
Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



II IL *TREATY SHOPPING*¹

Sommario: 2.1 Il *treaty shopping* – 2.2 Le strutture cd. “*conduit*” – 2.3 Le misure di contrasto al *treaty shopping* – 2.3.1 Generalità – 2.3.2 Le misure di contrasto secondo il Modello OCSE e relativo Commentario – 2.3.3 La *LOB clause* come misura di contrasto al *treaty shopping* – 2.3.4 Il cd. “*Principal Purpose Test*” di cui al paragrafo 9 dell’art. 29 – 2.4 *Abstract* – 2.5 Riferimenti.

2.1 Il *treaty shopping*

Comprendere l’abuso dei trattati fiscali e il fenomeno del *treaty shopping* è diventato oggi più che mai cruciale. Con l’espressione “*treaty shopping*” 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 derivazione statunitense, deriva dal cd. “*forum shopping*”, attività che consiste nella ricerca del foro che si ritiene più indicato al fine di ottenere una decisione favorevole².

In assenza di un trattato contro le doppie imposizioni esistente tra il Paese di residenza e quello nel quale si intende investire³ (oppure in presenza di un trattato non particolarmente attraente), si può ricorrere alla definizione di una struttura estera (“*conduit*”) che consenta di ridurre l’onere fiscale sfruttando il *network* di trattati esistente fra i diversi Paesi.

¹ A cura di Piergiorgio Valente, con la collaborazione di Federico Vincenti e Donato Colucci.

² 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. Secondo van Weeghel, l’espressione “*treaty shopping*” “*connotes a situation in which a person who is not entitled to the benefits of a tax treaty makes use – in the widest meaning of the word – of an individual or legal person in order to obtain those treaty benefits that are not available directly*” (cfr. van Weeghel S., *The Improper Use of Tax Treaties*, Kluwer Law International, 1998, p. 117).

Vogel fornisce una definizione leggermente diversa, facendo riferimento a quelle situazioni in cui “*transactions are entered, or entities are established, in other states, solely for the purpose of enjoying the benefit of particular treaty rules existing between the state involved and a third state which otherwise would not be applicable, e.g., because the person claiming the benefit is not a resident of one of the contracting states (...)*” (cfr. Vogel K., *On Double Tax Conventions*, Kluwer, Deventer/Boston, 1991, p. 50).

³ Per un esempio applicativo di utilizzo degli strumenti convenzionali cfr. Valente, Davidson, «La holding olandese», in *Le Holding nella pianificazione fiscale internazionale – Commercio Internazionale*, 6/1996, p. 20; per l’utilizzo della struttura cd. «Canadian NRO» (Canadian non-resident owned investment corporation) da parte delle società statunitensi negli schemi di finanziamento, cfr. «A Eurostudy special report» in *Tax planning opportunities worldwide*, Londra, 1992, p. 7. Cfr. inoltre, La Morlette, Rassat, «Stratégie fiscale internationale», Boulogne, 1993, p. 44.

Il *treaty shopping* si colloca nell'intersezione tra diritto tributario internazionale, diritto societario e strumenti di pianificazione fiscale aggressiva. Si tratta di pratiche complesse che mettono seriamente alla prova l'efficacia dei sistemi fiscali a livello globale.

Uno Stato è a rischio di "*treaty shopping*" quando esiste una via indiretta più economica, che consente alle multinazionali di effettuare pagamenti indiretti attraverso un paese terzo per ridurre il loro carico fiscale. Tale arbitraggio fiscale implica che il paese di transito ottenga una parte delle entrate fiscali, a scapito della perdita di entrate fiscali per il paese ospitante⁴.

Al fine di preservare le proprie entrate fiscali, il paese ospitante si trova costretto a ridurre l'aliquota della *withholding tax* diretta con il paese di origine, firmando nuovi trattati fiscali bilaterali con condizioni più favorevoli. Tuttavia, la firma di ulteriori trattati fiscali con aliquote più basse crea un circolo vizioso, aprendo la porta a problemi di *treaty shopping* per altri paesi. Di conseguenza, altri paesi sono costretti a fare lo stesso: firmare nuovi trattati fiscali, possibilmente con riduzioni delle aliquote di ritenuta ancora più generose. Alla fine, ciò porta a una corsa al ribasso nelle aliquote delle ritenute fiscali dei trattati⁵.

