui è situata la stabile organizzazione non si estende agli utili che l'impresa può ricavare da tale Stato ma che non sono attribuibili alla stabile organizzazione. Si tratta di una questione su cui storicamente si sono registrate

divergenze di vedute, in quanto alcuni Paesi hanno da tempo perseguito un principio di **generale "forza di attrazione"** secondo il quale i redditi quali altri utili d'impresa, dividendi, interessi e royalties derivanti da fonti situate nel loro territorio erano pienamente imponibili da essi se il beneficiario aveva una stabile organizzazione in tale territorio, anche se tali redditi non erano chiaramente attribuibili a tale stabile organizzazione. **Mentre alcune convenzioni fiscali bilaterali includono una regola antielusiva limitata, basata su un approccio ristretto alla forza di attrazione che si applica solo agli utili d'impresa derivanti da attività simili a quelle svolte da una stabile organizzazione,** l'approccio generale alla forza di attrazione sopra descritto è stato ormai respinto nella prassi dei trattati fiscali internazionali. Il principio ora generalmente accettato nelle convenzioni contro la doppia imposizione si basa sull'idea che, nel tassare gli utili che un'impresa estera trae da un determinato Paese, le autorità fiscali di tale Paese debbano **esaminare le singole fonti di profitto che l'impresa trae dal proprio Paese e applicare a ciascuna di esse il criterio della stabile organizzazione,** fatta salva l'eventuale applicazione di altri articoli della Convenzione. Questa soluzione consente un'amministrazione e un adempimento fiscale più semplici ed efficienti e si adatta meglio al modo in cui le imprese sono comunemente condotte. L'organizzazione delle imprese moderne è molto complessa. Esiste un numero considerevole di società, ognuna delle quali è impegnata in un'ampia varietà di attività e svolge la propria attività in molti Paesi. Una società può aprire una sede permanente in un altro paese attraverso la quale svolge attività di produzione, mentre una parte diversa della stessa società vende beni o prodotti diversi in quell'altro paese attraverso agenti indipendenti. Tale società può avere ragioni commerciali perfettamente valide per farlo: queste possono essere basate, ad esempio, sull'andamento storico della sua attività o sulla convenienza commerciale. Se il Paese in cui è situata la stabile organizzazione volesse spingersi fino a cercare di determinare, e tassare, l'elemento di profitto di ciascuna delle transazioni effettuate tramite agenti indipendenti, al fine di aggregare tale profitto con gli utili della stabile organizzazione, tale approccio interferirebbe gravemente con le attività commerciali ordinarie e sarebbe contrario agli obiettivi della Convenzione. 11. Quando si fa riferimento alla parte degli utili di un'impresa attribuibile a una stabile organizzazione, la seconda frase del paragrafo 1 rimanda direttamente al paragrafo 2, che fornisce la direttiva per determinare quali utili debbano essere attribuiti a una stabile organizzazione. Poiché il paragrafo 2 fa parte del contesto in cui la frase deve essere letta, essa non deve essere interpretata in modo da contraddire il paragrafo 2, ad esempio interpretandola come se limitasse l'ammontare degli utili che possono essere attribuiti a una stabile organizzazione all'ammontare degli utili dell'impresa nel suo complesso. Pertanto, mentre il paragrafo 1 prevede che uno Stato contraente possa tassare gli utili di un'impresa dell'altro Stato contraente solo nella misura in cui essi siano attribuibili a una stabile organizzazione situata nel primo Stato, è il paragrafo 2 a determinare il significato

dell'espressione "utili attribuibili a una stabile organizzazione". In altre parole, la direttiva del paragrafo 2 può comportare l'attribuzione di utili a una stabile organizzazione anche se l'impresa nel suo complesso non ha mai realizzato utili; viceversa, tale direttiva può comportare l'assenza di utili attribuiti a una stabile organizzazione anche se l'impresa nel suo complesso ha realizzato utili. 12. È evidente, tuttavia, che lo Stato contraente dell'impresa ha interesse a che la direttiva del paragrafo 2 sia applicata correttamente dallo Stato in cui è situata la stabile organizzazione. Poiché tale direttiva si applica a entrambi gli Stati contraenti, lo Stato dell'impresa deve, ai sensi dell'articolo 23, eliminare la doppia imposizione sugli utili correttamente attribuibili alla stabile organizzazione. In altre parole, se lo Stato in cui è situata la stabile organizzazione tenta di tassare gli utili che non sono attribuibili alla stabile organizzazione ai sensi dell'articolo 7, ciò può comportare una doppia imposizione degli utili che dovrebbero essere tassati correttamente solo nello Stato dell'impresa. 13. Lo scopo del paragrafo 1 è di limitare il diritto di uno Stato contraente di tassare gli utili delle imprese dell'altro Stato contraente. Il paragrafo non limita il diritto di uno Stato contraente di tassare i propri residenti in base alle disposizioni relative alle società estere controllate contenute nel proprio diritto interno, anche se l'imposta applicata a tali residenti può essere calcolata con riferimento alla parte degli utili di un'impresa residente dell'altro Stato contraente attribuibile alla partecipazione di tali residenti in detta impresa. L'imposta così prelevata da uno Stato sui propri residenti non riduce gli utili dell'impresa dell'altro Stato e non si può pertanto affermare che sia stata prelevata su tali utili (si vedano anche il paragrafo 23 del Commentario all'articolo 1 e i paragrafi da 37 a 39 del Commentario all'articolo 10). Paragrafo 2 14. Questo paragrafo contiene la direttiva centrale su cui si intende basare l'attribuzione degli utili a una stabile organizzazione. Il paragrafo incorpora il punto di vista secondo cui gli utili da attribuire a una stabile organizzazione sono quelli che tale stabile organizzazione avrebbe realizzato se, invece di trattare con il resto dell'impresa, avesse trattato con un'impresa completamente separata alle condizioni e ai prezzi prevalenti sul mercato ordinario. Ciò corrisponde al "principio di libera concorrenza" discusso nel Commento all'Articolo 9. Normalmente, i profitti così determinati sarebbero gli stessi che ci si aspetterebbe di determinare attraverso i normali processi di contabilità aziendale. 15. Il paragrafo richiede che questo principio sia applicato in ciascuno Stato contraente. Chiaramente, ciò non significa che l'importo su cui l'impresa sarà tassata nello Stato della fonte sarà, per un determinato periodo di tempo, esattamente lo stesso dell'importo del reddito rispetto al quale l'altro Stato dovrà fornire uno sgravio ai sensi degli articoli 23 A o 23 B. Le variazioni tra le legislazioni nazionali dei due Stati relative a questioni quali i tassi di ammortamento, i tempi di riconoscimento del reddito e le restrizioni alla deducibilità di talune spese che sono conformi al paragrafo 3 del presente articolo determineranno normalmente un diverso importo di reddito imponibile in ciascuno Stato. 16. Nella

grande maggioranza dei casi, la contabilità commerciale della stabile organizzazione - che è comunemente disponibile, se non altro perché un'organizzazione commerciale ben gestita è normalmente interessata a conoscere la redditività delle sue varie filiali - sarà utilizzata per accertare l'utile correttamente attribuibile a tale stabile organizzazione. In via eccezionale può non esistere una **contabilità separata** (cfr. paragrafi 51-55). Ma se esiste tale contabilità, essa costituirà naturalmente il punto di partenza per qualsiasi processo di rettifica nel caso in cui sia necessaria una rettifica per ottenere l'importo degli utili correttamente attribuibili alla stabile organizzazione ai sensi della direttiva di cui al paragrafo 2. Va forse sottolineato che questa direttiva non giustifica la costruzione di cifre ipotetiche di profitto in vacuo; è sempre necessario partire dai fatti reali della situazione quali risultano dai documenti aziendali della stabile organizzazione e rettificare, se necessario, le cifre di profitto che tali fatti producono. Come osservato nel successivo paragrafo 19 e come spiegato nel paragrafo 39 della Parte I del Rapporto Attribuzione degli utili alle stabili organizzazioni, tuttavia, le scritture e la documentazione devono soddisfare determinati requisiti per poter essere considerate come riflettenti i fatti reali della situazione.

17. Per determinare se tale rettifica è richiesta dal paragrafo 2, sarà necessario determinare gli utili che sarebbero stati realizzati se la stabile organizzazione fosse stata un'impresa separata e distinta che svolgeva attività identiche o simili in condizioni identiche o simili e che trattava in modo del tutto indipendente dal resto dell'impresa. Le sezioni D-2 e D-3 della Parte I della Relazione sull'attribuzione degli utili alle stabili organizzazioni descrivono l'approccio in due fasi con cui si dovrebbe procedere. Questo approccio consentirà di calcolare gli utili attribuibili a tutte le attività svolte attraverso la stabile organizzazione, comprese le transazioni con altre imprese indipendenti, le transazioni con le imprese associate e le transazioni (ad esempio, il trasferimento interno di capitale o di proprietà o la prestazione interna di servizi - si vedano ad esempio i paragrafi 31 e 32) con altre parti dell'impresa (in base alla seconda fase di cui sopra), in conformità con la direttiva del paragrafo 2.

18. La prima fase di questo approccio richiede l'identificazione delle attività svolte attraverso la stabile organizzazione. Ciò dovrebbe essere fatto attraverso un'analisi funzionale e fattuale (a tal fine saranno utili le indicazioni contenute nelle Linee guida sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali¹). In questa prima fase, verranno identificate le attività e le responsabilità economicamente significative svolte attraverso la stabile organizzazione. Questa analisi deve considerare, per quanto rilevante, le attività e le responsabilità svolte attraverso la stabile organizzazione nel contesto delle attività e delle responsabilità svolte dall'impresa nel suo complesso, in particolare dalle parti dell'impresa che intrattengono rapporti con la stabile organizzazione. Nella seconda fase di tale approccio, la remunerazione di tali rapporti sarà determinata applicando per analogia i principi sviluppati per l'applicazione del principio di libera concorrenza tra imprese associate (tali principi

sono articolati nelle Linee guida sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali) con riferimento alle funzioni svolte, ai beni utilizzati e ai rischi assunti dall'impresa attraverso la stabile organizzazione e attraverso il resto dell'impresa. 19. Una questione che può sorgere è in che misura si debba fare affidamento sulle registrazioni contabili quando queste si basano su accordi tra la sede centrale e le sue stabili organizzazioni (o tra le stabili organizzazioni stesse). È chiaro che tali accordi interni non possono essere considerati contratti giuridicamente vincolanti. Tuttavia, nella misura in cui i conti commerciali della sede centrale e delle stabili organizzazioni sono entrambi preparati simmetricamente sulla base di tali accordi e tali accordi riflettono le funzioni svolte dalle diverse parti dell'impresa, tali conti commerciali potrebbero essere accettati dalle autorità fiscali. Tuttavia, la contabilità non dovrebbe essere considerata simmetrica, a meno che i valori delle operazioni o i metodi di attribuzione degli utili o delle spese nei libri contabili della stabile organizzazione non corrispondano esattamente ai valori o ai metodi di attribuzione nei libri contabili della sede centrale in termini di valuta nazionale o di valuta funzionale in cui l'impresa registra le proprie operazioni. Inoltre, come spiegato nel paragrafo 16, le registrazioni e la documentazione devono soddisfare determinati requisiti per poter essere considerate come riflettenti i fatti reali della situazione. Ad esempio, se la contabilità commerciale si basa su accordi interni che riflettono accordi puramente artificiali anziché le reali funzioni economiche delle diverse parti dell'impresa, tali accordi devono essere semplicemente ignorati e la contabilità corretta di conseguenza. Un caso del genere potrebbe essere quello in cui a una stabile organizzazione coinvolta nelle vendite venisse attribuito, in base a tale accordo interno, il ruolo di committente (accettando tutti i rischi e avendo diritto a tutti i profitti derivanti dalle vendite) quando in realtà la stabile organizzazione interessata non è altro che un intermediario o un agente (sostenendo rischi limitati e avendo diritto a ricevere solo una quota limitata del reddito risultante) o, al contrario, le venisse attribuito il ruolo di intermediario o agente quando in realtà è un committente. 20. Si può quindi concludere che le registrazioni contabili e la documentazione contemporanea che soddisfano i requisiti di cui sopra costituiscono un utile punto di partenza ai fini dell'attribuzione degli utili a una stabile organizzazione. I contribuenti sono incoraggiati a preparare tale documentazione, in quanto può ridurre sostanzialmente il potenziale di controversie. La Sezione D-2 (vi)b) della Parte I della Relazione sull'attribuzione degli utili alle stabili organizzazioni illustra le condizioni alle quali le amministrazioni fiscali darebbero seguito a tale documentazione. 21. Vi può essere realizzazione di un utile imponibile quando un bene, sia esso un titolo commerciale o meno, facente parte del patrimonio aziendale di una stabile organizzazione situata nel territorio di uno Stato, viene trasferito ad una stabile organizzazione o alla sede principale della stessa impresa situata in un altro Stato. L'articolo 7 consente alla prima 1 La versione

