

Introduzione

L'abuso delle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni è una delle pratiche elusive che nel nuovo millennio ha destato più preoccupazione nelle Istituzioni europee e nazionali. Come qualsiasi altro abuso del diritto, infatti, tale pratica si insinua tra le maglie della legalità, sfruttando le precarietà insite in un sistema normativo instabile per natura, qual è, appunto, quello convenzionale. A ben vedere, la differenza rispetto a qualsiasi altra pratica di questo tipo è proprio la natura convenzionale delle norme eluse, che rende più difficile del normale predisporre una disciplina antiabuso veramente efficace, giacché eventuali discrepanze tra quella di uno Stato e quella di un altro ben potrebbero sortire un effetto opposto a quello voluto, esacerbando ulteriormente il problema che dovrebbero al contrario risolvere.

Da sempre, infatti, l'abuso delle convenzioni si nutre di differenze. Differenze tra il contenuto dei diversi trattati, tra le normative fiscali dei diversi ordinamenti nazionali e, per l'appunto, tra gli stessi strumenti di contrasto al fenomeno, che hanno negli anni contribuito alla sua diffusione su larga scala. Da questo punto di vista, si può affermare che esso costituisce un prodotto del più ampio contrasto tra le spinte di unificazione del mercato europeo e globale e l'inadeguatezza dei vari sistemi normativi ai quali tale mercato deve necessariamente appoggiarsi, tutt'ora fortemente eterogenei, in quanto indissolubilmente ancorati ad un territorio di riferimento.

Tuttavia, se da un lato tale assetto è stato – ed è tuttora – la principale causa del problema, dall'altro consente, almeno in larga parte, di circoscriverlo soltanto a determinati ordinamenti nazionali, la cui struttura favorisce più di altri l'attuazione di tali pratiche. Le caratteristiche principali di questi *hub* internazionali sono una tassazione particolarmente favorevole del reddito di impresa e, soprattutto, una vasta rete convenzionale alla quale gli operatori economici possono attingere, nonché sistemi vantaggiosi di *tax ruling* ed una generale semplicità di costituzione

delle società di capitali. Occorre sottolineare che, in questa sede, non si sta facendo riferimento esclusivamente a *tax heaven* esotici, estranei a qualsiasi forma di regolamentazione fiscale e commerciale familiare alle norme europee. Alcuni di questi *hub*, infatti, si trovano nel cuore dell'Occidente e dell'Unione Europea stessa e il paradosso è che si tratta di ordinamenti fiscali spesso percepiti nel dibattito politico comunitario come modelli di riferimento per efficienza e competitività.

Al centro di questa contraddizione spicca, tra gli altri, l'Olanda. Tradizionalmente celebrato come Stato-modello per il suo sistema economico e fiscale, da alcuni anni il Paese si è trovato al centro di alcuni tra i più importanti casi di abuso dei trattati contro la doppia imposizione, tanto da guadagnarsi la fama di vero e proprio *gateway* europeo per lo spostamento *off-shore* del reddito di impresa.

Le pagine che seguono, dunque, intendono fornire una panoramica quanto più esauriente e chiara possibile sull'argomento. Nel primo capitolo il lettore sarà introdotto al funzionamento e alla struttura di tali convenzioni, nonché alle modalità più frequenti con cui i grandi gruppi multinazionali tradizionalmente abusano dei diritti da esse derivanti, con la presentazione dei casi più noti. Il secondo capitolo, come anticipato, sarà invece dedicato specificatamente all'esperienza olandese: oggetto di trattazione saranno il suo sistema fiscale, la Convenzione in vigore con l'Italia e una serie di possibili schemi abusivi aventi ad oggetto quest'ultima. Infine, il terzo ed ultimo capitolo si concentrerà sulla disciplina antiabuso elaborata dall'ente di riferimento sul piano internazionale, ossia l'OCSE, in collaborazione con gli Stati del G20 e quelli del cd. *Inclusive Framework*, soprattutto nell'ambito del Progetto BEPS.

