



L'estratto che stai visualizzando
è tratto da un volume pubblicato su
ShopWki - La libreria del professionista

[VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO](#)

Art. 1 - PERSONS COVERED

This Convention shall apply to persons who are residents of one or both of the Contracting States.

Art. 1 - SOGGETTI¹

La presente convenzione si applica alle persone che sono residenti di uno o di entrambi gli Stati contraenti.

COMMENTO

Il paragrafo 1 del Commentario all'art. 1 del Modello OCSE rileva che le Convenzioni più recenti sono applicabili ai «residenti» dei due Stati contraenti, senza distinzione alcuna in termini di nazionalità (a differenza dei primi trattati stipulati, che si applicavano in genere ai «cittadini» degli Stati contraenti). Alcuni trattati prevedono un campo di applicazione più ampio che si estende ai «contribuenti» degli Stati contraenti, cioè a persone che sono soggette ad imposte su parte del loro reddito in ognuno degli Stati contraenti, pur non essendo residenti in alcuno di essi.

Il Modello OCSE e la totalità dei trattati stipulati dall'Italia attualmente in vigore, conformemente al Modello OCSE, prevedono l'applicazione del trattato ai soggetti:

- persone fisiche (come definite dall'art. 3, paragrafo 1, lett. a),
- residenti (come definiti dall'art. 4, paragrafo 1).

Il requisito soggettivo del campo di applicazione del Modello OCSE si compone di due elementi, entrambi necessari:

- la personalità (fisica o giuridica);
- la residenza in uno dei due Stati contraenti.

PERSONALITÀ

Per quanto concerne il primo requisito, occorre premettere che il Modello OCSE, fa riferimento solo alle persone (da intendersi quali persone fisiche e giuridiche).

Il Commentario all'art. 1 del Modello OCSE fornisce ulteriori considerazioni sulla soggettività delle *partnership* ai fini della Convenzione².

Applicabilità della Convenzione alla partnership

Ai sensi dell'art. 1, un soggetto, per beneficiare della convenzione, deve essere:

- una «persona», così come definita dall'art. 3;
- un «residente» di uno o di entrambi gli Stati contraenti ai sensi dell'art. 4³.

Secondo la versione del Commentario, le partnership rientrano nella definizione di persona con riferimento all'art. 3, paragrafo 1, lettera a) e, in particolare, possono essere ricomprese nei termini «società» o «altra associazione di persone»⁴.

¹ Originally published by OECD in English in: OECD (2010), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2010*, OECD Publishing, http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2010-en. The OECD does not guarantee the accuracy of the translation and accepts no responsibility whatsoever for any consequence of its interpretation or use.

² Le modifiche al Commentario accolgono le conclusioni contenute nel rapporto OCSE, «The application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships», 20 gennaio 1999. Cfr. sul punto Piazza, «Guida alla fiscalità internazionale», Milano, 2001, p. 4030.

³ Si veda anche la circolare ministeriale 306/E del 23 dicembre 1996, Cap. VIII, par. 8.

⁴ Ai sensi dell'art. 4, comma 1, l'espressione «residente di uno Stato contraente» designa ogni persona che, in virtù della legislazione di detto Stato, è assoggettata ad imposta nello stesso Stato, a motivo del suo domicilio,

La residenza ai fini del trattato, invece, deve essere indagata in relazione alla soggettività passiva d'imposta in uno degli Stati contraenti, ai sensi dell'art. 4, paragrafo 1⁵, del Modello OCSE.

Al riguardo, il Commentario fissa una regola di base⁶ quale punto di partenza per la risoluzione della problematica.

Nel caso in cui una *partnership* sia considerata quale società o sia assoggettata a tassazione in ugual modo, è il residente dello Stato contraente che assoggetta a tassazione la *partnership* sulla base dei principi menzionati nel paragrafo 1 dell'articolo 4 del Modello OCSE. Qualora, invece, una *partnership* sia considerata fiscalmente trasparente in uno Stato, essa non è «assoggettata a tassazione» in tale Stato ai sensi del citato paragrafo 1 dell'articolo 4, e non può quindi considerarsi ivi residente. In quest'ultimo caso, l'applicazione del Modello OCSE alla *partnership* in quanto tale dovrebbe essere negata, a meno che la singola convenzione contro le doppie imposizioni non preveda disposizioni speciali in materia di *partnerships*. Ogniqualevolta l'applicazione del Modello OCSE venga negata, i *partners* dovrebbero essere legittimati ad invocare i benefici della convenzione contro le doppie imposizioni stipulata dagli Stati di cui sono residenti, in relazione alla quota di reddito della *partnership* ad essi imputabile, a condizione che il reddito della *partnership* sia a loro attribuito ai fini dell'imposizione nello Stato di residenza.

La relazione esistente tra la legittimazione di una *partnership* di usufruire dei benefici convenzionali e quella dei *partners* solleva ulteriori questioni.

Una di esse riguarda l'effetto che l'applicazione delle disposizioni convenzionali ad una *partnership* può avere sull'imposizione dei *partners*. Nel caso in cui una *partnership* sia considerata residente di uno Stato contraente, le disposizioni convenzionali che limitano la potestà impositiva dell'altro Stato contraente sul reddito della *partnership* non hanno parimenti la facoltà di limitare il diritto dell'altro Stato contraente di assoggettare a tassazione la quota del reddito della *partnership* imputata ai *partners* ivi residenti⁷.

Un secondo aspetto riguarda l'effetto delle disposizioni convenzionali sulla potestà impositiva di uno Stato contraente in relazione al reddito prodotto sul suo territorio laddove la legittimazione ai benefici convenzionalmente previsti differisca per i *partners* e per la *partnership*. Se, in via esemplificativa, lo Stato della fonte considera la *partnership* trasparente ai fini fiscali e, conseguentemente, assoggetta ad imposizione i *partners* sulla rispettiva quota del reddito della *partnership*, un *partner*, residente di uno Stato che assoggetta ad imposta la *partnership* alla stessa stregua delle società per azioni non può usufruire dei benefici convenzionali in relazione alla quota del reddito della *partnership* che lo Stato della fonte assoggetta ad imposizione in capo al *partner*. Ciò, in quanto tale reddito, nonostante sia imputato alla persona che invoca i benefici convenzionali in base alla legislazione dello Stato della fonte, non è imputato anche ai fini della determinazione della sottoposizione a tassazione in relazione a quell'elemento di reddito di detta persona nel suo Stato di residenza⁸.

Qualora il reddito sia «transitato» da una *partnership* trasparente ai *partners* i quali sono assoggettati ad imposta su detto reddito nel loro Stato di residenza, si può considerare che tale reddito sia stato «attribuito» ai *partners* in quanto è ad essi – e non alla *partnership* – che il reddito è imputato ai fini dell'imposizione nello Stato di residenza. I *partners*, in tali

della sua residenza, della sede della sua direzione, o di ogni altro criterio di natura analoga, incluso quello stesso Stato ed ogni sua suddivisione politica o autorità locale (...)

⁵ Paragrafo 6.3.

⁶ Paragrafo 5.

⁷ Alcuni Stati possono includere nelle loro convenzioni una disposizione che confermi espressamente il diritto di uno Stato contraente ad assoggettare a tassazione i *partners* in relazione alla rispettiva quota di reddito di una *partnership* considerata residente dell'altro Stato.

⁸ Ciò dovrebbe valere anche qualora, in base alla legislazione interna dello Stato della fonte, la *partnership* non venga considerata trasparente ai fini fiscali, bensì quale soggetto passivo distinto al quale il reddito sia imputato. Tale conclusione si basa sul principio secondo cui lo Stato della fonte deve tenere in considerazione il regime fiscale applicabile all'elemento di reddito prodotto sul suo territorio nello Stato ove la persona che invoca i benefici convenzionali è residente.

circostanze, soddisfano quindi la condizione in base alla quale il reddito in questione deve essere «attribuito» ad un residente dell'altro Stato contraente. Tale interpretazione evita che vengano negati i benefici convenzionali al reddito della *partnership* sulla base del fatto che né la *partnership*, in quanto non soddisfa il requisito della residenza, né i *partners*, in quanto il reddito non è da loro percepito, possono invocare i suindicati benefici con riferimento a tale reddito. La condizione in virtù della quale il reddito deve essere attribuito a, o percepito da, un residente, dovrebbe essere considerata soddisfatta anche nel caso in cui, in applicazione della legislazione interna dello Stato della fonte, la *partnership* non sia considerata trasparente ai fini fiscali, a condizione che questa non sia effettivamente considerata residente dello Stato della fonte.

Le ipotesi riguardanti *partnerships* che coinvolgono più di due Stati sollevano alcune criticità ai fini della determinazione della legittimazione ai benefici convenzionali. Nel caso in cui un *partner* sia residente di uno Stato, la *partnership* è costituita in un altro Stato e la quota del reddito della *partnership* imputata al *partner* provenga da uno Stato terzo, questi può invocare i benefici della convenzione tra lo Stato di residenza e lo Stato della fonte del reddito a condizione che il reddito della *partnership* sia ad egli imputato ai fini dell'imposizione nello Stato di residenza. Se la *partnership* è assoggettata ad imposta nello Stato in cui è costituita, essa può invocare i benefici della convenzione tra lo Stato in cui è stata costituita e lo Stato della fonte. In questi casi di cd. «*doppia legittimazione*», lo Stato della fonte non può prelevare un'imposta incompatibile con le disposizioni di entrambe le convenzioni: ad ogni modo, trova applicazione l'imposta con aliquota inferiore⁹.

Ulteriori criticità possono derivare dalle differenze con cui gli Stati applicano il principio della trasparenza fiscale. Qualora uno Stato ritenga che una *partnership* non sia residente di uno Stato contraente in quanto non assoggettata a tassazione, mentre i *partners* sono assoggettati a tassazione nel rispettivo Stato di residenza sulla quota del reddito ad essi attribuito, ci si attende che tale Stato applichi le disposizioni convenzionali come se detto reddito fosse stato percepito direttamente dai *partners*.

Esempio

Una *partnership* P è localizzata nello Stato X, in cui risiedono anche i soci A e B. Un soggetto residente nello Stato Y corrisponde interessi alla *partnership*, non attribuibili ad una stabile organizzazione di P in Y. Tanto lo Stato X che lo Stato Y considerano la *partnership* P fiscalmente trasparente.

In questo caso, in relazione a quanto anticipato in precedenza, P (fiscalmente trasparente) non è un soggetto passivo d'imposta in X e non potrà beneficiare della Convenzione tra X ed Y. Tuttavia, occorre valutare l'applicabilità della convenzione tra X e Y ai soci della *partnership*. Infatti, i soci di P, assoggettati ad imposta dallo Stato X sul reddito della *partnership* loro imputato, possono essere considerati residenti ai fini della Convenzione tra X ed Y e, quindi, legittimati a chiedere la protezione del trattato.

In relazione a tale fattispecie, è da osservare che, talvolta, l'applicazione di una clausola della convenzione prevede che il reddito sia «pagato a un residente dell'altro Stato contraente». Nell'esempio illustrato, si rende applicabile l'art. 11, «Interessi», il cui comma 1 dispone che «Gli interessi provenienti da uno Stato contraente e pagati ad un residente dell'altro Stato contraente,

⁹ Gli Stati contraenti possono prevedere l'introduzione di disposizioni speciali che disciplinino la legittimazione ai benefici convenzionali nei casi in cui risultano coinvolti più di due Stati. Tali disposizioni hanno l'obiettivo di assicurare una corretta e più agevole gestione della concessione dei benefici convenzionali. I benefici convenzionali previsti dalla convenzione intercorrente tra lo Stato dove la *partnership* è costituita e lo Stato della fonte non possono essere invocati se la *partnership* è considerata fiscalmente trasparente nello Stato in cui è costituita. Analogamente, i benefici convenzionali previsti dalla convenzione tra lo Stato di residenza del *partner* e lo Stato della fonte non possono essere concessi se il reddito della *partnership* non è imputato al *partner* in forza della legislazione fiscale dello Stato di residenza di quest'ultimo. Qualora la *partnership* sia considerata fiscalmente trasparente nello Stato in cui è costituita ed il suo reddito non sia imputato al *partner* in forza della legislazione fiscale dello Stato di residenza di questi, lo Stato della fonte può assoggettare a tassazione illimitatamente il reddito della *partnership* attribuito al *partner*.

Parte II - Analisi del Modello OCSE

sono tassati in quest'altro Stato». Tale disposizione potrebbe ostacolare l'applicazione della norma ai soci, in quanto gli interessi sono stati «pagati» alla *partnership*. Invece, secondo l'OCSE, il termine «pagati» non va inteso nella sua accezione strettamente letterale, ma va interpretato nel senso di attribuzione fiscale del reddito. Dunque, gli interessi corrisposti alla *partnership* possono essere considerati «pagati» ai soci, in quanto imputati fiscalmente a questi ultimi per effetto della trasparenza e, pertanto, essi sono legittimati a chiedere l'applicazione dell'art. 11.

Nell'esempio appena esposto, entrambi gli Stati contraenti considerano la *partnership* fiscalmente trasparente. Può accadere che tali Stati, sulla base delle rispettive legislazioni domestiche, presentino posizioni differenti in ordine alla «trasparenza» fiscale della *partnership*. In questo caso, l'applicazione dei principi illustrati risulta più complessa. Le differenti fattispecie che, in concreto, possono configurarsi, sono sintetizzate dalla tavola 1:

Tavola 1 - Trattamento fiscale della partnership sulla base della legislazione interna dei singoli Stati

	X (Stato in cui è localizzata la <i>partnership</i>)	Y (Stato della fonte del reddito conseguito dalla <i>partnership</i>)	Z (Stato di residenza dei soci della <i>partnership</i>)
A	T	T	T
B	NT	T	T
C	NT	NT	T
D	NT	NT	NT
E	T	NT	NT
F	T	NT	T
G	T	T	NT
H	NT	T	NT

T= Partnership considerata fiscalmente trasparente;
NT= Partnership non considerata fiscalmente trasparente.

Con riferimento all'ipotesi A, la situazione è identica a quella dell'esempio già illustrato, eccetto per i soci, che sono residenti in un terzo stato Z il quale, sulla base della propria legislazione interna, considera la *partnership* P, localizzata in X, trasparente.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, *mutatis mutandis*, si può osservare che non è possibile l'applicazione della convenzione tra X e Y, in quanto la *partnership* non è soggetto passivo d'imposta in X, ma i soci residenti in Z saranno legittimati a chiedere l'applicazione della convenzione tra Y e Z, in quanto soggetti passivi d'imposta in Z sul reddito della *partnership* loro imputato.

Considerando le ipotesi D, E e G, si rileva che lo Stato di residenza dei soci Z non considera la *partnership* localizzata in X fiscalmente «trasparente». Di conseguenza, lo Stato Z non assoggetta ad imposta, in capo ai soci, i redditi conseguiti dalla *partnership*. I soci, dunque, non essendo assoggettati ad imposta nello Stato Z, non saranno legittimati a chiedere l'applicazione della convenzione tra Y e Z.

