



Convenzione Italia-Usa

Rassegna delle principali novità

di Piergiorgio Valente

Il 1° gennaio 2010 è entrata in vigore la nuova Convenzione contro le doppie imposizioni siglata dall'Italia e dagli Usa in data 25 agosto 1999. Lo scambio degli strumenti di ratifica tra i due Paesi è avvenuto il 16 dicembre 2009.

1. Premessa

La nuova Convenzione contro le **doppie imposizioni** tra Italia e Stati Uniti è entrata in vigore il **1° gennaio 2010**¹.

Lo scambio degli strumenti di ratifica tra i due Stati è avvenuto il 16 dicembre 2009. La nuova Convenzione Italia-Usa, la quale è stata ratificata in Italia con L. 3 marzo 2009, n. 20 rinvigorisce i rapporti bilaterali tra i due Paesi e sostituisce la precedente Convenzione firmata a Roma il 17 aprile 1984 ed entrata in vigore nel dicembre del 1985 (d'ora innanzi, "Convenzione 1985")².

¹ Secondo quanto previsto dall'art. 28, infatti, "1. La presente Convenzione sarà ratificata secondo le relative procedure di ciascuno Stato contraente e gli strumenti di ratifica verranno scambiati non appena possibile.

2. La Convenzione entrerà in vigore alla data dello scambio degli strumenti di ratifica e le sue disposizioni si applicheranno:

- a) con riferimento alle imposte prelevate alla fonte, alle somme pagate o accreditate il, o successivamente al, primo giorno del secondo mese successivo alla data in cui la presente Convenzione entra in vigore;
- b) con riferimento alle altre imposte, ai periodi di imposta che iniziano il, o successivamente al, 1° gennaio successivo alla data in cui la presente Convenzione entra in vigore. (...)"

² La nuova Convenzione è stata firmata a Washington il 25 agosto 1999, dall'ambasciatore italiano Ferdinando Salleo

Si precisa che il suindicato art. 28 prevede una clausola di salvaguardia la quale prescrive l'applicazione delle previgenti disposizioni se più favorevoli, per un **periodo transitorio** di dodici mesi dalla data di effetto delle disposizioni contenute nella nuova Convenzione.

2. Generalità

Per effetto delle nuove disposizioni, le relazioni commerciali e finanziarie tra le società operanti tra l'Italia e gli Stati Uniti risultano più agevoli dal punto di vista impositivo.

Con riguardo a **dividendi** e **interessi**, con la rimozione degli ostacoli di carattere fiscale agli investimenti produttivi e finanziari, vengono favoriti gli scambi e gli investimenti reciproci tra gli Stati contraenti. Da un lato, viene infatti eliminata l'aliquota intermedia della ritenuta sui dividendi, dall'altro, è prevista una riduzione dell'imposizione fiscale sugli interessi derivanti da finanziamenti contratti tra società residenti nei due Stati, in virtù della riduzione, dal 15% al 10%, dell'aliquota della ritenuta alla fonte, nonché dell'introduzione di nuove ipotesi di esenzione totale.

Con riferimento alle **royalties**, si evidenzia il trattamento meno oneroso in materia di utilizzo di marchi e brevetti, dei diritti d'autore su opere letterarie, scientifiche o artistiche, per effetto della previsione di un'esenzione da imposizione sui relativi redditi.

Inoltre, viene favorito il trasferimento di tecnologia, vale a dire, *software* per *computer* e at-

e dal *Deputy Assistant Secretary* del Dipartimento di Stato americano.

trezzature industriali, commerciali o scientifiche.

Anche le controversie in materia di **transfer pricing** tra le Amministrazioni finanziarie italiana e statunitense possono essere più speditamente risolte, per effetto dell'introduzione di una procedura (c.d. "**procedura arbitrale**"), alla quale il contribuente può ricorrere qualora le Autorità competenti coinvolte non siano in grado di pervenire alla composizione della controversia per via amichevole. In tal modo, dovrebbe essere maggiormente garantita l'eliminazione della doppia imposizione per i gruppi societari.

È prevista, inoltre, una **disciplina anti-abuso**, mediante l'introduzione della "*Limitation on benefits clause*" ("*Lobc*"), di cui all'art. 2 del Protocollo. Le disposizioni anti-abuso specifiche, previste dal testo convenzionale originario con riferimento alle singole categorie di reddito (dividendi, interessi, *royalties* e altri redditi) sono state eliminate con lo scambio di note tra l'Ambasciata degli Stati Uniti d'America e il Ministero degli Affari esteri italiano, conclusosi nel febbraio 2007.

Un'ulteriore novità è rappresentata dalla possibilità per le società degli Stati contraenti di beneficiare delle disposizioni convenzionali anche con riferimento all'**Irap**³.

³ L'esigenza di procedere alla negoziazione della nuova Convenzione è sorta in relazione alla riforma fiscale intrapresa dall'Italia nel 1997 che ha condotto, *in primis*, alla soppressione dell'Imposta locale sui redditi (Ilor) e, corrispondentemente, all'introduzione, con decorrenza dal 1° gennaio 1998, della nuova Imposta regionale sulle attività produttive (Irap). L'anomalia dei criteri di determinazione della base imponibile di detto tributo rispetto ai principi statunitensi comportava infatti l'impossibilità di ricomprendere l'Irap nell'ambito della nozione di imposta diretta (e di beneficiare di un corrispondente credito d'imposta negli Stati Uniti per i soggetti ivi residenti) prevista dalla Convenzione del 1985. Gli Stati contraenti non si sono peraltro limitati alla questione del riconoscimento della c.d. "accreditabilità" dell'Irap a fronte delle imposte dovute negli Stati Uniti (si veda il successivo paragrafo 8), ma hanno modificato numerose disposizioni rispetto alla Convenzione del 1985 e introdotto un'articolata disciplina anti-abuso.

Per approfondimenti cfr., per tutti, P. Valente-M. Magenta, *IRAP: Accredibilità negli Stati Uniti*, in "il fisco" n. 25/1998, pag. 8375; P. Valente-P.A. Smith, *IRAP e rischi di doppia imposizione in ambito internazionale*, in "Corriere tributario" n. 3/1998, pag. 161; P. Valente, *Modifiche per ritenute e royalties con il passaporto USA all'IRAP*, in "Il Sole-24 Ore" del 12 marzo 1998; P. Valente, *Doppie imposizioni: convenzioni con l'Italia al 30 giugno 2010*, in "Commercio internazionale" n. 15-16, pagg. 39 e seguenti; S. Mayr, *IRAP per i non residenti: considerazioni contro corrente*, in "Corriere Tributario" n. 1/1998, pag. 1.