In quest'ultima sezione particolare oggetto dell'indagine sarà, da un lato, la capacità di tali Istituzioni di introdurre norme comuni e quanto più omogenee tra i diversi ordinamenti, e, dall'altro, quella della giurisprudenza europea e nazionale di fornire un'interpretazione uniforme di tali norme, così da garantirne la massima applicazione nel territorio dell'Unione. Solo così, infatti, è possibile superare quelle difformità economico-normative che, come anticipato, si collocano alla base del problema del *treaty shopping*.

I. Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni e il fenomeno del *treaty shopping*

1. Le convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni 2. *Treaty shopping*: definizione ed inquadramento del fenomeno 3. *Treaty shopping* e legittima pianificazione fiscale

1. Le convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni

Nel corso dell'ultimo secolo, l'Italia ha stipulato più di cento convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, delle quali novantacinque sono ancora in vigore.¹ La quasi totalità di questi accordi risale agli ultimi quarant'anni, a testimonianza di una crescente urgenza del nostro e di altri Paesi di definire in modo chiaro le rispettive sfere di sovranità fiscale.

Per comprendere le ragioni di questa proliferazione relativamente recente, un utile spunto è rappresentato da un Rapporto del 2021 dell'Osservatorio di Politica interazionale, dal quale risulta che lo *stock* di migranti internazionali è più che raddoppiato dal 1980 ad oggi.² Il dato è particolarmente rilevante ai nostri fini, poiché esso implica la presenza di un numero sempre maggiore di persone (fisiche e di conseguenza anche giuridiche) in grado di produrre reddito lontano dal paese di residenza. Questo contesto, come si avrà modo di dimostrare, è particolarmente favorevole al verificarsi di fenomeni di doppia imposizione internazionale.

Più che le persone fisiche, tuttavia, il fenomeno della doppia imposizione interessa in primo luogo le grandi imprese multinazionali (cd. *Multinational enterprises* o *MNEs*), ossia società *holding* alle quali fanno capo vasti gruppi societari operanti in una pluralità di Stati (cd. gruppi multinazionali). Secondo i dati Unctad, nel 2016 il numero totale dei gruppi multinazionali ha superato la cifra record di 320.000

¹ Secondo i dati disponibili al 1° luglio 2021. Fonte: <https://www.finanze.gov.it/it/Fiscalita-dellUnione-europea-e-internazionale/convenzioni-e-accordi/convenzioni-per-evitare-le-doppie-imposizioni/>.

² Centro Studi di Politica Internazionale (CeSPI), *Focus Flussi Migratori n° 41*, gennaio - aprile 2021.

unità³ e si stima che essi ad oggi controllino complessivamente l'80% del mercato globale.⁴ In un contesto di questo genere, il rischio di plurima imposizione internazionale è aumentato significativamente e, anzi, attenendosi ai tradizionali criteri di individuazione del presupposto territoriale, come vedremo, è spesso divenuto inevitabile. È in questo contesto, dunque, che gli accordi finalizzati ad evitare il fenomeno in questione dispiegano la loro massima efficacia, tanto nell'evidente interesse dei soggetti passivi di evitare che il medesimo reddito venga tassato due volte, quanto in quello delle amministrazioni finanziarie nazionali di favorire lo sviluppo delle rispettive economie, disincentivando al contempo fenomeni elusivi. In realtà, come si dirà diffusamente *infra*, spesso il risultato conseguito è stato esattamente l'opposto: un'interpretazione ed un uso distorto di tali convenzioni hanno dato vita agli schemi elusivi più elaborati ed efficaci degli ultimi anni.

In questa sede l'obbiettivo non è certo quello di indagare i fenomeni socioeconomici che hanno favorito la diffusione dei trattati internazionali contro la doppia imposizione. Tuttavia, la breve analisi che è seguita al quesito di partenza è senza dubbio funzionale a comprendere il ruolo che tali convenzioni sono arrivate a giocare nell'ambito di un'economia ormai completamente globalizzata, che mai come ora mette in crisi i tradizionali criteri di collegamento del reddito con il Paese di residenza del soggetto passivo.