Con riferimento al caso F, invece, potrebbe verificarsi un conflitto nell'applicazione della convenzione tra lo Stato di localizzazione della *partnership* e lo Stato della fonte, a causa del divergente trattamento fiscale della società da parte delle rispettive legislazioni domestiche. Del resto, secondo parte della dottrina¹⁰, lo Stato della fonte e lo Stato in cui è localizzata la *partnership* (o i soci), possono, indipendentemente l'uno dall'altro, stabilire il significato di un termine non definito dalla convenzione facendo riferimento alle rispettive legislazioni domestiche (art. 3, comma 2 Modello OCSE).

¹⁰ Cfr. Shaffner, «The OECD Report on the Application of Tax Treaties to Partnership», in *Bulletin*, Maggio 2000.

Quando lo Stato della fonte considera la *partnership* dello Stato X non trasparente¹¹, il contribuente che percepisce il reddito è la *partnership* stessa, in quanto soggetto passivo d'imposta. Di conseguenza, secondo lo Stato della fonte, i soci non sarebbero legittimati a chiedere l'applicazione della convenzione tra Stato Y e stato Z, in quanto non sono i soggetti a cui è stato «pagato» il reddito.

D'altro canto, lo Stato in cui è localizzata la *partnership*, come esaminato in precedenza, non considera la società fiscalmente «trasparente» un soggetto idoneo a chiedere la protezione del trattato tra lo Stato X e lo Stato Y.

Quest'impostazione porterebbe alla doppia imposizione del reddito da parte dello Stato della fonte e da parte dello Stato di residenza dei soci.

L'OCSE non ha ritenuto di adottare quest'interpretazione, ritenendo al contrario che, nel caso in cui il reddito percepito della *partnership* localizzata in uno Stato sia imputato per «trasparenza» ai soci in virtù della legislazione di detto Stato, i soci dovrebbero comunque essere legittimati a chiedere l'applicazione delle Convenzioni concluse dallo Stato in cui risiedono, anche se, in base alla legislazione interna dello Stato della fonte, la *partnership* è considerata non trasparente. Lo Stato della fonte, ai fini dell'applicazione della Convenzione, non potrebbe opporre la diversa caratterizzazione della *partnership* derivante dalla propria legislazione interna, ma dovrebbe accettare il trattamento fiscale attribuito dallo Stato in cui risiede il soggetto che richiede l'applicazione del trattato.

L'OCSE giunge a tale conclusione, principalmente, sulla base delle seguenti considerazioni:

- la regola di cui all'art. 3, paragrafo 2, riguardo ai termini non definiti dalla Convenzione, non è rilevante ai fini della questione in esame. Infatti, per stabilire se un soggetto sia residente ai fini convenzionali in uno degli Stati contraenti, occorre definire, secondo le leggi interne, i termini che indicano i criteri di collegamento tra contribuente e Stato contraente (assoggettamento ad imposta a motivo del domicilio, residenza, ecc.), ma non il termine «trasparenza». Dunque, quel che rileva per stabilire la soggettività passiva d'imposta della *partnership* (o dei soci) in uno Stato contraente, è verificare se detto Stato assoggetti ad imposta o meno tali soggetti in quanto ivi domiciliati, residenti, ecc. D'altra parte, il fatto che, secondo la legislazione interna dello Stato della fonte, la *partnership* deve essere trattata fiscalmente in modo diverso da quello ad essa riservata dallo Stato in cui essa è localizzata, o dallo Stato di residenza dei soci, non rileva ai fini del processo interpretativo di cui all'art. 4, comma 1, appena descritto;

- in ogni caso, un'interpretazione basata sulle legislazioni interne che dovesse portare ad escludere l'applicazione della Convenzione ad un reddito tassato in capo ai residenti di uno Stato, sarebbe contraria alle finalità della Convenzione stessa; pertanto, il contesto della Convenzione richiederebbe una differente interpretazione.

In conclusione, ai fini dell'individuazione dei soggetti che possono chiedere la protezione del trattato, i principi enunciati possono essere così riassunti:

- la *partnership*, considerata trasparente dallo Stato in cui è localizzata, non è legittimata a chiedere la protezione del trattato;
- la *partnership* non considerata trasparente dallo Stato in cui è localizzata è legittimata a chiedere la protezione del trattato;
- i soci considerati soggetti d'imposta a motivo della trasparenza della *partnership* (secondo la legge dello Stato in cui risiedono), sono legittimati a chiedere l'applicazione della Convenzione tra il loro Stato di residenza e lo Stato della fonte;
- i soci, non considerati soggetti d'imposta in quanto, secondo la legge dello Stato in cui risiedono, la *partnership* non è considerata trasparente, non sono legittimati a chiedere l'applicazione della Convenzione tra il loro Stato di residenza e lo Stato della fonte;
- la caratterizzazione della *partnership* secondo la legge interna dello Stato della fonte è irrilevante ai fini dell'individuazione dei soggetti idonei a chiedere l'applicazione della Convenzione.

¹¹ È il caso dell'Italia. Infatti, il principio di trasparenza ex art. 5 DPR 917/86 è stabilito per le società «residenti nel territorio dello Stato», mentre le società non residenti sono soggetti IRES ai sensi dell'art. 73, comma 2, DPR 917/86.

RESIDENZA

Per quanto concerne il requisito della residenza, il Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni predisposto dall'OCSE ribadisce il concetto di applicabilità dei trattati alle persone residenti di uno o di entrambi gli Stati contraenti.

IL «TREATY SHOPPING»

Per «treaty shopping»¹² si intende una tecnica che consiste nell'utilizzo delle Convenzioni contro le doppie imposizioni al fine di trarne vantaggi sotto il profilo fiscale. L'espressione, di conio americano¹³, deriva dal c.d. «forum shopping», attività che consiste nella ricerca della Corte di giustizia che si ritiene più indicata al fine di ottenere una favorevole decisione. Più in dettaglio, il *treaty shopping* nasce dall'esigenza di contenere l'onere fiscale attraverso l'accorto utilizzo delle differenze esistenti tra gli Stati nella ripartizione delle pretese impositive mediante trattati contro le doppie imposizioni, ovvero, nel caso di mancanza di accordi bilaterali tra il Paese dell'investitore e quello dell'investimento, attraverso la scelta del trattato più conveniente, al fine di contenere, a livelli (soggettivamente) considerati sostenibili, il carico tributario che grava sui flussi reddituali transnazionali. L'esigenza di avvalersi del treaty shopping discende spesso da scelte obbligate. Infatti, in assenza di un trattato contro le doppie imposizioni esistente tra il Paese di residenza e quello nel quale si voglia investire¹⁴ (oppure in presenza di un trattato non particolarmente attraente), si ricorre sovente alla definizione di una struttura estera che consenta di ridurre l'onere fiscale sfruttando il *network* di trattati esistente fra i diversi Paesi¹⁵.

LE STRUTTURE «CONDUIT»

Una delle soluzioni dirette a contrastare il fenomeno delle strutture *conduit* porterebbe a negare i benefici convenzionali ad una società la cui capitale non è detenuto, direttamente o indirettamente, da residenti dello Stato ove la società è residente (cd. «clausola di trasparenza»). La «clausola di trasparenza» appare soluzione adeguata per le convenzioni con Stati ove

¹² In generale sull'argomento si veda: Baker-Wurm, «An emerging tax issue and its present status in various countries» in *Treaty shopping*, Deloitte, Haskins & Sells International (a cura della), Deventer, 1988, pp. 1-8; Vogel, «Double taxation conventions», op. cit., pp. 50-58 e 454-459; Rhoades- Langer, «Income taxation of foreign related transactions», New York, 1992 e 1993, 12A/3-12A/41; Ibfd (a cura dell'), International tax avoidance and evasion, Amsterdam, 1981; OECD, «International tax avoidance and evasion - four related studies», in *Issues of international taxation No. 1*, Parigi, 1987; Picciotto, «International business taxation», op. cit., pp. 78-96 (si veda p. 1). Pistone, «L'abuso delle convenzioni internazionali in materia fiscale», in *Corso di Diritto Tributario Internazionale* a cura di Uckmar, Padova, 1999, p. 483 ss; Uckmar, «General Report, Tax Avoidance/Tax Evasion», in *Chaires de droit fiscal international*, vol. LXVIIIa, 1983, p. 15 ss; Valente, «Profili fiscali delle International Holding Companies», in *Dir. e Pratica Tributaria*, 1997, III, p. 20 ss; Wurm, «Treaty Shopping in the 1992 OECD Model Convention», in *Intertax* n. 12/1992, p. 658 ss; Adonnino, «Riflessioni in tema di pianificazione fiscale internazionale», in *Studi in onore di Victor Uckmar*, Padova, 1997, p. 16 ss.. In merito all'esistenza di un «underlying principle of treaty interpretation that places limit on the ability of taxpayers to arrange affairs through base companies, conduit corporations and other structures», si veda Ward, «Abuse of tax treaties», in *Essays on international taxation*, Alpert-Raad (a cura di), Deventer, 1993, pp. 397-409.

¹³ Per approfondimenti si veda sull'argomento Valente - Davidson - Oster, «Usa-Paesi Bassi: una Convenzione contro il treaty shopping», in *Commercio Internazionale*, 8/1994, p. 458.

¹⁴ Per un esempio applicativo di utilizzo degli strumenti convenzionali si veda: Gouthiere, «Les impôts dans les affaires internationales», op. cit., p. 672 (nel caso del trattato Malta-Paesi Bassi); Valente-Davidson, «La holding olandese», in *Le Holding nella pianificazione fiscale internazionale - Commercio Internazionale*, 6/1996, p. 20 (insetto), (nel caso del trattato Antille Olandesi-Paesi Bassi); per l'utilizzo della struttura c.d. «Canadian NRO» (Canadian non-resident owned investment corporation) da parte delle società statunitensi negli schemi di finanziamento: «A Eurostudy special report» in *Tax planning opportunities worldwide*, Londra, 1992, p. 7. Si veda inoltre La Morlette-Rassat, «Stratégie fiscale internationale», Boulogne, 1993, p. 44.

¹⁵ Per un'analisi delle (possibili) interazioni tra i trattati internazionali e le disposizioni comunitarie, si veda Overgaauw, «Tax treaty developments - Treaty shopping», in *International Tax in The EEC and The US*, London, 14 & 15 June 1993 (Financial Times Conferences), p.15.2.

l'imposizione è nulla o minima e nei quali sono normalmente esercitate attività industriali o commerciali di scarsa rilevanza.

Le disposizioni generali relative all'effettiva sottoposizione a tassazione prevedono che i benefici convenzionali siano concessi dallo Stato della fonte solo se un determinato elemento di reddito è assoggettato ad imposta nello Stato di residenza. Tale impostazione è in linea con l'obiettivo di evitare la doppia imposizione. L'adozione di una disposizione generale di tale tipo, non opinabile nel contesto di relazioni internazionali normali, potrebbe tuttavia risultare giustificata per le società *conduit*.

Essa, in particolare, potrebbe essere formulata come segue:

«Nel caso in cui un reddito proveniente da uno Stato Contraente viene corrisposto ad una società residente dell'altro Stato Contraente e una o più persone non residenti in detto altro Stato Contraente

a) detengono direttamente o indirettamente o per il tramite di una o più società ovunque residenti, un interesse rilevante in detta società, sia nella forma di partecipazione al capitale della società o sotto altre forme, o

b) esercitano direttamente o indirettamente, disgiuntamente o congiuntamente, la direzione o il controllo di detta società,

le disposizioni della presente Convenzione che prevedono una esenzione dalle, o una riduzione delle, imposte si applicano unicamente al reddito che è effettivamente assoggettato a tassazione in quest'ultimo Stato ai sensi delle disposizioni generali della legislazione fiscale di detto Stato»¹⁶.

L'espressione «*interesse rilevante*» può essere specificamente definita in sede di redazione della convenzione bilaterale. A titolo esemplificativo, essa può fare riferimento alla percentuale del capitale detenuto o dei diritti di voto nella società.

Le clausole sull'effettiva sottoposizione a tassazione presentano il vantaggio di poter essere utilizzate dagli Stati che presentano una struttura economica sviluppata ed una legislazione fiscale complessa. Il Commentario rileva però che tale soluzione non offre un'adeguata protezione contro le tecniche di elusione fiscale sofisticate come la cosiddetta strategia della «*interposizione qualificatoria*» ed evidenzia che i problemi generati dalle società *conduit* debbano essere affrontati mediante una disposizione volta ad individuare i casi di utilizzo di strutture *conduit* (cd. «*soluzione della canalizzazione*»).

Una disposizione di tal genere potrebbe essere formulata nel seguente modo:

«Nel caso in cui un elemento di reddito proveniente da uno Stato Contraente venga corrisposto ad una società residente dell'altro Stato Contraente e una o più soggetti non sono residenti di detto altro Stato Contraente

1) detengono direttamente o indirettamente o per il tramite di una o più società ovunque residenti, un interesse rilevante in detta società, sia nella forma di partecipazione al capitale della società o sotto altre forme, o

2) esercitano direttamente o indirettamente, disgiuntamente o congiuntamente, la direzione o il controllo di detta società

le disposizioni della presente Convenzione che prevedono una esenzione dalle, o una riduzione delle, imposte non si applicano se una percentuale superiore al 50 per cento di tale reddito viene utilizzata per adempiere impegni verso tali soggetti (compresi interessi, canoni, spese di sviluppo, di propaganda, di introduzione, di viaggio e ammortamenti su qualsiasi bene, inclusi i beni immateriali e processi segreti)»¹⁷.

Secondo il Commentario, la suindicata disposizione appare l'unica in grado di contrastare il ricorso a strutture basate sull'utilizzo di società finalizzate alla «*interposizione qualificatoria*». Essa viene utilizzata nelle convenzioni concluse dalla Svizzera e dagli Stati Uniti e si basa su un principio il cui obiettivo è quello di contrastare l'uso improprio delle convenzioni fiscali da parte di talune tipologie di società svizzere¹⁸.

¹⁶ Cfr. il par. 15 del Commentario all'art. 1.

¹⁷ Cfr. il par. 17 del Commentario all'art. 1.

Trattasi, ad ogni modo, di disposizione di carattere generale la quale dovrebbe essere coordinata con specifiche previsioni dirette ad assicurare i benefici convenzionali in situazioni di buona fede¹⁹.

La logica delle operazioni di tipo «conduit» può essere identificata in tre strutture base di seguito descritte²⁰.

Direct conduit company

La «direct conduit company» è la più classica delle strutture di tipo «conduit». La sua utilizzazione si inserisce tipicamente nel seguente quadro di riferimento:

- una società residente in un determinato Paese X (denominata «PCo») desidera effettuare un investimento nel Paese Y attraverso la costituzione di una *subsidiary* locale (denominata «ForCo»);
- il Paese X non ha sottoscritto una convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni con il Paese Y (oppure, i benefici ritraibili dall'applicazione della convenzione esistente sono considerati non vantaggiosi);
- il Paese Z ha stipulato una convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni sia con il Paese X che con il Paese Y.