Negli Stati Uniti, la procedura di ratifica si è conclusa in termini molto più rapidi rispetto all'Italia. Il Senato americano, infatti, competente in via esclusiva sulla materia, ha provveduto alla ratifica della nuova Convenzione nel medesimo anno in cui è stata siglata (1999), con *Resolution* 145 Cong. Rec. S 14225 del 5 novembre 1999.

Successivamente, gli Stati Uniti hanno provveduto ad apportare al testo originariamente sottoscritto taluni cambiamenti che hanno richiesto uno scambio di note tra i Paesi contraenti. Nella nota del 10 aprile 2006, l'Ambasciata degli Stati Uniti d'America, in conformità a quanto previsto dall'art. 26 della medesima Convenzione, ha inoltrato al Ministero degli affari esteri italiano una richiesta per l'eliminazione delle disposizioni finali di alcuni articoli⁴.

Il Ministero degli affari esteri italiano, con la successiva nota del 27 febbraio 2007, ha accolto la richiesta; pertanto sono state rimosse dal testo originariamente sottoscritto le disposizioni finali degli artt. 10 (Dividendi), 11 (Interessi), 12 (*Royalties*) e 22 (Altri redditi), che prevedono: "Le disposizioni del presente articolo non si applicano se lo scopo principale o uno degli scopi principali di una persona interessata alla costituzione o al trasferimento delle azioni o di altri diritti in relazione ai quali sono pagati i dividendi sia stato quello di ottenere i benefici del presente articolo per mezzo di detta costituzione o di detto trasferimento", unitamente ai riferimenti alla suindicata disposizione di cui al (precedente) paragrafo 19 dell'art. 1 del Protocollo allegato alla medesima Convenzione.

Le disposizioni della nuova Convenzione sono applicabili:

- con riferimento alle imposte prelevate alla fonte, alle somme pagate o accreditate il, o successivamente al 1° gennaio successivo alla data in cui la nuova Convenzione entra in vigore;
- con riferimento alle altre imposte, ai periodi d'imposta che iniziano il, o successivamente al, 1° gennaio successivo alla data di entrata in vigore della nuova Convenzione.

⁴ Essa prevede che "(...) Ratification of the Convention by the Government of the United States of America is subject to the deletion of the final paragraph of Article 10 (Dividends), the final paragraph of Article 11 (Interest), the final paragraph of Article 12 (Royalties), the final paragraph of Article 22 (Other income) of the Convention and paragraph 19 of Article 1 of the Protocol, with the renumbering of paragraph 20 of Article 1 of the Protocol as paragraph 19".

Si illustrano di seguito, nel dettaglio, le disposizioni di maggiore rilievo della nuova Convenzione tra l'Italia e gli Usa – relative alla tassazione delle persone giuridiche – le quali presentano novità rispetto alle omologhe disposizioni contenute nella Convenzione 1985.

3. La tassazione dei dividendi, la c.d. “*Branch profit tax*” e l'imposizione dei Ric e Reit: art. 10

Le novità principali della nuova Convenzione, rispetto a quella del 1985, sono rappresentate:

- dalla **soppressione** dell'aliquota intermedia (**10%**) della ritenuta alla fonte applicabile;
- dall'introduzione della possibilità, per gli Stati contraenti, di applicare un'imposta aggiuntiva (c.d. “*Branch Profit tax*”);
- dall'introduzione di disposizioni speciali relativamente ai dividendi distribuiti ad enti governativi riconosciuti.

La nuova Convenzione attribuisce il potere di assoggettare a tassazione i dividendi allo **Stato di residenza del beneficiario**, consentendo allo Stato di residenza della società distributrice di applicare una ritenuta in base alle aliquote convenzionali, nell'ipotesi in cui l'effettivo beneficiario sia un residente dell'altro Stato.

In particolare, la nuova Convenzione prevede che la tassazione nello Stato della fonte non può eccedere:

- il **5%** dell'ammontare lordo dei dividendi, se il beneficiario effettivo è una società che ha posseduto almeno il **25% delle azioni** con diritto di voto della società che paga i dividendi per un **periodo di 12 mesi** avente termine alla data alla quale i dividendi sono dichiarati;
- il **15%** dell'ammontare lordo dei dividendi in tutti gli altri casi.

Rispetto alla Convenzione del 1985, la nuova Convenzione ha quindi soppresso l'aliquota intermedia del 10% e ha ridotto, dal 50% al 25% dei diritti di voto, la soglia di partecipazione richiesta ai fini dell'applicazione dell'aliquota ridotta del 5%. Rimane, invece, inalterato il periodo minimo di possesso della partecipazione, pari a 12 mesi, richiesto ai fini dell'applicazione del beneficio in esame⁵.

⁵ Il testo dell'art. 10 è stato riformulato anche in relazione al termine finale del periodo minimo di detenzione della partecipazione. Nella Convenzione del 1985 il termine è riferito alla “data della delibera di distribuzione dei dividendi” mentre il nuovo testo fa riferimento alla “data alla

Affinché il regime convenzionale sia applicabile ai dividendi distribuiti da un residente di uno Stato contraente ad un residente dell'altro Stato, il paragrafo 10 dell'art. 10 della nuova Convenzione, secondo la formulazione presente alla data di sottoscrizione della stessa, richiede che le persone interessate non siano state costituite, o le partecipazioni in relazione alle quali sono stati pagati i dividendi non siano state trasferite, al solo scopo di ottenere i benefici convenzionali⁶.

Nel caso in cui i dividendi siano soggetti a ritenuta alla fonte in uno degli Stati contraenti in base alla legislazione interna, la nuova Convenzione prevede, in base a quanto disposto dall'art. 5 del Protocollo, che la limitazione all'imposizione prevista dalla Convenzione possa essere attuata mediante la procedura del rimborso.

Le imposte prelevate alla fonte possono essere richieste a rimborso con istanza del contribuente nei termini e secondo le modalità previste dalla legislazione dello stesso Stato; all'istanza deve essere allegato un attestato ufficiale, rilasciato dallo Stato di cui il contribuente è residente, che certifichi la sussistenza delle condizioni per l'applicazione dei benefici convenzionali⁷.