Negli ultimi anni, l'attenzione delle autorità fiscali e degli organismi internazionali – in particolare l'OCSE e l'Unione Europea – si è concentrata sull'elaborazione di strumenti normativi e interpretativi volti a contrastare tale fenomeno. L'inserimento, nell'ambito del progetto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), delle cosiddette *anti-abuse rules* nei modelli di convenzione dell'OCSE (come la *Principal Purpose Test*, o PPT, e le *Limitation on Benefits clauses*, o LOB) ha rappresentato una risposta sistemica al problema, volta a impedire che i trattati fiscali siano utilizzati per scopi diversi da quelli per cui sono stati negoziati.

L'intervento dell'OCSE, nel contesto del progetto BEPS, rappresenta la più importante risposta, coordinata e condivisa, della comunità internazionale alle strategie di pianificazione fiscale aggressiva poste in essere dalle imprese multinazionali, al fine di spostare artificialmente i profitti in giurisdizioni caratterizzate da una fiscalità vantaggiosa. L'Azione 6 del Progetto congiunto OCSE/G20 contro l'erosione della base imponibile e il trasferimento degli utili individua nell'abuso dei trattati fiscali, e in particolare nel fenomeno

⁴ Arel-Bundock, Vincent., *The Unintended Consequences of Bilateralism: Treaty Shopping and International Tax Policy*, 2017, International Organization 71 (2): 349–371.

⁵ Jing Qian, *Race to the Bottom, Treaty Shopping, and Treaty Cascades*, 2023, The 15th Annual Conference on The Political Economy of International Organization, 2023.

del *treaty shopping*, una delle principali fonti di preoccupazione in materia di pianificazione fiscale aggressiva.

I contribuenti che ricorrono a strategie di *treaty shopping* e ad altri schemi abusivi finalizzati a ottenere vantaggi convenzionali indebitamente incidono negativamente sulla sovranità fiscale degli Stati, fruendo di benefici convenzionali in situazioni per le quali tali benefici non erano stati originariamente previsti, con conseguente perdita di gettito per i paesi interessati.

Per contrastare tali pratiche, i paesi aderenti al progetto BEPS hanno convenuto di introdurre nei propri trattati fiscali bilaterali clausole antiabuso, prevedendo in particolare l'adozione di uno *standard* minimo volto a impedire il *treaty shopping*. Al tempo stesso, è stato riconosciuto che l'applicazione uniforme di tale *standard* richiede un certo grado di flessibilità, al fine di consentire un adattamento alle specificità giuridiche e fiscali di ciascun ordinamento nonché alle dinamiche proprie della negoziazione dei singoli trattati.

Il concetto di "*treaty shopping*" veniva in passato distinto da quello di "*treaty abuse*". La prima espressione faceva riferimento a quelle situazioni in cui un soggetto beneficia delle disposizioni di un trattato senza tuttavia esserne il legittimo beneficiario. Il secondo concetto, invece, faceva riferimento a quelle situazioni in cui il risultato di una data operazione è in contrasto con il trattato medesimo.

L'OCSE non fornisce una chiara definizione del concetto di "*treaty abuse*", bensì alcuni principi idonei alla sua identificazione⁶.

Il principio-guida nella individuazione dei fenomeni di "*treaty abuse*" era quello per cui "*the benefits of a double taxation convention should not be available where a main purpose for entering into certain transactions or arrangements was to secure a more favourable tax position and obtaining that more favourable treatment in these circumstances would be contrary to the object and purpose of the relevant provisions*".

Sulla base del suindicato criterio-guida, due elementi dovevano necessariamente essere presenti affinché una transazione (o un *arrangement*) potesse integrare un "*abuse of the provisions of a tax treaty*":

- lo scopo principale della transazione o dell'*arrangement* è quello di conseguire un vantaggio dal punto di vista fiscale;
- l'ottenimento di siffatto vantaggio fiscale è contrario all'oggetto e allo scopo delle rilevanti disposizioni convenzionali.