In tale contesto potrà risultare più conveniente per la società PCo, sotto il profilo puramente fiscale, controllare la società ForCo utilizzando una «intermediate holding» (denominata «IHC») localizzata nel Paese Z; IHC, residente ai fini fiscali nel Paese Z, potrà beneficiare sia delle agevolazioni previste dal trattato stipulato con il Paese X, sia delle agevolazioni previste dal trattato stipulato con il Paese Y. In tal modo, PCo, residente nel Paese X, è in grado di ridurre il carico fiscale per i flussi di reddito (dividendi, interessi, royalty, ecc.) provenienti dal Paese Y (ForCo), grazie alla costituzione nel Paese Z della società IHC (si veda la tavola 2).

¹⁸ Gli Stati che intendono includere una clausola di questo tipo nelle loro convenzioni dovrebbero considerare che la stessa potrebbe applicarsi anche ad operazioni commerciali di *routine* e, di conseguenza, dovrebbero assicurarne l'integrazione con una clausola volta ad escludere le attività svolte in buona fede.

¹⁹ Secondo il par. 19 del Commentario all'art. 1, tali previsioni potrebbero essere formulate nel seguente modo:

a) *Clausola generale di buona fede*

«Le disposizioni che precedono non si applicano nel caso in cui la società dimostri che il suo oggetto principale, l'esercizio della sua attività industriale o commerciale e l'acquisizione o la detenzione della partecipazione o di altri beni dai quali il reddito in questione è generato, sono giustificati da valide ragioni economiche e non hanno quale obiettivo primario quello di usufruire dei benefici della presente convenzione».

b) *Clausola dell'attività svolta*

«Le disposizioni che precedono non si applicano se la società svolge una attività industriale o commerciale effettiva nello Stato Contraente ove essa è residente e se lo sgravio dall'imposta richiesto all'altro Stato Contraente riguarda un reddito connesso con detta attività».

c) *Clausola dell'ammontare delle imposte assolte*

«Le disposizioni che precedono non si applicano nel caso in cui la riduzione dall'imposta invocata non sia superiore all'imposta effettivamente prelevata dallo Stato Contraente del quale la società è residente».

d) *Clausola di quotazione in un mercato regolamentato riconosciuto*

«Le disposizioni che precedono non si applicano alle società residenti di uno Stato Contraente qualora la principale categoria di azioni è oggetto di negoziazione in un mercato regolamentato riconosciuto di uno Stato Contraente o qualora il capitale di detta società è interamente detenuto — direttamente o per il tramite di una o più società residenti nel primo Stato — da una società residente del primo Stato e la cui principale categoria di azioni è anch'essa oggetto di negoziazione in un mercato regolamentato riconosciuto di uno Stato Contraente».

e) *Clausola dello sgravio alternativo*

«Nei casi in cui una disposizione diretta a contrastare l'utilizzo abusivo delle convenzioni fiscali si riferisca ai non residenti di uno Stato Contraente, si potrebbe prevedere che tale espressione sarà interpretata nel senso di non ricomprendere residenti di Stati terzi che hanno concluso convenzioni in materia di imposte sul reddito con lo Stato Contraente al quale è richiesto uno sgravio d'imposta e tali convenzioni prevedono uno sgravio d'imposta che non è inferiore a quello che è richiesto in funzione della presente convenzione».

²⁰ Si veda Baker-Wurm, op. cit., pp. 4 e 5 e Wurm, op. cit., p. 659.

Tavola 2 - Direct conduit company

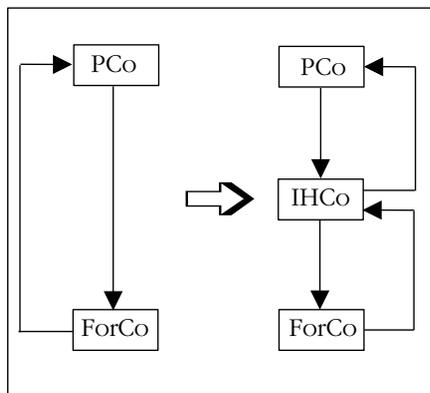
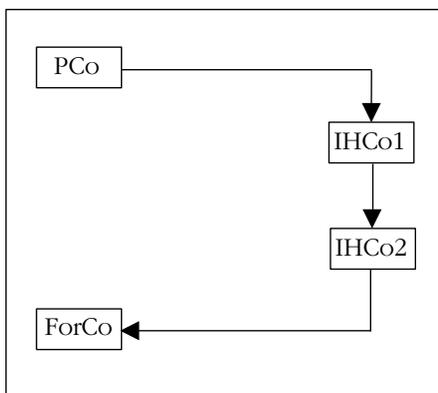


Tavola 3 - Stepping stone conduit company



Legenda: PCo = Parent Company; ForCo = Foreign Company; IHC = Intermediate Holding Company.

Stepping stone conduit company

Anche in questo caso siamo in presenza di una società residente nel Paese «X» (denominata «PCo») intenzionata ad effettuare un investimento attraverso la costituzione di una «subsidiary» (denominata «ForCo») nel Paese Y, con il quale il Paese X, o non ha alcun trattato contro le doppie imposizioni, o ne ha uno che non presenta condizioni particolarmente vantaggiose. Il Paese X dispone, invece, di una Convenzione contro le doppie imposizioni con il Paese Z che, però non ha stipulato nessun trattato con il Paese Y. Esiste, però, una vantaggiosa convenzione stipulata tra il Paese Z ed il Paese W che, a sua volta, dispone di un efficace trattato stipulato con il Paese Y.

Al fine di concretizzare una struttura conduit tra il Paese X, ove risiede l'investitore, ed il Paese Y, ove verrà localizzato l'investimento, è necessario costituire due società «ponte» (del tipo «intermediate holding») nel Paese Z e nel Paese W (rispettivamente IHC01 e IHC02), attraverso cui far transitare i flussi di reddito (dividendi, interessi, royalty, ecc.) provenienti dal Paese Y (ForCo) (si veda la tavola 3).

L'utilizzo della struttura «stepping stone»²¹ presuppone il rispetto di taluni criteri:

- le società interposte (IHC01 ed IHC02) devono risultare effettivamente residenti nei rispettivi Paesi, in applicazione delle disposizioni recate sia dalla normativa interna, sia dalla normativa convenzionale (tipicamente l'art. 4 dei trattati Modello OCSE);
- il controllo dei cambi del Paese da cui promanano i redditi deve facilitare lo spostamento della ricchezza ivi generata nel Paese dove opera la società intermediaria;
- il controllo dei cambi del Paese nel quale si ricevono i redditi deve consentire normativamente ed operativamente tutta l'operazione.

È altresì necessario considerare tutte le implicazioni in termini di «transfer pricing» che derivano dall'esecuzione dell'operazione (cessioni di beni e/o prestazioni di servizi)²².

²¹ Per un'analisi dei c.d. «steps in transactions having no business or commercial purpose», si veda Squires, «Tax planning for groups of companies», Londra, 1990, p. 20 ss.

²² A livello di legislazione fiscale italiana, cfr. in particolare l'art. 110 comma 7, del TUIR, e le note ministeriali n. 31.9.2267 del 22 settembre 1980 e n. 42.12.1587 del 12 dicembre 1981, cap. III, che delineano la disciplina nazionale in materia di prezzi trasferimento. Con riferimento all'ordinamento fiscale dei Paesi aderenti all'OCSE, in assenza di specifiche normative, deve aversi riguardo al rapporto predisposto dall'OCSE nelle due versioni del 1979 e del 1995. In generale, il rapporto OCSE sui prezzi di trasferimento costituisce un valido supporto per verificare ex ante se, ed in che misura, le condizioni contrattuali pattuite tra imprese associate possano considerarsi in linea con il principio dell'arm's length (e, quindi, con le aspettative delle amministrazioni finanziarie).

Può essere, infine, opportuno verificare se, ed in che misura, sia possibile dedurre fiscalmente nel Paese da cui promanano i redditi, gli oneri che, in ragione della struttura posta in essere, consentono l'erogazione delle somme in ambito transnazionale.

Holding structure

In applicazione di taluni trattati bilaterali contro le doppie imposizioni vi è la possibilità di ridurre il carico fiscale gravante sui dividendi a condizione che la partecipazione soddisfi determinati requisiti (c.d. «partecipazione qualificata»). In taluni casi, ad esempio, il requisito è rappresentato da un livello minimo (o massimo) di partecipazione al capitale sociale della *subsidiary*.

Le «holding structure», in genere, possono identificarsi con le strutture conduit descritte ai precedenti paragrafi, risultando dall'uso di schemi assimilabili a quelli identificati come «direct conduit structure» e come «stepping stone conduit structure». Altre strutture conduit del tipo «holding structure» sono quelle di seguito identificate:

- *the same country holding structure*: le convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni possono favorire gli azionisti di minoranza residenti nell'altro Paese contraente. In tal caso, una società residente nel Paese X (denominata «PCo») - che intenda effettuare un investimento nel Paese Y attraverso la costituzione di una *subsidiary* locale (denominata «ForCo») - potrebbe convenientemente controllare la *subsidiary* non residente tramite una partecipazione in una «holding company» locale (denominata «LHCo») residente nel Paese X che, a sua volta, detenga una partecipazione minoritaria in ForCo (si veda la tavola 4-A). Vi sono casi analoghi in cui invece è proprio la normativa interna a garantire la tassazione ridotta dei dividendi erogati da una società residente a beneficio di altra società residente. In tale ipotesi, una società del Paese X (denominata «PCo»), che intenda investire nel Paese Y attraverso la costituzione di una *subsidiary* locale (denominata «ForCo»), potrebbe vantaggiosamente controllare ForCo tramite una partecipazione minoritaria in una «foreign holding company» (denominata «ForHCo») residente nel Paese Y (si veda la tavola 4-B);
- *bilateral relations (the quintet structure)*: le convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni possono prevedere (come nel caso della Germania) clausole che sospendono taluni benefici qualora una società residente in un determinato Paese X (denominata «PCo») eroghi dividendi ad un soggetto non residente che abbia assunto il controllo di una quota del capitale sociale della stessa società pari o superiore al 25%. In tali circostanze, PCo, nel caso in cui intenda effettuare un investimento nel Paese Y attraverso una *subsidiary* locale (denominata «ForCo»), potrebbe vantaggiosamente controllare ForCo mediante cinque società residenti nel Paese X, denominate «intermediate holding company», ognuna delle quali possieda una quota del capitale della *subsidiary* inferiore al 25% (si veda la tavola 5).

Tavola 4 - Convenzioni bilaterali: holding dello stesso Paese

Legenda: PCo = Parent Company; LHCo = Local Holding Company; ForCo = Foreign Company.

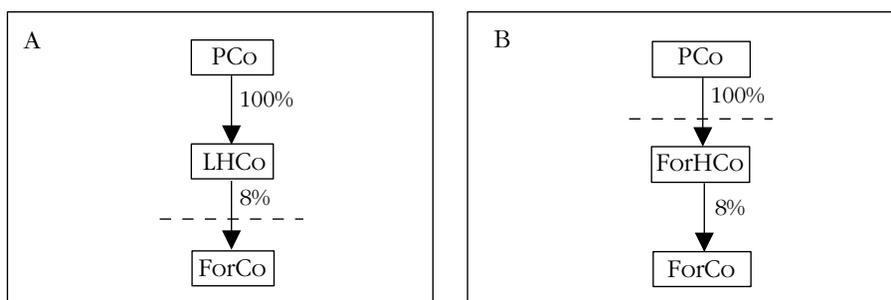
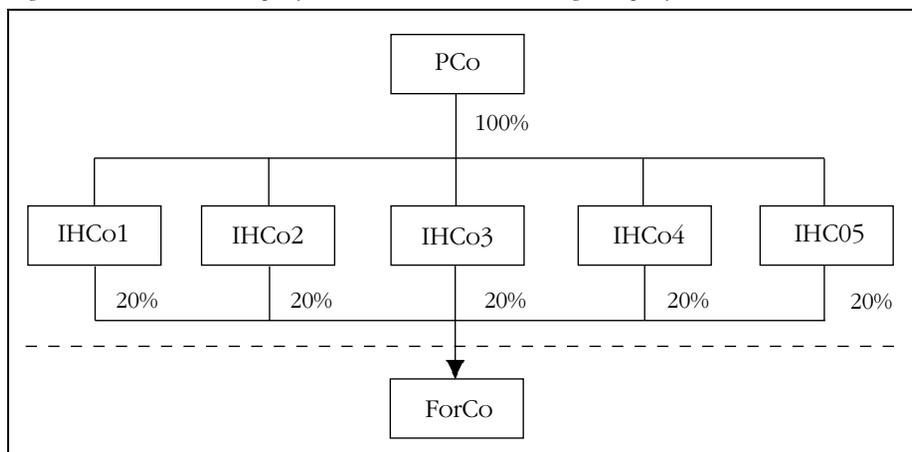


Tavola 5 - Convenzioni bilaterali: «quintet structure»

Legenda: PCo = Parent Company; IHC = Intermediate Holding Company.



LE «ANTI ABUSE MEASURES»

Il Modello OCSE

Il testo dell'art. 1 del Modello OCSE di Convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni del 1992 è rimasto invariato rispetto al testo del 1977 mentre il commentario del 1992 (all'art. 1) ha recepito la tematica di cui si tratta, attribuendo specifica connotazione al fenomeno del *treaty shopping*²³. In particolare l'art. 1 del commentario invoca l'accordo tra gli Stati affinché, in sede di negoziazione dei nuovi trattati, venga pattuito l'inserimento di apposite clausole che limitino l'utilizzo improprio delle convenzioni perpetrato mediante la costituzione di strutture «conduit», a vantaggio di soggetti estranei all'ambito di applicazione della normativa convenzionale; in tal senso, si auspica il rafforzamento di norme anti-abuso da parte dei singoli Paesi membri e si suggerisce l'introduzione di «benchmark» utilizzabili da parte delle autorità governative per individuare l'uso delle strutture «ponte»²⁴.

²³ I paragrafi 7-9 recitano: «7. Lo scopo delle convenzioni contro le doppie imposizioni è di promuovere, con l'eliminazione della doppia imposizione internazionale, gli scambi di merci e servizi ed i movimenti di capitale e di persone; esse non dovrebbero tuttavia aiutare ad evitare o evadere le imposte (...).

8.(...), l'estensione della rete di convenzioni rinforza l'effetto di tali manovre poiché rende possibile, attraverso la creazione di costruzioni legali generalmente artificiali, giovare tanto dei vantaggi fiscali disponibili per leggi interne che delle agevolazioni previste dalle convenzioni contro la doppia imposizione.

