

Contrasto al *Treaty shopping*: report OCSE sull'implementazione dell'Action 6 del progetto BEPS

di Piergiorgio Valente (*)

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. In questo contesto, il 24 marzo 2020, l'OCSE ha pubblicato un documento con il quale illustra i progressi raggiunti dai Paesi membri dell'*Inclusive Framework* nel contrasto al fenomeno del *treaty shopping* e nell'implementazione all'interno dei trattati esistenti del c.d. *minimum standard*.

1. Premessa

Con la pubblicazione, in data 24 marzo 2020, del documento denominato "**Prevention of Treaty Abuse on Treaty Shopping - Prevention of Treaty Abuse**", l'OCSE prosegue nel suo percorso di monitoraggio degli sviluppi del progetto BEPS, in questo caso con specifico riferimento alle misure messe a disposizione degli Stati per contrastare l'utilizzo improprio e/o abusivo delle norme convenzionali, così come illustrate nell'Action 6.

Il report in questione è il secondo *peer review* sul tema e, oltre ad aggiornare il precedente documento pubblicato nel 2019 e relativo al 2018, offre una dettagliata panoramica degli sforzi fino ad ora compiuti dai Paesi dell'*Inclusive Frame-*

work per ridurre il fenomeno del *treaty shopping* e, contestualmente:

- implementare all'interno dei trattati attualmente esistenti il c.d. *minimum standard*, mediante l'inserimento di una dichiarazione (c.d. *statement of non-taxation*);
- inserire all'interno dei trattati una delle tre clausole antiabuso previste (*three methods to address treaty shopping*).

Dal report si evince che, seppure la maggior parte dei Paesi, anche grazie all'applicazione della **Convenzione Multilaterale** (1) in chiave BEPS (la quale ha riscontrato grande successo tra la maggioranza delle 129 giurisdizioni coinvolte nell'*Inclusive Framework*), ha effettivamente avviato delle misure concrete di **contrasto al treaty shopping** (2), allineandosi alle indicazioni

(*) Valente Associati GEB Partners/Crowe Valente.

(1) Cfr. P. Valente, "BEPS Action 15: Release of Multilateral Instrument", in *Intertax*, Vol. 45, n. 3/2017, pagg. 219-228; R. Streinz, "Multilateral Instrument and EU Competence", in *Brit. Tax Rev.*, n. 3/2015, pag. 429; A. Zalsin, "Conclusion of the BEPS Multilateral Instrument and Distribution of Competences between the EU and its Member States", in *Brit. Tax*. Cfr. anche P. Valente - L. Bagetto, *Geofiscaltà. Il Dilemma di Giano*

tra *Cifra Tellurica e Continente Digitale*, Eurilink University Press, Roma, 2017. Inoltre, per un approfondimento sulla portata e sulle caratteristiche degli strumenti multilaterali, cfr. P. Valente, "Rilevanza dello strumento multilaterale ai fini dell'implementazione delle misure BEPS", in *il fisco*, n. 47-48/2015, pag. 4542.

(2) Cfr. OCSE, *Prevention of Treaty Abuse - Second Peer Review Report on Treaty Shopping*, OECD, 24 marzo 2020, pag.

dell'Action 6 e modificando le disposizioni contenute nei loro trattati attualmente in vigore, non si è ancora arrivati ad un'uniformazione di sistema, in quanto molti Stati applicano ancora approcci diversi nella lotta a detti sistemi abusivi.

Nel report si ribadisce che:

- una giurisdizione deve attivare il **minimum standard** all'interno di un trattato solo se viene richiesto da un altro membro dell'*Inclusive Framework*;

- la scelta sulle **singole clausole** da introdurre nei trattati deve essere concordata dalle giurisdizioni coinvolte, di comune accordo;

- non esiste **alcun limite temporale** all'interno del quale una giurisdizione deve integrare i propri trattati conformandoli al *minimum standard*.