originale di questo rapporto è stata approvata dal Consiglio dell'OCSE il 27 giugno 1995. Pubblicato in formato integrale come Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, OCSE, Parigi, 1995. COMMENTARY ON ARTICLE 7 161 MODEL TAX CONVENTION (CONDENSED VERSION) - ISBN 978-92-64-08948-8 - © OECD 2010 State to tax profits deemed to arise in connection with such a transfer. Tali utili possono essere determinati come indicato di seguito. Nel caso in cui tale trasferimento abbia luogo, sia esso permanente o meno, si pone la questione del momento in cui si realizzano gli utili imponibili. In pratica, se tale bene ha un valore di mercato sostanziale ed è probabile che appaia nel bilancio della stabile organizzazione importatrice o di un'altra parte dell'impresa dopo l'anno fiscale in cui è avvenuto il trasferimento, la realizzazione degli utili imponibili non avverrà necessariamente, per quanto riguarda l'impresa nel suo complesso, nell'anno fiscale del trasferimento in questione. Tuttavia, il semplice fatto che la proprietà lasci il campo di applicazione di una giurisdizione fiscale può far scattare la tassazione delle plusvalenze maturate attribuibili a tale proprietà, poiché il concetto di realizzo dipende dalla legislazione nazionale di ciascun Paese. 22. Se i Paesi in cui operano le stabili organizzazioni prelevano l'imposta sugli utili derivanti da un trasferimento interno non appena questo viene effettuato, anche se tali utili non vengono effettivamente realizzati fino a un anno commerciale successivo, vi sarà inevitabilmente uno sfasamento temporale tra il momento in cui l'imposta viene pagata all'estero e il momento in cui può essere presa in considerazione nel Paese in cui si trova la sede centrale dell'impresa. Lo sfasamento è un problema serio, soprattutto quando una stabile organizzazione trasferisce le attività fisse o, in caso di liquidazione, l'intero stock di attrezzature operative a un'altra parte dell'impresa di cui fa parte. In questi casi, spetta al Paese della sede centrale cercare, caso per caso, una soluzione bilaterale con il Paese di destinazione in caso di grave rischio di sovratassazione. 23. Il paragrafo 3 dell'articolo 5 stabilisce una norma speciale per le sedi fisse di affari che sono cantieri edili o progetti di costruzione o installazione. Tale sede fissa di affari è una stabile organizzazione solo se dura più di dodici mesi. L'esperienza ha dimostrato che questi tipi di stabili organizzazioni possono dare origine a problemi particolari nell'attribuzione del reddito ai sensi dell'articolo 7.24. Tali problemi sorgono soprattutto quando i beni o i servizi sono forniti dalle altre parti dell'impresa o da una parte correlata in relazione al cantiere o al progetto di costruzione o installazione. Sebbene questi problemi possano sorgere con qualsiasi stabile organizzazione, sono particolarmente acuti per i cantieri e i progetti di costruzione o installazione. In queste circostanze, è necessario prestare molta attenzione al principio generale secondo il quale il reddito è attribuibile a una stabile organizzazione solo quando deriva dalle attività svolte dall'impresa attraverso tale stabile organizzazione. 25. Ad esempio, se tali beni sono forniti dalle altre parti dell'impresa, gli utili derivanti da tale fornitura non derivano dalle attività svolte

attraverso la stabile organizzazione e non sono ad essa attribuibili. Analogamente, gli utili derivanti dalla prestazione di servizi (quali la pianificazione, la progettazione, il disegno di progetti o la consulenza tecnica) da parte di parti dell'impresa operanti al di fuori dello Stato in cui è situata la stabile organizzazione **non derivano dalle attività svolte tramite la stabile organizzazione e non sono ad essa attribuibili.** 26.

Qualora, ai sensi del paragrafo 5 dell'articolo 5, si ritenga che una stabile organizzazione di un'impresa di uno Stato contraente esista nell'altro Stato contraente a causa delle attività di un cosiddetto agente dipendente (si veda il paragrafo 32 del Commento all'articolo 5), gli stessi principi utilizzati per attribuire gli utili ad altri tipi di stabile organizzazione si applicheranno per attribuire gli utili a tale stabile organizzazione presunta. Come primo passo, le attività che l'agente dipendente svolge per l'impresa saranno identificate attraverso un'analisi funzionale e fattuale che determinerà le funzioni svolte dall'agente dipendente sia per conto proprio che per conto dell'impresa. L'agente dipendente e l'impresa per conto della quale agisce costituiscono due contribuenti potenziali distinti. Da un lato, l'agente dipendente ricaverà i propri redditi o utili dalle attività che svolge per proprio conto per l'impresa; se l'agente è esso stesso un residente di uno degli Stati contraenti, le disposizioni della Convenzione (compreso l'articolo 9 se l'agente è un'impresa associata all'impresa per conto della quale agisce) saranno rilevanti ai fini della tassazione di tali redditi o utili. D'altra parte, alla presunta stabile organizzazione dell'impresa saranno attribuiti i beni e i rischi dell'impresa relativi alle funzioni svolte dall'agente dipendente per conto dell'impresa (ossia le attività che l'agente dipendente svolge per l'impresa), insieme al capitale sufficiente a sostenere tali beni e rischi. Gli utili saranno quindi attribuiti alla presunta stabile organizzazione sulla base di tali beni, rischi e capitale; tali utili saranno separati e non comprenderanno i redditi o gli utili che sono propriamente attribuibili all'agente dipendente stesso (si veda la sezione D-5 della Parte I della Relazione Attribuzione degli utili alle stabili organizzazioni). Paragrafo 3 27. Questo paragrafo chiarisce, in relazione alle spese di una stabile organizzazione, la direttiva generale di cui al paragrafo 2. Il paragrafo riconosce specificamente che nel calcolo degli utili di una stabile organizzazione si deve tener conto delle spese, ovunque sostenute, sostenute ai fini della stabile organizzazione. **È chiaro che in alcuni casi sarà necessario stimare o calcolare con mezzi convenzionali l'ammontare delle spese da prendere in considerazione.** Nel caso, ad esempio, delle spese generali di amministrazione sostenute presso la sede centrale dell'impresa, può essere opportuno prendere in considerazione una parte proporzionale in **base al rapporto tra il fatturato (o magari gli utili lordi) della stabile organizzazione e quello dell'impresa nel suo complesso.** Fermo restando ciò, si ritiene che l'importo delle spese da considerare come sostenute ai fini della stabile organizzazione debba essere quello effettivamente sostenuto. La deduzione consentita alla stabile organizzazione per le spese dell'impresa ad essa attribuite **non dipende dall'effettivo rimborso di tali spese da parte della stabile organizzazione.** 28.

È stato talvolta suggerito che la necessità di conciliare i paragrafi 2 e 3 ha creato difficoltà pratiche, in quanto il paragrafo 2 richiedeva che i prezzi tra la stabile organizzazione e la sede centrale fossero normalmente imputati a condizioni di mercato, dando all'entità conferente il tipo di profitto che ci si sarebbe potuti aspettare se avesse trattato con un'impresa indipendente, mentre la formulazione del paragrafo 3 suggeriva che la deduzione per le spese sostenute ai fini delle stabili organizzazioni dovesse essere il costo effettivo di tali spese, normalmente senza aggiungere alcun elemento di profitto. 29. In realtà, sebbene l'applicazione del paragrafo 3 possa sollevare alcune difficoltà pratiche, soprattutto in relazione all'impresa separata e ai principi di libera concorrenza alla base del paragrafo 2, non vi è alcuna differenza di principio tra i due paragrafi. Il paragrafo 3 indica che, nel determinare gli utili di una stabile organizzazione, **alcune spese devono essere ammesse in deduzione**, mentre il paragrafo 2 stabilisce che gli utili determinati in base alla regola contenuta nel paragrafo 3 relativa alla **deduzione delle spese devono essere quelli che avrebbe realizzato un'impresa separata e distinta che svolgesse attività identiche o analoghe in condizioni identiche o analoghe**.

COMMENTO ALL'ARTICOLO 7 163 MODELLO DI CONVENZIONE FISCALE (VERSIONE CONDENSATA) - ISBN 978-92-64-08948-8 - © OCSE 2010 Pertanto, mentre il paragrafo 3 fornisce una regola applicabile per la determinazione degli utili della stabile organizzazione, il paragrafo 2 richiede che gli utili così determinati corrispondano agli utili che avrebbe realizzato un'impresa separata e indipendente. 30. Inoltre, il paragrafo 3 stabilisce solo quali spese devono essere attribuite alla stabile organizzazione ai fini della determinazione degli utili attribuibili a tale stabile organizzazione. Non affronta la questione se tali spese, una volta attribuite, siano deducibili nel calcolo del reddito imponibile della stabile organizzazione, poiché le condizioni per la **deducibilità delle spese sono una questione che deve essere determinata dal diritto nazionale**, fatte salve le norme dell'articolo 24 sulla non discriminazione (in particolare, i paragrafi 3 e 4 di tale articolo). 31. Nell'applicazione di questi principi alla determinazione pratica degli utili di una stabile organizzazione, può sorgere la questione se un particolare costo sostenuto da un'impresa possa davvero essere considerato come una spesa sostenuta ai fini della stabile organizzazione, tenendo presente i principi dell'impresa separata e indipendente di cui al paragrafo 2. Sebbene in generale le imprese indipendenti nei loro rapporti cerchino di realizzare un profitto e, quando si trasferiscono proprietà o si prestano servizi reciprocamente, applichino i prezzi che il mercato aperto può sostenere, tuttavia vi sono anche circostanze in cui non si può ritenere che un determinato bene o servizio sarebbe stato ottenibile da un'impresa indipendente o quando imprese indipendenti possono concordare di dividere tra loro i costi di alcune attività che vengono svolte in comune per il loro reciproco vantaggio. In queste particolari circostanze, può essere appropriato considerare qualsiasi costo rilevante sostenuto dall'impresa come una spesa sostenuta per la stabile organizzazione. La

difficoltà consiste nel fare una distinzione tra queste circostanze e i casi in cui un costo sostenuto da un'impresa non dovrebbe essere considerato come una spesa della stabile organizzazione e il bene o il servizio in questione dovrebbe essere considerato, sulla base del principio delle imprese separate e indipendenti, come trasferito tra la sede centrale e la stabile organizzazione a un prezzo che include un elemento di profitto. La domanda da porsi è se il trasferimento interno di beni e servizi, sia esso temporaneo o definitivo, sia dello stesso tipo di quelli che l'impresa, nel corso della sua normale attività, avrebbe addebitato a terzi a un prezzo di libera concorrenza, ossia includendo normalmente nel prezzo di vendita un profitto adeguato. 32. Da un lato, la risposta a questa domanda sarà affermativa se la spesa è inizialmente sostenuta per svolgere una funzione il cui scopo diretto è la vendita di un bene o servizio specifico e la realizzazione di un profitto attraverso una stabile organizzazione. La risposta sarà invece negativa se, sulla base dei fatti e delle circostanze del caso specifico, risulta che la spesa è inizialmente sostenuta per svolgere una funzione il cui scopo essenziale è quello di razionalizzare i costi complessivi dell'impresa o di incrementare in modo generale le sue vendite¹. Quando i beni sono forniti per la rivendita, sia allo stato finito che come materie prime o semilavorati, sarà normalmente opportuno applicare le disposizioni del paragrafo 2 e attribuire alla parte fornitrice dell'impresa un utile, misurato con riferimento ai principi di libera concorrenza. Tuttavia, anche in questo caso possono esserci delle eccezioni. Un esempio potrebbe essere il caso in cui i beni non siano forniti per la rivendita ma per 1 I trasferimenti interni di attività finanziarie, che sono principalmente rilevanti per le banche e le altre istituzioni finanziarie, sollevano questioni specifiche che sono state trattate nelle Parti II e III della Relazione