9. Tale sarebbe il caso, ad esempio, se una persona (residente o non di uno Stato contraente) agisse attraverso un'entità legale creata in uno Stato essenzialmente per ottenere da una convenzione vantaggi che non sarebbero disponibili direttamente. Un altro caso sarebbe quello di un individuo che avesse in uno Stato contraente la sua abitazione permanente ed i suoi interessi economici, inclusa una partecipazione di rilievo in una società di tale Paese e che, essenzialmente per vendere la partecipazione e sfuggire all'imposizione in tale Stato sulla plusvalenza derivante dalla vendita (...), trasferisse la sua abitazione permanente nell'altro Stato contraente ove tali plusvalenze fossero soggette a minima o nessuna imposizione».

²⁴ Si vedano, in particolare, i paragrafi 10 e 12 del Commentario del 1992 all'art. 1 del modello OCSE di trattato contro le doppie imposizioni e OECD, «International Tax Avoidance and Evasion», op. cit.; «(...) because of the attitudes of tax administrators to tax avoidance and the controversy over the application of abuse doctrines to treaties, one may expect that countries will show a greater propensity to add anti-abuse provisions to tax treaties. These have at least two advantages. First, they make it clear that the two contracting states have, in fact, agreed that the anti-abuse rules can be applied by either state. Second, they provide some precision in knowing what it is that the particular states consider to be unacceptable use of the treaty, and inferentially what is acceptable. One consequence, however, is that where a general anti-abuse provision has been written into a treaty, it may not be possible to imply that the parties intended the continued application of any

L'«abstinence approach»

L'«abstinence approach» costituisce un rimedio semplice, ed allo stesso tempo efficace, per prevenire l'abuso delle convenzioni contro le doppie imposizioni e si sostanzia nella decisione, assunta unilateralmente da talune autorità governative, di non stipulare convenzioni con quei Paesi noti per avere regimi fiscali particolarmente favorevoli (cd. «paradisi fiscali»²⁵) o per essere meta di gruppi multinazionali intenzionati a crearvi società «ponte» da utilizzarsi nel contesto di operazioni di *treaty shopping*²⁶. L'efficacia del rimedio è direttamente riscontrabile nel ridotto numero di convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate da parte di Stati con fiscalità privilegiata²⁷ quali, ad esempio, il Liechtenstein, le Isole del Canale, le Antille Olandesi, le Barbados e Panama²⁸.

Per quanto riguarda l'Italia, prima dell'introduzione delle norme anti-paradisi fiscali il nostro Paese aveva stipulato convenzioni contro le doppie imposizioni con Cipro (1974), Filippine (1980), Malesia (1984), Malta (1981), Singapore (1977) e Svizzera (1976); si tratta di Paesi inclusi negli artt. 2 e 3 del DM 24/4/1992 (relativo all'individuazione degli Stati e dei territori non appartenenti alla Comunità europea aventi un regime fiscale privilegiato²⁹), in quanto

domestic anti-abuse rule or any other anti-abuse rule that might, in due course, receive international acceptance» (Ward, «Abuse of tax treaties», in *Essay on International Taxation*, Deventer, 1993, p. 409).

²⁵ Sul concetto di paradiso fiscale la dottrina è concorde sul fatto che «there is no single, clear, objective test which permits the identification of a country as a tax haven» (Gordon, *Tax havens and their use by United States taxpayers - An overview*, 1981; US Department of the Treasury, *Tax havens in the Caribbean Basin*, 1981; Beauchamp, *Guide mondiale des paradis fiscaux*, Parigi, 1989). Il Black's Law Dictionary definisce «tax haven» come «a country that imposes little or no tax on the profit from the transactions carried on from that country»; «di fatto, i paradisi fiscali offrono, in modo spesso diversi, la migliore conservazione e riproduzione, con costi (fiscali) molto bassi o nulli, della materia prima tra le più importanti nel mondo moderno: il denaro» (Acampora - Sugarelli, *Paradisi fiscali*, Roma, 1984). Alcuni fattori caratterizzano i paradisi fiscali, «o meglio parassiti fiscali, che succhiano gettito fiscale» (Marino, *Paradisi fiscali: problemi applicativi e proposte di modifica*, in AA.VV., *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali* a cura di Uckmar-Garbarino, Milano, 1995, p. 420): «relatively low rates of tax; high levels of bank or commercial secrecy which the country is generally unwilling to breach; a disproportionately large financial sector; modern communications facilities; the absence of currency controls on foreign deposits of foreign currencies and self promotion as an offshore financial centre» (AA.VV., *International tax planning*, Tolley's, 1991, 22-02). Secondo Brunet «on appelle paradis fiscal un territoire dans lequel les personnes physiques ou les sociétés ont l'impression d'être moins ponctionnées qu'ailleurs» (in *Zones ranches et paradis fiscaux*, Parigi, 1986). Si vedano inoltre Doggart, *Tax havens and their uses*, EIU Special Report, Londra, 1981; Johns, *Tax havens and offshore finance*, London, 1983; Grundy, *Grundy's Tax Havens*, Londra, 1992; Diamond-Diamond, *Tax havens of the world*, New York; Ginsberg, *International Tax Planning*, Deventer, 1994.

²⁶ Sul punto si vedano, con riferimento agli Stati Uniti, AA.VV., *International Tax Planning*, Tolley's, paragrafo IV. B0076 e V. C3143 e Zagaris, «The Caribbean Basin Tax Information Agreement Program of the United States: Eat Softly and Carry a Big Stick», in *Caribbean Law & Business*, I, 1989, p. 94 ss.. Con riferimento alle tematiche relative alla rinegoziazione e cessazione dei trattati stipulati dagli Stati Uniti con i cd. «paradisi fiscali» si vedano Picciotto, *International Business Taxation*, London, 1992, p. 164 ss. e Cooper, «Report from the United States», in *Treaty Shopping - An emerging tax issue and its present status in various countries*, Deloitte, Haskins & Sells International (a cura della), Deventer, 1988, p. 297.

²⁷ Cfr. Picciotto, *op. cit.*, p. 166 e Baker-Wurm, *Treaty Shopping - An emerging tax issue and its present status in various countries*, Deloitte, Haskins & Sells International (a cura della), Deventer, 1988, p. 6.

²⁸ Tra i Paesi, qualificabili come paradisi fiscali, che non hanno stipulato convenzioni contro le doppie imposizioni vanno menzionati Bahamas, Bermuda, Isole Cayman, Gibilterra, Panama, Porto Rico e Isole Vergini Statunitensi. Tra i Paesi che hanno stipulato un certo numero di convenzioni si ricordano Mauritius e Barbados. La quasi totalità dei rimanenti paradisi fiscali hanno stipulato convenzioni contro le doppie imposizioni con i Paesi confinanti o con quelli con i quali hanno i più stretti rapporti politici; rientrano in tale categoria Guernsey (che ha trattati con Jersey e il Regno Unito), Isola di Man (Regno Unito), Jersey (Guernsey e Regno Unito), Liechtenstein (Austria), Antille Olandesi (Paesi Bassi e Norvegia).

²⁹ Cfr. Adonnino, «Stati e territori aventi regime fiscale privilegiato e loro concreta identificazione», in *Diritto e Pratica Tributaria*, n. 2/1993, 1993, p. 500; Di Tanno, «La indeducibilità dei componenti negativi di reddito nei rapporti con residenti in paradisi fiscali individuati nel D.M. 24 aprile 1992», in *Bollettino Tributario*, n. 18/1992, p. 1405; Cordeiro Guerra, «Prime osservazioni sul regime fiscale delle operazioni concluse con società domiciliate in paesi o territori a bassa fiscalità», in *Rivista Diritto Tributario*, 1992, I, p. 283; Fiorentino, «Alcune riflessioni sull'operatività dell'art. 76 comma settimo-bis e settimo-ter del tuir e connesse implicazioni in tema

prevedono (a vario titolo) la concessione di particolari privilegi a taluni soggetti per specifiche attività da questi condotte. In seguito l'Italia ha stipulato la convenzione con gli Emirati Arabi Uniti (1995)³⁰, che sono ricompresi nell'art. 2 del DM 24/4/1992; è un evento di estrema rilevanza essendo la prima convenzione negoziata con un Paese incluso nella cd. «black list», da quando l'Italia si è dotata, con la legge 413 del 30 dicembre 1991, di una normativa anti-paradisi fiscali. Il principale tema di interesse del trattato è la clausola di salvaguardia richiesta dall'Italia ed inserita nel paragrafo 6 dell'art. 24³¹, in base alla quale il principio di non discriminazione, stabilito al paragrafo 1 dell'art. 24, non deve comunque limitare l'applicazione delle disposizioni interne volte ad impedire l'evasione e l'elusione fiscale. La versione del Commentario OCSE, approvata dal Comitato Affari Fiscali dell'OCSE il 28 gennaio 2003, oltre alla diversa numerazione del paragrafo 15, ora contrassegnato dal n. 21, suggerisce una diversa formulazione della misura anti-abuso dell'«abstinence approach» nel caso in cui non sia possibile, a causa delle sue specifiche caratteristiche, individuare una società che goda di un regime fiscale privilegiato nello Stato di residenza³².

Con riferimento ai regimi fiscali privilegiati, la nuova formulazione del paragrafo 21 del Commentario introduce nuove clausole dirette al disconoscimento dei benefici convenzionali in riferimento a redditi esenti o soggetti ad una bassa imposizione, quali quelli derivanti dalle attività bancarie, finanziarie, di navigazione o dal commercio elettronico, ovvero da attività produttive di passive income (come dividendi, interessi e canoni)³³.

di soggettività tributaria», in *Rivista Diritto Tributario*, 1994, I, p. 1160; Manzitti, «Nuove norme contro l'abuso dei "paradisi fiscali"», in *Le Società*, n. 1/1992, p. 16; Marino, «Finance Act 1992 introduces a right to consultation procedure», in *European Taxation*, March 1992, p. 94; Mayr, «Anche l'Italia avrà una legge contro le cosiddette "società-oasi" estere?», in *Corriere Tributario*, n. 43/1991, p. 3192.

³⁰ Gli Emirati, Stato federale composto di sette dei nove emirati della costa dei Pirati nel Golfo Persico (Abu Dhabi, Dubai, Sharjah, Ajman, Fujeirah, Umm al-Qaiwain, Ras al-Khaimah) ad est della Penisola Arabica, risultano considerati all'art. 2 del D.M., ove si ricomprendono Paesi (oltre agli Emirati l'art. 2 include il Baharain) che, in linea generale sarebbero da qualificare come paradisi fiscali, ma che, per talune specifiche attività (quali l'esplorazione, l'estrazione e la raffinazione nel settore petrolifero), prevedono un regime fiscale non privilegiato. Infatti gli Emirati non applicano imposte sui redditi delle persone fisiche né delle società mentre le società petrolifere e le banche versano rispettivamente il 50% (in Dubai il 55%) e il 20% di imposta sui redditi imponibili. Non sono invece previste ritenute alla fonte su dividendi, interessi e *royalties*.

³¹ In base all'art. 24, paragrafo 1, viene stabilito il principio di «non discriminazione» in materia fiscale dei nazionali di uno Stato contraente rispetto ai nazionali dell'altro Stato contraente. In forza di questo principio, i nazionali di uno Stato non possono essere assoggettati ad alcuna imposizione, od obbligo, diversi o più onerosi di quelli a cui sono assoggettati, o potranno essere assoggettati, i nazionali dell'altro Stato contraente che si trovino nella medesima situazione. Lo stesso paragrafo 1 precisa che la disposizione si applica anche alle persone non residenti di uno o di entrambi gli Stati contraenti; di conseguenza, tutti i nazionali di uno Stato contraente hanno diritto a beneficiare del principio di «non discriminazione», anche se non sono residenti in uno degli Stati contraenti ma in un terzo Stato. La «clausola di salvaguardia» stabilisce che le disposizioni previste nei paragrafi da 1 a 5 dell'art. 24 «non limiteranno comunque l'applicazione delle disposizioni interne volte ad impedire l'evasione e l'elusione fiscale». In particolare, l'Italia ha richiesto al Governo degli Emirati Arabi Uniti l'inserimento del punto e) nel Protocollo aggiuntivo alla convenzione nel quale si precisa che, per quanto concerne il paragrafo 6 dell'articolo 24, «le disposizioni interne atte ad impedire l'evasione e l'elusione fiscale comprendono le disposizioni relative alla limitazione delle spese da ammettere in deduzione e gli altri componenti negativi derivanti da operazioni intercorse tra imprese di uno Stato contraente ed imprese situate nell'altro Stato contraente».

³² La clausola prevede: «any company, trust or partnership that is a resident of a Contracting State and is beneficially owned or controlled directly or indirectly by one or more persons who are not residents of that State shall not be entitled to the benefits of this Convention if the amount of the tax imposed on the income or capital of the company, trust or partnership by that State (after taking into account any reduction of offset of the amount of tax in any manner, including a refund, reimbursement, contribution, credit or allowance to the company, trust or partnership, or to any other person) is substantially lower than the amount that would be imposed by that State, if all of the capital stock of the company or all of the interests in the trust or partnership, as the case may be, were beneficially owned by one or more residents of the State».

³³ Il paragrafo 21.3 prevede, a tal proposito, una clausola del seguente contenuto: «the benefits of this Convention shall not apply to income which may, in accordance with the other provisions of the Convention, be

L'«exclusion approach»

L'uso improprio delle convenzioni contro le doppie imposizioni viene sovente perpetrato mediante la creazione di società esenti da imposte, o, comunque, soggette a livelli minimi di imposizione fiscale; tali possono essere talune società che nel Paese di residenza, godono di un particolare *status* fiscale che, sostanzialmente, ne consente l'assimilazione, quanto a modalità del prelievo, ai soggetti non residenti. Con riferimento a tale profilo, l'OCSE consiglia di prevenire l'abuso delle convenzioni escludendo dal novero dei soggetti che possono beneficiare delle disposizioni agevolative contenute nei trattati contro le doppie imposizioni proprio quei soggetti che, per normativa interna, godono di regimi fiscali particolarmente favorevoli³⁴. Al riguardo, l'OCSE nota che l'applicabilità dell'«exclusion approach» potrebbe trovare oggettive limitazioni nelle seguenti disposizioni convenzionali recate dagli artt. 24 («Non-discriminazione»), 25 («Procedure amichevoli») e 26 («Scambio di informazioni»)³⁵.

Un caso tipico è la cd. *holding* del 1929 che viene esclusa (in genere) dal beneficio delle convenzioni internazionali per la prevenzione delle doppie imposizioni stipulate dal Lus-

taxed in a Contracting State and which is derived from activities the performance of which do not require substantial presence in that State, including

- such activities involving banking, shipping, financing, insurance or electronic commerce activities; or
- activities involving headquarter or coordination centre or similar arrangements providing company or group administration, financing or other support; or
- activities which give to passive income, such as dividends, interest and royalties.

Where under the laws or administrative practices of that State, such income is preferentially taxed and, in relation thereto, information is accorded confidential treatment that prevents the effective exchange of information».