⁶ Una specifica definizione di *treaty abuse* non si rinviene nemmeno nel documento pubblicato dall'OCSE in data 14 marzo 2014, "*BEPS Action 6: preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances*".

Tali profili caratterizzano ancora oggi, in linea di principio, esplicitamente o implicitamente, le clausole anti-abuso generali e la dottrina in materia nella maggior parte dei Paesi⁷.

Nel documento “*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*” (di seguito, “**Rapporto Finale relativo all’Azione 6 del Progetto BEPS**”)⁸, l’OCSE ha identificato e distinto due tipologie di **uso improprio dei trattati fiscali** (non ha usato, quindi, il termine *treaty abuse* o *treaty shopping*):

- *tipo 1*: situazioni in cui un soggetto cerca di eludere i limiti imposti dallo stesso trattato fiscale;
- *tipo 2*: ipotesi in cui un soggetto tenta di aggirare la normativa fiscale interna mediante l’utilizzo dei benefici convenzionali.

La seconda categoria rappresenta la forma più comune di *treaty abuse* e si manifesta tipicamente sotto forma di *treaty shopping*. L’OCSE ha descritto, in termini volutamente generali ed esemplificativi, il *treaty shopping* come quell’insieme di operazioni mediante cui un soggetto non residente in uno Stato contraente tenta di accedere ai benefici che un trattato fiscale riserva ai soggetti ivi residenti⁹.

⁷ Il concetto di “*treaty abuse*”, così come delineato dall’OCSE nel Commentario al Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni, è ripreso anche dal Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni dell’ONU del 2011:

“23. That conclusion leads logically to the question of what an abuse of a tax treaty is. The OECD did not attempt to provide a comprehensive reply to that question, which would have been difficult given the different approaches of its member countries. Nevertheless, the OECD presented the following general guidance, which was referred to as a “guiding principle”:

A guiding principle is that the benefits of a double taxation convention should not be available where a main purpose for entering into certain transactions or arrangements was to secure a more favourable tax position and obtaining that more favourable treatment in these circumstances would be contrary to the object and purpose of the relevant provisions.

24. The members of the Committee endorse that principle. They considered that such guidance as to what constitutes an abuse of treaty provisions serves an important purpose as it attempts to balance the need to prevent treaty abuses with the need to ensure that countries respect their treaty obligations and provide legal certainty to taxpayers. Clearly, countries should not be able to escape their treaty obligations simply by arguing that legitimate transactions are abusive and domestic tax rules that affect these transactions in ways that are contrary to treaty provisions constitute anti-abuse rules” (cfr. il Commentario all’art. 1 del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni dell’ONU).

⁸ Cfr. OCSE/G20 “Base Erosion and Profit Shifting Project” – “Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report”, https://www.oecd.org/en/publications/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report_9789264241695-en.html.

⁹ Cfr. OCSE/G20 “Base Erosion and Profit Shifting Project” – “Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report”, n. 1, par. 17.

Le strategie di *treaty shopping* si realizzano frequentemente attraverso la costituzione di società intermediarie – spesso definite *letterbox companies*, *shell companies* o *conduit companies* – localizzate in giurisdizioni che dispongono di una rete favorevole di trattati fiscali. Tali entità presentano di norma una sostanza economica nulla o meramente formale, operando unicamente sulla carta, senza esercitare una reale attività economica nello Stato di residenza. In sintesi, il *treaty shopping* abusivo risulta altamente probabile quando l'intera struttura si fonda sull'interposizione di uno o più *conduits* il cui scopo esclusivo o prevalente è quello di ottenere vantaggi fiscali convenzionali privi di sostanza economica effettiva e scollegati da operazioni economiche genuine.

Nonostante la centralità del fenomeno, l'OCSE ha deliberatamente scelto di non fornire una definizione precisa e tassativa del *abusive treaty shopping* nel contesto dell'Azione 6, scelta che, seppur criticabile, deve essere letta alla luce della significativa eterogeneità di concezioni che il concetto di *treaty shopping* assume nei diversi ordinamenti giuridici. Proprio tale eterogeneità ostacola la formulazione di una definizione chiara e univoca.