Il documento pubblicato il 24 marzo 2020 è diviso nelle seguenti **5 sezioni**, rispettivamente denominate:

- *executive summary*;

- *background*;

- *the 2019 peer review*;

- *difficulties in implementing the minimum standard*;

- *conclusions and next steps*;

e contiene schede che forniscono specifiche informazioni sui progressi fatti da ogni singolo Paese. A tal riguardo, si evidenzia che l'**Italia** (3):

- ha attualmente in vigore 99 trattati fiscali;

- ha sottoscritto la Convenzione Multilaterale nel 2017 considerando 84 trattati, di cui 3 (quelli con Gabon, Kenya e Mongolia) non ancora in vigore;

- è solita implementare il *minimum standard* all'interno dei trattati mediante l'introduzione, all'interno del preambolo, del c.d. *statement of*

non-taxation e della clausola *principal purpose test PPT*.

Il documento in parola, pertanto, oltre a fornire una serie di dettagli utili a comprendere lo stato dell'arte delle politiche fiscali adottate a livello complessivo dai diversi Stati nella lotta al *Treaty Shopping*, offre lo spunto per ripercorrere i passaggi principali che hanno scandito, nel corso degli anni, l'impegno profuso dall'OCSE nel contrasto a dette pratiche abusive (4).

2. Contrasto al *Treaty Abuse*: background ed implementazione delle misure BEPS

Il report del 24 marzo 2020, denominato "*Prevention of Treaty Abuse Second Peer Review Report on treaty Shopping - Prevention of Treaty Abuse*", indica i progressi che i Paesi membri dell'*Inclusive Framework* hanno raggiunto in relazione all'implementazione, all'interno dei trattati, delle misure di **adeguamento al minimum standard** previsto dall'Action 6.

Invero, il documento anzidetto si pone in continuità con una serie di attività e progetti, ormai risalenti, posti in essere dall'OCSE per contrastare i fenomeni negativi strettamente correlati alla globalizzazione dell'economia la quale, con l'internazionalizzazione delle imprese, ha creato nuovi scenari in grado, tanto di influire positivamente sullo sviluppo del commercio, quanto di incidere negativamente sulla potestà impositiva degli Stati (5).

A tal riguardo, già in data 19 febbraio 2013, l'OCSE aveva pubblicato il c.d. **Rapporto BEPS**, il quale evidenziava le principali *tax issues* internazionali, suggerendo di adottare un piano di azione comune, al fine di contrastare il

13, punto 32: "*Treaty shopping is undesirable for several reasons, including: Treaty benefits negotiated between the parties to an agreement are economically extended to residents of a third jurisdiction in a way the parties did not intend. The principle of reciprocity is therefore breached and the balance of concessions that the parties make is altered; Income may escape taxation altogether or be subject to inadequate taxation in a way the parties did not intend; and The jurisdiction of residence of the ultimate income beneficiary has less incentive to enter into a tax agreement with the jurisdiction of source, because residents of the jurisdiction of residence can indirectly receive treaty benefits from the jurisdiction of source without the need for the jurisdiction of residence to provide reciprocal benefits*".

(3) Per approfondimenti, si veda la Tabella, lett. B, n. 58, avente a oggetto il "Summary of the jurisdiction response - Italy", contenuta a pag. 130 del documento OCSE, *Prevention of Treaty Abuse - Second Peer Review Report on Treaty Shopping*, OECD, 24 marzo 2020.

(4) Cfr. OECD, *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15 - 2015 Final Report*, OCSE, 5 ottobre 2015. Già nel settembre 2014, l'OCSE aveva pubblicato un rapporto avente ad oggetto:

- l'analisi delle principali normative e *tax issues* relative allo sviluppo di uno strumento multilaterale per l'implementazione delle misure introdotte nel corso dei lavori BEPS;

- le eventuali modifiche dei trattati bilaterali, al fine di affrontare in maniera innovativa ed efficace le attuali tematiche di fiscalità internazionale.

Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, pag. 1943 ss.; P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, IPSOA, 2016, Parte I.

(5) Cfr. P. Valente, "Linee Guida OCSE sulle multinazionali: *tax compliance* e rispetto dello spirito della legge", in *Corr. Trib.*, n. 41/2011.

fenomeno dell'erosione della base imponibile mediante il *profit shifting* (6).