È però indispensabile ora procedere ad un'esposizione più approfondita circa il funzionamento di questi trattati, poiché soltanto in questo modo è possibile comprendere a fondo le problematiche ad essi connesse, alle quali sopra si è accennato e delle quali verrà compiutamente dato conto nel corso dell'intero elaborato

³ Unctad, *World Investment Report 2016*, p. 134.

⁴ Centro Nuovo Modello di Sviluppo, *Top 200, la crescita del potere delle multinazionali*, 8° ed., 2018.

1.1. Finalità e ambito di applicazione

Una convenzione internazionale contro le doppie imposizioni, come sopra anticipato, è finalizzata alla reciproca definizione del potere impositivo (cd. sovranità fiscale⁵) degli Stati stipulanti. Nell'ambito delle imposte sui redditi, infatti, non è raro che si configurino situazioni patologiche in cui il medesimo presupposto reddituale è astrattamente tassabile – e spesso concretamente tassato – contemporaneamente in due o più Stati. È questa la definizione di plurima imposizione fiscale nella sua enunciazione più semplice.

Questo tipicamente accade nelle seguenti situazioni:⁶

- a) Il soggetto passivo di imposta è residente in entrambi gli Stati. In questo caso la doppia imposizione potrebbe verificarsi in virtù del cd. principio soggettivo dell'utile mondiale (*worldwide principle*). In base a tale principio, infatti, il reddito è tassabile nello Stato di residenza, ovunque esso sia prodotto (cd. *residence taxation*) e, qualora la regola sia adottata da entrambi gli Stati, essa legittimerà le rispettive pretese impositive.
- b) Il soggetto passivo risulta residente in uno dei due Stati, ma produce reddito nell'altro Stato. In questo caso, il reddito potrebbe essere tassato in entrambi gli Stati in virtù del concomitante operare del principio soggettivo dell'utile mondiale, con riferimento allo Stato di residenza, e di quello oggettivo della cd. localizzazione della fonte reddituale (*principle of source*), con riferimento allo Stato in cui essa è collocata (cd. *source taxation*). Come vedremo, i criteri per determinare la localizzazione del reddito, e quindi il Paese della fonte, variano tra le diverse categorie reddituali.
- c) Il reddito risulta contemporaneamente collocato in due Stati che applicano il principio della localizzazione della fonte. Ciò, tuttavia, è possibile soltanto se

⁵ Per un approfondimento sul concetto di sovranità fiscale v. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, 7° ed., Milano, IPSOA Wolters Kluwer, 2016, p. 12 e ss.

⁶ *Ibid.*, p. 23 e ss.; Carinci, Tassani, *Manuale di diritto tributario*, Bologna, 2° ed., Giappichelli Editore, 2019, p. 134 e ss.

sussiste una discrepanza tra i criteri che i due Stati adottano per localizzare la categoria a cui appartiene il componente reddituale.

Giova specificare che la maggior parte degli ordinamenti fiscali moderni, inclusa l'Italia, adotta prevalentemente il principio di tassazione *worldwide*; al contrario, vi è una minoranza, comunque consistente, di Stati ove prevale il principio di tassazione *source*. In ogni caso, non sono rari i casi in cui anche il nostro ordinamento fa riferimento a quest'ultimo principio, spesso proprio per evitare fenomeni di doppia imposizione.⁷

Con riferimento alle situazioni di cui ai punti a) e b), è centrale il concetto di residenza fiscale, perché soltanto in base ad esso è possibile stabilire se debba applicarsi o meno il principio dell'utile mondiale. A livello nazionale, il D.P.R. 917/1986 (da ora TUIR: *Testo Unico delle Imposte sui Redditi*) fissa regole diverse di determinazione della residenza fiscale, a seconda che il soggetto passivo sia persona fisica o giuridica; in questa sede è preferibile concentrarsi soltanto sulle regole fissate per gli enti societari, poiché soltanto esse sono propedeutiche alla comprensione dei capitoli successivi.