Attribuzione degli utili alle stabili organizzazioni. COMMENTO ALL'ARTICOLO 7 164 MODELLO DI CONVENZIONE FISCALE (VERSIONE CONDENSATA) - ISBN 978-92-64-08948-8 - © OCSE 2010 uso temporaneo nel commercio, in modo che possa essere appropriato che le parti dell'impresa che condividono l'uso del materiale sostengano solo la loro parte di costo di tale materiale, ad esempio, nel caso di macchinari, i costi di ammortamento che si riferiscono al suo uso da parte di ciascuna di queste parti. Va naturalmente ricordato che il semplice acquisto di beni non costituisce una stabile organizzazione (comma 4 quinquies dell'articolo 5), per cui in tali circostanze non si pone il problema della ripartizione degli utili. 34. Nel caso dei diritti immateriali, le norme relative alle relazioni tra imprese dello stesso gruppo (ad esempio, il pagamento di royalties o gli accordi di ripartizione dei costi) non possono essere applicate alle relazioni tra parti della stessa impresa. In effetti, può essere estremamente difficile attribuire la "proprietà" del diritto immateriale esclusivamente a una parte dell'impresa e sostenere che questa parte dell'impresa debba ricevere le royalties dalle altre parti come se fosse un'impresa indipendente. Poiché esiste un'unica entità giuridica, non è possibile attribuire la proprietà legale a una particolare parte dell'impresa e, in termini pratici, sarà spesso difficile attribuire

i costi di creazione esclusivamente a una parte dell'impresa. Può quindi essere preferibile che i costi di creazione dei diritti immateriali siano considerati come attribuibili a tutte le parti dell'impresa che ne faranno uso e come sostenuti per conto delle varie parti dell'impresa a cui sono di conseguenza pertinenti. In tali circostanze sarebbe opportuno ripartire tra le varie parti dell'impresa i costi effettivi della creazione o dell'acquisizione di tali diritti immateriali, nonché i costi successivamente sostenuti in relazione a tali diritti immateriali, senza alcuna maggiorazione per profitti o royalty. Nel fare ciò, le autorità fiscali devono essere consapevoli del fatto che le possibili conseguenze negative derivanti da qualsiasi attività di ricerca e sviluppo (ad esempio, la responsabilità relativa ai prodotti e i danni all'ambiente) devono essere anch'esse attribuite alle varie parti dell'impresa, dando quindi luogo, se del caso, a un onere di compensazione. 35. Il settore dei servizi è quello in cui possono sorgere difficoltà nel determinare se, in un caso specifico, un servizio debba essere addebitato tra le varie parti di una stessa impresa al suo costo effettivo o a tale costo più una maggiorazione per rappresentare un profitto per la parte dell'impresa che fornisce il servizio. L'attività dell'impresa, o di una parte di essa, può consistere nella fornitura di tali servizi e può esistere una tariffa standard per la loro fornitura. In tal caso, sarà solitamente appropriato addebitare un servizio alla stessa tariffa applicata al cliente esterno. 36. Quando l'attività principale di una stabile organizzazione consiste nel fornire servizi specifici all'impresa a cui appartiene e quando tali servizi forniscono un vantaggio reale all'impresa e i loro costi rappresentano una parte significativa delle spese dell'impresa, il Paese ospitante può richiedere che un margine di profitto sia incluso nell'importo dei costi. Per quanto possibile, il Paese ospitante dovrebbe quindi cercare di evitare soluzioni schematiche e basarsi sul valore dei servizi nelle circostanze specifiche di ciascun caso. 37. Tuttavia, più comunemente la prestazione di servizi fa semplicemente parte dell'attività di gestione generale dell'impresa nel suo complesso, come nel caso in cui, ad esempio, l'impresa attui un sistema comune di formazione e i dipendenti di ogni parte dell'impresa ne beneficino. In tal caso, sarebbe di solito appropriato trattare il costo della prestazione di servizi come parte delle spese amministrative generali dell'impresa nel suo complesso, che dovrebbero essere imputate sulla base dei costi effettivi alle varie parti dell'impresa nella misura in cui i costi sono sostenuti per gli scopi di tale parte dell'impresa, senza alcuna maggiorazione che rappresenti un profitto per un'altra parte dell'impresa. 38. Il trattamento dei servizi prestati nel corso della gestione generale di un'impresa solleva la questione se una parte dei profitti totali di un'impresa debba essere considerata come derivante dall'esercizio di una buona gestione. Si consideri il caso di una società che ha la sede principale in un paese ma che svolge tutte le sue attività attraverso una stabile organizzazione situata in un altro paese. In un caso estremo, è possibile che solo le riunioni degli amministratori si tengano nella sede centrale e che tutte le altre attività della società, a parte quelle puramente formali,

siano svolte nella stabile organizzazione. In tal caso, si può sostenere che almeno una parte dei profitti dell'intera impresa derivi dall'abile gestione e dall'acume commerciale degli amministratori e che una parte dei profitti dell'impresa debba, pertanto, essere attribuita al Paese in cui era situata la sede centrale. Se la società fosse stata gestita da un'agenzia di gestione, questa avrebbe senza dubbio richiesto un compenso per i suoi servizi e il compenso avrebbe potuto essere una semplice partecipazione percentuale agli utili dell'impresa. Ma a prescindere dai meriti teorici di una simile scelta, le considerazioni pratiche la sconsigliano fortemente. Nel tipo di caso citato, le spese di gestione verrebbero ovviamente imputate agli utili della stabile organizzazione in conformità alle disposizioni del paragrafo 3, ma se si considera la questione nel suo complesso, si ritiene che non sia corretto andare oltre, deducendo e tenendo conto di una cifra fittizia per gli "utili di gestione". In casi identici a quello estremo sopra menzionato, non si dovrebbe quindi tenere conto, nella determinazione degli utili imponibili della stabile organizzazione, di alcuna cifra fittizia come gli utili di gestione. 39. È possibile, naturalmente, che i Paesi in cui è consuetudine attribuire una parte degli utili totali di un'impresa alla sede centrale dell'impresa per rappresentare gli utili della buona gestione desiderino continuare a effettuare tale attribuzione. Nulla nell'articolo è inteso a impedirlo. Tuttavia, da quanto detto al paragrafo 38 sopra, si evince che il paese in cui è situata una stabile organizzazione non è in alcun modo tenuto a dedurre, nel calcolo degli utili attribuibili a tale stabile organizzazione, un importo destinato a rappresentare una parte proporzionale degli utili di gestione attribuibili alla sede centrale. 40. Può darsi che se il Paese in cui è situata la sede principale di un'impresa attribuisce a quest'ultima una certa percentuale degli utili dell'impresa solo in relazione alla buona gestione, mentre il Paese in cui è situata la stabile organizzazione non lo fa, il totale risultante degli importi assoggettati a imposta nei due Paesi sia maggiore di quanto dovrebbe essere. In tal caso, il Paese in cui è situata la sede principale dell'impresa deve prendere l'iniziativa di predisporre le rettifiche necessarie per il calcolo dell'imposta dovuta in tale Paese, al fine di garantire l'eliminazione della doppia imposizione. 41. Il trattamento degli interessi passivi solleva questioni particolari. In primo luogo, potrebbero esserci importi che, sotto il nome di interessi, vengono addebitati da una sede centrale alla sua stabile organizzazione in relazione a "prestiti" interni effettuati dalla prima alla seconda. Ad eccezione delle imprese finanziarie come le banche, è generalmente accettato che tali "interessi" interni non debbano essere riconosciuti. Questo perché: -Dal punto di vista giuridico, il trasferimento di capitale contro il pagamento di interessi e l'impegno a restituire l'intero importo alla scadenza è in realtà un atto formale incompatibile con la vera natura giuridica di una stabile organizzazione. COMMENTARIO ALL'ARTICOLO 7 166 MODELLO DI CONVENZIONE FISCALE (VERSIONE CONDENSATA) - ISBN 978-92-64-08948-8 - © OCSE 2010 - Dal punto di vista economico, i debiti e i crediti interni possono rivelarsi inesistenti, poiché se un'impresa è finanziata esclusivamente o

prevalentemente con capitale proprio non dovrebbe essere autorizzata a dedurre interessi passivi che non ha manifestamente dovuto pagare. Sebbene sia vero che oneri e rendimenti simmetrici non distorcerebbero i profitti complessivi dell'impresa, i risultati parziali potrebbero essere modificati arbitrariamente. 42. Per queste ragioni, il divieto di dedurre i debiti e i crediti interni dovrebbe continuare ad applicarsi in generale, fatta salva la situazione speciale delle banche, come indicato di seguito. 43. Una questione diversa, tuttavia, è quella della deduzione degli interessi sui debiti effettivamente contratti dall'impresa. Tali debiti possono riguardare in tutto o in parte le attività della stabile organizzazione; infatti, i prestiti contratti da un'impresa serviranno o la sede centrale, o la stabile organizzazione o entrambe. La questione che si pone in relazione a questi debiti è come determinare la parte di interessi da dedurre nel calcolo degli utili attribuibili alla stabile organizzazione. 44. L'approccio suggerito nel presente Commentario prima del 1994, ossia la ripartizione diretta e indiretta degli oneri effettivi del debito, non si è rivelato una soluzione pratica, in particolare perché era improbabile che venisse applicato in modo uniforme. Inoltre, è noto che la ripartizione indiretta del totale degli interessi passivi, o della parte di interessi che rimane dopo alcune ripartizioni dirette, si scontra con difficoltà pratiche. È altresì noto che la ripartizione diretta degli interessi passivi totali può non riflettere accuratamente il costo di finanziamento della stabile organizzazione, in quanto il contribuente può essere in grado di controllare il luogo in cui i prestiti vengono contabilizzati e può essere necessario apportare adeguamenti per riflettere la realtà economica, in particolare il fatto che un'impresa indipendente dovrebbe normalmente disporre di un certo livello di capitale "libero". 45. Di conseguenza, la maggioranza dei Paesi membri ritiene che sarebbe preferibile cercare una soluzione praticabile che tenga conto di una struttura di capitale adeguata sia all'organizzazione che alle funzioni svolte. Questa struttura patrimoniale appropriata terrà conto del fatto che, per svolgere le proprie attività, la stabile organizzazione necessita di un certo ammontare di finanziamenti costituiti da capitale "libero" e da debiti fruttiferi. L'obiettivo è quindi quello di attribuire alla stabile organizzazione un importo di interessi di libera concorrenza dopo aver attribuito un importo adeguato di capitale "libero" per sostenere le funzioni, gli attivi e i rischi della stabile organizzazione. In base al principio di libera concorrenza, una stabile organizzazione dovrebbe disporre di capitale sufficiente a sostenere le funzioni che svolge, gli attivi che possiede economicamente e i rischi che assume. Nel settore finanziario, le normative stabiliscono livelli minimi di capitale regolamentare per fornire un cuscinetto nel caso in cui alcuni dei rischi inerenti all'attività si traducano in perdite finanziarie. Il capitale fornisce un'analogia protezione contro la cristallizzazione del rischio nei settori non finanziari. 46. Come spiegato nella sezione D-2 (v)b) della Parte I del Rapporto Attribuzione degli utili alle stabili organizzazioni, esistono diversi approcci accettabili per l'attribuzione del capitale "libero" in grado di fornire un risultato di piena concorrenza. Ogni approccio