Infatti, l'interazione tra ordinamenti fiscali ha per certo consolidato situazioni di c.d. sovrapposizione nell'esercizio dei diritti da parte dei contribuenti, con conseguenti **rischi di doppia imposizione**, in grado di limitare considerevolmente lo sviluppo di una crescita economica sostenibile (7).

Siffatta interazione tra due o più ordinamenti tributari può dar luogo a fenomeni in grado di determinare vantaggi di natura fiscale per alcune **multinazionali** operanti in Stati diversi, le quali, sfruttando questa interazione in modo non conforme ai principi di fiscalità internazionale, riducono (o eliminano) il livello di imposizione sul reddito.

È, perciò, in tale contesto che si poneva, e si pone, il progetto OCSE denominato **BEPS** (8) (*Base Erosion and Profit shifting*), il quale rappresenta la risposta coordinata e condivisa della comunità internazionale alle strategie di **pianificazione fiscale aggressiva** (*aggressive tax planning*) (9) poste in essere da numerose imprese multinazionali al fine di usufruire di benefici e vantaggi fiscali dovuti allo spostamento

dei profitti verso giurisdizioni con pressione fiscale ridotta o *tax free* (10).

Il progetto BEPS rappresenta il primo intervento di rinnovamento degli *standard* fiscali internazionali e consiste in un pacchetto di misure concernente diversi ambiti tra cui, appunto, il tema relativo all'**abuso dei trattati** e quello concernente il *treaty shopping* (11), oggetto del documento recentemente pubblicato e in commento.

In via generale, dunque, il progetto BEPS si propone di fornire soluzioni affinché gli Stati possano eliminare i *gaps* che esistono nelle norme di fiscalità internazionale e che consentono ai profitti delle società di scomparire del tutto o di essere trasferiti in maniera artificiosa verso giurisdizioni favorevoli; giurisdizioni dove, peraltro, dette società non svolgono alcuna attività di *business* effettiva (12).

A tal riguardo, in seno al progetto BEPS è stato istituito il gruppo denominato **Inclusive Framework on BEPS Implementation**, il quale mira ad assicurare l'implementazione ordinata e uniforme degli *standard* minimi individuati nell'ambito del progetto stesso, con riferimento alle pratiche fiscali dannose, all'abuso dei trattati e alla risoluzione delle controversie.

(6) Negli ultimi anni, l'OCSE ha intensificato i lavori in materia di *aggressive tax planning*, istituendo il c.d. *Aggressive Tax Planning Steering Group*, un sub-gruppo del "Working Party no. 10 on Exchange of Information and Tax Compliance" e dando avvio ai lavori in materia di erosione della base imponibile mediante il *profit shifting* (*Base Erosion and Profit shifting* - BEPS). Nella stessa direzione opera la Commissione europea, la quale ha pubblicato linee guida operative e raccomandazioni in tema di lotta alla frode fiscale, evasione, *aggressive tax planning* e paradisi fiscali. L'obiettivo dei principali organismi sovranazionali e dei Governi diviene, pertanto, quello di individuare modalità di tassazione delle imprese multinazionali, in modo da garantire che le stesse paghino *the fair share of taxes* nei Paesi nei quali operano.

(7) Le imprese multinazionali mostrano particolare interesse per lo sviluppo di *standard* fiscali internazionali diretti all'eliminazione della doppia imposizione che si registra a seguito dell'esercizio congiunto sul medesimo reddito della potestà impositiva da parte di giurisdizioni fiscali diverse; nello stesso tempo, tentano di sfruttare le differenze/sovrapposizioni tra i diversi regimi impositivi domestici per ridurre in maniera considerevole l'imposizione sugli utili d'impresa. Cfr. P. Valente, "Base Erosion e Profit shifting. L'Action plan dell'OCSE", in *il fisco*, n. 37/2013, pag. 5744.