Il paragrafo 21 del Commentario suggerisce, infine, una clausola «di salvezza» che consente agli Stati contraenti di prevenire ogni forma di abuso dei trattati anche nel caso in cui le Convenzioni contro le doppie imposizioni siano state già firmate. La clausola prevede che: «The benefits of Articles 6 to 22 of this Convention shall not accrue to persons entitled to any special tax benefit under:

a law of either one of the State which has been identified in an Exchange of Notes Between the States; or any substantially similar law subsequently enacted».

³⁴ Si veda, in particolare, il paragrafo 15 del Commentario del 1992 all'art. 1 del modello OCSE di trattato contro le doppie imposizioni, ove, peraltro si auspica l'introduzione nei trattati di una «safeguarding clause»: «No provision of the Convention conferring an exemption from, or reduction of, tax shall apply to income received or paid by a company as defined under Section (...) of (...) Act, or under any similar provision enacted by (...) after the signature of the Convention». Il successivo paragrafo 16 rileva che «exclusion provisions are clear and their application is simple, even though they may require administrative assistance in some instances. They are an important instrument by which a State which has created special privileges in its tax law may prevent these privileges from being used in connection with the improper use of tax treaties concluded by that State». I paragrafi 15 e 16 del Commentario all'art. 1 sono stati oggetto di attenta verifica nella versione approvata dal *Committee on Fiscal Affairs* dell'OCSE il 28 gennaio 2003, nella quale sono stati rinumerati come paragrafi 21 e 21.1. L'aggiornamento ha aggiunto, inoltre, il nuovo paragrafo 21.2, nel quale viene suggerita, nell'ipotesi di difficoltà circa l'individuazione delle società che godono di agevolazioni fiscali in ragione della loro natura giuridica, una formulazione dell'art. 1 diretta a disconoscere i benefici convenzionali nei confronti di quei soggetti che possono altrimenti essere qualificati come residenti in uno Stato contraente ma che beneficiano, nel medesimo Stato della residenza, di un regime fiscale privilegiato non applicabile alle controllanti non residenti.

³⁵ Quanto all'art. 24, che introduce il principio di non discriminazione in materia fiscale dei nazionali di uno Stato contraente rispetto ai nazionali dell'altro Stato contraente, l'esclusione dai benefici convenzionali sembrerebbe contrastare con il diritto, pattuito convenzionalmente e di cui sono titolari i nazionali dei due Stati contraenti, di non subire alcuna imposizione od obbligo, diversi o più onerosi di quelli a cui sono assoggettati, o potranno essere assoggettati, i nazionali dell'altro Stato contraente che si trovino nella medesima situazione. Osserva van Raad (in *Non discrimination in International Tax Law*, Deventer, 1986, p. 8) che «in the modern parlance the neutral meaning of the word "discrimination" has virtually disappeared. In the course of time, two elements have been added. At present, the term is restricted to instances where the discriminated person is treated with less, rather than more, favor. In addition, the term nowadays implies that, in view of the nature of the treatment concerned, the grounds for the differential treatment are unreasonable, arbitrary or irrelevant». Per approfondimenti si vedano Goldberg-Glicklich, «Treaty-based nondiscrimination: now you see it now you don't», in *Diritto Pratica Tributaria*, n. 2/1993, p. 521 e Miraulo, op. cit., p. 146.

semburgo³⁶. Essa infatti non paga imposte sui redditi, sia che i ricavi provengano da interessi, dividendi, plusvalenze o dalla remunerazione di brevetti detenuti; i dividendi distribuiti dalla *holding* sono esenti da ritenuta alla fonte, così come gli interessi corrisposti agli obbligazionisti ed ai finanziatori in generale. Nel caso della convenzione Italia-Lussemburgo il «Protocollo finale alla convenzione firmata il 3 giugno 1981» prevede, all'art. 1, la non applicabilità della convenzione alle società finanziarie residenti in Lussemburgo che godono di benefici in virtù della legge 31 luglio 1929³⁷.

Il «look-through approach»

Siffatte clausole attribuiscono alle società residenti di uno Stato contraente i benefici rinvenibili nell'applicazione delle convenzioni, a condizione che (e nella misura in cui) queste società siano possedute da soggetti residenti in tale Stato³⁸. In tal senso, diviene rilevante valutare, non tanto la residenza fiscale della società, quanto il domicilio fiscale dei soci. Può essere talora opportuno far riferimento non tanto al «socio» (aspetto formale), quanto al «beneficial owner» (aspetto sostanziale). I paragrafi 13 e 14 del Commentario all'art. 1 del Modello OCSE ribadiscono la particolare utilità di tali clausole, con riguardo ai trattati contro le doppie imposizioni stipulati con Paesi a bassa fiscalità, che non risultino sede abituale di attività commerciali. Con riferimento a tale profilo, l'OCSE suggerisce di combinare il «look-through approach» con metodologie di verifica basate sul «bona fide commercial purpose». Nel network italiano delle convenzioni contro le doppie imposizioni il «look-through approach» si ritrova spesso³⁹ (in particolare nei trattati con Bangladesh, Cina, Corea del Sud, Ecuador, Finlandia, Francia, Germania, Kuwait, Lussemburgo, Malta, Mauritius, Messico, Nuova Zelanda, Paesi Bassi, Portogallo, Romania, Singapore, Spagna, Svezia, Svizzera, Tunisia); di particolare rilevanza inoltre la clausola contenuta nell'art. 4 del trattato Italia/Svizzera che dispone: «non è considerata residente di uno Stato contraente, ai sensi del presente articolo: (a) una persona che, sebbene risponda ai requisiti di cui ai precedenti paragrafi da 1 a 3, è soltanto beneficiario apparente dei redditi (...)».

Il «subject-to-tax approach»

L'uso improprio delle convenzioni contro le doppie imposizioni può essere perpetrato anche mediante il ricorso ad artificiose caratterizzazioni del flusso reddituale, che consentano, ad un tempo, di ridurre, od escludere, la tassazione in uscita e di godere, per legge interna, di agevolazioni od esenzioni, risultandone la sostanziale detassazione del reddito in capo al beneficiario. L'OCSE consiglia di prevenire tali abusi ricorrendo alle clausole del tipo

³⁶ Al fine di consentire alle società holding lussemburghesi di beneficiare delle convenzioni per l'eliminazione della doppia imposizione è stato introdotto il regime delle *Sociétés de Participation Financière (Soparfi)*. Questa non è una forma particolare di società e non è regolamentata dalla legge del 1929 sulle società holding, bensì dalle disposizioni generali previste dalla legge lussemburghese sulle società commerciali (legge 10 agosto 1915). Per approfondimenti sui profili societari si veda Dante-Franzina-Muller-Pozzi-Valente, «Le holding lussemburghesi», in «Le holding nella pianificazione fiscale internazionale» a cura di Valente, in «Commercio internazionale», n. 22/1996 (inserto).

³⁷ Cfr. Valente, «Profili fiscali delle International Holding Companies», op. cit.

³⁸ Al paragrafo 13 del commentario all'art. 1 del modello OCSE si suggerisce l'introduzione nei trattati della seguente «look-through provision»: «A company that is a resident of a Contracting State shall not be entitled to relief from taxation under this Convention with respect to any item of income, gains or profits if it is owned or controlled directly or through one or more companies, wherever resident, by person who are not resident of a Contracting State». Secondo il paragrafo 14 del commentario all'art. 1 il «look-through approach» «seems an adequate basis for treaties with countries which have no or very low taxation and where little substantive business activities would normally be carried on. Even in these cases it would be necessary to alter the provision or to substitute it for another one to safeguard bona fide business activities».

³⁹ Il requisito dell'«effettivo beneficiario» è presente infatti (per quanto riguarda dividendi e interessi) nella maggior parte dei trattati in vigore al 30 novembre 2011.

«subject-to-tax»⁴⁰. In ragione di tali clausole, il beneficio convenzionale è accordato nello Stato dell'erogante a condizione che il reddito venga assoggettato nell'altro Stato ad un minimo livello di prelievo fiscale⁴¹; ciò al fine di evitare che il medesimo reddito risulti non assoggettato a tassazione in entrambi i Paesi⁴².

Il «channel-approach»

L'abuso delle convenzioni avviene spesso col ricorso a strutture del tipo «stepping stone», che consentono all'interposto di godere delle agevolazioni convenzionali e di ridurre il carico fiscale, utilizzando significative quote dei redditi che hanno beneficiato delle summenzionate agevolazioni per effettuare pagamenti di varia natura a favore di terzi estranei all'ambito di applicazione del trattato. Secondo l'OCSE tale abuso può essere prevenuto mediante il ricorso a clausole del tipo «channel-approach»⁴³, che impediscono ai residenti di un Paese contraente di beneficiare delle favorevoli condizioni previste convenzionalmente, qualora questi effettuino pagamenti, a favore di soggetti non residenti in alcuno dei Paesi contraenti, per ridurre la propria base imponibile⁴⁴.

⁴⁰ Al paragrafo 17 del commentario all'art. 1 del modello OCSE si suggerisce l'introduzione nei trattati della seguente «subject-to-tax provision»: «Where income arising in a Contracting State is received by a company resident of the other Contracting State and one or more persons not resident in that other Contracting State: (a) have directly or indirectly or through one or more companies, wherever resident, a substantial interest in such company, in the form of a participation or otherwise, and (b) exercise directly or indirectly, alone or together, the management or control of such company, any provision of this Convention conferring an exemption from, or a reduction of, tax shall apply only to income which is subject to tax in the last-mentioned State under the ordinary rules of its tax law». Il successivo paragrafo 18 sottolinea che «the subject-to-tax approach seems to have certain merits. It may be used in the case of States with a well developed economic structure and complex tax law». Il paragrafo 17 del Commentario all'art. 1, nella versione aggiornata nel gennaio 2003, è stato rinumerato come paragrafo 15.

⁴¹ La normativa interna olandese stabilisce che, affinché una società residente in Olanda possa beneficiare della «participation exemption», la società partecipata debba essere assoggettata ad imposta sul reddito nel Paese di residenza (non è rilevante l'aliquota d'imposta prevista dalla legislazione del Paese). Va sottolineato che il requisito dell'assoggettamento ad imposta («subject to tax») è soddisfatto anche qualora la società non residente produca redditi che risultano esenti da imposte. Infatti la condizione per poter beneficiare della «participation exemption» si verifica quando la società estera è soggetto d'imposta e non quando il reddito è assoggettato ad imposta. Cfr. Keizer, «Subject to tax and still exempt? Anticipated developments could change the international position of Dutch holding companies», in *Tax Planning International Review*, Nov. 1992, p. 17; Lagendaal, «Report from The Netherlands», in *Treaty Shopping - An emerging tax issue and its present status in various countries*, Deloitte, Haskins & Sells International (a cura della), Deventer, 1988, p. 184. In ambito convenzionale i Paesi Bassi hanno adottato il «subject-to-tax approach» ad esempio nel protocollo al trattato con la Nuova Zelanda ove, con riferimento agli artt. 10, 11 e 12, è stabilito «in determining whether dividends, interests or royalties are beneficially owned by a resident of New Zealand, dividends, interests or royalties in respect of which a trustee is subject to tax in New Zealand shall be treated as being beneficially owned by that trustee».

⁴² Il paragrafo 18 del commentario all'art. 1 del modello OCSE suggerisce di combinare il «subject-to-tax approach» con metodologie di verifica basate sul «bona fide commercial purpose». Il paragrafo n. 18 del Commentario all'art. 1 è stato rinumerato nella versione aggiornata al gennaio 2003, come paragrafo n. 16.

⁴³ Al paragrafo 19 del commentario all'art. 1 del Modello OCSE si suggerisce l'introduzione nei trattati della seguente clausola: «Where income arising in a Contracting State is received by a company resident of the other Contracting State and one or more persons not resident in that other Contracting State (...) have (...) a substantial interest in such company (...) or exercise (...) the management or control of such company, any provision of this Convention conferring an exemption from, or a reduction of, tax shall not apply if more than 50 per cent of such income is used to satisfy claims by such persons (including interest, royalties, development, advertising, initial and travel expenses, and depreciation of any kind of business asset including those on immaterial goods and process)».

⁴⁴ Come ribadito dal paragrafo 20 del commento all'art. 1 del Modello OCSE, tali clausole sono presenti nella convenzione stipulata tra la Confederazione Elvetica e gli Stati Uniti; inoltre, una siffatta impostazione è stata anche recepita da norme anti-abuso unilaterali introdotte nella legislazione svizzera. Anche in questo caso, l'OCSE raccomanda l'abbinamento di tali clausole a metodologie di verifica basate sul «bona fide commercial purpose». Il paragrafo 20 del Commentario all'art. 1 è stato rinumerato, a seguito dell'aggiornamento del gennaio 2003, come paragrafo n. 18.

Il «bona fide commercial purpose test»

Le modifiche apportate al Commentario del Modello OCSE (e al Modello medesimo di convenzione contro le doppie imposizioni) dal Comitato Affari Fiscali dell'OCSE nel gennaio 2003, prevedono la diversa numerazione di alcuni paragrafi. In particolare, il paragrafo 19 del Commentario all'art. 1 del modello OCSE, che sostituisce il precedente paragrafo 21, chiarisce che le misure anti-abuso descritte in precedenza necessitano spesso di specifiche disposizioni applicative «to ensure that treaty benefits will be granted in bona fide cases».

I metodi anti-abuso suggeriti dall'OCSE sono i seguenti:

- *the general bona fide provision*⁴⁵, per effetto del quale la società deve dimostrare, in primo luogo, che l'attività d'impresa è fondata su solide ragioni economiche e, in secondo luogo, che l'attività non è diretta unicamente ad ottenere alcuni benefici convenzionali;
- *the activity provision*⁴⁶, clausola molto diffusa nelle convenzioni stipulate dalla Germania, riconosce i benefici convenzionali alle società che siano effettivamente residenti nello Stato contraente, a condizione che esse siano impegnate in operazioni commerciali sostanziali negli Stati di residenza e che i redditi dalle stesse prodotti derivino dalle operazioni commerciali predette; in altri termini, le limitazioni all'applicazione del regime convenzionale vengono escluse solo in presenza di redditi non qualificabili come *passive income* (solitamente rappresentati da redditi di capitale);
- *the amount of tax provision*⁴⁷, che prevede l'applicazione dei benefici convenzionali nell'ipotesi in cui l'imposta risparmiata non sia più elevata dell'imposta applicata dallo Stato contraente nel quale ha sede la società;
- *the stock exchange provision*⁴⁸, la cui *ratio* risiede nel fatto che i benefici convenzionali non possono non essere riconosciuti nei confronti delle società la cui classe principale di azioni sia iscritta in un mercato regolamentato ovvero se la società che controlla la percipiente abbia la sede nello stesso Stato e la sua classe principale di azioni sia iscritta in un mercato regolamentato in quello Stato;
- *the alternative relief provision*⁴⁹, dipendente dal tipo di misura anti-abuso scelta dagli

⁴⁵ La clausola c.d. *general bona fide provision* suggerita è del seguente tenore: «the foregoing provisions shall not apply where the company establishes that the principal purpose of the company, the conduct of its business and the acquisition or maintenance by it of the shareholding or other property from which the income in question is derived, are motivated by sound business reasons and do not have as primary purpose the obtaining of any benefits under this Convention».