ha i suoi punti di forza e di debolezza, che diventano più o meno rilevanti a seconda dei fatti e delle circostanze dei casi specifici. I diversi metodi adottano punti di partenza diversi per determinare l'ammontare del capitale "libero" attribuibile a una stabile organizzazione, che pongono maggiore enfasi sulla struttura effettiva dell'impresa di cui la stabile organizzazione fa parte o, in alternativa, sulla struttura del capitale di imprese indipendenti comparabili. La chiave per l'attribuzione del capitale "libero" è riconoscere: COMMENTARIO SULL'ARTICOLO 7 167 MODELLO DI CONVENZIONE FISCALE (VERSIONE CONDENSATA) - ISBN 978-92-64-08948-8 - © OCSE 2010 - l'esistenza di punti di forza e di debolezza in qualsiasi approccio e quando questi possono essere presenti; - che non esiste un unico importo di capitale "libero" a condizioni di mercato, ma una gamma di potenziali attribuzioni di capitale all'interno della quale è possibile trovare un importo di capitale "libero" che possa soddisfare il principio di base sopra esposto. 47. Si riconosce, tuttavia, che l'esistenza di diversi approcci accettabili per l'attribuzione del capitale "libero" a una stabile organizzazione, in grado di fornire un risultato di piena concorrenza, può dare origine a problemi di doppia imposizione. La preoccupazione principale, particolarmente acuta per le istituzioni finanziarie, è che se le norme di diritto interno dello Stato in cui è situata la stabile organizzazione e dello Stato dell'impresa richiedono approcci accettabili diversi per attribuire alla stabile organizzazione un importo di capitale libero di piena concorrenza, l'importo degli utili calcolato dallo Stato della stabile organizzazione può essere superiore all'importo degli utili calcolato dallo Stato dell'impresa ai fini dello sgravio della doppia imposizione. 48. Data l'importanza della questione, il Comitato ha cercato una soluzione pratica. I Paesi membri dell'OCSE hanno pertanto convenuto di accettare, ai fini della determinazione dell'importo della deduzione degli interessi da utilizzare per il calcolo dello sgravio della doppia imposizione, l'attribuzione del capitale derivante dall'applicazione dell'approccio utilizzato dallo Stato in cui è situata la stabile organizzazione se sono soddisfatte le due condizioni seguenti: in primo luogo, se la differenza nell'attribuzione del capitale tra tale Stato e lo Stato dell'impresa deriva da scelte contrastanti di diritto interno in materia di metodi di attribuzione del capitale e, in secondo luogo, se vi è accordo sul fatto che lo Stato in cui è situata la stabile organizzazione ha utilizzato un approccio autorizzato all'attribuzione del capitale e vi è accordo anche sul fatto che tale approccio produce un risultato coerente con il principio di libera concorrenza nel caso specifico. I Paesi membri dell'OCSE ritengono di essere in grado di raggiungere tale risultato sia in base al proprio diritto interno, attraverso l'interpretazione degli articoli 7 e 23, sia in base alla procedura amichevole di cui all'articolo 25 e, in particolare, alla possibilità offerta da tale articolo di risolvere eventuali questioni relative all'applicazione o all'interpretazione dei propri trattati fiscali. 49. Come già menzionato, considerazioni particolari si applicano agli interessi interni sugli anticipi tra le diverse parti di un'impresa finanziaria (ad esempio, una banca), in considerazione del fatto che

l'effettuazione e la ricezione di anticipi è strettamente correlata all'attività ordinaria di tali imprese. Questo problema, così come altri problemi relativi all'applicazione dell'Articolo 7 alle stabili organizzazioni di banche e imprese che svolgono attività di trading globale, è discusso nelle Parti II e III del Rapporto Attribuzione degli utili alle stabili organizzazioni. 50. Anche la determinazione degli attivi di investimento attribuibili a una stabile organizzazione attraverso la quale si svolgono attività assicurative solleva questioni particolari, che sono discusse nella Parte IV del Rapporto. 51. Di solito si constata che esistono, o possono essere costruiti, conti adeguati per ogni parte o sezione di un'impresa, in modo che gli utili e le spese, eventualmente rettificati, possano essere attribuiti a una particolare parte dell'impresa con un notevole grado di precisione. Si ritiene che questo metodo di ripartizione sia da preferire in generale ovunque sia ragionevolmente possibile adottarlo. Esistono tuttavia circostanze in cui ciò non è possibile e i paragrafi 2 e 3 non intendono in alcun modo implicare che altri metodi non possano essere adottati, se del caso, per determinare gli utili di una stabile organizzazione su base "impresa separata". Può darsi, ad esempio, che gli utili delle imprese di assicurazione possano essere più comodamente accertati con metodi di calcolo speciali, ad esempio applicando coefficienti appropriati ai premi lordi ricevuti dagli assicurati nel Paese interessato. Inoltre, nel caso di un'impresa relativamente piccola che opera su entrambi i lati del confine tra due Paesi, potrebbe non esistere una contabilità adeguata per la stabile organizzazione né i mezzi per costruirla. Vi possono essere anche altri casi in cui gli affari della stabile organizzazione sono così strettamente legati a quelli della sede centrale che sarebbe impossibile separarli su una base rigorosa di contabilità delle filiali. Se in tali casi si è soliti stimare l'utile di libera concorrenza di una stabile organizzazione facendo riferimento a criteri adeguati, può essere ragionevole continuare a seguire tale metodo, anche se la stima così effettuata può non raggiungere un grado di accuratezza dell'utile pari a quello di una contabilità adeguata. Anche se tale metodo non è abituale, può essere eccezionalmente necessario, per ragioni pratiche, stimare gli utili di libera concorrenza sulla base di altri metodi. Paragrafo 4 52. In alcuni casi è stata adottata la prassi di determinare gli utili da attribuire a una stabile organizzazione non sulla base di una contabilità separata o effettuando una stima degli utili di libera concorrenza, ma semplicemente ripartendo gli utili totali dell'impresa con riferimento a varie formule. Tale metodo differisce da quelli previsti dal paragrafo 2, in quanto non contempla l'attribuzione degli utili sulla base di una contabilità separata, ma una ripartizione degli utili totali; e in effetti potrebbe produrre un risultato in cifre diverso da quello che si otterrebbe con un calcolo basato su una contabilità separata. Il paragrafo 4 chiarisce che tale metodo può continuare ad essere utilizzato da uno Stato contraente se è consuetudine adottarlo, anche se la cifra ottenuta può talvolta differire in qualche misura da quella che si otterrebbe con una contabilità separata, purché il risultato possa essere considerato conforme ai

principi contenuti nell'articolo. Si sottolinea, tuttavia, che in generale gli utili da attribuire a una stabile organizzazione dovrebbero essere determinati con riferimento ai conti della stessa, se questi riflettono i fatti reali. Si ritiene che un metodo di attribuzione basato sulla ripartizione degli utili totali non sia generalmente appropriato come un metodo che tenga conto solo delle attività della stabile organizzazione e dovrebbe essere utilizzato solo se, eccezionalmente, è stato abituale in passato ed è accettato nel Paese interessato sia dalle autorità fiscali che dai contribuenti in generale come soddisfacente. Resta inteso che il paragrafo 4 può essere soppresso quando nessuno dei due Stati utilizza tale metodo. Tuttavia, se gli Stati contraenti desiderano poter utilizzare un metodo che non è stato abituale in passato, il paragrafo dovrebbe essere modificato durante i negoziati bilaterali per chiarire questo punto. 53. Si ritiene che non sia opportuno, nell'ambito del presente Commentario, tentare di discutere a lungo i numerosi e vari metodi di ripartizione degli utili totali che sono stati adottati in particolari settori per l'allocazione degli utili. Questi metodi sono stati ben documentati nei trattati di fiscalità internazionale. Tuttavia, non è fuori luogo riassumere brevemente alcuni dei principali tipi e stabilire alcune direttive molto generali per il loro utilizzo. 54. Il carattere essenziale di un metodo che comporta la ripartizione degli utili totali è che una parte proporzionale degli utili dell'intera impresa viene assegnata a una parte di essa, mentre si presume che tutte le parti dell'impresa abbiano contribuito, sulla base del criterio o dei criteri adottati, alla redditività dell'insieme. La differenza tra un metodo e l'altro deriva per lo più dai diversi criteri utilizzati per determinare la corretta proporzione degli utili totali. È corretto affermare che i criteri comunemente utilizzati possono essere raggruppati in tre categorie principali, ovvero quelli che si basano sulle entrate dell'impresa, sulle sue spese o sulla sua struttura patrimoniale. La prima categoria comprende i metodi di allocazione basati sul fatturato o sulle commissioni, la seconda sui salari e la terza sulla percentuale del capitale circolante totale dell'impresa assegnata a ciascun ramo o parte. Naturalmente non è possibile affermare a priori che uno di questi metodi sia intrinsecamente più accurato degli altri; l'adeguatezza di un particolare metodo dipenderà dalle circostanze in cui viene applicato. In alcune imprese, come quelle che forniscono servizi o producono articoli di proprietà con un elevato margine di profitto, gli utili netti dipenderanno in larga misura dal fatturato. Per le imprese di assicurazione può essere opportuno effettuare una ripartizione degli utili totali con riferimento ai premi ricevuti dagli assicurati in ciascuno dei Paesi interessati. Nel caso di un'impresa che produce beni con un elevato costo di materie prime o di manodopera, gli utili possono essere più strettamente correlati alle spese. Nel caso di imprese bancarie e finanziarie, la percentuale del capitale circolante totale può essere il criterio più rilevante. Si ritiene che l'obiettivo generale di qualsiasi metodo che comporti la ripartizione degli utili totali dovrebbe essere quello di produrre cifre di utili imponibili che si avvicinino il più possibile a quelle che sarebbero state prodotte sulla base di una contabilità

separata, e che non sarebbe auspicabile tentare di stabilire una direttiva specifica se non che dovrebbe essere responsabilità dell'autorità fiscale, in consultazione con le autorità degli altri Paesi interessati, utilizzare il metodo che, alla luce di tutti i fatti noti, sembra più probabile che produca tale risultato. 55. L'utilizzo di un metodo che attribuisce a una parte dell'impresa una quota degli utili totali dell'intera impresa solleva, ovviamente, la questione del metodo da utilizzare per calcolare gli utili totali dell'impresa. È possibile che la questione sia trattata in modo diverso dalle legislazioni dei vari Paesi. Non è un problema che si può tentare di risolvere stabilendo una regola rigida. È difficile aspettarsi che si accetti che gli utili da ripartire siano quelli calcolati in base alle leggi di un determinato Paese; a ciascun Paese interessato dovrebbe essere concesso il diritto di calcolare gli utili in base alle disposizioni della propria legge. Paragrafo 5 56. Al paragrafo 4 dell'articolo 5 sono elencati alcuni esempi di attività che, anche se svolte in una sede fissa, non sono considerate incluse nel termine "stabile organizzazione". Nel considerare le regole per l'attribuzione degli utili a una stabile organizzazione, il più importante di questi esempi è l'attività menzionata al paragrafo 5 di questo articolo, ossia l'ufficio acquisti. 57. Il paragrafo 5 non riguarda, ovviamente, l'organizzazione creata esclusivamente per gli acquisti; tale organizzazione non è una stabile organizzazione e le disposizioni sull'attribuzione degli utili di questo articolo non entrerebbero quindi in gioco. Il paragrafo riguarda una stabile organizzazione che, pur svolgendo altre attività, svolge anche attività di acquisto per la propria sede centrale. In tal caso, il paragrafo stabilisce che gli utili della stabile organizzazione non devono essere aumentati aggiungendovi una cifra fittizia per gli utili derivanti dagli acquisti. Ne consegue, ovviamente, che nel calcolo degli utili imponibili della stabile organizzazione saranno escluse anche le spese derivanti dalle attività di acquisto. Paragrafo 6 58. Questo paragrafo intende stabilire chiaramente che un metodo di ripartizione già utilizzato non deve essere cambiato solo perché in un determinato anno un altro metodo produce risultati più favorevoli. Uno degli scopi di una convenzione contro le doppie imposizioni è quello di dare ad un'impresa di uno Stato contraente un certo grado di certezza sul trattamento fiscale che sarà accordato alla sua stabile organizzazione nell'altro Stato contraente, nonché alla parte di essa nel suo Stato d'origine che si occupa della stabile organizzazione; per questo motivo, il paragrafo 6 fornisce una garanzia di trattamento fiscale continuo e coerente. Paragrafo 7 59. Sebbene la Convenzione non abbia ritenuto necessario definire il termine "utili", si deve tuttavia intendere che tale termine, quando è utilizzato nel presente articolo e in altri punti della Convenzione, ha un significato ampio che comprende tutti i redditi derivanti dall'esercizio di un'impresa. Tale significato ampio corrisponde all'uso che del termine viene fatto nella legislazione fiscale della maggior parte dei Paesi membri dell'OCSE. 60. Questa interpretazione del termine "utili", tuttavia, può dare adito a qualche incertezza in merito all'applicazione della Convenzione. Se gli utili di un'impresa comprendono categorie