(8) Tra gli altri ambiti oggetto del progetto BEPS vi sono:
- documentazione in materia di *transfer pricing*, determinazione dei prezzi di trasferimento dei beni immateriali e transazioni ad alto rischio;
- pratiche fiscali dannose, inclusi i regimi nazionali di *Patent Box*;
- risoluzione delle controversie internazionali;
- definizione di stabile organizzazione;

- strumenti ibridi e deducibilità delle *interest expenses*;
- disciplina CFC e obblighi di *disclosure* delle pratiche fiscali dannose;
- economia digitale;
- strumenti multilaterali.

Per maggiori approfondimenti, cfr. Valente P., "Attuazione delle misure BEPS, criticità e prospettive", in *Strumenti Finanziari e Fiscalità*, 2016, pag. 39; cfr. anche Valente P., *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, pag. 1895.

(9) In senso contrario ai fenomeni patologici, la pianificazione fiscale legittima (*tax planning*) si inserisce in un quadro strategico di complesse scelte gestionali dell'impresa, al fine di ottenere, legittimamente, una riduzione del carico fiscale globale, riducendo i costi transattivi e gestionali, ovvero eliminando i rischi di riprese fiscali. Conseguentemente, la pianificazione fiscale internazionale è tesa all'ottimizzazione "legittima" dell'onere fiscale. Cfr. P. Valente, "Base Erosion and Profit shifting. L'Action plan dell'OCSE", op. cit., pag. 5745. Per ulteriori approfondimenti, cfr. P. Valente, "Tax planning aggressivo. Il Rapporto OCSE Addressing Base Erosion and Profit shifting", in *il fisco*, n. 12/2013, pag. 1802; P. Valente, "Aggressive Tax Planning. Profili Elusivi delle Transazioni Finanziarie", in *il fisco*, n. 22/2013, pag. 3372.

(10) Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, IPSOA, 2016.

(11) Cfr. il documento OCSE, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report*, OECD Publishing. Consultabile al seguente link: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241695-en>.

(12) Cfr. P. Valente, "Attuazione delle misure BEPS, criticità e prospettive", in *Strumenti Finanziari e Fiscalità*, 2016, pag. 45.

È in questo senso che, nel corso dell'implementazione di siffatti *standard*, vengono pubblicati, dopo i c.d. **peer review process**, i **documenti di aggiornamento** come quello recentemente rilasciato in materia di *Treaty Abuse*, al fine di comprendere a che punto si trovano i progressi dell'OCSE.

In questo caso, il *report* in commento illustra gli sviluppi raggiunti in relazione all'implementazione dell'**Action 6**, già denominata *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, la quale, sin dalla sua predisposizione, mira ad individuare le modifiche opportune da fare all'interno dei trattati al fine di limitare l'utilizzo sconsiderato di benefici fiscali, che danno vita a fenomeni abusivi.

Prima di giungere alla pubblicazione del *report* del 24 marzo, in tema di *Treaty Abuse*, a maggio 2017 l'OCSE aveva pubblicato il **peer review document** denominato "**BEPS Action 6 on Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances**" (13) attraverso il quale:

- evidenziava come le giurisdizioni possono conformarsi al *minimum standard* anche rinegoziando i propri accordi bilaterali mediante il c.d. *Multilateral Instrument* (MLI);
- ribadiva che per poter essere conformi al *minimum standard on treaty shopping* le giurisdizioni devono espressamente includere nei loro trattati una dichiarazione esplicita di contrasto al *treaty shopping* e una delle c.d. *anti abuse provision*.

Successivamente, come anticipato, prima di giungere alla pubblicazione del documento in commento, l'OCSE nel 2019 aveva pubblicato una prima *peer review*, relativa al 2018, attraverso cui delineava gli sforzi e gli obiettivi raggiunti fino a quel momento.

3. Action 6 e minimum standard

L'*Action 6* individua gli strumenti di contrasto alle pratiche di *treaty abuse* e al fenomeno del *treaty shopping*, prevedendo che, all'interno degli accordi bilaterali, vengano adottate determi-

nate misure minime (c.d. *minimum standard*) di prevenzione.

In tal senso, ai fini del *minimum standard* e al fine di impedire l'**indebito sfruttamento delle convenzioni bilaterali** è necessario che gli Stati prevedano all'interno dei trattati:

- formule in grado di disincentivare le pratiche elusive;
- specifiche clausole che restringano l'applicazione dei benefici fiscali solo al ricorrere di determinati requisiti e, conseguentemente, non estendano detti benefici in modo pressoché indeterminato.