⁴⁶ Il paragrafo 19 prevede la clausola *activity provision*, secondo la quale: «the foregoing provisions shall not apply where the company is engaged in substantive business operations in the Contracting State of which it is a resident and the relief from taxation claimed from the other Contracting State is with respect to income that is connected with such operations».

⁴⁷ La clausola in questione prevede «The foregoing provisions shall not apply where the reduction of tax claimed is not greater than the tax actually imposed by the Contracting State of which the company is a resident».

⁴⁸ Il paragrafo 19 del Commentario OCSE suggerisce che: «The foregoing provisions shall not apply to a company which is a resident of a Contracting State if the principal class of its share is registered on an approved stock exchange in a Contracting State or if such company is wholly owned - directly or through one or more companies each of which is a resident of the first-mentioned State - by a company which is a resident of the first-mentioned State and the principal class of whose shares is so registered». Va osservato che, seguendo la lettera del testo del Commentario OCSE, non è necessario che le azioni siano anche effettivamente negoziate nel mercato regolamentato in cui sono iscritte; ciò, tuttavia, non altera lo scopo della norma. Il Commentario OCSE suggerisce un'opportuna precisazione da parte degli Stati contraenti in merito all'espressione «classe principale di azioni».

⁴⁹ Il paragrafo 19 del Commentario OCSE all'art. 1 chiarisce che nei casi in cui una clausola anti-abuso si riferisca ad una società non residente in uno dei due Stati contraenti, è opportuno che venga previsto che la stessa «shall not be deemed to include of third States that have income tax conventions in force with the Contracting State from which relief from taxation is claimed and such conventions provide relief from taxation not less than the relief from taxation claimed under this Convention».

Stati contraenti, deve essere determinata bilateralmente. Il Commentario, inoltre, considera opportuna, nell'ipotesi in cui le competenti Autorità fiscali degli Stati contraenti abbiano il potere di applicare discrezionalmente le disposizioni, l'aggiunta di un'ulteriore clausola che attribuisca all'Autorità dello Stato della fonte di accordare i benefici della Convenzione al soggetto residente nell'altro Stato contraente anche se il soggetto residente non abbia superato i *bona fide commercial purpose tests* precedentemente indicati.

Quest'ultima clausola «di chiusura», che attribuisce alle Autorità fiscali degli Stati contraenti ampio potere discrezionale circa il riconoscimento dei benefici convenzionali, solleva alcuni problemi interpretativi⁵⁰, in quanto può determinare, in alcuni casi, il riconoscimento dei benefici fiscali e, in altri, il disconoscimento degli stessi, violando così il principio generale della uniforme applicazione delle disposizioni convenzionali. L'adozione di siffatte clausole, pertanto, non comporta rischi di arbitrio solo a condizione che gli stessi trattati prevedano chiare regole sull'esercizio dei poteri discrezionali da parte delle Autorità fiscali.

Le modifiche apportate alla versione 2003 del Commentario hanno riformulato integralmente il paragrafo 20 dell'art. 1, il quale evidenzia che solo alcune delle misure antiabuso individuate nei paragrafi precedenti per le strutture c.d. *conduit* possono trovare concreta applicazione per contrastare il fenomeno del *treaty shopping*. In altri termini, il Commentario, riconoscendo la necessità di opportuni adattamenti e sulla base della considerazione che alcuni Stati prediligono altri tipi di approccio *anti-treaty shopping*, consente agli Stati contraenti la possibilità di meglio specificare nelle convenzioni stipulate le clausole antiabuso, al fine di consentire il riconoscimento dei benefici convenzionali anche nei confronti di soggetti non residenti che si avvalgano di strutture societarie residenti. A tal fine, il Commentario richiede che il soggetto residente in uno degli Stati contraenti che ritrae i redditi dall'altro Stato sia un soggetto qualificato⁵¹. Conseguentemente, un soggetto residente in uno Stato contraente, nel quale esercita effettivamente un'attività d'impresa, potrà beneficiare delle disposizioni convenzionali in riferimento alla parte del suo reddito derivante dall'altro Stato contraente, sempreché possa essere considerato in quest'ultimo Stato come un soggetto qualificato⁵².

⁵⁰ Cfr. Wurm, *op. cit.*, p. 668.

⁵¹ Il nuovo paragrafo 20 dispone «a resident of a Contracting State is a qualified person for a fiscal year only if such resident is either:

- An individual;
- A qualified governmental entity;
- A company, if
 - the principal class of its shares is listed on a recognized stock exchange specified in subparagraph a) or b) of paragraph 6 and is regularly traded on one or more recognized stock exchanges, or
 - at least 50 percent of the aggregate vote and value of the shares in the company is owned directly or indirectly by five or fewer companies entitled to benefits under subdivision I) of this subparagraph, provided that, in the case of indirect ownership, each intermediate owner is a resident of either Contracting State;
 - a charity or other tax-exempt entity, provided that, in the case of a pension trust or any other organization that is established exclusively to provide pension or other similar benefits, more than 50 percent of the person's beneficiaries, members or participants are individuals resident in either Contracting State; or
 - a person other than an individual, if: on at least half the days of the fiscal year persons that are qualified persons by reason of subparagraph a), b) or d) or subdivision c) i) of this paragraph own, directly or indirectly, at least 50 percent of the aggregate vote and value of the shares or other beneficial interests in the person, and less than 50 percent of the person's gross income for the taxable year is paid or accrued, directly or indirectly, to persons who are not residents of either Contracting States in the form of payments that are deductible for purposes of the taxes covered by this Convention in the person's State of residence (but not including arm's length payments in the ordinary course of business for services or tangible property and payments in respect of financial obligations to a bank, provided that where such a bank is not a resident of a Contracting State such payment is attributable to a permanent establishment of that bank located in one of the Contracting States).

⁵² Il n. 4 del paragrafo 20 del Commentario all'art. 1 esclude l'applicazione dei benefici convenzionali, in relazione alla parte di reddito considerata, nel caso in cui le azioni della società residente in uno degli Stati

I paragrafi 21.3 e 21.4 del Commentario all'art. 1, introdotti nella versione aggiornata di gennaio 2003, si soffermano, rispettivamente, sulle clausole anti-abuso dirette a limitare il riconoscimento dei benefici convenzionali riguardanti specifiche categorie reddituali (derivanti dalle attività connesse con i settori bancario, assicurativo e finanziario o rappresentati da dividendi, interessi e canoni)⁵³ e quelle dirette a limitare il riconoscimento dei benefici convenzionali previsti da quelle disposizioni convenzionali che limitano la tassazione della fonte quando le transazioni abbiano luogo al solo scopo di ottenere tali benefici⁵⁴.

I rapporti tra le norme convenzionali e le norme interne

I paragrafi 22 e 23 dell'art. 1 del Commentario individuano i rapporti tra le norme anti-abuso presenti nelle Convenzioni e quelle esistenti all'interno degli ordinamenti degli Stati contraenti⁵⁵. In particolare, la maggior parte dei Paesi membri dell'OCSE adottano l'impostazione in base alla quale le norme di diritto interno (come la prevalenza della «sostanza sulla forma» oppure le norme antielusive) operano in un ambito diverso rispetto alle norme convenzionali e trovano applicazione quando non vi siano ipotesi di doppia imposizione⁵⁶.

Il paragrafo 22 del Commentario all'art. 1 impegna espressamente gli Stati contraenti all'attenta osservanza delle disposizioni anti-abuso contenute nei trattati⁵⁷.

Strumenti di contrasto unilaterali: spunti comparatistici

Per prevenire l'abuso delle disposizioni contenute nelle convenzioni contro le doppie imposizioni, alcuni Paesi, attraverso l'emanazione di provvedimenti mirati (le cd. «anti-abuse measures»), stabiliscono i parametri di riferimento per individuare le operazioni che, avvalendosi di strutture «ponte», sono poste in essere per fini di (mero) risparmio fiscale⁵⁸. In particolare, taluni Paesi hanno adottato disposizioni legislative, talora supportate da decisioni chiarificatrici emesse da parte degli organi giudicanti, al fine di

contraenti, o della società che la controlla, siano soggette a patti o condizioni che attribuiscono ai possessori una parte del reddito della società derivante dall'altro Stato contraente più ampia di quella che sarebbe stata loro attribuita in assenza dei patti o condizioni.

⁵³ Il paragrafo 21.3 della versione del Commentario all'art. 1 suggerisce l'adozione della seguente clausola: «1. The benefits of this Convention shall not apply to income which may, in accordance with the other provisions of the Convention, be taxed in a Contracting State and which is derived from activities the performance of which do not require substantial presence in that State, including:

- such activities, involving banking, shipping, financing, insurance or electronic commerce activities; or
- activities involving headquarter or coordination centre or similar arrangements providing company or group administration, financing or other support; or
- activities which give rise to passive income, such as dividends, interest and royalties where, under the laws or administrative practices of that State, such income is preferentially taxed and, in relation thereto, information is accorded confidential treatment that prevents the effective exchange of information».

⁵⁴ Il paragrafo 21.4 della versione del Commentario all'art. 1 suggerisce l'adozione della seguente clausola: «The provisions of this Article shall not apply if it was the main purpose or one of the main purposes of any person concerned with the creation or assignment of the [Article 10: «shares or other rights»; Article 11: «debt-claim»; Articles 12 and 21: «rights-»] in respect of which the [Article 10: 2 «dividend»; Article 11: «interest»; Article 12 «royalties» and Article 21: «income-»] is paid to take advantage of this Article means of that creation or assignment».

⁵⁵ Si veda, in proposito, Wurm, op. cit., p. 668; Pistone, op. cit., p. 519 ss.

⁵⁶ Il paragrafo 22.1, infatti, chiarisce che: «such rules are part of the basic domestic rules set by domestic tax laws for determining which facts give rise to a tax liability; these rules are not addressed in tax treaties and are therefore not affected by them».

⁵⁷ Paragrafo 22.2: «... there is agreement that Member countries should carefully observe the specific obligations enshrined in tax treaties, as long as there is no evidence that the treaties are being used».

⁵⁸ Il paragrafo 25 del Commentario OCSE all'art. 1 sottolinea che «it seems desirable that counteracting

identificare tra le operazioni poste in essere in ambito transnazionale quei casi che, presentando anomalie rispetto ad una (convenzionale) «normalità» dei rapporti tra soggetti giuridici differenti, possono essere ricondotti a tentativi volti ad assicurare determinati risparmi d'imposta. L'esigenza di elaborare una serie di «indici» sintomatici dell'intento anomalo perseguito dagli operatori economici nel contesto di gruppi multinazionali e capaci di rilevare, al di là della struttura formale, che la sostanza economica delle operazioni poste in essere è (potenzialmente) affetta da finalità elusive, ha sostanzialmente privilegiato la scelta di due criteri che si basano, rispettivamente, sul cd. «dominion and control test» e sul cd. «bona fide commercial purpose test» (già descritto in precedenza).

Il «dominion and control test» parte dall'assunto che la società interposta - trattasi della società presunta controllante, nel caso di distribuzione di dividendi, o della società presunta finanziatrice, nel caso di flussi di interessi passivi, ecc. - abbia il pieno controllo dei redditi percepiti. In altre parole, ai fini del «dominion and control test», occorre verificare che la società controllante/finanziatrice non abbia alcun obbligo di trasferire i redditi da essa percepiti ad un altro soggetto (che, in tal caso, risulterebbe essere l'effettivo titolare del reddito), residente in un Paese terzo rispetto ai due Stati contraenti, allo scopo di trarre vantaggio della Convenzione⁵⁹.

Negli Stati Uniti il fenomeno del *treaty shopping* è contrastato sulla base del principio della prevalenza della sostanza sulla forma (cd. «substance over the form principle»⁶⁰). In applicazione di tale principio i giudici tributari e l'Internal Revenue Service (IRS) possono disconoscere i benefici fiscali derivanti dal ricorso al *treaty shopping*, qualora esso venga utilizzato come strumento per ridurre (od eliminare) l'imposizione fiscale negli Stati Uniti. Tale approccio è comprovato da una serie di sentenze, in particolare da quella riguardante il

measures comply with the spirit of tax treaties with a view to avoiding double taxation. Where the taxpayer complies with such counteracting measures, it might furthermore be adequate to grant him the protection of the treaty network». Sul punto il successivo paragrafo 26 rileva che «the majority of Member countries accept counteracting measures as a necessary means of maintaining equity and neutrality of national tax laws in an international environment characterised by very different tax burdens, but such measures should be used only for this purpose. It would be contrary to the general principles underlying the Model Convention and the spirit of tax treaties in general if counteracting measures were to be extended to activities such as production, normal rendering of services or trading of companies engaged in real industrial or commercial activity, when they are clearly related to the economic environment of the country where they are resident in a situation where these activities are carried out in such a way that no tax avoidance could be suspected. Counteracting measures should not be applied to countries in which taxation is comparable to that of the country of residence of the taxpayer».

⁵⁹ In ragione di tale principio, l'apparente titolare del diritto alla percezione di un reddito di fonte transnazionale (es. dividendi) non potrebbe beneficiare delle agevolazioni previste dal trattato contro le doppie imposizioni stipulato tra il Paese del soggetto erogante ed il Paese di residenza dell'effettivo titolare del reddito; ciò in quanto l'effettivo titolare del reddito risulterebbe (soggettivamente) estraneo all'ambito di applicazione della normativa agevolativa recata dalla convenzione bilaterale stipulata tra il Paese ove è sita la fonte del reddito ed il Paese di residenza dell'apparente titolare di quel reddito. Questo approccio può apparire non del tutto immune da critiche; infatti, l'applicazione di un criterio interpretativo, che poggia sulla constatazione di fatti desumibili extra-contrattualmente talora può indurre a ravvisare l'esistenza di violazioni, senza che vi sia possibilità di ricostruire la volontà delle parti coinvolte nell'operazione e di verificare la «realità» del negozio da queste voluto. Tutto quanto precede sta ad indicare i limiti congeniti di un siffatto approccio, quantomeno in quei Paesi, come è il nostro, ove la forma giuridica tende a prevalere sulla sostanza, che viene normalmente individuata avendosi riguardo al solo risultato economico-finanziario che si è inteso perseguire. Tale problematica, peraltro, non appare estranea agli ordinamenti di stampo anglosassone, laddove la sostanza tende a prevalere sulla forma giuridica; al riguardo, si consideri come in tali contesti rilevi innanzitutto l'(in)esistenza di valide motivazioni di ordine commerciale per (non) giustificare l'interposizione di soggetti «ponte». A tal riguardo, vedasi in particolare l'analisi comparatistica che Vogel (op. cit., Deventer, pp. 52 e 54) svolge contrapponendo l'approccio di tipo sostanziale tipico dei Paesi anglosassoni all'approccio formalistico dei Paesi della «civil law».