di reddito che sono trattate separatamente in altri articoli della Convenzione, ad esempio i dividendi, ci si può chiedere se la tassazione di tali utili sia disciplinata dall'articolo speciale sui dividendi ecc. o dalle disposizioni del presente articolo. 61. Nella misura in cui l'applicazione del presente articolo e dell'articolo speciale in questione comporterebbe lo stesso trattamento fiscale, la questione ha scarsa rilevanza pratica. Inoltre, va notato che alcuni degli articoli speciali contengono disposizioni specifiche che danno priorità a un determinato articolo (cfr. paragrafo 4 dell'articolo 6, paragrafo 4 degli articoli 10 e 11, paragrafo 3 dell'articolo 12 e paragrafo 2 dell'articolo 21). 62. Tuttavia, è sembrato auspicabile stabilire una regola di interpretazione per chiarire il campo di applicazione di questo articolo in relazione agli altri articoli che trattano una specifica categoria di reddito. Conformemente alla prassi generalmente seguita nelle convenzioni bilaterali esistenti, il paragrafo 7 dà la prima preferenza agli articoli speciali su dividendi, interessi, ecc. Ne consegue che questo articolo sarà applicabile agli utili d'impresa che non appartengono a categorie di reddito coperte dagli articoli speciali e, inoltre, ai dividendi, agli interessi ecc. che, ai sensi del paragrafo 4 degli articoli 10 e 11, del paragrafo 3 dell'articolo 12 e del paragrafo 2 dell'articolo 21, rientrano nel presente articolo (cfr. paragrafi da 12 a 18 del Commentario alla Convenzione bilaterale). paragrafi da 12 a 18 del Commentario all'Articolo 12 che discutono i principi che regolano se, nel caso particolare del software per computer, i pagamenti debbano essere classificati come utili d'impresa ai sensi dell'Articolo 7 o come plusvalenze ai sensi dell'Articolo 13, da un lato, o come royalties ai sensi dell'Articolo 12, dall'altro). Resta inteso che gli elementi di reddito contemplati dagli articoli speciali possono, fatte salve le disposizioni della Convenzione, essere tassati separatamente o come utili d'impresa, in conformità alla legislazione fiscale degli Stati contraenti. 63. Gli Stati contraenti possono concordare bilateralmente spiegazioni o definizioni speciali relative al termine "utili" al fine di chiarire la distinzione tra questo termine e, ad esempio, il concetto di dividendi. In particolare, si può ritenere opportuno procedere in tal senso quando in una convenzione in corso di negoziazione si è derogato alle definizioni contenute negli articoli speciali su dividendi, interessi e royalties. Può anche essere ritenuto auspicabile che gli Stati contraenti desiderino segnalare che, in accordo con le legislazioni fiscali nazionali di uno o di entrambi gli Stati, il termine "profitti" include classi speciali di redditi, quali i redditi derivanti dall'alienazione o dalla locazione di un'impresa o di beni mobili utilizzati in un'impresa. A questo proposito, potrebbe essere necessario valutare l'utilità di includere anche norme aggiuntive per l'allocazione di tali utili speciali. 64. Si noti inoltre che, mentre la definizione di "royalties" di cui al paragrafo 2 dell'articolo 12 del Progetto di Convenzione del 1963 e del Modello di Convenzione del 1977 includeva i pagamenti "per l'uso o il diritto di usare attrezzature industriali, commerciali o scientifiche", il riferimento a tali pagamenti è stato successivamente eliminato da tale definizione al fine di garantire che i redditi derivanti dalla locazione di attrezzature industriali,

commerciali o scientifiche, compresi i redditi derivanti dalla locazione di container, rientrino nelle disposizioni dell'articolo 7 piuttosto che in quelle dell'articolo 12, un risultato che la Commissione per gli Affari Fiscali ritiene appropriato data la natura di tali redditi. Osservazioni sul Commento 65. L'Italia e il Portogallo ritengono essenziale considerare che - a prescindere dal significato attribuito alla quarta frase del paragrafo 8 - per quanto riguarda il metodo di calcolo delle imposte, i sistemi nazionali non sono influenzati dalla nuova formulazione del modello, ossia dall'eliminazione dell'articolo 14.

Tradotto da DeepL

COMMENTARY ON ARTICLE 7 CONCERNING THE TAXATION OF BUSINESS PROFITS I. Preliminary remarks 1. This Article is in many respects a continuation of, and a corollary to, Article 5 on the definition of the concept of permanent establishment. The permanent establishment criterion is commonly used in international double taxation conventions to determine whether a particular kind of income shall or shall not be taxed in the country from which it originates but the criterion does not of itself provide a complete solution to the problem of the double taxation of business profits; in order to prevent such double taxation it is necessary to supplement the definition of permanent establishment by adding to it an agreed set of rules by reference to which the profits attributable to the permanent establishment are to be calculated. To put the matter in a slightly different way, when an enterprise of a Contracting State carries on business in the other Contracting State the authorities of that second State have to ask themselves two questions before they levy tax on the profits of the enterprise: the first question is whether the enterprise has a permanent establishment in their country; if the answer is in the affirmative the second question is what, if any, are the profits on which that permanent establishment should pay tax. It is with the rules to be used in determining the answer to this second question that Article 7 is concerned. Rules for ascertaining the profits of an enterprise of a Contracting State which is trading with an enterprise of the other Contracting State when both enterprises are associated are dealt with in Article 9. 2. Articles 7 and 9 are not particularly detailed and were not strikingly novel when they were adopted by the OECD. The question of what criteria should be used in attributing profits to a permanent establishment, and of how to allocate profits

from transactions between associated enterprises, has had to be dealt with in a large number of double taxation conventions and in various models developed by the League of Nations before the OECD first dealt with it and the solutions adopted have generally conformed to a standard pattern. 3. It is generally recognised that the essential principles on which this standard pattern is based are well founded, and, when the OECD first examined that question, it was thought sufficient to restate them with some slight amendments and modifications primarily aimed at producing greater clarity. The two Articles incorporate a number of directives. They do not, nor in the nature of things could they be expected to, lay down a series of precise rules for dealing with every kind of problem that may arise when an enterprise of one State makes profits in another. Modern commerce organises itself in an infinite variety of ways, and it would be quite impossible within the fairly narrow limits of an Article in a double taxation convention to specify an exhaustive set of rules for dealing with every kind of problem that may arise. 4. It must be acknowledged, however, that there has been considerable variation in the interpretation of the general directives of Article 7 and of the provisions of earlier conventions and models on which the wording of the Article is based. This lack of a common interpretation of Article 7 can lead to problems of double taxation and nontaxation. For that reason, it is important for tax authorities to agree on mutually consistent methods of dealing with these problems, using, where appropriate, the mutual agreement procedure provided for in Article 25. COMMENTARY ON ARTICLE 7 156 MODEL TAX CONVENTION (CONDENSED VERSION) – ISBN 978-92-64-08948-8 – © OECD 2010 5. Over the years, the Committee on Fiscal Affairs has therefore spent considerable time and effort trying to ensure a more consistent interpretation and application of the rules of the Article. Minor changes to the wording of the Article and a number of changes to the Commentary were made when the 1977 Model Tax Convention was adopted. A report that addressed that question in the specific case of banks was published in 1984.¹ In 1987, noting that the determination of profits attributable to a permanent establishment could give rise to some uncertainty, the Committee undertook a review of the question which led to the adoption, in 1993, of the report entitled “Attribution of Income to Permanent Establishments”² and to subsequent changes to the Commentary. 6. Despite that work, the practices of OECD and non-OECD countries regarding the attribution of profits to permanent establishments and these countries’ interpretation of Article 7 continued to vary considerably. The Committee acknowledged the need to provide more certainty to taxpayers: in its report *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, adopted in 1995, it indicated that further work would address the application of the arm’s length principle to permanent establishments. That work resulted, in 2008, in a report entitled *Attribution of Profits to Permanent Establishments*. The approach developed in that report was not constrained by either the original intent or by the historical practice and interpretation of Article 7.

Instead, the focus has been on formulating the most preferable approach to attributing profits to a permanent establishment under Article 7 given modern-day multinational operations and trade. 7. The approach put forward in that Report deals with the attribution of profits both to permanent establishments in general (Part I of the Report) and, in particular, to permanent establishments of businesses operating in the financial sector, where trading through a permanent establishment is widespread (Part II of the Report, which deals with permanent establishments of banks, Part III, which deals with permanent establishments of enterprises carrying on global trading and Part IV, which deals with permanent establishments of enterprises carrying on insurance activities). The Committee considers that the guidance included in the Report represents a better approach to attributing profits to permanent establishments than has previously been available. It does recognise, however, that there are differences between some of the conclusions of the Report and the interpretation of the Article previously given in this Commentary. For that reason, this Commentary has been amended to incorporate a number of conclusions of the Report that did not conflict with the previous version of this Commentary, which prescribed specific approaches in some areas and left considerable leeway in others. The Report therefore represents internationally agreed principles and, to the extent that it does not conflict with this Commentary, provides guidelines for the application of the arm's length principle incorporated in the Article. 8. Before 2000, income from professional services and other activities of an independent character was dealt with under a separate Article, i.e. Article 14. The provisions of that Article were similar to those applicable to business profits but it used the concept of fixed base rather than that of permanent establishment since it had originally been thought that the latter concept should be reserved to commercial and 1 "The Taxation of Multinational Banking Enterprises", in *Transfer Pricing and Multinational Enterprises Three Taxation Issues*, OECD, Paris, 1984. 2 Reproduced in Volume II of the loose-leaf version of the OECD Model Tax Convention at page R(13)-1. COMMENTARY ON ARTICLE 7 157 MODEL TAX CONVENTION (CONDENSED VERSION) – ISBN 978-92-64-08948-8 – © OECD 2010 industrial activities. However, it was not always clear which activities fell within Article 14 as opposed to Article 7. The elimination of Article 14 in 2000 reflected the fact that there were no intended differences between the concepts of permanent establishment, as used in Article 7, and fixed base, as used in Article 14, or between how profits were computed and tax was calculated according to which of Article 7 or 14 applied. The effect of the deletion of Article 14 is that income derived from professional services or other activities of an independent character is now dealt with under Article 7 as business profits. This was confirmed by the addition of a definition of the term "business" which expressly provides that this term includes professional services or other activities of an independent character. II. Commentary on the provisions of the Article Paragraph 19. This paragraph is concerned with two

questions. First, it restates the generally accepted principle of double taxation conventions that an enterprise of one State shall not be taxed in the other State unless it carries on business in that other State through a permanent establishment situated therein. It is hardly necessary to argue here the merits of this principle. It is perhaps sufficient to say that it has come to be accepted in international fiscal matters that until an enterprise of one State sets up a permanent establishment in another State it should not properly be regarded as participating in the economic life of that other State to such an extent that it comes within the jurisdiction of that other State's taxing rights. 10. The second principle, which is reflected in the second sentence of the paragraph, is that the right to tax of the State where the permanent establishment is situated does not extend to profits that the enterprise may derive from that State but that are not attributable to the permanent establishment. This is a question on which there have historically been differences of view, a few countries having some time ago pursued a principle of general "force of attraction" according to which income such as other business profits, dividends, interest and royalties arising from sources in their territory was fully taxable by them if the beneficiary had a permanent establishment therein even though such income was clearly not attributable to that permanent establishment. Whilst some bilateral tax conventions include a limited anti-avoidance rule based on a restricted force of attraction approach that only applies to business profits derived from activities similar to those carried on by a permanent establishment, the general force of attraction approach described above has now been rejected in international tax treaty practice. The principle that is now generally accepted in double taxation conventions is based on the view that in taxing the profits that a foreign enterprise derives from a particular country, the tax authorities of that country should look at the separate sources of profit that the enterprise derives from their country and should apply to each the permanent establishment test, subject to the possible application of other Articles of the Convention. This solution allows simpler and more efficient tax administration and compliance, and is more closely adapted to the way in which business is commonly carried on. The organisation of modern business is highly complex. There are a considerable number of companies each of which is engaged in a wide diversity of activities and is carrying on business extensively in many countries. A company may set up a permanent establishment in another country through which it carries on manufacturing activities whilst a different part of the same company sells different goods or manufactures in that other country through independent agents. That company may have perfectly valid commercial

COMMENTARY ON
ARTICLE 7 158 MODEL TAX CONVENTION (CONDENSED VERSION) – ISBN 978-92-64-08948-8 – © OECD 2010 reasons for doing so: these may be based, for example, on the historical pattern of its business or on commercial convenience. If the country in which the permanent establishment is situated wished to go so far as to try to determine, and tax, the profit element of each of the transactions carried on

through independent agents, with a view to aggregating that profit with the profits of the permanent establishment, that approach would interfere seriously with ordinary commercial activities and would be contrary to the aims of the Convention.