Come ribadito nel documento in commento, per poter permettere un rapido adeguamento al *minimum standard* (così come previsto dall'*Action 6*), è importante che i vari Paesi attuino delle **modifiche** all'interno dei **trattati fiscali** in vigore e, a tal fine:

- introducano una c.d. **statement of non-taxation**, attraverso la quale manifestano l'intento di concludere il trattato al fine di eliminare la doppia imposizione e contrastare i fenomeni di non imposizione mediante condotte elusive o evasive;
- prevedano **una delle tre clausole** previste per limitare il fenomeno del *treaty shopping* (PPT, LOB, S-LOB).

È bene evidenziare, però, che agli Stati è riconosciuto un **ampio potere discrezionale** nella negoziazione degli accordi, tanto che:

- un Paese dovrà attuare il *minimum standard* solo se richiesto da un altro membro nell'*Inclusive Framework*;
- la decisione sul metodo da adottare dovrà essere concordata da entrambe le parti contraenti e non potrà essere imposta da un solo Stato a discapito dell'altro;
- non è previsto un tempo limite entro il quale il Paese deve raggiungere il *minimum standard* (14);
- il *minimum standard* potrà essere attuato anche mediante il ricorso alla Convenzione Multilaterale.

(13) Cfr. OECD, *BEPS Action 6 on Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, OCSE, maggio 2017, consultabile al seguente link: <https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-action-6-preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstance-peer-review-documents.pdf>. Per approfondimenti sulle disposizioni relative all'*Action 6*, si veda, inoltre, "*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report*", OCSE, ottobre 2015.

(14) In questo senso il documento in commento evidenzia

che: "*a jurisdiction is required to implement the minimum standard in a treaty only if asked to do so by another member of the Inclusive Framework; its form (which of the three options used) has to be agreed (a solution cannot be imposed); and the commitment to adopt in bilateral treaties measures that implement the minimum standard should not be interpreted as a commitment to conclude new treaties or amend existing treaties within a specified period of time*". OCSE, *Prevention of Treaty Abuse - Second Peer Review Report on Treaty Shopping*, OECD pag. 15, punto 45.

Ciò considerato, si può affermare che, nel report rilasciato a marzo 2020, l'OCSE ha ribadito che l'attività di contrasto ai fenomeni di erosione della base imponibile deve seguire quanto già disciplinato ai sensi dell'art. 29 del Modello della Convenzione OCSE, ai sensi del quale gli Stati contraenti si impegnano a inserire nelle **premesse** delle rispettive **Convenzioni bilaterali** una **dichiarazione** con la quale esplicitano l'intenzione di evitare i fenomeni di *treaty abuse* e di *treaty shopping* unitamente (o in alternativa) ad apposite **clausole anti abusive**, di natura generale o di natura particolare, segnatamente indicate come:

- **PPT** - *Principal Purpose Test* - vale a dire una clausola antiabuso generale;
- **LOB** - *Limitation On Benefits* - vale a dire una clausola antiabuso specifica;
- **S-LOB** - *Simplified Limitation On Benefits* - la quale rappresenta una clausola LOB semplificata (15).

Per il tramite di queste clausole è, infatti, possibile subordinare l'applicazione delle Convenzioni alla presenza di determinati **requisiti** tenendo conto:

- della forma giuridica del soggetto;
- delle attività principali svolte;
- della sede effettiva;
- dell'effettivo collegamento tra il soggetto e lo Stato di residenza (16).

3.1. *Limitation on benefit rule* e *principal purpose test*

L'Action 6 (17), sulla cui base si struttura il documento in commento, ha ad oggetto il contrasto al *treaty shopping* (18) e quindi all'utilizzo distorto ed abusivo delle Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, finalizzato all'ottenimento di indebiti vantaggi fiscali (19).