La c.d. “*Branch profit tax*”

Diversamente dalla Convenzione del 1985, la nuova Convenzione prevede la possibilità per gli Stati contraenti di applicare un'**imposta aggiuntiva**⁸ rispetto a quelle previste dalla Con-

quale i dividendi sono dichiarati” (“*declared*” nel testo in lingua inglese).

⁶ La disposizione in esame non è prevista dalla Convenzione del 1985, ma è stata introdotta nella nuova Convenzione quale clausola anti-abuso per evitare che i benefici convenzionali possano essere applicati a soggetti non appartenenti agli Stati contraenti o che non abbiano in tali Stati alcun reale interesse economico. Per effetto dello scambio di note tra il Ministero degli affari esteri italiano e l'Ambasciata degli Stati Uniti d'America, conclusosi nel febbraio 2007, è stato rimosso dal testo originariamente sottoscritto il paragrafo 10 dell'art. 10 il quale prevede che “(l)e disposizioni del presente articolo non si applicano se lo scopo principale o uno degli scopi principali di una persona interessata alla costituzione o al trasferimento delle azioni o di altri diritti in relazione ai quali sono pagati i dividendi sia stato quello di ottenere i benefici del presente articolo per mezzo di detta costituzione o di detto trasferimento”.

⁷ Il secondo periodo dell'art. 5 del Protocollo precisa peraltro che l'Autorità competente di ciascuno Stato può stabilire unilateralmente procedure diverse per l'applicazione dei benefici della Convenzione. Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2008, pagg. 1083 e seguenti.

⁸ La *Branch profit tax* è stata introdotta negli Stati Uniti dal *Tax Reform Act* del 1986, al fine di eliminare la disparità

venzione (all'art. 2) sugli utili della stabile organizzazione di una persona giuridica residente nell'altro Stato, alle condizioni e nei limiti previsti dall'art. 10, paragrafo 6, della Convenzione stessa.

Ai sensi dell'art. 10, paragrafo 6 della nuova Convenzione, "una persona giuridica che è residente di uno degli Stati ed ha una stabile organizzazione nell'altro Stato o che è assoggettata ad imposizione nell'altro Stato su base netta sui propri redditi che sono imponibili nell'altro Stato ai sensi dell'articolo 6 (Redditi immobiliari) o ai sensi del paragrafo 1 dell'articolo 13 (Utili di capitale) può essere assoggettata in detto altro Stato ad un'imposta aggiuntiva rispetto alle imposte previste dalle altre disposizioni della presente Convenzione".

Con riferimento alla **base imponibile** della *Branch profit tax*, la nuova Convenzione precisa che essa è riferibile alla **quota degli utili d'impresa** della persona giuridica estera attribuibili alla **stabile organizzazione** ovvero alla quota di reddito soggetta ad imposta ai sensi dell'art. 6 (Redditi immobiliari) o ai sensi dell'art. 13, comma 1 (Utili di capitale). Ai fini convenzionali, la base imponibile della *Branch profit tax* è costituita, per quanto riguarda gli Stati Uniti, dall'ammontare equivalente dei dividendi di tali utili o redditi⁹; per quanto riguarda l'Italia, da un importo analogo all'ammontare equivalente dei dividendi.

Secondo quanto disposto dalla *Section 884* dell'*Internal Revenue Code* statunitense, l'ammontare soggetto alla *Branch profit tax* non si limita

di imposizione tra i soggetti che effettuavano investimenti negli Stati Uniti attraverso una *subsidiary* o attraverso una *branch*.

⁹ In base alla Relazione Tecnica al paragrafo 8 dell'art. 10 del Modello di Convenzione Usa, "(t)he term 'dividend equivalent amount' used in paragraph 8 has the same meaning that it has under section 884 of the Code, as amended from time to time, provided the amendments are consistent with the purpose of the branch profits tax. Generally, the dividend equivalent amount for a particular year is the income described above that is included in the corporation's effectively connected earnings and profits for that year, after payment of the corporate tax under Articles 6, 7 or 13, reduced for any increase in the branch's U.S. net equity during the year and increased for any reduction in its U.S. net equity during the year. U.S. net equity is U.S. assets less U.S. liabilities. See, *Treas. Reg. section 1.884-1*. The dividend equivalent amount for any year approximates the dividend that a U.S. branch office would have paid during the year if the branch had been operated as a separate U.S. subsidiary company. In the case that the other Contracting State also imposes a branch profits tax, the base of its tax must be limited to an amount that is analogous to the dividend equivalent amount".

agli utili correnti della *branch*, ma include anche quelli relativi agli anni precedenti, accumulati presso la *branch* a incremento del patrimonio netto della stessa. A differenza di altri accordi bilaterali, quali, ad esempio, la Convenzione tra Stati Uniti e Paesi Bassi¹⁰, la nuova Convenzione non contiene alcuna disposizione che limiti l'applicazione della *Branch profit tax* agli utili accumulati in seguito all'entrata in vigore della Convenzione stessa; conseguentemente, l'imposta in esame potrebbe essere applicata anche agli utili accumulati da una *branch* statunitense di una società italiana nel periodo anteriore all'entrata in vigore della nuova Convenzione.

Si rileva infine che la disposizione che consente a uno degli Stati contraenti di applicare un'imposta aggiuntiva agli utili della stabile organizzazione di una società residente nell'altro Stato si pone, invero, in **potenziale contrasto** con quanto previsto dall'art. 24, paragrafo 2 della Convenzione in tema di **non discriminazione**, secondo il quale "l'imposizione di una stabile organizzazione che un'impresa di uno Stato contraente ha nell'altro Stato contraente non può essere in questo altro Stato meno favorevole dell'imposizione a carico delle imprese di detto altro Stato che svolgono la medesima attività". Il paragrafo 18 dell'art. 1 del Protocollo pone un'espressa deroga pattizia a tale principio, prevedendo che le disposizioni dell'art. 24, incluse quelle di cui al citato paragrafo 2, non possono essere interpretate nel senso di impedire a ciascuno Stato contraente di applicare un'imposta quale è quella prevista dal paragrafo 6 dell'art. 10 (*Branch profit tax*).

L'imposizione dei Ric e Reit

La nuova Convenzione introduce disposizioni speciali relativamente ai **dividendi distribuiti ad enti governativi riconosciuti**.