⁶⁰ Descritto nel paragrafo relativo alla *limitation on benefit*.

caso *Aiken Industries Inc. vs. Commissioner* (1971)⁶¹, in seguito citata dall'IRS in due Rulings del 1984⁶², e il caso *Johansson vs. US* (1964)⁶³.

⁶¹ Il caso *Aiken Industries* può essere considerato come il «caso-guida», in quanto le argomentazioni fornite dal giudice tributario relativamente ad esso (i.e. assenza di «dominion and control» sui pagamenti e, di conseguenza, assenza di un valido «business purpose», descritto nel paragrafo relativo alla limitation on benefit) sono state riprese dall'IRS in due Ruling emessi nel 1984. Esso riguardava una società delle Bahamas, la quale aveva ricevuto una promessa di pagamento («promissory note») da parte della sua subsidiary residente negli Stati Uniti. Poco prima della maturazione degli interessi, la casa madre provvedeva a costituire una subsidiary in Honduras, a cui trasferiva il diritto di credito, evitando, in tal modo, l'applicazione della ritenuta statunitense sul pagamento degli interessi. Infatti, in assenza di un trattato contro le doppie imposizioni tra gli Stati Uniti e le Bahamas, se la società statunitense avesse pagato gli interessi direttamente alla casa madre residente alle Bahamas, tale pagamento avrebbe scontato la ritenuta del 30% prevista dalla legislazione statunitense. Tra gli Stati Uniti e l'Honduras esisteva, invece, un trattato che non prevedeva l'applicazione della ritenuta sugli interessi pagati da un soggetto residente negli Stati Uniti ad un soggetto residente in Honduras. Nel caso in esame, il giudice tributario ha disconosciuto l'applicabilità del trattato Stati Uniti-Honduras, argomentando che la società dell'Honduras era stata utilizzata come struttura conduit, al solo scopo di evitare l'applicazione della ritenuta. Tale intenzione traspariva chiaramente dal fatto che il trasferimento del diritto di credito alla subsidiary in Honduras era stato effettuato a distanza di un solo giorno dalla costituzione della stessa subsidiary, periodo giudicato insufficiente a che la società di nuova costituzione potesse acquisire il «dominion and control» sul finanziamento. Per approfondimenti si vedano Mittelstadt, «New Conduit Rules Increase Cost of Investing in the United States», in *Tax Planning International Review*, December 1994, p. 10; Saunders, «How Much Longer Will Treaty Shopping Be Allowed», in *Tax Planning International Review*, January 1995, p. 20; Cooper, *Report from the United States*, op. cit., p. 291.

⁶² *Revenue Ruling* 84-152 e *Revenue Ruling* 84-153. Il primo di essi (*Revenue Ruling* 84-152) riguarda una società svizzera che possedeva al 100% una società nelle Antille Olandesi ed una società operativa negli Stati Uniti. Allo scopo di soddisfare il fabbisogno finanziario della società statunitense, la casa madre svizzera finanziava la subsidiary antillana, la quale a sua volta prestava denaro alla società statunitense. In forza del trattato tra gli Stati Uniti e le Antille Olandesi, gli interessi pagati dalla società statunitense alla società antillana erano esenti da ritenuta. Anche in questo caso, l'IRS ha ritenuto che la società antillana svolgesse esclusivamente il compito di «struttura conduit» utilizzata per canalizzare il flusso degli interessi verso la società antillana e beneficiare, in tal modo, dell'esenzione prevista dal trattato sopra menzionato. Su questa base, l'IRS ha sostenuto che l'operazione fosse priva di un effettivo «business purpose» e, pertanto, ha ritenuto il trattato Stati Uniti-Antille Olandesi non applicabile al caso in questione.

I fatti trattati dal secondo Ruling (*Revenue Ruling* 84-153) sono i seguenti. Una società antillana ricorreva all'emissione di obbligazioni al fine di recuperare i fondi necessari a finanziare la casa madre statunitense. Gli interessi pagati dalla società residente negli Stati Uniti alla società antillana erogante il finanziamento non venivano assoggettati a ritenuta, in applicazione del trattato Stati Uniti-Antille Olandesi. L'IRS ha ritenuto che gli interessi fossero in realtà dovuti direttamente ai soggetti non residenti detentori dei titoli obbligazionari, in quanto appariva chiaramente la funzione di «schemo» svolta dalla società antillana, interposta fra le parti (società statunitense ed obbligazionisti) al solo scopo di beneficiare del trattato. Al proposito Katz (in *Cabiers de droit fiscal international*, 1993, vol. LXXVIII, p. 645) rileva: «It is arguable that the principal effect of these rulings is in terrorism; most go substantially beyond the clearly abusive situations of Johansson and Aiken, and there is significant doubt as to whether the positions taken in the rulings would be sustained by the courts».

⁶³ Il caso tratta dell'imponibilità negli Stati Uniti dei compensi ricevuti da un pugile di nazionalità svedese a remunerazione di tre combattimenti da questi sostenuti (e persi) negli Stati Uniti. Johansson sosteneva la non assoggettabilità a tassazione delle somme percepite, in applicazione delle disposizioni dell'articolo della convenzione Stati Uniti-Svizzera riguardante la retribuzione da lavoro dipendente. La corte ha respinto tali argomentazioni, in quanto il beneficio convenzionale è subordinato dalla convenzione alla prova che il soggetto sia residente in Svizzera ed alle dipendenze di una società svizzera (prova che Johansson non era stato in grado di fornire). Tali considerazioni sono state sufficienti a risolvere il caso nel senso dell'assoggettamento ad imposta statunitense dei compensi ricevuti dal pugile. Inoltre la corte investita del caso ha indagato sugli obiettivi del trattato con la Svizzera, che si sostanziano «nell'eliminazione degli impedimenti al commercio internazionale che deriverebbero dalla doppia imposizione delle operazioni internazionali». A tal proposito, la commissione ha rilevato che tali obiettivi non risultavano scalfiti dal rifiuto di accordare l'esenzione da tassazione negli Stati Uniti ad un soggetto che risultava essere «soltanto tecnicamente alle dipendenze di una paper company svizzera». Anche in *Patterson vs. Comm'r* la corte ritenne la società «nothing more than a passive and temporary deposittee of monies» e concluse che «it merely served as an instrument by which income ad expense could be arbitrarily allocated to serve the tax interests of the petitioner and D'Amato and therefore should not be recognised for tax purpose». Rileva Tiley (*Judicial Anti-Avoidance Doctrines: Corporations and Conclusions*), in *British Tax Review*, 1988, p. 109): «Patterson was, of course, Floyd Patterson, the world heavyweight boxing champion and D'Amato his

Va inoltre menzionato che gli Stati Uniti adottano il cd. «abstinence approach» per contrastare l'uso improprio dei trattati, «astenedosi» dal negoziare convenzioni contro le doppie imposizioni con Paesi che offrono un trattamento fiscale particolarmente favorevole a società che possono essere utilizzate come «veicoli» per l'effettuazione di investimenti in territorio americano; hanno infatti rinunciato unilateralmente ad una serie di trattati⁶⁴. Inoltre gli Stati Uniti, al momento di rinegoziare alcuni trattati (vedansi, in particolare i trattati con la Svizzera e con i Paesi Bassi) hanno preteso l'inserimento di clausole LOB più restrittive rispetto a quelle contenute nei precedenti trattati⁶⁵.

Con riferimento alla Svizzera va rilevato che la Confederazione ha introdotto nel proprio ordinamento una normativa volta a prevenire l'abuso dei trattati contro le doppie imposizioni da essa sottoscritti⁶⁶. L'intento del legislatore è sostanzialmente quello di «rassicurare» i potenziali «treaty partners»⁶⁷ che i benefici dei trattati sottoscritti dalla Svizzera non possano essere sfruttati da residenti di Paesi terzi⁶⁸. Il «Swiss Treaty Abuse Decree», emesso nel 1962⁶⁹, nega i benefici di qualsiasi trattato sottoscritto dalla Svizzera qualora:

manager; if the income involved was that from his fights with Ingemar Johansson that fight has to go down in history as the most fiscally interesting demonstration of pugilism of all time as Johansson also gave rise to (fascinating) litigation» (!).

⁶⁴ In particolare, trattati della convenzione con le Isole Vergini Britanniche e dell'estensione dei trattati Stati Uniti/Regno Unito e Stati Uniti/Belgio alle vecchie colonie sia britanniche che belghe: Anguilla, Barbados, Belize, Burundi, Dominica, Isole Falkland, Gambia, Grenada, Malawi, Monserrat, Ruanda, St. Christopher - Nevis, Santa Lucia, St. Vincent e le Grenadine, Seychelles, Sierra Leone, Zambia e Zaire.

⁶⁵ Cfr. Picciotto, op. cit., p. 168. Inoltre gli Stati Uniti prevedono limitazioni alla possibilità di acquisire la residenza al fine di beneficiare di disposizioni convenzionali di particolare favore.

⁶⁶ Taluni Paesi (es. Francia e Olanda) non possono contrastare il treaty shopping mediante disposizioni interne in quanto la norma convenzionale prevale sempre sulla legge nazionale, anche se successiva. In molti ordinamenti si ritiene che una norma interna possa abrogare (o modificare) disposizioni convenzionali, a condizione che tale disposizione sia successiva ed «esprima in modo «inequivoco» (ancorché implicitamente) la volontà del legislatore di contravvenire agli obblighi scaturenti dal trattato» (Contrino, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, Bologna, 1996, p. 78; cfr. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 1992, p. 303 ss.; Pisano, «Il rapporto tra norme interne, diritto convenzionale e diritto comunitario», in AA.VV., *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali* a cura di Uckmar-Garbarino, Milano, 1995, p. 420). Ne consegue che la disapplicazione di una convenzione potrà avvenire in base a disposizioni anti-abuso introdotte nella legislazione di un determinato Paese successivamente alla stipula del trattato; ciò precluderebbe il ricorso alle regole generali contro la frode alla legge o l'elusione (che talora preesistono all'accordo stesso) (cfr. Fantozzi-Vogel, *Doppia imposizione internazionale*, op. cit., pp. 198-199 e Contrino, op. cit., p. 78).

⁶⁷ Quattro Paesi (Francia, Italia, Germania e Belgio) hanno espressamente richiesto l'inserimento, nell'ambito dei trattati da essi stipulati con la Svizzera, di taluni principi contenuti nel Decreto del 1962, con l'aggiunta dell'ulteriore regola che una «foreign owned company» residente in Svizzera che riceva interessi, royalties, ed in un caso anche capital gains, provenienti dall'altro Stato contraente, possa richiedere l'applicazione dei benefici del trattato, soltanto se tali elementi di reddito sono assoggettati ad imposta cantonale nel Cantone in cui la società ha sede. Va inoltre menzionata la disposizione contenuta nella convenzione Italia-Svizzera (1976), che prevede il riconoscimento del diritto alle riduzioni d'imposta su dividendi, interessi e royalties, alla sussistenza in capo al soggetto percettore (residente in uno dei due Stati contraenti) di una serie di condizioni elencate nell'art. 23, comma 1: a) i conti creditori fruttanti interessi, intestati a persone non residenti nel primo Stato non ammontano a più del sestuplo del totale ottenuto aggiungendo il capitale azionario (o il capitale sociale) e le riserve risultanti dal bilancio; b) i debiti contratti verso le medesime persone fruttano un interesse ad un tasso non eccedente quello normale; c) il 50%, al massimo, dei redditi di cui si tratta, provenienti dall'altro Stato contraente, è impiegato a soddisfare diritti (interessi debitori, canoni, spese di sviluppo, di propaganda, di primo impianto, di viaggio, ammortamenti di beni di ogni genere, compresi quelli immateriali, processi ecc.) di persone non residenti nel primo Stato; d) le spese in relazione con i redditi di cui si tratta, provenienti dall'altro Stato contraente, sono coperte esclusivamente con i detti redditi; e) la società distribuisce il 25%, almeno, dei redditi di cui si tratta, provenienti dall'altro Stato contraente.

⁶⁸ Per cui una società svizzera potrebbe facilmente diventare strumento mediante il quale far fuoruscire, in forma di interessi o di royalties, gli utili da essa in precedenza percepiti. Cfr. Valente, «Convenzione Lussemburgo-Svizzera: ipotesi di «tax planning» tra le pieghe del trattato», in *Commercio internazionale*, n. 5/1995, p. 216.

⁶⁹ In dottrina (cfr. Torrión, in *How domestic anti-avoidance rules affect double taxation conventions*, De-

- più del 50% del reddito che abbia beneficiato della protezione del trattato sia pagato ad un soggetto non residente sotto forma di «spese», quali, ad esempio, interessi o *royalties*⁷⁰;
- meno del 25% del reddito «protetto» dai trattati venga distribuito sotto forma di dividendi. In tal modo, viene assicurato l'assoggettamento a ritenuta di almeno il 25% del reddito⁷¹. Inoltre il Decreto in oggetto stabilisce che:
 - i prestiti fruttiferi concessi da soggetti non residenti non possono eccedere sei volte il patrimonio netto della società svizzera;
 - il tasso di interesse non deve eccedere un tasso che di volta in volta viene stabilito dalle autorità svizzere.

A differenza della Svizzera, i Paesi Bassi non dispongono di una normativa specifica volta a prevenire il *treaty shopping*⁷². Nella legislazione fiscale olandese esiste una clausola generale anti-abuso, contenuta nell'art. 31 dell'«Algemene wet inzake rijksbelastingen», la quale è nota con il nome di «rule of just levying» (richtige heffing)⁷³. Tale principio, affermatosi anche in giurisprudenza, stabilisce che non debba tenersi conto, ai fini delle imposte sui redditi, di quegli atti dei quali si possa presumere, sulla base della considerazione che gli stessi non siano finalizzati a realizzare effettivi mutamenti nella struttura esistente ovvero in base ad altri fatti o circostanze, che essi non sarebbero stati posti in essere se non avessero prodotto l'effetto di impedire, in tutto o in parte, l'imposizione fiscale. Oltre all'approccio del «just levying», due sono le modalità con le quali il *treaty shopping* viene generalmente contrastato dai giudici tributari: una fondata sulla verifica della validità, da un punto di vista legale, della forma prescelta per la nuova struttura⁷⁴; l'altra basata sul concetto della cd. «fraus legis»⁷⁵.

venter, 1995, p. 19-20) è stato rilevato il carattere per così dire «altruistico» del Decreto in questione, in quanto il suo scopo non è quello di tutelare i diritti della Svizzera, bensì quello di proteggere l'altro Stato contraente dall'uso improprio che del trattato potrebbe essere fatto da parte di società «opportunamente» localizzate in Svizzera. In base al Decreto del 1962, come conseguenza dell'abuso di un trattato, al soggetto svizzero percettore di un determinato elemento di reddito, verrà negato l'accesso al trattato. Cfr. altresì De Coulon, «Report from Switzerland», in *Treaty Shopping - An emerging tax issue and its present status in various countries*, Deloitte, Haskins & Sells International (a cura della), Deventer, 1988, p. 236 e Locher, in *Cabiers de droit fiscal international*, 1993, vol. LXXVIII, p. 593.