11. When referring to the part of the profits of an enterprise that is attributable to a permanent establishment, the second sentence of paragraph1 refers directly to paragraph2, which provides the directive for determining what profits should be attributed to a permanent establishment. As paragraph2 is part of the context in which the sentence must be read, that sentence should not be interpreted in a way that could contradict paragraph2, e.g. by interpreting it as restricting the amount of profits that can be attributed to a permanent establishment to the amount of profits of the enterprise as a whole. Thus, whilst paragraph1 provides that a Contracting State may only tax the profits of an enterprise of the other Contracting State to the extent that they are attributable to a permanent establishment situated in the first State, it is paragraph2 that determines the meaning of the phrase “profits attributable to a permanent establishment”. In other words, the directive of paragraph2 may result in profits being attributed to a permanent establishment even though the enterprise as a whole has never made profits; conversely, that directive may result in no profits being attributed to a permanent establishment even though the enterprise as a whole has made profits.

12. Clearly, however, the Contracting State of the enterprise has an interest in the directive of paragraph2 being correctly applied by the State where the permanent establishment is located. Since that directive applies to both Contracting States, the State of the enterprise must, in accordance with Article23, eliminate double taxation on the profits properly attributable to the permanent establishment. In other words, if the State where the permanent establishment is located attempts to tax profits that are not attributable to the permanent establishment under Article7, this may result in double taxation of profits that should properly be taxed only in the State of the enterprise.

13. The purpose of paragraph1 is to provide limits to the right of one Contracting State to tax the business profits of enterprises of the other Contracting State. The paragraph does not limit the right of a Contracting State to tax its own residents under controlled foreign companies provisions found in its domestic law even though such tax imposed on these residents may be computed by reference to the part of the profits of an enterprise that is resident of the other Contracting State that is attributable to these residents’ participation in that enterprise. Tax so levied by a State on its own residents does not reduce the profits of the enterprise of the other State and may not, therefore, be said to have been levied on such profits (see also paragraph23 of the Commentary on Article1 and paragraphs37 to 39 of the Commentary on Article10).

Paragraph 2 14. This paragraph contains the central directive on which the attribution of profits to a permanent establishment is intended to be based. The paragraph incorporates the view that the profits to be attributed to a permanent establishment are those which that permanent

establishment would have made if, instead of dealing with the rest of the enterprise, it had been dealing with an entirely separate enterprise under COMMENTARY ON ARTICLE 7 159 MODEL TAX CONVENTION (CONDENSED VERSION) – ISBN 978-92-64-08948-8 – © OECD 2010 conditions and at prices prevailing in the ordinary market. This corresponds to the “arm’s length principle” discussed in the Commentary on Article 9. Normally, the profits so determined would be the same profits that one would expect to be determined by the ordinary processes of good business accountancy. 15. The paragraph requires that this principle be applied in each Contracting State. Clearly, this does not mean that the amount on which the enterprise will be taxed in the source State will, for a given period of time, be exactly the same as the amount of income with respect to which the other State will have to provide relief pursuant to Articles 23 A or 23 B. Variations between the domestic laws of the two States concerning matters such as depreciation rates, the timing of the recognition of income and restrictions on the deductibility of certain expenses that are in accordance with paragraph 3 of this Article will normally result in a different amount of taxable income in each State. 16. In the great majority of cases, trading accounts of the permanent establishment — which are commonly available if only because a well-run business organisation is normally concerned to know what is the profitability of its various branches — will be used to ascertain the profit properly attributable to that establishment. Exceptionally there may be no separate accounts (cf. paragraphs 51 to 55 below). But where there are such accounts they will naturally form the starting point for any processes of adjustment in case adjustment is required to produce the amount of profits that are properly attributable to the permanent establishment under the directive contained in paragraph 2. It should perhaps be emphasised that this directive is no justification to construct hypothetical profit figures in vacuo; it is always necessary to start with the real facts of the situation as they appear from the business records of the permanent establishment and to adjust as may be shown to be necessary the profit figures which those facts produce. As noted in paragraph 19 below and as explained in paragraph 39 of Part I of the Report Attribution of Profits to Permanent Establishments, however, records and documentation must satisfy certain requirements in order to be considered to reflect the real facts of the situation. 17. In order to determine whether such an adjustment is required by paragraph 2, it will be necessary to determine the profits that would have been realised if the permanent establishment had been a separate and distinct enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions and dealing wholly independently with the rest of the enterprise. Sections D-2 and D-3 of Part I of the Report Attribution of Profits to Permanent Establishments describe the two-step approach through which this should be done. This approach will allow the calculation of the profits attributable to all the activities carried on through the permanent establishment, including transactions with other independent

enterprises, transactions with associated enterprises and dealings (e.g. the internal transfer of capital or property or the internal provision of services — see for instance paragraphs 31 and 32) with other parts of the enterprise (under the second step referred to above), in accordance with the directive of paragraph 2. 18. The first step of that approach requires the identification of the activities carried on through the permanent establishment. This should be done through a functional and factual analysis (the guidance found in the Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations¹ will be relevant for that purpose). Under that first step, the economically significant activities and responsibilities undertaken through the permanent establishment will be identified. This analysis COMMENTARY ON ARTICLE 7 160 MODEL TAX CONVENTION (CONDENSED VERSION) – ISBN 978-92-64-08948-8 – © OECD 2010 should, to the extent relevant, consider the activities and responsibilities undertaken through the permanent establishment in the context of the activities and responsibilities undertaken by the enterprise as a whole, particularly those parts of the enterprise that engage in dealings with the permanent establishment. Under the second step of that approach, the remuneration of any such dealings will be determined by applying by analogy the principles developed for the application of the arm's length principle between associated enterprises (these principles are articulated in the Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations) by reference to the functions performed, assets used and risk assumed by the enterprise through the permanent establishment and through the rest of the enterprise. 19. A question that may arise is to what extent accounting records should be relied upon when they are based on agreements between the head office and its permanent establishments (or between the permanent establishments themselves). Clearly, such internal agreements cannot qualify as legally binding contracts. However, to the extent that the trading accounts of the head office and the permanent establishments are both prepared symmetrically on the basis of such agreements and that those agreements reflect the functions performed by the different parts of the enterprise, these trading accounts could be accepted by tax authorities. Accounts should not be regarded as prepared symmetrically, however, unless the values of transactions or the methods of attributing profits or expenses in the books of the permanent establishment corresponded exactly to the values or methods of attribution in the books of the head office in terms of the national currency or functional currency in which the enterprise recorded its transactions. Also, as explained in paragraph 16, records and documentation must satisfy certain requirements in order to be considered to reflect the real facts of the situation. For example, where trading accounts are based on internal agreements that reflect purely artificial arrangements instead of the real economic functions of the different parts of the enterprise, these agreements should simply be ignored and the accounts corrected accordingly. One such case would be where a permanent

establishment involved in sales were, under such an internal agreement, given the role of principal (accepting all the risks and entitled to all the profits from the sales) when in fact the permanent establishment concerned was nothing more than an intermediary or agent (incurring limited risks and entitled to receive only a limited share of the resulting income) or, conversely, were given the role of intermediary or agent when in reality it was a principal. 20. It may therefore be concluded that accounting records and contemporaneous documentation that meet the above-mentioned requirements constitute a useful starting point for the purposes of attributing profits to a permanent establishment. Taxpayers are encouraged to prepare such documentation, as it may reduce substantially the potential for controversies. Section D-2 (vi)b) of Part I of the Report Attribution of Profits to Permanent Establishments discusses the conditions under which tax administrations would give effect to such documentation. 21. There may be a realisation of a taxable profit when an asset, whether or not trading stock, forming part of the business property of a permanent establishment situated within a State's territory is transferred to a permanent establishment or the head office of the same enterprise situated in another State. Article 7 allows the former 1 The original version of that report was approved by the Council of the OECD on 27 June 1995. Published in a full format as Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, OECD, Paris, 1995. COMMENTARY ON ARTICLE 7 161 MODEL TAX CONVENTION (CONDENSED VERSION) – ISBN 978-92-64-08948-8 – © OECD 2010 State to tax profits deemed to arise in connection with such a transfer. Such profits may be determined as indicated below. In cases where such transfer takes place, whether or not it is a permanent one, the question arises as to when taxable profits are realised. In practice, where such property has a substantial market value and is likely to appear on the balance sheet of the importing permanent establishment or other part of the enterprise after the taxation year during that in which the transfer occurred, the realisation of the taxable profits will not, so far as the enterprise as a whole is concerned, necessarily take place in the taxation year of the transfer under consideration. However, the mere fact that the property leaves the purview of a tax jurisdiction may trigger the taxation of the accrued gains attributable to that property as the concept of realisation depends on each country's domestic law. 22. Where the countries in which the permanent establishments operate levy tax on the profits accruing from an internal transfer as soon as it is made, even when these profits are not actually realised until a subsequent commercial year, there will be inevitably a time lag between the moment when tax is paid abroad and the moment it can be taken into account in the country where the enterprise's head office is located. A serious problem is inherent in the time lag, especially when a permanent establishment transfers fixed assets or — in the event that it is wound up — its entire operating equipment stock, to some other part of the enterprise of which it forms part. In such cases, it is up to the head office country to seek, on a case by case

basis, a bilateral solution with the outward country where there is serious risk of overtaxation. 23. Paragraph 3 of Article 5 sets forth a special rule for a fixed place of business that is a building site or a construction or installation project. Such a fixed place of business is a permanent establishment only if it lasts more than twelve months. Experience has shown that these types of permanent establishments can give rise to special problems in attributing income to them under Article 7. 24. These problems arise chiefly where goods are provided, or services performed, by the other parts of the enterprise or a related party in connection with the building site or construction or installation project. Whilst these problems can arise with any permanent establishment, they are particularly acute for building sites and construction or installation projects. In these circumstances, it is necessary to pay close attention to the general principle that income is attributable to a permanent establishment only when it results from activities carried on by the enterprise through that permanent establishment. 25. For example, where such goods are supplied by the other parts of the enterprise, the profits arising from that supply do not result from the activities carried on through the permanent establishment and are not attributable to it. Similarly, profits resulting from the provision of services (such as planning, designing, drawing blueprints, or rendering technical advice) by the parts of the enterprise operating outside the State where the permanent establishment is located do not result from the activities carried on through the permanent establishment and are not attributable to it. 26. Where, under paragraph 5 of Article 5, a permanent establishment of an enterprise of a Contracting State is deemed to exist in the other Contracting State by reason of the activities of a so-called dependent agent (see paragraph 32 of the Commentary on Article 5), the same principles used to attribute profits to other types of permanent establishment will apply to attribute profits to that deemed permanent establishment. As a first step, the activities that the dependent agent undertakes for the enterprise will be identified through a functional and factual analysis that will