Ai sensi del paragrafo 8 dell'art. 10, i dividendi distribuiti a un "ente governativo riconosciuto"¹¹

¹⁰ Cfr. P. Valente-J. L. Davidson-L. Oster, *USA-Paesi Bassi: una convenzione contro il "treaty shopping"*, in "Commercio Internazionale" n. 8/1994, pag. 458.

¹¹ Per "ente governativo riconosciuto" si intende, secondo quanto disposto dall'art. 3, paragrafo 1, lettera i):

- "una persona o associazione di persone che costituisce un ente governativo di uno Stato contraente, o di una suddivisione politica o amministrativa o di un ente locale di uno Stato contraente;
- una persona che è interamente posseduta, direttamente o indirettamente, da uno Stato contraente o da una suddivisione politica o amministrativa o da un ente locale di uno Stato contraente, a condizione che (i) sia organizzata in conformità alla legislazione dello Stato

che detiene, direttamente o indirettamente, il 25% delle azioni con diritto di voto della società distributrice, indipendentemente dal periodo di possesso, sono imponibili unicamente nello **Stato di residenza del percettore**, a condizione che quest'ultimo ne sia l'effettivo beneficiario.

Il paragrafo 9 dell'art. 10 introduce disposizioni speciali con riferimento ai dividendi distribuiti da *Regulated investment company* ("Ric") e da *Real estate investment trust* ("Reit"). I dividendi distribuiti da Ric e Reit possono essere soggetti a tassazione anche nello Stato della fonte, ma in base a un'aliquota d'imposta non superiore al 15%¹².

La nuova Convenzione accoglie quanto previsto, in tema, dal Modello di Convenzione Usa del 20 settembre 1996 ed intende prevenire l'impiego dei suindicati enti da parte di azionisti residenti in altri Stati allo scopo di ottenere indebiti risparmi d'imposta.

La detenzione di una partecipazione in un Ric consentirebbe infatti ad un investitore estero di ottenere l'applicazione dell'aliquota convenzionale del 5%, pur possedendo in realtà, attraverso il medesimo ente, un portafoglio diversificato di partecipazioni che, se detenute direttamente, comporterebbero l'applicazione dell'aliquota convenzionale più elevata del 15%. Analogamente, l'investitore estero può ottenere la riqualificazione di utili derivanti da proprietà immobiliari in dividendi, detenendo le stesse tramite una partecipazione in un Ric e usufruendo in questo modo del risparmio d'imposta derivante dall'applicabilità dell'aliquota ridotta convenzionale sui dividendi (in lu-

contraente, (ii) i suoi profitti siano accreditati sul suo conto senza che nessuna parte del suo reddito vada a beneficio dei privati; (iii) all'atto dello scioglimento, i suoi beni siano assegnati allo Stato contraente, suddivisione politica o amministrativa o ente locale;

- un fondo o trust pensionistico di una persona di cui al subparagrafo (i) o (ii) costituito o gestito esclusivamente per amministrare o elargire indennità pensionistiche; a condizione che l'ente di cui ai primi due punti non eserciti attività commerciale".

¹² Per i Reit, l'aliquota ridotta è applicabile unicamente se sono soddisfatte le seguenti condizioni:

- a) il beneficiario effettivo dei dividendi è una persona fisica che possiede una partecipazione non superiore al 10% nel Reit;
- b) i dividendi sono pagati in relazione a una categoria di azioni quotate in borsa e il beneficiario effettivo dei dividendi è una persona che possiede una partecipazione non superiore al 5% di qualsiasi categoria di azioni del Reit;
- c) il beneficiario effettivo dei dividendi è una persona che possiede una partecipazione non superiore al 10% nel Reit e il Reit è diversificato.

go della più elevata imposizione applicabile agli utili derivanti da proprietà immobiliari)¹³.

4. Gli interessi: art. 11

Le novità principali della nuova Convenzione, rispetto a quella del 1985, sono rappresentate:

- dalla **riduzione dell'aliquota della ritenuta alla fonte** applicabile;
- dall'introduzione dell'esonero da tassazione nello Stato della fonte degli interessi dovuti per **dilazione di pagamento** in relazione all'acquisto di beni, servizi ed attrezzature.

L'art. 11 della nuova Convenzione prevede la tassazione degli interessi nello Stato di residenza del percettore. Tuttavia, gli interessi sono imponibili anche nello Stato della fonte, ancorché nei limiti previsti dalla norma convenzionale, vale a dire nella misura del **10%**, laddove l'aliquota prevista dalla Convenzione del 1985 è pari al 15%.

La norma convenzionale definisce interessi i "redditi dei titoli del debito pubblico, delle obbligazioni, di prestiti garantiti o non da ipoteca e portanti o meno una clausola di partecipazione agli utili e dei crediti di qualsiasi natura, nonché ogni altro provento assimilabile ai redditi di somme date a prestito in base alla legislazione fiscale dello Stato da cui i redditi provengono"¹⁴.

¹³ Ai sensi dell'art. 6, infatti, "(i) redditi che un residente di uno Stato contraente ritrae da beni immobili, compresi i redditi delle attività agricole o forestali, situati nell'altro Stato contraente sono imponibili in detto altro Stato" (in altre parole, non vi sono, di fatto, benefici convenzionali).

¹⁴ Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 1087 e seguenti. In base alla normativa italiana e, specificamente, secondo l'art. 44 del D.P.R. n. 917/1986 costituiscono redditi di capitale:

- gli interessi e gli altri proventi derivanti da mutui, depositi e conti correnti;
- gli interessi e gli altri proventi delle obbligazioni e titoli similari e degli altri titoli diversi dalle azioni e titoli similari nonché dei certificati di massa;
- le rendite perpetue e le prestazioni annue perpetue di cui agli artt. 1861 e 1869 c.c.;
- i compensi per prestazioni di fideiussione e di garanzie;
- gli utili derivanti dalla partecipazione al capitale di società ed enti soggetti all'imposta sul reddito delle società, salvo quanto previsto dalla lettera d) del comma 2 dell'art. 53;
- gli utili derivanti da contratti di associazione in partecipazione;
- i proventi derivanti da riporti e pronti contro termine su titoli e valute;
- i proventi derivanti dal mutuo di titoli garantito;

Con riferimento alla legislazione italiana, l'art. 26 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, così come modificato dal D.Lgs. 21 novembre 1997, n. 461, determina l'imposizione degli interessi corrisposti a soggetti non residenti, senza stabile organizzazione in Italia, mediante il meccanismo della ritenuta a titolo d'imposta del 12,5% e del 27% secondo la tipologia del provento¹⁵.

