Lotta all'evasione fiscale internazionale nel Modello statunitense di Convenzione contro le doppie imposizioni del 2016

di Piergiorgio Valente (*)

A distanza di 10 anni dalla precedente, il 17 febbraio 2016 è stata pubblicata la versione aggiornata al 2016 del Modello USA di Convenzione contro le doppie imposizioni. Essa include, principalmente, disposizioni il cui obiettivo è di dare attuazione alla consolidata politica dell'Amministrazione finanziaria statunitense secondo la quale i trattati fiscali dovrebbero risolvere i problemi di doppia imposizione, senza dare tuttavia adito ai tanto contrastati fenomeni di evasione ed elusione fiscale. Ciò, in linea con le indicazioni OCSE fornite nel contesto del Progetto BEPS.

1. Premessa

La versione aggiornata al 2016 del Modello USA di Convenzione contro le doppie imposizioni (di seguito anche "Modello 2016"), pubblicata dal Dipartimento del Tesoro statunitense il 17 febbraio 2016, rappresenta il testo di riferimento - in luogo del Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni (1) - per la negoziazione e conclusione dei trattati fiscali bilaterali da parte degli Stati Uniti. La versione rilasciata lo scorso febbraio sostituisce, a distanza di 10 anni, quella del 2006, che a sua volta segue quella del 1996.
Molti degli aggiornamenti contenuti nel Modello 2016 riflettono le modifiche di carattere tecnico maturate e accolte in sede di negoziazione delle convenzioni bilaterali e non costituiscono, pertanto, c.d. *substantive changes* (**modifiche di natura sostanziale**).
La versione appena pubblicata include, principalmente, disposizioni il cui obiettivo è di dare attuazione alla consolidata politica dell'Amministrazione finanziaria statunitense secondo la quale i trattati fiscali dovrebbero risolvere i problemi di doppia imposizione senza tuttavia offrire "opportunità" per la creazione di situazioni di *non-taxation or reduced taxation*, che a loro volta danno adito ai tanto contrastati fenomeni di evasione ed elusione fiscale.
Infatti, tra le disposizioni che hanno subito sostanziali modifiche, ovvero sono di nuova introduzione, figurano quelle dirette a contrastare il fenomeno dell'abuso dei trattati, del quale si è altresì occupata l'OCSE nel contesto del Progetto BEPS (2).

2. Disposizioni di contrasto all'abuso dei trattati

Uno degli interventi identificati dall'*Action Plan* BEPS dell'OCSE (*Action* 6) (3) concerne

(*) *Chairman del Comitato Fiscale della Confédération Fiscale Européenne (CFE)*.

(1) Per approfondimenti sul Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni dell'OCSE, quale riferimento per la conclusione dei trattati fiscali bilaterali, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, IPSOA, 2012, pag. 25 ss.

(2) Per approfondimenti sugli studi OCSE in tema di *treaty abuse* cfr. P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, pag. 2156 ss.

(3) "Action 6 - Prevent treaty abuse
Develop model treaty provisions and recommendations re-

proprio l'abuso dei trattati contro le doppie imposizioni, consistente nell'"**illegittimo utilizzo**" delle suddette convenzioni al fine di ottenere un beneficio fiscale (4).

Il ***treaty abuse*** si manifesta, di norma, mediante lo sfruttamento delle differenze nei trattati stipulati tra i vari Stati o mediante l'interposizione di un soggetto residente in uno Stato terzo nel flusso reddituale Stato della fonte-Stato del beneficiario effettivo (5). Generalmente, le pratiche di *treaty abuse* vengono realizzate "abusando" delle clausole previste dalle convenzioni contro le doppie imposizion**i** che disciplinano la tassazione transfrontaliera di *royalties*, interessi, dividendi, la nozione di residenza e di stabile organizzazione e la concessione di crediti d'imposta.