COMMENTARY ON
ARTICLE 7 162 MODEL TAX CONVENTION (CONDENSED VERSION) – ISBN 978-92-64-08948-8 – © OECD 2010 determine the functions undertaken by the dependent agent both on its own account and on behalf of the enterprise. The dependent agent and the enterprise on behalf of which it is acting constitute two separate potential taxpayers. On the one hand, the dependent agent will derive its own income or profits from the activities that it performs on its own account for the enterprise; if the agent is itself a resident of either Contracting State, the provisions of the Convention (including Article 9 if that agent is an enterprise associated to the enterprise on behalf of which it is acting) will be relevant to the taxation of such income or profits. On the other hand, the deemed permanent establishment of the enterprise will be attributed the assets and risks of the enterprise relating to the functions performed by the dependent agent on behalf of that enterprise (i.e. the activities that the dependent agent undertakes for that enterprise), together with

sufficient capital to support those assets and risks. Profits will then be attributed to the deemed permanent establishment on the basis of those assets, risks and capital; these profits will be separate from, and will not include, the income or profits that are properly attributable to the dependent agent itself (see section D-5 of Part I of the Report Attribution of Profits to Permanent Establishments). Paragraph 3 27. This paragraph clarifies, in relation to the expenses of a permanent establishment, the general directive laid down in paragraph 2. The paragraph specifically recognises that in calculating the profits of a permanent establishment allowance is to be made for expenses, wherever incurred, that were incurred for the purposes of the permanent establishment. Clearly in some cases it will be necessary to estimate or to calculate by conventional means the amount of expenses to be taken into account. In the case, for example, of general administrative expenses incurred at the head office of the enterprise, it may be appropriate to take into account a proportionate part based on the ratio that the permanent establishment's turnover (or perhaps gross profits) bears to that of the enterprise as a whole. Subject to this, it is considered that the amount of expenses to be taken into account as incurred for the purposes of the permanent establishment should be the actual amount so incurred. The deduction allowable to the permanent establishment for any of the expenses of the enterprise attributed to it does not depend upon the actual reimbursement of such expenses by the permanent establishment. 28. It has sometimes been suggested that the need to reconcile paragraphs 2 and 3 created practical difficulties as paragraph 2 required that prices between the permanent establishment and the head office be normally charged on an arm's length basis, giving to the transferring entity the type of profit which it might have been expected to make were it dealing with an independent enterprise, whilst the wording of paragraph 3 suggested that the deduction for expenses incurred for the purposes of permanent establishments should be the actual cost of those expenses, normally without adding any profit element. 29. In fact, whilst the application of paragraph 3 may raise some practical difficulties, especially in relation to the separate enterprise and arm's length principles underlying paragraph 2, there is no difference of principle between the two paragraphs. Paragraph 3 indicates that in determining the profits of a permanent establishment, certain expenses must be allowed as deductions whilst paragraph 2 provides that the profits determined in accordance with the rule contained in paragraph 3 relating to the deduction of expenses must be those that a separate and distinct enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions would have made. COMMENTARY ON ARTICLE 7 163 MODEL TAX CONVENTION (CONDENSED VERSION) – ISBN 978-92-64-08948-8 – © OECD 2010 Thus, whilst paragraph 3 provides a rule applicable for the determination of the profits of the permanent establishment, paragraph 2 requires that the profits so determined correspond to the profits that a separate and independent enterprise would have made. 30. Also, paragraph 3 only determines which expenses should be

attributed to the permanent establishment for purposes of determining the profits attributable to that permanent establishment. It does not deal with the issue of whether those expenses, once attributed, are deductible when computing the taxable income of the permanent establishment since the conditions for the deductibility of expenses are a matter to be determined by domestic law, subject to the rules of Article 24 on Non-discrimination (in particular, paragraphs 3 and 4 of that Article).

31. In applying these principles to the practical determination of the profits of a permanent establishment, the question may arise as to whether a particular cost incurred by an enterprise can truly be considered as an expense incurred for the purposes of the permanent establishment, keeping in mind the separate and independent enterprise principles of paragraph 2. Whilst in general independent enterprises in their dealings with each other will seek to realise a profit and, when transferring property or providing services to each other, will charge such prices as the open market would bear, nevertheless, there are also circumstances where it cannot be considered that a particular property or service would have been obtainable from an independent enterprise or when independent enterprises may agree to share between them the costs of some activity which is pursued in common for their mutual benefit. In these particular circumstances, it may be appropriate to treat any relevant costs incurred by the enterprise as an expense incurred for the permanent establishment. The difficulty arises in making a distinction between these circumstances and the cases where a cost incurred by an enterprise should not be considered as an expense of the permanent establishment and the relevant property or service should be considered, on the basis of the separate and independent enterprises principle, to have been transferred between the head office and the permanent establishment at a price including an element of profit. The question must be whether the internal transfer of property and services, be it temporary or final, is of the same kind as those which the enterprise, in the normal course of its business, would have charged to a third party at an arm's length price, i.e. by normally including in the sale price an appropriate profit.

32. On the one hand, the answer to that question will be in the affirmative if the expense is initially incurred in performing a function the direct purpose of which is to make sales of a specific good or service and to realise a profit through a permanent establishment. On the other hand, the answer will be in the negative if, on the basis of the facts and circumstances of the specific case, it appears that the expense is initially incurred in performing a function the essential purpose of which is to rationalise the overall costs of the enterprise or to increase in a general way its sales.¹

33. Where goods are supplied for resale whether in a finished state or as raw materials or semi-finished goods, it will normally be appropriate for the provisions of paragraph 2 to apply and for the supplying part of the enterprise to be allocated a profit, measured by reference to arm's length principles. But there may be exceptions even here. One example might

be where goods are not supplied for resale but for 1 Internal transfers of financial assets, which are primarily relevant for banks and other financial institutions, raise specific issues which have been dealt with in Parts II and III of the Report Attribution of Profits to Permanent Establishments.COMMENTARY ON ARTICLE 7 164 MODEL TAX CONVENTION (CONDENSED VERSION) – ISBN 978-92-64-08948-8 – © OECD 2010 temporary use in the trade so that it may be appropriate for the parts of the enterprise which share the use of the material to bear only their share of the cost of such material e.g. in the case of machinery, the depreciation costs that relate to its use by each of these parts. It should of course be remembered that the mere purchase of goods does not constitute a permanent establishment (subparagraph 4d) of Article 5) so that no question of attribution of profit arises in such circumstances. 34. In the case of intangible rights, the rules concerning the relations between enterprises of the same group (e.g. payment of royalties or cost sharing arrangements) cannot be applied in respect of the relations between parts of the same enterprise. Indeed, it may be extremely difficult to allocate “ownership” of the intangible right solely to one part of the enterprise and to argue that this part of the enterprise should receive royalties from the other parts as if it were an independent enterprise. Since there is only one legal entity it is not possible to allocate legal ownership to any particular part of the enterprise and in practical terms it will often be difficult to allocate the costs of creation exclusively to one part of the enterprise. It may therefore be preferable for the costs of creation of intangible rights to be regarded as attributable to all parts of the enterprise which will make use of them and as incurred on behalf of the various parts of the enterprise to which they are relevant accordingly. In such circumstances it would be appropriate to allocate between the various parts of the enterprise the actual costs of the creation or acquisition of such intangible rights, as well as the costs subsequently incurred with respect to these intangible rights, without any mark-up for profit or royalty. In so doing, tax authorities must be aware of the fact that the possible adverse consequences deriving from any research and development activity (e.g. the responsibility related to the products and damages to the environment) shall also be allocated to the various parts of the enterprise, therefore giving rise, where appropriate, to a compensatory charge. 35. The area of services is the one in which difficulties may arise in determining whether in a particular case a service should be charged between the various parts of a single enterprise at its actual cost or at that cost plus a mark-up to represent a profit to the part of the enterprise providing the service. The trade of the enterprise, or part of it, may consist of the provision of such services and there may be a standard charge for their provision. In such a case it will usually be appropriate to charge a service at the same rate as is charged to the outside customer. 36. Where the main activity of a permanent establishment is to provide specific services to the enterprise to which it belongs and where these services provide a real advantage to the enterprise and their costs

represent a significant part of the expenses of the enterprise, the host country may require that a profit margin be included in the amount of the costs. As far as possible, the host country should then try to avoid schematic solutions and rely on the value of these services in the given circumstances of each case. 37. However, more commonly the provision of services is merely part of the general management activity of the company taken as a whole as where, for example, the enterprise conducts a common system of training and employees of each part of the enterprise benefit from it. In such a case it would usually be appropriate to treat the cost of providing the service as being part of the general administrative expenses of the enterprise as a whole which should be allocated on an actual cost basis to the various parts of the enterprise to the extent that the costs are incurred for the purposes of that

COMMENTARY ON ARTICLE 7 165 MODEL TAX CONVENTION (CONDENSED VERSION) – ISBN 978-92-64-08948-8 – © OECD 2010

part of the enterprise, without any mark-up to represent profit to another part of the enterprise. 38. The treatment of services performed in the course of the general management of an enterprise raises the question whether any part of the total profits of an enterprise should be deemed to arise from the exercise of good management. Consider the case of a company that has its head office in one country but carries on all its business through a permanent establishment situated in another country. In the extreme case it might well be that only the directors' meetings were held at the head office and that all other activities of the company apart from purely formal legal activities, were carried on in the permanent establishment. In such a case there is something to be said for the view that at least part of the profits of the whole enterprise arose from the skillful management and business acumen of the directors and that part of the profits of the enterprise ought, therefore, to be attributed to the country in which the head office was situated. If the company had been managed by a managing agency, then that agency would doubtless have charged a fee for its services and the fee might well have been a simple percentage participation in the profits of the enterprise. But whatever the theoretical merits of such a course, practical considerations weigh heavily against it. In the kind of case quoted the expenses of management would, of course, be set against the profits of the permanent establishment in accordance with the provisions of paragraph 3, but when the matter is looked at as a whole, it is thought that it would not be right to go further by deducting and taking into account some notional figure for "profits of management". In cases identical to the extreme case mentioned above, no account should therefore be taken in determining taxable profits of the permanent establishment of any notional figure such as profits of management. 39. It may be, of course, that countries where it has been customary to allocate some proportion of the total profits of an enterprise to the head office of the enterprise to represent the profits of good management will wish to continue to make such an allocation. Nothing in the Article is designed to prevent this.

Nevertheless it follows from what is said in paragraph 38 above that a country in which a permanent establishment is situated is in no way required to deduct when calculating the profits attributable to that permanent establishment an amount intended to represent a proportionate part of the profits of management attributable to the head office. 40. It might well be that if the country in which the head office of an enterprise is situated allocates to the head office some percentage of the profits of the enterprise only in respect of good management, while the country in which the permanent establishment is situated does not, the resulting total of the amounts charged to tax in the two countries would be greater than it should be. In any such case the country in which the head office of the enterprise is situated should take the initiative in arranging for such adjustments to be made in computing the taxation liability in that country as may be necessary to ensure that any double taxation is eliminated. 41. The treatment of interest charges raises particular issues. First, there might be amounts which, under the name of interest, are charged by a head office to its permanent establishment with respect to internal “loans” by the former to the latter. Except for financial enterprises such as banks, it is generally agreed that such internal “interest” need not be recognised. This is because: —From the legal standpoint, the transfer of capital against payment of interest and an undertaking to repay in full at the due date is really a formal act incompatible with the true legal nature of a permanent establishment.

COMMENTARY ON ARTICLE 7 166 MODEL TAX CONVENTION (CONDENSED VERSION) – ISBN 978-92-64-08948-8 – © OECD 2010 —From the economic standpoint, internal debts and receivables may prove to be non-existent, since if an enterprise is solely or predominantly equity funded it ought not to be allowed to deduct interest charges that it has manifestly not had to pay. Whilst, admittedly, symmetrical charges and returns will not distort the enterprise’s overall profits, partial results may well be arbitrarily changed. 42. For these reasons, the ban on deductions for internal debts and receivables should continue to apply generally, subject to the special situation of banks, as mentioned below. 43. A different issue, however, is that of the deduction of interest on debts actually incurred by the enterprise. Such debts may relate in whole or in part to the activities of the permanent establishment; indeed, loans contracted by an enterprise will serve either the head office, the permanent establishment or both. The question that arises in relation to these debts is how to determine the part of the interest that should be deducted in computing the profits attributable to the permanent establishment. 44. The approach suggested in this Commentary before 1994, namely the direct and indirect apportionment of actual debt charges, did not prove to be a practical solution, notably since it was unlikely to be applied in a uniform manner. Also, it is well known that the indirect apportionment of total interest payment charges, or of the part of interest that remains after certain direct allocations, comes up against practical difficulties. It is also well known that direct

apportionment of total interest expense may not accurately reflect the cost of financing the permanent establishment because the taxpayer may be able to control where loans are booked and adjustments may need to be made to reflect economic reality, in particular the fact that an independent enterprise would normally be expected to have a certain level of “free” capital. 45. Consequently, the majority of member countries consider that it would be preferable to look for a practicable solution that would take into account a capital structure appropriate to both the organization and the functions performed. This appropriate capital structure will take account of the fact that in order to carry out its activities, the permanent establishment requires a certain amount of funding made up of “free” capital and interest bearing debt. The objective is therefore to attribute an arm’s length amount of interest to the permanent establishment after attributing an appropriate amount of “free” capital in order to support the functions, assets and risks of the permanent establishment. Under the arm’s length principle a permanent establishment should have sufficient capital to support the functions it undertakes, the assets it economically owns and the risks it assumes. In the financial sector regulations stipulate minimum levels of regulatory capital to provide a cushion in the event that some of the risks inherent in the business crystallise into financial loss. Capital provides a similar cushion against crystallisation of risk in non-financial sectors. 46. As explained in section D-2 (v)b) of Part I of the Report Attribution of Profits to Permanent Establishments, there are different acceptable approaches for attributing “free” capital that are capable of giving an arm’s length result. Each approach has its own strengths and weaknesses, which become more or less material depending on the facts and circumstances of particular cases. Different methods adopt different starting points for determining the amount of “free” capital attributable to a permanent establishment, which either put more emphasis on the actual structure of the enterprise of which the permanent establishment is a part or alternatively, on the capital structures of comparable independent enterprises. The key to attributing “free” capital is to recognise: COMMENTARY ON ARTICLE 7 167 MODEL TAX CONVENTION (CONDENSED VERSION) – ISBN 978-92-64-08948-8 – © OECD 2010 – the existence of strengths and weaknesses in any approach and when these are likely to be present; —that there is no single arm’s length amount of “free” capital, but a range of potential capital attributions within which it is possible to find an amount of “free” capital that can meet the basic principle set out above. 47. It is recognised, however, that the existence of different acceptable approaches for attributing “free” capital to a permanent establishment which are capable of giving an arm’s length result can give rise to problems of double taxation. The main concern, which is especially acute for financial institutions, is that if the domestic law rules of the State where the permanent establishment is located and of the State of the enterprise require different acceptable approaches for attributing an arm’s length amount of free capital to the permanent establishment, the amount of