La tassazione degli interessi da dilazione di pagamento

L'art. 11 della nuova Convenzione contempla le fattispecie per le quali gli interessi possono essere soggetti ad imposizione **soltanto nello Stato di residenza del beneficiario**, con l'esclusione dell'applicazione di ritenute nello Stato della fonte. La citata disposizione si applica se:

- il beneficiario degli interessi è un residente dell'altro Stato contraente ed è un ente governativo riconosciuto che detiene, direttamente o indirettamente, meno del 25% del capitale della persona che paga gli interessi;
- gli interessi sono pagati in relazione a prestiti garantiti o assicurati da un ente governativo riconosciuto di detto Stato contraente o dell'altro Stato contraente e sono percepiti da un residente dell'altro Stato contraente che ne è l'effettivo beneficiario;
- gli interessi sono pagati o maturati in relazione a una vendita a credito di beni, merci o servizi forniti da un'impresa ad un'altra impresa; o
- gli interessi sono pagati o maturati in rapporto alla vendita a credito di attrezzature industriali, commerciali o scientifiche¹⁶.

-
- i redditi compresi nei capitali corrisposti in dipendenza di contratti di assicurazione sulla vita e di capitalizzazione;
 - i redditi derivanti dai rendimenti delle prestazioni pensionistiche;
 - i redditi imputati al beneficiario di *trust*;
 - gli interessi e gli altri proventi derivanti da altri rapporti aventi per oggetto l'impiego di capitale, esclusi i rapporti attraverso cui possono essere realizzati differenziali positivi e negativi in dipendenza di un evento incerto.

¹⁵ Sono, ad esempio, soggetti a ritenuta a titolo d'imposta, se corrisposti a soggetti non residenti, senza stabile organizzazione in Italia, con l'aliquota del 27% le obbligazioni di durata inferiore a 18 mesi e i titoli atipici emessi da soggetti non residenti, con aliquota del 12,5% gli interessi derivanti da titoli del debito pubblico, di pubbliche amministrazioni e di enti internazionali.

¹⁶ In virtù della norma convenzionale, gli interessi da dilazione su crediti di fornitura commerciale, corrisposti a non residenti, sono esclusi da ritenuta alla fonte in Italia in quanto ricompresi nella categoria di redditi d'impresa, i quali sono imponibili in Italia solo se conseguiti mediante stabile organizzazione.

5. La tassazione delle *royalties*: art. 12

La nuova Convenzione introduce alcune rilevanti modifiche anche con riferimento alle disposizioni relative all'imposizione delle *royalties*¹⁷.

Le novità principali rispetto alla Convenzione del 1985 sono rappresentate:

- dall'**eliminazione** della ritenuta alla fonte sulle *royalties* relative all'uso del **diritto d'autore** su opere letterarie, artistiche o scientifiche;
- dall'introduzione di un'aliquota non superiore al **5%** per le *royalties* corrisposte per l'uso di **software e attrezzature industriali**, commerciali o scientifiche.

Ai sensi dell'art. 12 della Convenzione del 1985 le diverse categorie di *royalties* sono assoggettate ad aliquote differenti:

- l'aliquota del **5%** si applica ai compensi corrisposti per l'uso o la concessione in uso di un diritto d'autore su opere letterarie, artistiche o scientifiche;
- l'aliquota dell'**8%** si applica ai compensi corrisposti per l'uso la concessione in uso di pellicole cinematografiche o di pellicole, nastri magnetici o altri mezzi di registrazione per trasmissioni radiofoniche o televisive;
- l'aliquota del **10%** si applica ai compensi corrisposti in tutti gli altri casi.

La nuova Convenzione prevede invece la tassazione esclusiva nello Stato di residenza del percettore e la conseguente esclusione dell'applicazione della ritenuta alla fonte, se quest'ultimo è l'effettivo beneficiario dei canoni corrisposti in seguito all'uso o alla concessione in uso di un diritto d'autore su opere letterarie, artistiche o scientifiche.

È prevista, inoltre, l'applicazione di un'imposta non superiore al 5% ai canoni corrisposti per l'uso o la concessione in uso di *software per computer*¹⁸, o di attrezzature industriali, commercia-

¹⁷ In tema di disciplina convenzionale delle *royalties*, cfr. K. Vogel, *Double Taxation Conventions*, *op. cit.*, pag. 765; R. Cordeiro Guerra, *Interessi e royalty transnazionali: regime impositivo e spunti critici*, in *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, a cura di V. Uckmar-C. Garbarino, Milano, 1995, pag. 127; C. Garbarino, *La tassazione del reddito transnazionale*, *op. cit.*, pag. 386; F.C. de Hosson, *Taxation of cross-border software payments (Article 12)*, in "Intertax" n. 12/1992, pag. 683; S. Mayr, *La nuova Convenzione Italia-USA per evitare le doppie imposizioni sul reddito*, *op. cit.*, pag. 446.

¹⁸ Per maggiori approfondimenti sul punto, cfr. K. Vogel, *Double Taxation Convention*, pag. 706; F. de Hosson, *Taxation of cross-border software payments*, *op. cit.*, pag. 683; G. Sprague-R.A. Chesler, *Comments on the Commem-*

li o scientifiche. In tutti gli altri casi, si applica l'aliquota convenzionale dell'8%.

6. Le disposizioni anti-abuso

Le clausole anti-abuso previste dalla nuova Convenzione, secondo la formulazione presente alla data di sottoscrizione della stessa, possono essere suddivise nelle seguenti due categorie:

- clausole specifiche relative a talune categorie di redditi (**dividendi, interessi, royalties e altri redditi**);
- clausola generale di "**limitation on benefits**"¹⁹ ("*Limitation on benefits clause*", c.d. "*Lobc*"), contenuta nell'art. 2 del Protocollo.