Al fine di dare attuazione alla citata *Action* 6, in data 14 marzo 2014, l'OCSE ha pubblicato il documento "*BEPS Action 6: preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances*", il quale rappresenta il risultato dei lavori svolti in ambito OCSE con riferimento:

1) all'introduzione di specifiche disposizioni nelle convenzioni contro la doppia imposizione e alla pubblicazione di raccomandazioni per l'elaborazione di norme nazionali che impediscano l'estensione di benefici derivanti dai trattati a soggetti che non avrebbero diritto ad usufruire dei medesimi;

2) all'elaborazione di chiarimenti con riguardo alla considerazione secondo cui "*tax treaties are not intended to be used to generate double non-taxation*".

L'OCSE ha quindi evidenziato la necessità di includere, nel preambolo delle convenzioni bilaterali, un chiaro riferimento alla volontà degli Stati contraenti di prevenire e contrastare i fenomeni di elusione fiscale, e, in particolare, i c.d. fenomeni di *treaty shopping* (6).

A tal fine, ha raccomandato la previsione di una specifica *anti-abuse rule based on the limitation-on-benefits provisions* (LOB *clause*) (7), finalizzata a contrastare i citati fenomeni, attraverso la definizione puntuale dei requisiti necessari per l'inserimento nella categoria delle c.d. ***qualified persons***, quali l'effettiva connessione del reddito di fonte estera all'attività svolta nello Stato di residenza. Inoltre, ha suggerito l'inclusione nei trattati di una **clausola anti-abuso generale**, la quale costituisca espressione del principio secondo cui i benefici derivanti da una convenzione fiscale non dovrebbero essere usufruiti nel caso in cui uno degli obiettivi perseguiti sia quello di trarre vantaggio da una data disposizione convenzionale, in contrasto con lo scopo del trattato medesimo.

---

garding the design of domestic rules to prevent the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances. Work will also be done to clarify that tax treaties are not intended to be used to generate double non-taxation and to identify the tax policy considerations that, in general, countries should consider before deciding to enter into a tax treaty with another country. The work will be co-ordinated with the work on hybrids".

(4) Il Rapporto BEPS e il relativo *Action Plan* intendono contrastare i fenomeni di erosione della base imponibile e di doppia non imposizione derivanti, principalmente, dal mancato coordinamento dei diversi ordinamenti nazionali e dal fatto che le attuali disposizioni di fiscalità internazionale non risultano coerenti con il mutato contesto economico. Per approfondimenti sul Rapporto BEPS e sul relativo *Action Plan* cfr. P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, pag. 1895 ss.; P. Valente, "Criticità e prospettive in materia di contrasto all'erosione della base imponibile mediante il *profit shifting*: lo stato dell'arte", in *Riv. dir. trib. internazionale*, n. 1/2014.

(5) Il fenomeno fa riferimento a quelle situazioni nelle quali una persona fisica o una persona giuridica "*that is not eligible for the benefits of a tax treaty uses an intermediary entity that is eligible for such benefits to obtain these benefits indirectly. (…)*" (Hong S., "*Strategic Treaty Shopping*", in *Social Science Research Network*, maggio 2014). Per approfondimenti, cfr. L. Brindusa Cruceru, *Treaty Shopping and the Abuse of Income Tax Conventions*, McGill University (Canada), 2005; J.P. Couture, *The Minister's Past, Present and Future Strategies Against Treaty Shopping*, HEC Montréal, 2008; M. Langer, "*Outbound treaty shopping offers advantages for US multinationals*", in *Intertax*, n. 8-9/1989, pag. 333; C.H.J.I. Panayi, *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty-Shopping and The European Community*, Kluwer Law International, 2007; S. van Weeghel, *The Improper Use of Tax Treaties*, Kluwer Law International, 1998, pag. 117; F. Weyzig, *Tax treaty shopping: structural determinants of Foreign Direct Investment routed through the Netherlands*, Springer Science+*Business* Media, LLC 2012; R. Reinhold, "*What is Tax Treaty Abuse (Is Treaty Shopping an Outdated Concept)*", in *53 Tax Lawyer*, 1999/2000; P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, cit., pag. 2393 ss.

(6) Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, cit., pag. 2393 ss.