L'OCSE potrebbe aver volutamente mantenuto un approccio flessibile e non definitorio al fine di preservare un ampio margine discrezionale nella progettazione degli strumenti antiabuso previsti dall'Azione 6, come il *Principal Purpose Test* (PPT). Tale ipotesi trova conferma nel Rapporto Finale dell'Azione 6, che esplicitamente afferma che il PPT mira a colpire tutte le forme di *treaty shopping*.

Oltre al *treaty shopping*, le fattispecie rientranti nella prima categoria di *treaty abuse* includono condotte poste in essere da soggetti residenti in uno Stato contraente che intraprendono operazioni strutturate appositamente per soddisfare i requisiti formali necessari a beneficiare di una specifica disposizione convenzionale. In dottrina, tali fenomeni vengono talvolta definiti come *rule shopping*¹⁰, e vengono generalmente descritti come l'utilizzo selettivo delle

¹⁰ Sul punto cfr. Jung M.R., "Trends and Developments in Swiss Anti-Treaty Shopping Legislation and Treaty Shopping – Case Law", in *European Taxation*, June 2011, il quale rileva che si possono distinguere due tipi di uso non appropriato di una convenzione fiscale:

– "Treaty Shopping: a foreign person, who is resident in a contracting state or a third state and derives Swiss source income that is subject to Swiss withholding tax, obtains treaty benefits through the interposition of a person resident in a contracting state (for example, a holding company resident in a contracting state). Treaty benefits are requested based on a tax treaty that was not applicable prior to the abusive arrangement.

– Rule Shopping: a foreign person who is resident in a contracting state and derives Swiss-source income that is subject to Swiss withholding tax obtains treaty benefits through the conversion of this income into income that is not subject to or is subject to a lower Swiss withholding tax (for example, interest bearing loans, non-traditional derivative financial instruments, the interposition of a

disposizioni di un trattato fiscale – in particolare delle norme distributive – da parte di soggetti legittimati all'accesso ai benefici convenzionali, con l'intento di ottenere il risultato fiscale più favorevole. In linea di principio, in tutte le ipotesi di *rule shopping*, l'OCSE sembra assumere che l'operazione non abbia altra finalità economica sostanziale se non quella di ottenere un beneficio fiscale che, in condizioni normali, non sarebbe applicabile a quella tipologia di operazione. In tali circostanze, la concessione del beneficio convenzionale risulterebbe inappropriata e costituirebbe, a tutti gli effetti, un caso di *treaty abuse*. Per contrastare tali pratiche nell'ambito dello *standard minimo*, l'OCSE ha pertanto proposto l'introduzione del *Principal Purpose Test* nei trattati contro le doppie imposizioni.

Infine, la seconda tipologia di *treaty abuse* ricomprende quei casi in cui un soggetto tenta di eludere le disposizioni del diritto tributario interno facendo leva sui benefici derivanti da un trattato fiscale. In tali ipotesi, i trattati contro le doppie imposizioni fungono da strumento per aggirare l'imposizione domestica, principalmente attraverso l'inibizione dell'applicazione di specifiche norme o indirizzi giurisprudenziali predisposte per contrastare fenomeni di elusione fiscale.