6.1. Le clausole anti-abuso specifiche

Finalità comune delle disposizioni anti-abuso specifiche, contenute nel testo convenzionale sottoscritto nel 1999, è quella di non consentire l'applicazione della Convenzione, in relazione alle categorie di reddito cui si riferiscono, nei casi in cui lo scopo principale (o uno degli scopi principali) del soggetto che percepisce i redditi è quello di ottenere i benefici applicabili previsti dall'articolo di riferimento. Le disposizioni in questione (art. 10, paragrafo 10 in materia di **dividendi**, art. 11, paragrafo 9 in materia di **interessi**, art. 12, paragrafo 8 in materia di **royal-**

tary to art. 12 (royalty) of the 1992 OECD Model Convention, in "Intertax", 1993, pag. 311; P. Valente, *Le royalty nella pianificazione fiscale internazionale*, in "Commercio Internazionale" n. 24/1997, pag. 1141; H. J. Ault, *Treatment of computer software*, in *European Taxation*, 1993, pag. 330; A. Baumgarten-R.A. Gorman, Schwartz, *Copyright law and certain tax treatment of software transaction*, in "Bulletin of Fiscal Documentation", 1995, pag. 522; M. Beghin, *La disciplina tributaria dei costi sostenuti per l'acquisto presso terzi del software applicativo: aspetti problematici e soluzioni possibili*, in "Rivista di Diritto Tributario", 1995, pag. 441; M. Maschio, *La disciplina tributaria del software*, in "Rivista di Diritto Tributario", 1993, pag. 467; M. Maschio, *I costi del software nel reddito d'impresa*, in "Rassegna Tributaria" n. 4/1995, pag. 624; P. Valente, *Elusione fiscale internazionale: strumenti unilaterali di contrasto e disposizioni convenzionali in materia di treaty shopping*, in "Diritto e Pratica Tributaria" n. 2/1998, III, pag. 41; P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 1088 e seguenti.

¹⁹ Per "*limitation on benefits*" si intende una pluralità di disposizioni restrittive preordinate a negare i benefici convenzionali a soggetti che presentano determinate caratteristiche, ovvero che non risultano qualificati sulla base degli appositi *test anti-treaty shopping* previsti dal trattato. Cfr. P. Valente, *Elusione fiscale internazionale: strumenti unilaterali di contrasto e disposizioni convenzionali in materia di treaty shopping*, op. cit., pag. 41.

ties, art. 22, paragrafo 3 in materia di **altri redditi**) stabiliscono, appunto, che le disposizioni cui si riferiscono non possono essere applicate se lo **scopo principale** (o uno degli scopi principali) del soggetto interessato alla costituzione o al trasferimento di azioni, crediti o altri diritti in relazione ai quali sono pagati interessi, dividendi, *royalties* o altri redditi è quello di ottenere i **benefici** dalle stesse previste, per mezzo di detta costituzione o di detto trasferimento.

Le clausole descritte sono ispirate al c.d. "**substance-over-form principle**"^{20 21} e rappresentano, inoltre, un'applicazione del c.d. principio di "*bona fide commercial purpose*"²².

Nella nota del 10 aprile 2006, l'Ambasciata degli Stati Uniti d'America, in conformità a quanto previsto dall'art. 26 della medesima Convenzione, ha inoltrato al Ministero degli Affari esteri italiano una richiesta per l'eliminazione delle disposizioni anti-abuso specifiche del seguente tenore: "*(...) Ratification of the Convention by the Government of the United States of America is subject to the deletion of the final paragraph of Article 10 (Dividends), the final paragraph of Article 11 (Interest), the final paragraph of Article 12 (Royalties), the final paragraph of Article 22 (Other income) of the Convention and paragraph 19 of Article 1 of the Protocol, with the renumbering of paragraph 20 of Article 1 of the Protocol as paragraph 19.*"

Il Ministero degli Affari esteri italiano, con la successiva nota del 27 febbraio 2007, ha accolto la suesposta richiesta, e, pertanto, sono state rimosse dal testo originariamente sottoscritto le

²⁰ In base a tale principio, i benefici convenzionali sono inapplicabili nei casi in cui si dimostri che la forma della fattispecie (ad esempio, la percezione di un reddito da parte di una persona di uno Stato contraente) non sia conforme alla "sostanza economica" della stessa e che tale forma sia stata assunta con l'esclusivo (o principale) scopo di beneficiare di norme convenzionali.

²¹ Negli Stati Uniti, il principio della prevalenza della sostanza sulla forma costituisce strumento del più ampio fenomeno del *treaty shopping*. Sentenze significative in tal senso sono quelle riguardanti il caso *Aiken Industries Inc. vs. Commissioner* (1971) e il caso *Johansson vs. US* (1964). Per approfondimenti si veda P. Valente, *Elusione fiscale internazionale: strumenti unilaterali di contrasto e disposizioni convenzionali in materia di treaty shopping*, op. cit., pag. 32.

²² Tale principio è richiamato anche dal Commentario all'art. 1 del Modello OCSE. Esso prevede che l'operazione, in presenza della quale si chiede l'applicazione della Convenzione, deve essere connotata da valide ragioni economiche che giustificano l'esistenza di una società residente in uno degli Stati contraenti.

disposizioni finali degli artt. 10 (Dividendi), 11 (Interessi), 12 (*Royalties*) e 22 (Altri redditi), che prevedono: “Le disposizioni del presente articolo non si applicano se lo scopo principale o uno degli scopi principali di una persona interessata alla costituzione o al trasferimento delle azioni o di altri diritti in relazione ai quali sono pagati i dividendi sia stato quello di ottenere i benefici del presente articolo per mezzo di detta costituzione o di detto trasferimento”, unitamente ai riferimenti alla suindicata disposizione di cui al (precedente) paragrafo 19 dell’art. 1 del Protocollo allegato alla medesima Convenzione.

6.2. La “*Limitation on benefits clause*” (“*Lobc*”) ex art. 2 del Protocollo

L’introduzione di norme anti-abuso nelle convenzioni, soprattutto nella forma delle c.d. clausole di “*limitation on benefits*”, volte ad evitare che benefici convenzionali si applichino anche a soggetti che non hanno un (sufficiente) **collegamento economico effettivo** con lo Stato contraente stesso, è caratteristica costante della prassi convenzionale statunitense²³.