(7) Per approfondimenti in materia, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, cit., pag. 100 ss.; F. Weyzig; "*Tax treaty shopping: structural determinants of Foreign Direct Investment routed through the Ne*therlands", in *International Tax and Public Finance*, 20(6), 2013, pagg. 910-937; Schwarz J., *Tax Treaties*, Kluwer Law International, 2013; F.A. Vega Borrego, *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*, Kluwer Law International, 2006; M.F. Huber, M.S. Blum, "*Limitation on Benefits Under Article 22 of The Switzerland-U.S. Tax Treaty*", in *Tax Notes International*, Volume 39, Number 6, August 8, 2005; L. Hansson, *The Compatibility of Limitation on Benefits provisions in Tax Treaties with EC law*, Spring 2006; P. Valente, L. Davidson, L. Oster, "Usa-Paesi Bassi: una convenzione contro il '*treaty shopping*'", in *Commercio Internazionale*, n. 8/1994, pag. 458; F. Van Brunschot, S. Van Weeghel, "*Netherlands-United States: The New Tax Convention*", in *European Taxation*, June/July 1993; P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, cit., pag. 2505 ss.

Il Dipartimento del Tesoro statunitense ha tenuto conto delle indicazioni fornite dall'OCSE nel contesto del Progetto BEPS, in sede di revisione del Modello statunitense di convenzione contro le doppie imposizioni.
Con riferimento, così, al c.d. *treaty abuse*, il Modello 2016 contiene disposizioni dirette a **negare i benefici convenzionali** concernenti la deducibilità dei pagamenti del c.d. *highly mobile income*, effettuati nei confronti di entità correlate, localizzate in Paesi caratterizzati da un regime fiscale privilegiato (8).
Inoltre, il nuovo art. 28 del Modello 2016 (*Subsequent Changes in Law*) obbliga gli Stati contraenti a consultarsi periodicamente con l'obiettivo di procedere alle modifiche del trattato le quali si rendessero necessarie in conseguenza degli eventuali emendamenti alla legislazione domestica, che potrebbero mettere in discussione (9):
- l'opportunità di continuare a concedere benefici convenzionali già riconosciuti;
- la stessa idoneità del trattato a prevenire situazioni di doppia imposizione.
Il Modello 2016 introduce disposizioni dirette a **ridurre i benefici fiscali delle c.d. *corporate inversions*** (10), in quanto non viene riconosciuta l'applicazione di aliquote ridotte sui pagamenti di fonte statunitense effettuate da *expatriated entities* nei confronti di soggetti esteri correlati (11).
Sempre nell'ottica di prevenire fenomeni di abuso delle disposizioni convenzionali, il Modello 2016 contempla un nuovo paragrafo 8 dell'art. 1 (*General Scope*), che costituisce una versione rivista della c.d. *triangular permanent establishment rule*, la quale è stata introdotta in alcuni trattati stipulati dagli Stati Uniti già a partire dal 1990.
La nuova versione della citata disposizione disciplina la fattispecie in cui un reddito viene attribuito dallo Stato di residenza ad una **stabile organizzazione** (situata in un altro Stato) e viene assoggettato ad **imposizione ridotta o a nessuna imposizione**, così come la fattispecie in cui un reddito viene escluso dalla base imponibile dello Stato di residenza e attribuito ad una stabile organizzazione situata in uno Stato terzo, il quale non ha un trattato in vigore con lo Stato della fonte (12).
Di particolare rilievo, infine, sono le modifiche apportate all'art. 22 (*Limitation on Benefits*), il cui obiettivo è di prevenire il c.d. *treaty shopping*

(8) Secondo l'art. 11 del Modello 2016, in tema di trattamento convenzionale degli interessi:
"c) interest arising in a Contracting State and beneficially owned by a resident of the other Contracting State that is a connected person with respect to the payor of the interest may be taxed in the first-mentioned Contracting State in accordance with domestic law if such resident benefits from a special tax regime with respect to such interest in its Contracting State of residence".
Secondo l'art. 12 del Modello 2016, in tema di trattamento convenzionale delle royalties:
"a) a royalty arising in a Contracting State and beneficially owned by a resident of the other Contracting State that is a connected person with respect to the payor of the royalty may be taxed in the first-mentioned Contracting State in accordance with domestic law if such resident benefits from a special tax regime with respect to the royalty in its Contracting State of residence".