Già nella prima fase del progetto BEPS, l'OCSE aveva raccomandato il raggiungimento di un c.d. *minimum standard* costituito dall'inclusione nei trattati bilaterali di una dichiarazione degli Stati contraenti in merito alla volontà di eliminare situazioni di doppia non imposizione, potenzialmente elusive o evasive, generate per il tramite dei c.d. *treaty shopping arrangements* (20).

In questo senso, si è giustificata l'introduzione all'interno del nuovo Modello di Convenzione dell'art. 29, il quale, rubricato **Entitlement to benefits**, in attuazione di quanto previsto nel BEPS Action 6, disciplina i meccanismi diretti ad evitare un utilizzo improprio dei trattati finalizzato al conseguimento di indebiti vantaggi fiscali (c.d. *treaty shopping*).

L'art. 29, nei paragrafi da 1 a 7, prevede la c.d. **LOB rule**, la quale reca disposizioni particolarmente complesse che pongono, a carico del contribuente, l'onere di provare di poter fruire dei benefici convenzionali in quanto in possesso di determinati requisiti (21).

(15) In questo senso il documento in commento evidenzia che "jurisdictions have also committed to implement that 'common intention' through the inclusion of treaty provisions in one of the following three forms: a principal purpose test (PPT) equivalent to paragraph 9 of Article 29 of the 2017 OECD Model Tax Convention together with either a simplified or a detailed version of the limitation on benefits (LOB) rule that appears in paragraphs 1 to 7 of the 2017 OECD Model Tax Convention; or the PPT alone; or a detailed version of the LOB rule together with a mechanism (such as a treaty rule that might take the form of a PPT rule restricted to conduit arrangements, or domestic anti abuse rules or judicial doctrines that would achieve a similar result) that would deal with conduit arrangements not already dealt with in tax treaties". Cfr. OCSE, *Prevention of Treaty Abuse - Second Peer Review Report on Treaty Shopping*, OECD pag. 14, punto 44.

(16) Per un approfondimento sulle problematiche attinenti alla determinazione della residenza delle persone fisiche si veda P. Valente - L. Vinciguerra, *Esterovestizione delle persone fisiche. Centro degli interessi vitali e nomadismo fiscale*, IPSOA, 2016.

(17) Cfr. M. Lang, "BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties", in *Tax Notes International*, May 2014, pag. 655.

(18) In particolare sul fenomeno del c.d. *treaty shopping* cfr. P. Valente - I. Caraccioli - G. Campana, *Beneficiario effettivo e treaty shopping*, IPSOA, 2016.

(19) Cfr. P. Valente, "Il nuovo Modello OCSE di Convenzio-

ne contro le doppie imposizioni: profili di novità", in *il fisco*, n. 6/2018, pag. 557. Cfr. anche cfr. P. Valente, "Abuso dei trattati, strumenti di contrasto internazionali e proposte comunitarie", in *Fiscaltà & Commercio internazionale*, n. 5/2016.

(20) Cfr. F. Engelen, *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, IBFD, 2004, pag. 175 ss.

(21) Si riporta qui di seguito il testo dei par. 1-7 dell'art. 29:
"1. [Provision that, subject to paragraphs 3 to 5, restricts treaty benefits to a resident of a Contracting State who is a 'qualified person' as defined in paragraph 2].

2. [Definition of situations where a resident is a qualified person, which covers:

- an individual;
- a Contracting State, its political subdivisions and their agencies and instrumentalities;
- certain publicly-traded companies and entities;
- certain affiliates of publicly-listed companies and entities;
- certain non-profit organisations and recognised pension funds;
- other entities that meet certain ownership and base erosion requirements; - certain collective investment vehicles].

3. [Provision that provides treaty benefits to certain income derived by a person that is not a qualified person if the person is engaged in the active conduct of a business in its State of residence and the income emanates from, or is incidental to, that business].

4. [Provision that provides treaty benefits to a person that is not a qualified person if at least more than an agreed proportion

In questo senso, la c.d. *anti abuse rule based on the limitation on benefits provisions* (LOB rule), tra i requisiti in funzione dei quali un soggetto può definirsi **qualified persons**, annovera l'effettiva connessione del reddito di fonte estera all'attività svolta nello Stato di residenza (22).