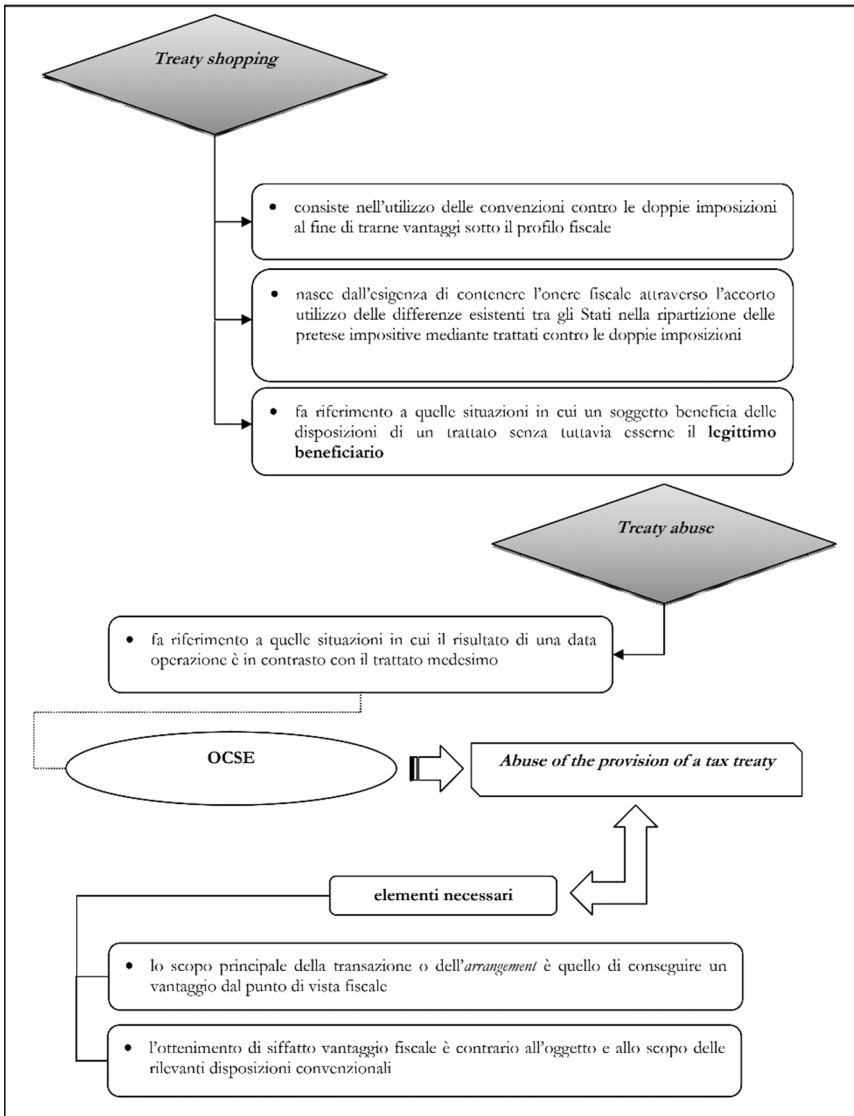
In particolare, il contribuente residente in uno Stato contraente invoca determinate disposizioni convenzionali – le quali, in virtù della loro natura pattizia, godono di un rango superiore rispetto alla legislazione interna – al fine di evitare, ridurre o differire l'imposizione che deriverebbe dall'applicazione di normative antiabuso domestiche, quali le *controlled foreign company (CFC) rules*, le regole sulla *thin capitalization* o le *exit taxes*, oppure da costruzioni giurisprudenziali come le dottrine del *business purpose* o della *step transaction*.

Questa interazione tra diritto convenzionale e diritto interno si traduce in un miglioramento della posizione fiscale del contribuente, offrendo opportunità di pianificazione aggressiva quali il differimento dell'imposizione o, nei casi più estremi, una doppia non imposizione. Tale esito si verifica anche qualora il vantaggio fiscale conseguito sia conforme tanto al trattato quanto alla normativa domestica dello Stato contraente, poiché l'aspetto determinante risiede nella capacità del trattato di limitare l'applicazione delle regole e dottrine antiabuso interne. In altre parole, si configura una situazione di

holding company resident in the same contracting state, or the sale of a participation just prior to the dividend due date). Treaty benefits are requested based on a tax treaty that was applicable prior to the abusive arrangement. The request, however, is based on a different treaty provision. The conversion of income may also be arranged through the interposition of a person resident in Switzerland so that relief from Swiss withholding tax is – at the same time as the request under the tax treaty – also requested based on the unilateral tax law of Switzerland".

treaty abuse ogniqualvolta l'effetto combinato delle disposizioni convenzionali e delle norme nazionali consenta al contribuente di sottrarsi all'imposizione (si pensi, ad esempio, all'inapplicabilità delle *CFC rules*), mentre tale imposizione sarebbe altrimenti operante in assenza della tutela convenzionale.

Tavola 1 – Il *treaty shopping*



Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.