L’art. 2 del Protocollo alla nuova Convenzione prevede un’articolata *Lobc* finalizzata ad evitare che soggetti non residenti in alcuno degli Stati contraenti costituiscano strutture o effettuino investimenti in uno dei due Stati contraenti, al fine principale di beneficiare delle norme convenzionali (c.d. “*treaty shopping*”)²⁴. Tale o-

²³ Clausole anti-abuso sono previste in quasi tutte le Convenzioni degli Stati Uniti concluse dopo il 1981, quando il Dipartimento del Tesoro statunitense ha elaborato il Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni, contenente, all’art. 16, un’articolata clausola di “*limitation on benefits*”. In alcune Convenzioni stipulate dagli Stati Uniti anteriormente agli anni ’80, erano previste clausole anti-abuso, caratterizzate peraltro da una struttura più semplificata e da un campo di applicazione limitato al regime convenzionale di determinate categorie reddituali previste dalle convenzioni stesse. Uno dei primi esempi di clausole di *limitation on benefits*, negoziate con riferimento al Modello di Convenzione Usa, è rappresentato dalla Convenzione tra Stati Uniti e Australia del 1982. Cfr. P. Valente-J. L. Davidson-L. Oster, *USA-Paesi Bassi: una convenzione contro il “treaty shopping”*, in “Commercio Internazionale” n. 8/1994, pag. 458; C. Bennet-C. De Hosson-D. Morrison, *The 1992 United States - Netherlands Tax Convention*, Deventer, 1993; L. Dell’Anese, *L’evoluzione della disciplina anti-abuso di trattato nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni sottoscritte dagli Stati Uniti*, in “Diritto e Pratica Tributaria”, 1998, III, pag. 697; P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 81 e seguenti.

²⁴ Cfr. la Relazione Tecnica del Tesoro statunitense all’art. 22 del Modello Usa di Convenzione del 1996. I termini

biiettivo è perseguito mediante l’esclusione dall’applicazione di alcuni o di tutti i benefici della Convenzione dei soggetti che non sono in grado di superare almeno uno dei *test* volti ad accertare che la residenza non è stata stabilita in uno degli Stati Contraenti con l’intento di ottenere i benefici convenzionali. Obiettivo di ciascuno dei *test* previsti dalla *Lobc* è dunque quello di verificare l’esistenza di un reale collegamento tra il soggetto che intende beneficiare delle disposizioni convenzionali e lo Stato contraente in cui è residente.

Secondo l’interpretazione delle Autorità fiscali statunitensi – contenuta nelle Relazioni Tecniche al Modello di Convenzione Usa e alle singole convenzioni concluse dagli Stati Uniti – l’applicazione della *Lobc* è complementare all’applicazione delle disposizioni anti-abuso previste dalle singole legislazioni nazionali²⁵. Analogamente a tali disposizioni anti-abuso interne, anche la *Lobc* si ispira al principio del “*bona fide business purpose*”, direttamente connesso a quello della “*substance-over-form*”²⁶.

La Lobc prevista dalla Convenzione del 1985

Anche la Convenzione del 1985 prevedeva (nel Protocollo) una *Lobc*, derivante dall’art. 16 del Modello di Convenzione Usa del 1981, pur con ambito di applicazione più limitato.

L’art. 2 del Protocollo della Convenzione del 1985 è infatti applicabile solo ai soggetti (diversi dalle persone fisiche) **residenti** in uno degli Stati contraenti e soltanto con riferimento a determinate categorie di reddito, in particolare quelle disciplinate dagli artt. 7 (utili d’impresa), 10 (dividendi), 11 (interessi), 12 (*royalties*), 13

“*treaty shopping*” e “*tax treaty abuse*” “refer to the practice of some investors of «borrowing» a tax treaty by forming an entity (usually a corporation) in a country having a favourable tax treaty with the country of source”. Per approfondimenti cfr. V. Uckmar, General Report, Tax avoidance/tax evasion, in *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. LXVIIIa, 1983, pag. 15; V. Uckmar, I trattati internazionali in materia tributaria, in “Trattato di diritto tributario” diretto da A. Amatucci, 1994, pag. 754; K. Vogel, Double taxation convention, Deventer, pagg. 50-58 e 454-459; S. van Weeghel, The improper use of tax treaties, Deventer, pag. 119; P. Valente, Treaty shopping: principi e limiti, in “Commercio Internazionale” n. 19/1996, pag. 853; P. Valente, Elusione fiscale internazionale: strumenti unilaterali di contrasto e disposizioni convenzionali in materia di treaty shopping, op. cit., pag. 11.

²⁵ Cfr. la Relazione Tecnica del Tesoro statunitense all’art. 22 del Modello Usa di Convenzione del 1996.

²⁶ Cfr. P. Valente, *Elusione fiscale internazionale: strumenti unilaterali di contrasto e disposizioni convenzionali in materia di treaty shopping*, op. cit., pag. 42.

(*capital gains*) e 22 (altri redditi).

I *test* contenuti nell'art. 2 del Protocollo della Convenzione del 1985 sono applicabili soltanto se l'Autorità competente di uno Stato contraente accerta, sulla base di una valutazione preliminare, che la costituzione, l'acquisizione o la conservazione di un determinato soggetto, nonché l'esercizio delle sue attività, abbiano come scopo principale quello di ottenere i benefici previsti dalla Convenzione. Essi sono, in sintesi:

- l'“**ownership test**”, in base al quale più del 50% della società deve essere posseduto, direttamente o indirettamente, da una o più persone fisiche residenti in uno degli Stati contraenti, da cittadini degli Stati Uniti, dagli Stati stessi, ovvero da società quotate residenti in uno degli Stati contraenti;
- il “**publicly traded test**”, in base al quale, nel caso in cui la società sia quotata, la sua principale classe di azioni deve formare oggetto di sostanziale e regolare negoziazione in una delle borse valori riconosciute²⁷.

La *Lobc* prevista dalla nuova Convenzione

Secondo quanto previsto dal Protocollo della nuova Convenzione, l'ottenimento dei benefici convenzionali è subordinato al soddisfacimento di almeno uno dei sei *test* contenuti nel secondo paragrafo dell'art. 2 del Protocollo medesimo.

In particolare, un residente di uno degli Stati contraenti è **legittimato** ad usufruire dei benefici convenzionali se è:

- a) una persona fisica;
- b) un ente governativo riconosciuto;
- c) una società che soddisfi il c.d. “*publicly traded test*” o il c.d. “*subsidiary of publicly traded test*”;
- d) un'organizzazione definita all'art. 1, paragrafo 5(a)(i) del Protocollo;
- e) un fondo pensione;
- f) una persona, diversa da una persona fisica, che soddisfa sia il c.d. “*ownership test*” sia il c.d. “*base erosion test*”.