(9) Secondo l'art. 28 del Modello 2016, "1. If at any time after the signing of this Convention, a Contracting State reduces the general statutory rate of company tax that applies with respect to substantially all of the income of resident companies with the result that such rate falls below the lesser of either (a) 15 percent or (b) 60 percent of the general statutory rate of company tax applicable in the other Contracting State, or the first-mentioned Contracting State provides an exemption from taxation to resident companies for substantially all foreign source income (including interest and royalties), the Contracting States shall consult with a view to amending this Convention to restore an appropriate allocation of taxing rights between the Contracting States. (…)".

(10) "Corporate inversion refers to re-incorporating a company overseas in order to reduce the tax burden on income earned abroad. Corporate inversion as a strategy is used by companies that receive a significant portion of their income from foreign sources, since that income is taxed both abroad and in the country of incorporation. Companies undertaking this strategy are likely to select a country that has lower tax rates and less stringent corporate governance requirements" (cfr. http://www.investopedia.com/terms/c/corporateinversion.asp).

(11) Ad esempio, l'art. 10 del Modello 2016, in tema di trattamento dei dividendi prevede:
"5. In the case of the United States, notwithstanding the provisions of paragraph 2 of this Article, dividends paid by an expatriated entity and beneficially owned by a company resident in... that is a connected person with respect to such expatriated entity may be taxed in accordance with the law of the United States for a period of ten years beginning on the date on which the acquisition of the domestic entity is completed. (…)".

(12) Il paragrafo 8 dell'art. 1 prevede:
"8. Where an enterprise of a Contracting State derives income from the other Contracting State, and the first-mentioned Contracting State treats that income as attributable to a permanent establishment situated outside of that Contracting State, the benefits of this Convention shall not apply to that income if:
a) the profits that are treated as attributable to the permanent establishment are subject to a combined aggregate effective rate of tax in the first-mentioned Contracting State and the state in which the permanent establishment is situated that is less than the lesser of (i) 15 percent or (ii) 60 percent of the general statutory rate of company tax applicable in the first-mentioned Contracting State; or
b) the permanent establishment is situated in a third state that does not have a comprehensive convention for the avoidance of double taxation in force with the Contracting State

da parte di residenti di Stati terzi i quali non sono da ritenersi **"beneficiari" del trattato**.
Le modifiche alle suindicate disposizioni sono state pubblicate, in *draft*, nel maggio 2015, quando l'Amministrazione finanziaria statunitense ha altresì richiesto a tutti gli interessati di avanzare i relativi commenti. Il Dipartimento del Tesoro, dopo aver attentamente considerato le osservazioni pervenute, ha apportato le necessarie modifiche al Modello in commento.

3. Modifiche alla *Limitation on Benefits clause*

Una disposizione particolarmente importante nei trattati fiscali sottoscritti dagli Stati Uniti è rappresentata dalla c.d. *Limitation on Benefits clause* (LOB), il cui scopo è quello di prevenire i fenomeni di ***treaty shopping***, in fattispecie in cui un soggetto di uno Stato terzo effettua un investimento negli Stati Uniti per mezzo di società residente in uno Stato contraente che tuttavia non possiede un "*sufficient nexus*" con quel Paese, con riferimento alla categoria di reddito interessata dal beneficio convenzionale.
La *LOB clause* si compone di disposizioni particolarmente complesse, di norma strutturate nei c.d. *test*, che pongono l'**onere della prova a carico del contribuente**, il quale è legittimato ad avvalersi dei benefici convenzionali soltanto qualora sia in grado di dimostrare il superamento di almeno uno dei citati *test* (13). Esempi di *LOB clause* si ritrovano nei trattati contro le doppie imposizioni stipulati dagli Stati Uniti e, più di recente, dall'India (14).
Nel Modello statunitense di convenzione contro le doppie imposizioni del 1996, la clausola LOB è contenuta all'art. 22, il quale prevede una serie di *test*, volti a determinare se il soggetto residente dello Stato terzo (rispetto agli Stati Uniti e all'altro Stato firmatario dell'accordo) (15):
- abbia un'**effettiva ragione economica** per costituire una "struttura" in uno Stato con il quale gli Stati Uniti abbiano sottoscritto un trattato contro le doppie imposizioni, ovvero
- se il ricorso a tale "struttura" sia **esclusivamente preordinato** al godimento dei **benefici convenzionali**.