A fini IRES (l'Imposta sul Reddito delle Società), dunque, il comma 3 dell'art. 73 del TUIR qualifica come fiscalmente residenti in Italia soltanto "*le società e gli enti che, per la maggior parte del periodo di imposta, hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato.*" La norma prevede dunque un duplice ordine di requisiti:

- 1) requisito temporale: è necessaria la residenza per la maggior parte del periodo di imposta;
- 2) requisito fattuale: vengono a tal fine richiamate tre situazioni giuridiche di pari dignità, per cui è sufficiente che anche soltanto una di esse si avveri per giustificare l'attrazione del soggetto passivo tra quelli residenti. Le situazioni in questione

⁷ Paradigmatico è, in tal senso, l'accoglimento del criterio della stabile organizzazione per la localizzazione del reddito di impresa all'art. 162 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (*v. infra*).

consistono nella presenza sul territorio dello Stato della sede legale, della sede dell'amministrazione o dell'oggetto principale dell'impresa.

La sede legale è un criterio formale ed è quella che risulta dall'atto costitutivo o dallo statuto.

La sede dell'amministrazione è invece un criterio di natura sostanziale ed è identificabile come “*il luogo in cui l'organo amministrativo [...] decide gli indirizzi strategici sulla gestione, sull'organizzazione, nonché sulla stessa esistenza della società.*”⁸ Essa tradizionalmente viene fatta coincidere con il concetto di “*place of effective management*” (letteralmente “sede della direzione effettiva”), elaborato in sede OCSE⁹ e tradizionalmente definito come “*il luogo dove sono sostanzialmente adottate le decisioni principali relative alla gestione della società.*”¹⁰

Infine, l'oggetto principale è qualificato dal comma 4 dell'art. 73 del TUIR come “*l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto.*”

Con riferimento al secondo e al terzo caso di doppia imposizione – quelli dove entra in gioco la *source taxation* – è centrale l'individuazione dei criteri di localizzazione geografica del reddito. Come anticipato, l'art. 23 del TUIR fissa regole differenti a seconda della diversa categoria nella quale il reddito rientra. Ancora una volta si preferisce riportare soltanto la disciplina propedeutica alla comprensione dei capitoli successivi: ci si concentrerà quindi sull'unica categoria reddituale che, in virtù del cd. principio di attrazione enunciato dall'art. 81 del TUIR, le società commerciali ex art. 2249 c.c. sono in grado di produrre, e cioè quella del reddito di impresa.

L'art. 162 del TUIR, nonché l'art. 5 del Modello convenzionale OCSE, di cui ampiamente si dirà *infra*, fissano, quale criterio di localizzazione del reddito di impresa, la cd. stabile organizzazione (*permanent establishment*).

⁸ Fantozzi, Paparella, *Lezioni di diritto tributario dell'impresa*, 2° ed., Roma, CEDAM Wolters Kluwer, 2019, p. 108.

⁹ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, 2017, Parigi, art. 4.

¹⁰ Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, 7° ed., Milano, IPSOA Wolters Kluwer, 2016, p. 287.

Una definizione di stabile organizzazione è fornita dal comma 1 dell'art. 162, che la identifica come la “*sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita, in tutto o in parte, la sua attività sul territorio dello Stato*”. Alcune mere esemplificazioni sono poi fornite dal comma 2: sedi di direzione (o *places of management*), succursali (o *branches*), nonché qualsiasi “*significativa e continuativa presenza economica*” dell'impresa nel territorio dello Stato.

È importante sottolineare che la stabile organizzazione costituisce un mero criterio soggettivo di imputazione del reddito in capo alla cd. casa madre, ossia la società stabilmente organizzata in un altro Stato.¹¹ Essa è dunque priva di soggettività fiscale, giacché il suo reddito è reddito della casa madre, nonostante esso venga normalmente determinato mediante un “*apposito rendiconto economico e patrimoniale*” (art. 152, comma 2, TUIR). Le disposizioni del TUIR in materia di stabile organizzazione sono pienamente conformi a quelle del Modello OCSE più recente.