profits calculated by the State of the permanent establishment may be higher than the amount of profits calculated by the State of the enterprise for purposes of relief of double taxation. 48. Given the importance of that issue, the Committee has looked for a practical solution. OECD member countries have therefore agreed to accept, for the purposes of determining the amount of interest deduction that will be used in computing double taxation relief, the attribution of capital derived from the application of the approach used by the State in which the permanent establishment is located if the following two conditions are met: first, if the difference in capital attribution between that State and the State of the enterprise results from conflicting domestic law choices of capital attribution methods, and second, if there is agreement that the State in which the permanent establishment is located has used an authorised approach to the attribution of capital and there is also agreement that that approach produces a result consistent with the arm's length principle in the particular case. OECD member countries consider that they are able to achieve that result either under their domestic law, through the interpretation of Articles 7 and 23 or under the mutual agreement procedure of Article 25 and, in particular, the possibility offered by that Article to resolve any issues concerning the application or interpretation of their tax treaties. 49. As already mentioned, special considerations apply to internal interest charges on advances between different parts of a financial enterprise (e.g. a bank), in view of the fact that making and receiving advances is closely related to the ordinary business of such enterprises. This problem, as well as other problems relating to the application of Article 7 to the permanent establishments of banks and enterprises carrying on global trading, is discussed in Parts II and III of the Report Attribution of Profits to Permanent Establishments. 50. The determination of the investment assets attributable to a permanent establishment through which insurance activities are carried on also raises particular issues, which are discussed in Part IV of the Report. 51. It is usually found that there are, or there can be constructed, adequate accounts for each part or section of an enterprise so that profits and expenses, adjusted as may be necessary, can be allocated to a particular part of the enterprise with a considerable degree of precision. This method of allocation is, it is thought, to be preferred in general wherever it is reasonably practicable to adopt it. There are, however, circumstances in which this may not be the case and paragraphs 2 and 3 are in no way intended to imply that other methods cannot properly be adopted where appropriate in order to arrive at the profits of a permanent establishment on a "separate enterprise" footing. It may well be, for example, that profits of insurance enterprises can most conveniently be ascertained by special methods of computation, e.g. by applying appropriate coefficients to gross premiums received from policy holders in the country concerned. Again, in the case of a relatively small enterprise operating on

both sides of the border between two countries, there may be no proper accounts for the permanent establishment nor means of constructing them. There may, too, be other cases where the affairs of the permanent establishment are so closely bound up with those of the head office that it would be impossible to disentangle them on any strict basis of branch accounts. Where it has been customary in such cases to estimate the arm's length profit of a permanent establishment by reference to suitable criteria, it may well be reasonable that that method should continue to be followed, notwithstanding that the estimate thus made may not achieve as high a degree of accurate measurement of the profit as adequate accounts. Even where such a course has not been customary, it may, exceptionally, be necessary for practical reasons to estimate the arm's length profits based on other methods. Paragraph 4 52. It has in some cases been the practice to determine the profits to be attributed to a permanent establishment not on the basis of separate accounts or by making an estimate of arm's length profit, but simply by apportioning the total profits of the enterprise by reference to various formulae. Such a method differs from those envisaged in paragraph 2, since it contemplates not an attribution of profits on a separate enterprise footing, but an apportionment of total profits; and indeed it might produce a result in figures which would differ from that which would be arrived at by a computation based on separate accounts. Paragraph 4 makes it clear that such a method may continue to be employed by a Contracting State if it has been customary in that State to adopt it, even though the figure arrived at may at times differ to some extent from that which would be obtained from separate accounts, provided that the result can fairly be said to be in accordance with the principles contained in the Article. It is emphasised, however, that in general the profits to be attributed to a permanent establishment should be determined by reference to the establishment's accounts if these reflect the real facts. It is considered that a method of allocation which is based on apportioning total profits is generally not as appropriate as a method which has regard only to the activities of the permanent establishment and should be used only where, exceptionally, it has as a matter of history been customary in the past and is accepted in the country concerned both by the taxation authorities and taxpayers generally there as being satisfactory. It is understood that paragraph 4 may be deleted where neither State uses such a method. Where, however, Contracting States wish to be able to use a method which has not been customary in the past the paragraph should be amended during the bilateral negotiations to make this clear. 53. It would not, it is thought, be appropriate within the framework of this Commentary to attempt to discuss at length the many various methods involving apportionment of total profits that have been adopted in particular fields for allocating profits. These methods have been well documented in treatises on international taxation. It may, however, not be out of place to summarise briefly some of the main types and to lay down some very general directives for their use.

54. The essential character of a method involving apportionment of total profits is that a proportionate part of the profits of the whole enterprise is allocated to a part thereof, all parts of the enterprise being assumed to have contributed on the basis of COMMENTARY ON ARTICLE 7 169 MODEL TAX CONVENTION (CONDENSED VERSION) – ISBN 978-92-64-08948-8 – © OECD 2010 the criterion or criteria adopted to the profitability of the whole. The difference between one such method and another arises for the most part from the varying criteria used to determine what is the correct proportion of the total profits. It is fair to say that the criteria commonly used can be grouped into three main categories, namely those which are based on the receipts of the enterprise, its expenses or its capital structure. The first category covers allocation methods based on turnover or on commission, the second on wages and the third on the proportion of the total working capital of the enterprise allocated to each branch or part. It is not, of course, possible to say *in vacuo* that any of these methods is intrinsically more accurate than the others; the appropriateness of any particular method will depend on the circumstances to which it is applied. In some enterprises, such as those providing services or producing proprietary articles with a high profit margin, net profits will depend very much on turnover. For insurance enterprises it may be appropriate to make an apportionment of total profits by reference to premiums received from policy holders in each of the countries concerned. In the case of an enterprise manufacturing goods with a high cost raw material or labour content, profits may be found to be related more closely to expenses. In the case of banking and financial concerns the proportion of total working capital may be the most relevant criterion. It is considered that the general aim of any method involving apportionment of total profits ought to be to produce figures of taxable profit that approximate as closely as possible to the figures that would have been produced on a separate accounts basis, and that it would not be desirable to attempt in this connection to lay down any specific directive other than that it should be the responsibility of the taxation authority, in consultation with the authorities of other countries concerned, to use the method which in the light of all the known facts seems most likely to produce that result.

55. The use of any method which allocates to a part of an enterprise a proportion of the total profits of the whole does, of course, raise the question of the method to be used in computing the total profits of the enterprise. This may well be a matter which will be treated differently under the laws of different countries. This is not a problem which it would seem practicable to attempt to resolve by laying down any rigid rule. It is scarcely to be expected that it would be accepted that the profits to be apportioned should be the profits as they are computed under the laws of one particular country; each country concerned would have to be given the right to compute the profits according to the provisions of its own laws. Paragraph 5 56. In paragraph 4 of Article 5 there are listed a number of examples of activities which, even though carried on at a fixed place of business, are deemed *notto* be included in

the term “permanent establishment”. In considering rules for the allocation of profits to a permanent establishment the most important of these examples is the activity mentioned in paragraph 5 of this Article, i.e. the purchasing office. 57. Paragraph 5 is not, of course, concerned with the organisation established solely for purchasing; such an organisation is not a permanent establishment and the profits allocation provisions of this Article would not therefore come into play. The paragraph is concerned with a permanent establishment which, although carrying on other business, also carries on purchasing for its head office. In such a case the paragraph provides that the profits of the permanent establishment shall not be increased by adding to them a notional figure for profits from purchasing. It follows, of course, that

COMMENTARY ON ARTICLE 7 170 MODEL TAX CONVENTION
(CONDENSED VERSION) – ISBN 978-92-64-08948-8 – © OECD 2010

any expenses that arise from the purchasing activities will also be excluded in calculating the taxable profits of the permanent establishment. Paragraph 6 58. This paragraph is intended to lay down clearly that a method of allocation once used should not be changed merely because in a particular year some other method produces more favourable results. One of the purposes of a double taxation convention is to give an enterprise of a Contracting State some degree of certainty about the tax treatment that will be accorded to its permanent establishment in the other Contracting State as well as to the part of it in its home State which is dealing with the permanent establishment; for this reason, paragraph 6 gives an assurance of continuous and consistent tax treatment. Paragraph 7 59. Although it has not been found necessary in the Convention to define the term “profits”, it should nevertheless be understood that the term when used in this Article and elsewhere in the Convention has a broad meaning including all income derived in carrying on an enterprise. Such a broad meaning corresponds to the use of the term made in the tax laws of most OECD member countries. 60. This interpretation of the term “profits”, however, may give rise to some uncertainty as to the application of the Convention. If the profits of an enterprise include categories of income which are treated separately in other Articles of the Convention, e.g. dividends, it may be asked whether the taxation of those profits is governed by the special Article on dividends etc., or by the provisions of this Article. 61. To the extent that an application of this Article and the special Article concerned would result in the same tax treatment, there is little practical significance to this question. Further, it should be noted that some of the special Articles contain specific provisions giving priority to a specific Article (cf. paragraph 4 of Article 6, paragraph 4 of Articles 10 and 11, paragraph 3 of Article 12, and paragraph 2 of Article 21). 62. It has seemed desirable, however, to lay down a rule of interpretation in order to clarify the field of application of this Article in relation to the other Articles dealing with a specific category of income. In conformity with the practice generally adhered to in existing bilateral conventions, paragraph 7 gives first preference to the special Articles on dividends, interest etc. It follows from the rule

that this Article will be applicable to business profits which do not belong to categories of income covered by the special Articles, and, in addition, to dividends, interest etc. which under paragraph 4 of Articles 10 and 11, paragraph 3 of Article 12 and paragraph 2 of Article 21, fall within this Article (cf. paragraphs 12 to 18 of the Commentary on Article 12 which discuss the principles governing whether, in the particular case of computer software, payments should be classified as business profits within Article 7 or as a capital gain within Article 13 on the one hand or as royalties within Article 12 on the other). It is understood that the items of income covered by the special Articles may, subject to the provisions of the Convention, be taxed either separately, or as business profits, in conformity with the tax laws of the Contracting States. 63. It is open to Contracting States to agree bilaterally upon special explanations or definitions concerning the term “profits” with a view to clarifying the distinction between this term and e.g. the concept of dividends. It may in particular be found appropriate to do so where in a convention under negotiation a deviation has been made from the definitions in the special Articles on dividends, interest and royalties. It COMMENTARY ON ARTICLE 7 171 MODEL TAX CONVENTION (CONDENSED VERSION) – ISBN 978-92-64-08948-8 – © OECD 2010 may also be deemed desirable if the Contracting States wish to place on notice, that, in agreement with the domestic tax laws of one or both of the States, the term “profits” includes special classes of receipts such as income from the alienation or the letting of a business or of movable property used in a business. In this connection it may have to be considered whether it would be useful to include also additional rules for the allocation of such special profits. 64. It should also be noted that, whilst the definition of “royalties” in paragraph 2 of Article 12 of the 1963 Draft Convention and 1977 Model Convention included payments “for the use of, or the right to use, industrial, commercial, or scientific equipment”, the reference to these payments was subsequently deleted from that definition in order to ensure that income from the leasing of industrial, commercial or scientific equipment, including the income from the leasing of containers, falls under the provisions of Article 7 rather than those of Article 12, a result that the Committee on Fiscal Affairs considers to be appropriate given the nature of such income. Observations on the Commentary 65. Italy and Portugal deem as essential to take into consideration that — irrespective of the meaning given to the fourth sentence of paragraph 8 — as far as the method for computing taxes is concerned, national systems are not affected by the new wording of the model, i.e. by the elimination of Article 14.