La *LOB clause* contenuta nell'art. 22 del Modello di Convenzione statunitense del 2006 (che aggiorna quella contenuta nell'omologo art. 22 del Modello di Convenzione del 1996) prevede che i benefici convenzionali possono essere riconosciuti esclusivamente alla *qualified person*, così

from which the benefits of this Convention are being claimed, unless the first-mentioned Contracting State includes the income treated as attributable to the permanent establishment in its tax base.

However, if a resident of a Contracting State is denied the benefits of this Convention pursuant to this paragraph, the competent authority of the other Contracting State may, nevertheless, grant the benefits of this Convention with respect to a specific item of income if such competent authority determines that such grant of benefits is justified in light of the reasons such resident did not satisfy the requirements of this paragraph (such as the existence of losses). The competent authority of the Contracting State to which the request has been made shall consult with the competent authority of the other Contracting State before either granting or denying a request made under this paragraph by a resident of that other Contracting State".

(13) La LOB *clause* si ispira al principio del "*business purpose*" cui è connesso quello c.d. del "*substance over form*". Nel diritto anglosassone, tale ultima espressione sancisce, nelle transazioni economiche, la prevalenza ai fini fiscali della sostanza dell'operazione rispetto alla forma; viene quindi attribuita preminenza a ciò che le parti hanno realmente inteso realizzare, anziché alla forma giuridica conferita al negozio. Inoltre, la "sostanza" di una qualsivoglia operazione deve essere connotata dalla genuinità (economica) delle ragioni del soggetto che l'ha posta in essere.

Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, cit., pag. 2505 ss.; P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, cit., pag. 103 ss.

(14) Per quanto riguarda l'Italia, rileva l'art. 29 della Convenzione con il Kazakistan, firmata nel 1994, nonché:

- la LOB *clause* contenuta nella Convenzione contro le doppie imposizioni sottoscritta con gli Stati Uniti il 25 agosto 1999 (in vigore dal 16 dicembre 2009);
- la LOB *clause* contenuta nel trattato sottoscritto con la Repubblica di San Marino ed entrato in vigore nell'ottobre 2013.

Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, pag. 2511 ss.

(15) La struttura dell'art. 22 è, in estrema sintesi, la seguente: il comma 1 stabilisce la regola generale in base alla quale i residenti di uno Stato contraente hanno diritto ai benefici convenzionali, soltanto nei limiti stabiliti dallo stesso art. 22. Il comma 2 elenca una serie di requisiti che un residente di uno Stato contraente deve soddisfare al fine di essere ammesso a godere dei benefici accordati dal trattato. Il comma 3 dispone che, nonostante il fatto che un soggetto non risulti avere diritto ai benefici convenzionali, tali benefici possono comunque essere accordati (relativamente ad elementi di reddito derivatigli dall'altro Stato contraente), qualora:

i) il soggetto sia impegnato, nello Stato in cui ha stabilito la propria residenza, nell'effettivo esercizio di un'attività commerciale o d'impresa;

ii) il reddito sia connesso ("*connected with*") ovvero accessorio a tale attività commerciale (o d'impresa);

iii) l'attività commerciale (o d'impresa) abbia un peso preponderante rispetto all'attività svolta nell'altro Stato, da cui il reddito è generato.

Il comma 4 stabilisce che un soggetto può essere ammesso a godere dei benefici convenzionali, oltre ai casi specificamente previsti, anche qualora l'autorità competente dello Stato al quale sia richiesta l'applicazione dei benefici suddetti lo ritenga opportuno.

Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, IPSOA, 2012, pag. 103 ss.

come individuata al paragrafo 2 della LOB *clause* medesima. Per *qualified person* si intende, tra gli altri, una società la cui classe principale di azioni *"is primarily traded on one or more recognized stock exchanges"* dello Stato contraente di cui la società medesima è residente e il cui *"primary place of management and control"* si trova nello Stato contraente di cui è residente (16). Rientrano inoltre nelle *qualified persons* le *Tax Exempt Organizations* che presentano determinati requisiti. Le *qualified persons* devono altresì soddisfare il c.d. *Ownership/Base Erosion test*.