L'art. 163 del TUIR opera poi un'importante distinzione, sancendo l'illegittimità tanto della plurima imposizione giuridica, ove lo stesso reddito è tassato più volte nei confronti del medesimo soggetto, quanto della plurima imposizione economica, ove ad essere tassata due volte è la stessa ricchezza in capo a soggetti diversi.¹²

Un esempio del primo caso è quello di un immobile situato in Francia, ma appartenente ad un cittadino italiano, che produce un reddito fondiario in entrambi i Paesi. Un esempio del secondo caso è quello di una società di capitali che produce utile, distribuendolo poi ai soci sotto forma di dividendo: la medesima ricchezza viene tassata una prima volta sotto forma di utile in capo alla società e una seconda sotto forma di reddito da partecipazione in capo ai soci. Qui, anche se formalmente il presupposto è differente, sostanzialmente la ricchezza tassata risulta essere la medesima.

¹¹ Fantozzi, Paparella, *Lezioni di diritto tributario dell'impresa*, 2° ed., Roma, CEDAM Wolters Kluwer, 2019, p. 291 e ss.

¹² Migliorini, *Doppia imposizione internazionale, come riconoscerla e i rimedi* in *Fiscomania.com*, 2020, p. 5 e ss.

Com'è facile intuire, i casi di plurima tassazione economica non necessariamente si verificano in circostanze che coinvolgono più Stati, per cui la loro soluzione è prevalentemente demandata al diritto interno, anche se spesso di derivazione comunitaria (ad esempio il cd. regime di *Participation exemption* o *PEX*, proprio con riferimento alla doppia tassazione economica dei dividendi).¹³

Al contrario, i casi di plurima imposizione giuridica sono tradizionalmente risolti con lo strumento convenzionale, poiché essi originano nella quasi totalità dei casi da un contemporaneo e – almeno teoricamente – legittimo esercizio della potestà impositiva da parte di Stati diversi. Ad esempio, richiamando l'esempio precedente, la doppia tassazione giuridica dei dividendi è disciplinata dall'art. 10 del Modello convenzionale OCSE.

1.2. Rimedi convenzionali alla doppia imposizione

Introdotti brevemente funzione e ambito di applicazione degli accordi internazionali contro le doppie imposizioni, occorre soffermarsi sulle soluzioni convenzionali che gli Stati stipulanti in concreto concordano per fronteggiare il problema della doppia imposizione. Questi rimedi bilaterali si affiancano, e devono pertanto essere coordinati, con le misure unilaterali adottate da ciascuno Stato ai medesimi scopi, ricordando che la regola generale è quella della prevalenza della norma pattizia su quelle interne,¹⁴ a meno che, come disposto dall'art. 169 del TUIR, queste ultime non siano “*più favorevoli al contribuente*”. Questa eccezione, giova specificarlo, non mette in discussione il rapporto gerarchico tra le due fonti, ma anzi è la diretta realizzazione del principio di non discriminazione previsto dall'art. 24 del Modello OCSE.¹⁵

¹³ Le norme sulla *PEX* sono state accolte dal TUIR all'art. 87, con la denominazione “*Plusvalenze esenti*”.

¹⁴ Cass., sent. n° 1138 del 19 gennaio 2009 e n° 14476 del 15 luglio 2016.