In particolare, in accordo a tale disposizione sono considerate come *qualified person* le seguenti **categorie di contribuenti**, che presentano determinate caratteristiche e/o un particolare *status* giuridico:

- persone fisiche;
- Stati contraenti e/o proprie divisioni e autorità locali;
- società quotate, la cui principale categoria di azioni è scambiata in un mercato regolamentato dello Stato contraente di residenza;
- società collegate a società quotate che superino con successo il c.d. *ownership test*, volto a verificare il livello minimo di partecipazione in termini di capitale sociale ed eventualmente anche il c.d. *base erosion test*, finalizzato ad accertare che il reddito distribuito da tali società a soggetti terzi (esclusi dall'applicazione della Convenzione) non superi determinate soglie;
- organizzazioni *non-profit* e fondi pensionistici riconosciuti i cui beneficiari rientrino nelle categorie di soggetti legittimati ad ottenere i benefici accordati dalla Convenzione;
- altre entità le cui quote o titoli rappresentativi sono detenuti oltre determinate soglie da soggetti residenti in uno degli Stati contraenti e/o il cui reddito non venga distribuito, oltre determinati limiti, a soggetti terzi, sulla scorta dell'*ownership test* e del *base erosion test*;
- fondi di investimento collettivo che presentino le caratteristiche indicate ai par. 55 e ss. del commentario all'art. 29.

Il commentario precisa in maniera dettagliata, per ciascuno dei soggetti sopra elencati, i **requi-**

siti e le **caratteristiche** indispensabili per l'accesso ai benefici convenzionali (23).

Al paragrafo 9 dell'art. 29 è stata prevista, inoltre, una specifica disposizione che riguarda la regola del c.d. **principal purpose test** (24).

Quest'ultima clausola ha l'obiettivo di contrastare gli *arrangements* allorquando risulti evidente che l'obiettivo principale di una transazione sia quello di ottenere i **benefici del trattato**.

In altri termini, uno Stato contraente può negare l'ottenimento dei benefici garantiti dal trattato nell'ipotesi in cui, date le specifiche circostanze del caso, appaia ragionevole affermare che il principale obiettivo sia quello di beneficiare, unicamente, delle più favorevoli disposizioni del trattato.

Il *principal purpose test* deve essere condotto tenendo in considerazione tutte le circostanze del caso specifico, così da determinare la finalità principale della transazione, e verificando se l'applicazione dei benefici alla particolare transazione si ponga in contrasto con l'oggetto e lo scopo del trattato stesso.

L'**analisi delle circostanze** non deve essere mirata a fornire prova dello scopo finale della transazione, ma è sufficiente che tale scopo sia determinato sulla base di un canone di ragionevolezza.

La disposizione rappresenta una **clausola di salvaguardia** che opera anche laddove la disciplina nazionale degli Stati contraenti non offra strumenti efficaci per contrastare i fenomeni di utilizzo improprio delle disposizioni convenzionali. Tale clausola consente di prevenire i fenomeni di *treaty shopping* in tutte quelle ipotesi che esulano dall'ambito di applicazione dei par. da 1 a 7 (25).

of that entity is owned by certain persons entitled to equivalent benefits].

5. [Provision that provides treaty benefits to a person that qualifies as a 'headquarters company'].

6. [Provision that allows the competent authority of a Contracting State to grant certain treaty benefits to a person where benefits would otherwise be denied under paragraph 1].

7. [Definitions applicable for the purposes of paragraphs 1 to 7].

(22) Cfr. P. Valente, "Il nuovo Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni: profili di novità", op. cit., pag. 560.

(23) Il par. 3 dell'art. 29 dispone invece l'estensione dei benefici accordati dalla Convenzione anche ai soggetti che non posseggono lo *status* di *qualified person* ove gli stessi conducano in uno degli Stati contraenti attività di natura economica in maniera attiva e il reddito sia attribuibile a tali attività (c.d. *active*

conduct test). Sul punto il commentario precisa che esulano dalla nozione di *active conduct*, rilevante ai fini dell'applicazione della norma in esame, tutte quelle attività che si limitano alla supervisione o amministrazione, alla predisposizione dei mezzi finanziari, all'effettuazione o gestione di investimenti (con alcune eccezioni) o ad attività proprie di una società *holding*. Infine, particolare attenzione deve essere prestata all'effettivo collegamento tra la componente di reddito, per cui si richiede l'applicazione della Convenzione, e l'attività condotta in uno degli Stati contraenti. Cfr. i par. 74, 75 e 76 del commentario all'art. 29 del Modello di Convenzione OCSE.