⁷⁰ Questa disposizione è volta ad evitare che il reddito confluito in Svizzera sotto la protezione della rete di trattati contro le doppie imposizioni, possa poi fuoriuscime in esenzione da imposte (comprese le ritenute) in Svizzera.

⁷¹ Qualora i dividendi siano pagati ad un soggetto residente in un Paese con il quale la Svizzera non abbia stipulato un trattato contro le doppie imposizioni, l'aliquota della ritenuta sui dividendi è quella prevista dalla legislazione svizzera, pari al 35%. Ovviamente tale aliquota può essere ridotta, qualora, al contrario, esista un trattato contro le doppie imposizioni.

⁷² Cfr. Timmermans, in *Cabiers de droit fiscal international*, 1993, vol. LXXVIII, p. 460; Overgaaauw, «Treaty Shopping-Netherlands Perspective», in *World Tax Report*, February 1994, p. 22 e Lagendaal, Report from The Netherlands, op. cit., p. 175.

⁷³ «No regard shall be paid, for the levying of direct tax, to legal acts of which it must be assumed, based on the circumstance that they were not aimed at bringing about any essential change in the actual relations or based on certain other facts and circumstances, that they would not have been performed had they not had the effect of totally or partially frustrating the levying of tax». Cfr. Lagendaal, Report from The Netherlands, op. cit., p. 175.

⁷⁴ L'applicazione di tale principio può comportare il disconoscimento dei fatti rappresentati, qualora la forma adottata non sia conforme ai principi stabiliti dalla legislazione civile ovvero qualora la stessa non risponda alla realtà dei fatti (cd. sham agreements).

⁷⁵ L'approccio della «fraus legis» può essere applicato qualora una determinata struttura produca gli stessi risultati di un'altra struttura stabilita dalla legislazione fiscale e qualora sia possibile provare che il ricorso a detta struttura, non trovando giustificazione in alcuna ragione di carattere commerciale, sia in realtà motivata esclusivamente da finalità elusive. In tal caso, il giudice tributario può negare validità alla struttura giudicata «artificiale», qualora la stessa sia in conflitto con gli scopi e con lo spirito della legge. In una sentenza del 1986 la Suprema Corte (Hoge Raad, 8.1.1986, BNB 1986/127) ha stabilito che il ricorso al principio della «fraus legis» è legittimamente applicabile ai casi riguardanti l'uso di conduit companies, in assenza di specifiche disposizioni anti-abuso. In particolare, il caso in questione riguardava una società olandese originalmente posseduta al 100% da una società canadese. Nel 1980 le azioni nella società olandese venivano convertite in azioni privilegiate e si emettevano nuove azioni

Tra gli Stati promotori di disposizioni anti-abuso va menzionato il Regno Unito, il cui approccio nei confronti del treaty shopping divenne più restrittivo a seguito dell'entrata in vigore di alcuni nuovi trattati che estendono ai non residenti il beneficio del rimborso dell'Advance Corporation Tax (ACT)⁷⁶. Consapevoli del fatto che soggetti residenti in Paesi terzi avrebbero potuto trarre vantaggio da tali disposizioni, le autorità del Regno Unito hanno deciso di inserire specifiche disposizioni anti-elusive negli articoli dei trattati riguardanti i dividendi⁷⁷. Alcune convenzioni sottoscritte dal Regno Unito subordinano l'efficacia di determinate operazioni al soddisfacimento di specifiche condizioni⁷⁸. Altri trattati stabiliscono regole anti-abuso che devono essere soddisfatte prima che qualsiasi rimborso dell'ACT possa essere concesso ad una società partecipante che riceva dividendi da una società residente nel Regno Unito⁷⁹.

ordinarie, sottoscritte da una società residente nelle Antille Olandesi, posseduta al 60% dall'originaria società canadese e al 40% da una società panamense. Successivamente la società olandese pagava alla società antillana un dividendo sul quale applicava la ritenuta interna pari al 25%. La società antillana chiese il rimborso della ritenuta sulla base delle disposizioni del trattato contro le doppie imposizioni Antille-Paesi Bassi. La Suprema Corte sostenne l'applicabilità del principio della «fraus legis» e rimise il caso al Tribunale di Amsterdam, cui demandò la responsabilità di decidere se le circostanze del caso costituissero (o meno) abuso di legge. Il Tribunale di Amsterdam sentenziò che la costituzione della società antillana ed il pagamento del dividendo erano stati effettuati con il proposito di evitare l'imposizione e che, pertanto, risultavano in contrasto con la legge. In appello, la Suprema Corte, in conformità con la decisione del Tribunale di Amsterdam, ravvisò i termini dell'abuso di legge e, ignorando la società antillana, decise per l'applicabilità del trattato Paesi Bassi-Canada. Al dividendo in questione sarebbe stata, pertanto, applicabile la ritenuta del 15% prevista dal trattato e la casa madre avrebbe avuto diritto al rimborso della differenza tra ritenuta interna (pari al 25%) e ritenuta convenzionale (pari al 15%). Si veda anche la successiva sentenza dell'Hoge Raad, 28.6.1989, BNB 1989/45.

⁷⁶ Si ricorda che l'ACT è stata soppressa a partire da aprile 1999.

⁷⁷ Così pure negli articoli relativi a interessi e royalties (cfr Avery Jones, in *Cabiers de droit fiscal international*, 1993, vol. LXXVIII, p. 612; Dodd, *Report from United Kingdom*, op. cit., p. 286). Nel caso degli interessi il Regno Unito talora richiede una clausola con finalità anti-abuso; ne costituisce un esempio il paragrafo 5 dell'art. 11 della convenzione con gli Stati Uniti (1975) che prevede: «Where, owing to a special relationship between the payer and the person deriving the interest or between both of them and some other person, the amount of the interest paid exceeds for whatever reason the amount which would have been paid in the absence of such relationship, the provisions of this article shall apply only to the last mentioned amount. In that case, the excess part of the payments shall remain taxable according to the law of each contracting State, due regard being had to the other provision of the convention». Con riferimento alle royalties è interessante il caso del trattato Regno Unito-Ucraina (1993), ove è stato invece adottato un approccio che consente alle società britanniche di percepire royalties senza alcuna ritenuta di fonte ucraina «because Ukraine is keen to attract an inward flow of technology and it does not want to exercise a taxing right on royalty flows associated with that technology back to the owner in the United Kingdom» (Financial Secretary's speech to the Parliament in May 1993, riportato da Saunders, op. cit., p. 20).

⁷⁸ Ad esempio, i trattati con il Lussemburgo e con le Antille Olandesi operano esclusivamente a condizione che la società lussemburghese non sia una «special holding company» e che la società antillana non sia soggetta a tassazione ad aliquote ridotte.

⁷⁹ Esempi sono rappresentati dai trattati con la Svizzera, con i Paesi Bassi e con l'Italia:

– il trattato con i Paesi Bassi (1980) non concede il rimborso dell'ACT a meno che la società olandese sia quotata in una borsa valori olandese ovvero sia posseduta da azionisti i quali avrebbero (essi stessi) avuto diritto al rimborso, se avessero ricevuto i dividendi direttamente. È, ad esempio, questo il caso di una società statunitense la quale partecipi in una società olandese che, a sua volta, riceva dividendi da una società del Regno Unito; simile struttura consentirebbe alla società olandese di ottenere il rimborso dell'ACT sul dividendo di fonte britannica, in quanto a tale rimborso avrebbe diritto una società statunitense che ricevesse un dividendo direttamente da una società anch'essa residente nel Regno Unito;

– il trattato Regno Unito-Svizzera (1977) contiene una clausola più generale, che limita il diritto al rimborso dell'ACT ai casi in cui sia dimostrabile che la partecipazione nella società britannica sia stata acquisita in buona fede per ragioni commerciali e non con l'obiettivo principale di ottenere il rimborso dell'ACT;

– il trattato Regno Unito-Italia (1990) all'art. 10, comma 3, lett. d) prevede che le disposizioni convenzionali che garantiscono il credito d'imposta non trovino applicazione qualora la persona che percepisce i dividendi ed il credito d'imposta non sia soggetta all'imposta italiana. Si può ritenere che la società italiana beneficiaria dei dividendi non possa ritenersi «esente» dall'imposta, essendo di fatto assoggettata ad imposizione nello Stato italiano, anche se in misura ridotta (34% del 5% del dividendo) in base all'art. 96 bis del TUIR. Pertanto, in assenza di posizioni ufficiali sull'argomento, la clausola di cui al comma 3, lett. d) dell'art. 10 della convenzione

A parte le disposizioni contenute nei trattati, il treaty shopping viene generalmente contrastato nel Regno Unito facendo riferimento ai principi affermati nel caso *Furniss vs. Dawson* (1984) che, pur non riguardando specificamente un caso di abuso di trattato, risultano di fatto applicabili qualora sia ravvisabile ad una «serie preordinata di transazioni», fra le quali si frappongano «steps» che non abbiano alcun fine commerciale, ma siano posti in essere a fini esclusivamente elusivi⁸⁰.

può ritenersi soddisfatta, qualora la società italiana paghi effettivamente l'imposta prevista per l'importo del dividendo non esentato. Tale clausola, cd. «subject to tax clause», è prevista solo in alcuni tra i trattati contro le doppie imposizioni stipulati dal Regno Unito. Oltre al trattato con l'Italia, tale clausola figura, in particolare, nel trattato Regno Unito-Francia (1968) e nel trattato Regno Unito-Danimarca (1980). Occorre notare tuttavia, che, a differenza del trattato Regno Unito-Italia, la «subject to tax clause» dei due trattati sopra menzionati ha portata più limitata. Infatti, per quanto concerne il trattato Regno Unito-Francia, occorre premettere che esso non prevede il rimborso del credito d'imposta, nel caso in cui il socio francese (beneficiario effettivo) detenga almeno il 10% del potere di voto nella società del Regno Unito. Ne deriva che la clausola in esame [prevista all'art. 9, paragrafo A, lett. d] si applica solo in presenza di partecipazioni minoritarie (ossia di meno del 10% del potere di voto) e di conseguenza non assume rilevanza in presenza di rapporto qualificato ai fini della direttiva 90/435/CEE. Di conseguenza, in vigenza della direttiva 90/435/CEE, i dividendi provenienti da una società del Regno Unito possono essere distribuiti al socio francese in esenzione d'imposta e il rimborso del credito d'imposta è accordato, indipendentemente dall'essere o meno il socio francese assoggettato ad imposta nel proprio Paese di residenza. Con riferimento ad un altro trattato che prevede una «subject to tax clause» [trattato Regno Unito/Danimarca, art. 10, comma 3, lett. d)] è importante sottolineare che tale clausola si applica solo nel caso di soci danesi che possiedano meno del 10% del potere di voto nella società del Regno Unito e pertanto, in presenza di fattispecie rilevanti ai fini dell'applicazione della direttiva 90/435/CEE, tale clausola non si applica. Conseguentemente, il rimborso del credito d'imposta, concesso dal trattato, spetta al socio danese, a nulla rilevando che i dividendi siano esenti in Danimarca, in forza dello speciale regime ivi vigente di «participation exemption». Per quanto riguarda la convenzione Italia/Regno Unito, la clausola prevista dall'art. 10, comma 3 lett. d) assume notevole importanza (non solo sotto il profilo meramente teorico) per l'effetto combinato delle disposizioni convenzionali con la normativa di recepimento della direttiva da parte italiana.

⁸⁰ Va rilevato che la giurisprudenza della House of Lords ha progressivamente affermato il principio secondo il quale l'interpretazione della norma tributaria e la qualificazione giuridica delle operazioni poste in essere dal contribuente devono privilegiare l'aspetto sostanziale piuttosto che quello formale (cd. «substance over the form»). Nel 1981, in particolare, le decisioni riguardanti il caso *Ramsay Ltd vs. IRC* ed il caso *Elibeck vs. Rawling* sancirono l'ineducibilità ai fini della Capital Gains Tax delle minusvalenze artificiosamente create dal contribuente a solo scopo di beneficiare di un risparmio di imposta. Più in generale, la House of Lords, ha affermato il principio secondo cui un'operazione, od una serie preordinata di operazioni successive, può essere considerata inefficace ai fini fiscali se sono verificate le condizioni di seguito sintetizzate:

- non vi è una finalità economica effettiva in quanto il contribuente non consegue, né può conseguire, alcun vantaggio economico;
- gli effetti delle operazioni poste in essere si annullano reciprocamente in quanto appositamente preordinate al fine di evitare il rischio di un'eventuale perdita;
- le operazioni poste in essere hanno come unico effetto l'ottenimento di un beneficio di natura fiscale, senza per questo comportare alcuna modifica della situazione economico-giuridica del contribuente;
- le risorse finanziarie necessarie alla realizzazione delle operazioni sono anticipate dal contribuente e dal medesimo interamente recuperate.

Nel mese di dicembre dello stesso anno, in occasione della pronuncia riguardante il caso *Burmah Oil*, la House of Lords ha affermato che possono essere dichiarate inefficaci ai fini fiscali anche le operazioni realizzate senza anticipazione di risorse finanziarie da parte del contribuente. Nel 1984, nel caso *Furniss vs. Dawson*, la House of Lords ha applicato il principio precedentemente elaborato, anche se le operazioni poste in essere apparivano economicamente giustificabili e non comportavano l'insorgere di una perdita artificiosamente creata dal contribuente. Successivamente, nei casi *Bayliss vs. Gregory*, *IRC vs. Bowater Property Developments Limited* e *Craven vs. White*, la House of Lords ha progressivamente affermato che ciò che rileva non è tanto il verificarsi delle condizioni inizialmente previste nel caso *Ramsay*, quanto la presenza di un collegamento tra le diverse operazioni poste in essere dal contribuente che permette di individuare l'effettiva volontà di beneficiare fraudolentemente di un risparmio di imposta altrimenti non conseguibile. In particolare, in presenza di una serie preordinata di operazioni che, singolarmente considerate, appaiono dotate di una propria finalità economica, occorre considerare che alcune operazioni potrebbero essere prive di una giustificazione economica diversa dalla volontà di conseguire un beneficio di natura fiscale ed anzi potrebbero essere state poste in essere proprio a tal fine. Per approfondimenti sul tema cfr. per tutti *Ashton*, «The Ramsay and Burmah decisions - A reappraisal», in *British Tax Review*, 1983, p. 221 e «Furniss v Dawson - The Future of Tax Planning», in *Tolley's Tax Planning*, 1985, p. 205.



LA LIBRERIA ON LINE DEL PROFESSIONISTA

L'estratto che stai visualizzando
è tratto da un volume pubblicato su
ShopWki - La libreria del professionista

[VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO](#)