¹⁵ *Ibid.*

La doppia imposizione è, nella stragrande maggioranza dei casi, risolta in tre modi:¹⁶

1) metodo dell'esenzione: lo Stato di residenza del soggetto passivo riconosce un'esenzione unilaterale (ossia una non applicazione dell'imposta) con riferimento al reddito prodotto e tassato nell'altro Stato stipulante. Requisito fondamentale per godere dell'esenzione è naturalmente che il reddito sia effettivamente tassato alla fonte, secondo il modello "*source based*", poiché in caso contrario si realizzerebbe un'ipotesi patologica di doppia non imposizione internazionale. In alcuni casi, l'accordo internazionale può prevedere un'esenzione con progressività. In questo caso il reddito non tassato nello Stato di residenza contribuisce comunque a determinare l'aliquota progressiva applicabile in detto Stato;

2) metodo del credito: lo Stato di residenza del soggetto passivo riconosce a quest'ultimo un credito con riferimento all'imposta applicata nello Stato della fonte, ove il reddito è stato prodotto. Si tratta del metodo in via generale accolto dal nostro ordinamento fiscale ed espresso dal TUIR all'art. 165. La norma interna precisa che il credito è detraibile dall'imposta domestica nella dichiarazione relativa al medesimo periodo di imposta a cui appartiene il reddito prodotto all'estero. Viene inoltre fissato un limite massimo di detraibilità, pari alla "*concorrenza della quota d'imposta corrispondente al rapporto tra i redditi prodotti all'estero ed il reddito complessivo al netto delle perdite di precedenti periodi di imposta ammesse in deduzione.*" Si suole parlare in questi casi di *ordinary credit*, in contrapposizione al cd. *full credit*, ossia un credito di imposta illimitato, riconosciuto da alcuni ordinamenti fiscali;¹⁷

3) metodo della deduzione: lo Stato di residenza del soggetto passivo riconosce a quest'ultimo la possibilità di dedurre dal reddito mondiale l'imposta assolta nello Stato della fonte, paragonandola di fatto ad un di costo di produzione. È bene

¹⁶ Tra gli altri, si segnala Migliorini, *Doppia imposizione internazionale, come riconoscerla e i rimedi* in Fiscomania.com, 2020, p. 8 e ss.

¹⁷ Franchi, *Il credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero: esperienza internazionale*, ODCEC Roma, 2017.

sottolineare che questo metodo non garantisce una totale eliminazione della doppia imposizione, giacché la riduzione di imposta conseguente alla deduzione potrebbe essere inferiore all' imposta assolta all'estero.

Tanto il metodo dell'esenzione, quanto quello del credito di imposta sono contemplati rispettivamente alle sezioni A e B dell'art. 23 del Modello convenzionale OCSE, ma, come anticipato, il nostro ordinamento ha accolto come regola generale il metodo del credito di imposta.¹⁸

In ogni caso, non mancano i casi in cui si è optato per l'esenzione, ad esempio mediante l'esercizio dell'opzione di cui all'art. 168-ter del TUIR, in relazione agli utili ed alle perdite di tutte le stabili organizzazioni estere di un'impresa residente (cd. "*branch exemption*").¹⁹ In questo contesto, dunque, il terzo metodo, ossia quello della deduzione, si configura come residuale.

1.3. Il Modello OCSE

Nelle pagine precedenti si è ripetutamente fatto riferimento al *Modello di Convenzione contro le Doppie Imposizioni* elaborato in sede OCSE (l'*Organizzazione internazionale per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico*), rimandando a questa sede un'illustrazione più approfondita.

L'importanza e l'influenza dell'OCSE sul piano della fiscalità internazionale sono aumentante di pari passo con il processo di internazionalizzazione dei mercati di cui si è accennato in precedenza, che ha inevitabilmente condotto ad una progressiva accelerazione del processo di negoziazione di convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni.

E' evidente, in un contesto di altissima complessità tecnica, l'importanza di un punto di riferimento come il Modello, che risulta ad oggi essere impiegato nella stragrande maggioranza degli oltre tremila trattati negoziati tra gli Stati membri

¹⁸ Per un'analisi più dettagliata v. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, 7° ed., Milano, IPSOA Wolters Kluwer, 2016, p. 965 e ss.

¹⁹ Per un approfondimento sulla *branch exemption* v. Fantozzi, Paparella, *Lezioni di diritto tributario dell'impresa*, 2° ed., Roma, CEDAM Wolters Kluwer, 2019, p. 297 e ss.