(24) Cfr. R. Kok, "The principal purpose test in tax treaties under BEPS 6", in *Intertax*, Vol. 44, n. 5/2016, pagg. 406-412.

(25) Il commentario, infine, evidenzia come il contribuente abbia diritto a fornire prova contraria nell'ambito del *principal purpose test*; tuttavia sembra possibile concludere che, come di norma accade in presenza di clausole generali e come peraltro

4. Esiti del *second peer review*: considerazioni conclusive

Il 24 marzo 2020, l'OCSE ha pubblicato il secondo *peer review report*, con il quale individua i progressi che i membri dell'*Inclusive Framework* del progetto BEPS hanno raggiunto nell'implementazione del c.d. *minimum standard*, così come previsto dall'*Action 6* dello stesso progetto BEPS, la quale disciplina le misure volte a contrastare il fenomeno del *treaty abuse*.

Dal *report* si evince che:

- tra gli strumenti maggiormente utilizzati da parte delle 129 giurisdizioni coinvolte, il più efficace è risultato essere il *Multinational Convention to implement tax treaty* (MLI);
- alla data del 30 giugno 2019 la maggior parte dei Paesi membri dell'*Inclusive Framework* (91 su 129) ha avviato un processo di revisione e, dunque, di adeguamento, dei **trattati bilaterali** esistenti al fine di implementarli con le specifi-

che disposizioni contenute nell'*Action 6*, relativamente al tema dei *minimum standard* (26);

- il **numero dei trattati bilaterali** tra Paesi membri dell'*Inclusive Framework* che è risultato **conforme al *minimum standard*** corrisponde ad **86** e, di questi trattati, 17 includono la clausola PPT con una clausola LOB (27).

Ciò che si ricava dal *report*, pertanto, oltre ad un evidente *trend* positivo nell'implementazione delle misure previste dall'*Action 6* a mezzo della Convenzione Multilaterale, è che, nonostante non vi sia ancora un'uniformazione completa al *minimum standard* all'interno di tutti i trattati, si stanno registrando ottimi risultati e l'OCSE, con il suo lavoro, sembra aver sensibilizzato la maggior parte delle giurisdizioni dell'*Inclusive Framework* nell'adozione di politiche di contrasto ai fenomeni abusivi correlati al *treaty shopping*.

riconosciuto dallo stesso commentario (27), una tale analisi si presta a interpretazioni che possono differire in maniera considerevole tra loro. Per approfondimenti si veda il par. 179 del commentario all'art. 29. Cfr. anche P. Valente, "Il nuovo Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni: profili di novità", op. cit., pag. 562.

(26) In questo senso, il documento in commento evidenzia che: "On 30 June 2019, 91 jurisdictions of the Inclusive Framework had some agreements that already complied with the minimum standard", cfr. OCSE, *Prevention of Treaty Abuse - Second Peer Review Report on Treaty Shopping*, OECD pag. 9, punto 13.

(27) In questo senso, il documento in commento evidenzia che: "As of 30 June 2019, 86 bilateral agreements between mem-

bers of the Inclusive Framework complied with the minimum standard. An additional 14 agreements not subject to this review (i.e. agreements between Inclusive Framework members and non-members) also complied with the minimum standard. 15. In each of the 86 agreements that already comply with the minimum standard, the minimum standard is implemented through the inclusion of the preamble statement and the principal purposes test (PPT). Of these 86 agreements, 17 agreements supplement the PPT with a limitation on benefits (LOB) provision", cfr. OCSE, *Prevention of Treaty Abuse - Second Peer Review Report on Treaty Shopping*, OECD pag. 9, punti 14 e 15.