Secondo quanto previsto dal paragrafo 3 dell'art. 22, un soggetto residente di uno Stato contraente può usufruire dei benefici convenzionali anche qualora non si configuri quale *"qualified person"* ai sensi della LOB *clause*, se il soggetto medesimo svolge **attivamente un'attività d'impresa o un'attività commerciale** nel primo Stato e il reddito che deriva dall'altro Stato contraente "(...) *is derived in connection with, or is incidental*" all'attività d'impresa o all'attività commerciale.

La disposizione di chiusura contenuta al paragrafo 4 dell'art. 22 precisa che se un residente di uno Stato contraente:

- non è una *qualified person*, ai sensi del paragrafo 2 della LOB *clause*;
- non ha diritto ad usufruire dei benefici convenzionali ai sensi del paragrafo 3 della LOB *clause*;

esso può nondimeno beneficiare delle disposizioni convenzionali, se l'autorità competente dello Stato contraente ritiene che *"the establishment, acquisition or maintenance of such person and the conduct of its operations"* non ha avuto tra i suoi principali obiettivi il conseguimento dei benefici convenzionali.

Se è vero che obiettivo della LOB *clause* è quello di proteggere dagli abusi che potrebbero interessare i trattati sottoscritti dagli Stati Uniti, è altrettanto vero - secondo il Dipartimento del Tesoro statunitense che ha rilasciato il Modello 2016 - che le imprese multinazionali spesso svolgono attività in diversi Paesi, per il tramite di proprie controllate. Per tali motivi, il citato *draft* del maggio 2015 - contenente le proposte di modifica al Modello USA - ha suggerito di inserire il c.d. ***derivative benefits test***, quale ulteriore criterio alla luce del quale verificare la sussistenza dei requisiti per soddisfare la LOB *clause*.

Mentre una forma di c.d. *derivative benefits* è contemplata in alcuni trattati sottoscritti dagli Stati Uniti con Paesi dell'Unione Europea, tali convenzioni tuttavia limitano la c.d. *third-country ownership* ad alcuni *"equivalent beneficiaries"* i quali, generalmente, devono essere residenti nell'Unione Europea o in uno dei Paesi dello Spazio Economico Europeo.

La "***derivative benefits rule***" contenuta nel Modello 2016 non prevede la suindicata restrizione di tipo geografico e richiede, invece, che il 95% del capitale della società coinvolta (cioè, che dovrebbe beneficiare del trattato) sia detenuto, direttamente o indirettamente, dai soggetti i quali si qualificano come ***equivalent beneficiaries***.

Inoltre, il Modello 2016 consente a determinate categorie di *qualified persons* nello Stato della fonte di essere considerate quali *equivalent beneficiaries*, purché siffatti soggetti, complessivamente, non detengano una percentuale superiore al 25% del capitale della società coinvolta.

Contrariamente a quanto previsto nelle disposizioni sul *derivative benefits test* presenti nei trattati già sottoscritti dagli Stati Uniti, il Modello 2016 "restringe" la c.d. *intermediate ownership* alle società residenti nello stesso Paese in cui risiede la società che dovrebbe beneficiare del trattato o in un Paese il quale ha sottoscritto analoga convenzione contro le doppie imposizioni con lo Stato della fonte (17).

(16) Il paragrafo 5, lett. d) dell'art. 22 definisce l'espressione *"primary place of management and control"* ai fini dell'applicazione della LOB *clause*. Secondo quanto previsto dal *Technical Explanation* all'art. 22 del Modello di Convenzione del 2006, "(...) the primary place of management and control test looks to where day-to-day responsibility for the management of the company (and its subsidiaries) is exercised. The company's primary place of management and control will be located in the State in which the company is a resident only if the executive officers and senior management employees exercise day-to-day responsibility for more of the strategic, financial and operational policy decision making for the company (including direct and indirect subsidiaries) in that State than in the other State or any third state, and the staff that support the management in making those decisions are also based in that State. Thus, the test looks to the overall activities of the relevant persons to see where those activities are conducted.(...)".

Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, cit., pag. 2520 ss.

(17) "In crafting the LOB article in the 2016 Model, the Treasury Department revised the various tests to provide an appropriate scope of benefits. In particular, the May 2015 draft stated in a footnote that the Treasury Department believed that the new derivative benefits test was a more appropriate test than the active-trade-or-business test for holding companies. However, under existing treaties that include a derivative benefits test, subsidiaries of private companies are unable to qualify for benefits with respect to dividends under the derivative be-

4. Nuove disposizioni sulle procedure amichevoli

Il Modello 2016 contiene disposizioni dirette a rendere più spedite, effettive ed efficaci i meccanismi di risoluzione delle controversie tra Stati, mediante la previsione di una ***mandatory binding arbitration***.
Anche con riguardo ai meccanismi di risoluzione delle controversie internazionali, il Dipartimento del Tesoro statunitense ha tenuto conto dei più recenti sviluppi registratisi sul tema nel contesto del Progetto BEPS. A tal proposito, si rileva che l'OCSE, con l'obiettivo di porre rimedio agli ostacoli che impediscono una pronta risoluzione delle dispute internazionali, ha suggerito di adottare un approccio da attuare in tre distinte fasi (18).
Innanzitutto, ciascuno Stato della comunità internazionale dovrebbe manifestare ed esprimere il proprio *political commitment* ad eliminare effettivamente ogni forma di imposizione, la quale si pone in contrasto con la convenzione applicabile. In secondo luogo, dovrebbero essere introdotte misure specifiche in grado di migliorare sia le **modalità di accesso** alle procedure di composizione amichevole, sia il loro **funzionamento**. Infine, dovrebbero essere previste misure in grado di verificare e monitorare costantemente l'implementazione, da parte di ciascuno Stato, del *political commitment* espresso (19).
In conformità con l'indicazione OCSE - di cui al *Discussion Draft "BEPS ACTION 14: Make Dispute Resolution More Effective"* (18 dicembre 2014) - per l'adozione di una *"mandatory binding MAP arbitration"* (20), il paragrafo 6 dell'art. 25 del Modello 2016 prevede che:
- laddove un caso venga sottoposto da un soggetto all'autorità competente di uno o di entrambi gli Stati contraenti, ai sensi del paragrafo 1 (21) o del paragrafo 3 (22) del medesimo art. 25; e
- le autorità interpellate non siano in grado di raggiungere un accordo al fine di risolvere il caso;

questo deve essere risolto mediante ricorso alla procedura arbitrale di cui ai paragrafi da 7 a 9 dell'art. 25 del Modello 2016 (23).

5. Conclusioni

Il Modello 2016 ha accolto le indicazioni fornite dall'OCSE nel contesto del Progetto BEPS, per una efficace lotta all'evasione e all'elusione fiscale internazionale.
Di particolare rilevanza, a questo proposito, si presentano le disposizioni di contrasto all'abuso dei trattati, tra cui la suindicata *LOB clause*, le quali recepiscono i principi OCSE espressi nel

nefits test because individual shareholders are only entitled to a 15-percent rate on dividends, and therefore the cliff effect described above would preclude any reduction in dividend withholding. The 2016 Model goes beyond solving this cliff effect by allowing certain companies relying on derivative benefits to qualify for the five-percent rate of withholding on dividends even if the company's shareholders are individuals who would not be entitled to the five-percent rate. To achieve this, the definition of equivalent beneficiary in the 2016 Model has been modified to allow individual shareholders to be treated as companies for purposes of the rate comparison test with respect to dividends, provided that the company seeking to qualify under derivative benefits has sufficient substance in its residence country to indicate that the individual shareholders are not simply routing income through a corporate entity in order to benefit from the lower company rate" (cfr. *PREAMBLE TO 2016 U.S. MODEL INCOME TAX CONVENTION*, 17 febbraio 2016).

(18) Nel *Discussion Draft "BEPS ACTION 14: Make Dispute Resolution More Effective"*, pubblicato dall'OCSE il 18 dicembre 2014, quest'ultima riconosce come non consti un consenso generalizzato tra gli Stati per l'adozione di una *"mandatory binding MAP arbitration"*. Conseguentemente, è opportuno individuare soluzioni complementari a carattere pratico-operativo, piuttosto che misure a valenza generale le quali sono suscettibili di una non efficace o tempestiva attuazione.

(19) Tali misure sono espressione di un c.d. *minimum standard* per l'effettività delle procedure di composizione delle controversie internazionali, la cui necessità di implementazione è stata ribadita dall'OCSE nel documento *"Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14 - 2015 Final Report"* del 5 ottobre 2015.

(20) In ordine alla quale, tuttavia, non consta un consenso generalizzato tra gli Stati.

(21) Il paragrafo 1 dell'art. 25 del Modello 2016 prevede:
"1. Where a person considers that the actions of one or both of the Contracting States result or will result for such person in taxation not in accordance with the provisions of this Convention, it may, irrespective of the remedies provided by the domestic law of those Contracting States, and the time limits prescribed in such laws for presenting claims for refund, present its case to the competent authority of one or both of the Contracting States".

(22) Il paragrafo 3 dell'art. 25 del Modello 2016 prevede:
"3. The competent authorities of the Contracting States shall endeavor to resolve by mutual agreement any difficulties or doubts arising as to the interpretation or application of this Convention. They also may consult together for the elimination of double taxation in cases not provided for in this Convention".

(23) Anche l'art. 25 del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni dell'OCSE prevede una procedura arbitrale per la risoluzione delle controversie tra Stati (cfr. il paragrafo 5 dell'art. 25). Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, cit., pag. 103 ss.; P. Valente, C. Alagna, S. Mattia, *Controversie internazionali: procedure amichevoli e gestione delle relazioni*, IPSOA, 2013, pag. 40 ss.

più recente documento del 5 ottobre 2015, "*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report*".
Nel raccomandare la previsione una disposizione convenzionale che statuisca che "*tax treaties are not intended to be used to generate double non-taxation*", l'OCSE suggerisce la riformulazione del titolo e del preambolo del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni dell'OCSE, al fine di dichiarare che l'intento comune delle parti contraenti è quello di eliminare i fenomeni di doppia imposizione senza tuttavia creare le condizioni per agevolare situazioni di evasione ed elusione fiscale (24).
Con l'obiettivo di favorire ed agevolare l'**implementazione delle misure BEPS a livello convenzionale,** è in corso di predisposizione uno **strumento multilaterale** la cui adozione, da parte degli Stati, è in grado di prevenire tante negoziazioni bilaterali quante sono le convenzioni del *network* mondiale, le quali si basano sul Modello di Convenzione dell'OCSE (25). A tale ultimo Modello fanno riferimento i trattati fiscali che compongono il *network* italiano (26).
È ragionevole ritenere che le disposizioni di contrasto al *treaty abuse* che saranno contenute nel citato strumento multilaterale non saranno molto diverse da quelle già adottate e previste nel Modello statunitense del 2016.
Va da sé però che una efficace azione *anti-treaty shopping* può essere svolta dagli Stati, se viene da questi adottata una politica diretta a limitare fortemente la negoziazione e stipula di accordi contro le doppie imposizioni con Paesi a fiscalità privilegiata e/o non cooperativi.

(24) Con riferimento all'interazione tra disposizioni convenzionali e norme antiabuso domestiche, l'OCSE ha altresì proposto:
- in *primo luogo*, di adottare una disposizione convenzionale la quale si fondi sulla c.d. *saving clause*, tipica delle convenzioni sottoscritte dagli Stati Uniti;
- in *secondo luogo*, precisare che i trattati non escludono l'applicazione delle c.d. *departure or exit taxes*.

(25) Per approfondimenti sullo strumento multilaterale per l'implementazione delle misure BEPS cfr. P. Valente, "Rilevanza dello strumento multilaterale ai fini dell'implementazione delle misure BEPS", in *il fisco*, n. 47-48/2015.

(26) Per approfondimenti sul *network* convenzionale italiano, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, cit., pag. 43 ss.