Per le **società residenti** in uno degli Stati contraenti, il primo *test* previsto dalla *Lobc* è il c.d. “**publicly traded test**”, che prevede che tutte le

²⁷ Le “borse valori riconosciute”, ai fini della disposizione in commento, sono definite dal paragrafo 3 dello stesso art. 2, che menziona il sistema “*NASDAQ*”, le borse valori registrate presso la “*Securities and Exchange Commission*”, le borse valori costituite ed organizzate conformemente alla legislazione italiana ed ogni altra borsa valori reciprocamente riconosciuta dalle competenti Autorità degli Stati contraenti.

azioni ricomprese nella classe (o nelle classi) di azioni che rappresentano più del 50% dei diritti di voto e del valore della società stessa, siano oggetto di regolare negoziazione in una borsa valori riconosciuta. Il *test* in esame si applica a tutte le azioni della società nel caso in cui quest'ultima abbia solo una classe di azioni o a tutte le azioni della principale classe di azioni, cioè della classe di azioni che rappresenta più del 50% dei diritti di voto e del valore della società, nel caso in cui quest'ultima abbia più classi di azioni.

La nuova Convenzione non definisce la nozione di “regolare negoziazione”, la cui interpretazione può quindi essere ricavata alla luce della legislazione interna degli Stati contraenti²⁸.

La definizione di “borsa valori riconosciuta” è invece prevista dal paragrafo 5 della *Lobc*; essa coincide con quella inclusa nella Convenzione del 1985, mentre si differenzia da quella contenuta nel paragrafo 5 dell'art. 22 del Modello di Convenzione Usa del 1996, nel quale non sono incluse le borse valori reciprocamente riconosciute dalle Autorità competenti degli Stati contraenti.

In virtù del c.d. “**subsidiary of publicly traded test**”, è necessario che una società sia controllata da altre società quotate residenti in uno dei due Stati contraenti le cui azioni sono negoziate in borse valori riconosciute. Più precisamente, almeno il 50% di ogni classe di azioni della società deve essere detenuta, direttamente o indirettamente, da non più di cinque società che sono legittimate a beneficiare della Convenzione²⁹ ai sensi del “*publicly traded test*” precedentemente esaminato. Nel caso in cui la società quotata eserciti un controllo indiretto sulla società oggetto di verifica, è necessario che ogni soggetto intermedio nella catena di partecipazione abbia, a sua volta, diritto ad usufruire dei benefici della Convenzione³⁰.

²⁸ Un contributo in tal senso può venire dalla definizione fornita in via regolamentare dall'*U.S. Treasury Regulations Section 1.884(d)(4)(i)(B)*, in base alla quale si considera che una classe di azioni sia regolarmente negoziata se:

- si verifica una negoziazione minima (c.d. “*de minimis trading*”) per almeno 60 giorni durante il periodo d'imposta; e
- il numero totale di azioni negoziate durante l'anno è pari ad almeno il 10% del numero medio di azioni in circolazione nello stesso periodo.

²⁹ Il numero massimo di società quotate partecipanti (cinque) non è previsto nelle disposizioni sulla *Lobc* dell'art. 22, paragrafo 2 (c)(ii), del Modello di Convenzione Usa.

³⁰ Come specificato nella Relazione Tecnica al Modello di Convenzione Usa del 1996, il *test* in esame deriva da una combinazione del criterio del c.d. “*publicly traded*” con il

Il “*subsidiary of publicly traded test*” è applicabile soltanto nei casi in cui i partecipanti intermedi della società residente (risalendo lungo la catena partecipativa fino alla società quotata) siano residenti in uno degli Stati contraenti e soddisfino almeno un *test* della *Lobc*. Il *test* in esame non può quindi essere applicato ai gruppi in cui le società madri quotate (residenti in uno degli Stati contraenti) controllano indirettamente una società residente nell’altro Stato contraente attraverso una o più società intermedie situate in Stati terzi.

Le lettere d) ed e) del paragrafo 2 dell’art. 2 accordano i benefici convenzionali agli organismi esenti da imposte e residenti in uno degli Stati contraenti (definiti nell’art. 1, paragrafo 5(a)(i) del Protocollo) e ai fondi pensionistici (definiti dall’art. 1, paragrafo 5(a)(ii) del Protocollo), a condizione che più del 50% dei beneficiari, membri o partecipanti di questi ultimi siano persone fisiche residenti in uno degli Stati contraenti.

Infine, la lettera f) del paragrafo 2 dell’art. 2 prevede un *test* (residuale) il quale implica, a sua volta, due sotto-*test* che devono essere soddisfatti contemporaneamente:

- il c.d. “**ownership test**”;
- il c.d. “**base erosion test**”.

L’“**ownership test**” richiede che, per almeno la metà del periodo d’imposta, persone che soddisfano uno dei *test* sino ad ora esaminati possiedano, direttamente o indirettamente, almeno il 50% di ogni classe di azioni o altri diritti dei beneficiari nella persona.

Il “**base erosion test**” prevede invece che una percentuale inferiore al 50% del reddito lordo conseguito dalla persona nel periodo d’imposta sia, direttamente o indirettamente, corrisposta a (o maturata da) persone che non sono residenti in uno degli Stati contraenti, sotto forma di pagamenti deducibili ai fini dell’imposizione sui redditi nello Stato di residenza di detta persona; non si considerano, ai fini dell’applicazione del “**base erosion test**”, i pagamenti attribuibili a stabili organizzazioni della persona situata in un altro Stato.

Ai sensi del paragrafo 3 dell’art. 2, nel caso in cui un soggetto residente di uno degli Stati contraenti non abbia soddisfatto alcuno dei *test* previ-

critero c.d. dell’“*ownership*”, dal momento che è previsto, oltre al requisito della quotazione dei partecipanti, un requisito di partecipazione minima pari o superiore al 50% di ciascuna classe di azioni (e non soltanto della classe principale).

sti dal paragrafo 2, si applica il c.d. “*active trade or business test*”, in relazione a determinati elementi di reddito ritratti dall’altro Stato contraente.

In virtù del *test* in esame, un residente di uno degli Stati contraenti (che non avrebbe altrimenti diritto ad usufruire dei benefici convenzionali) può beneficiare delle disposizioni riferite a singole categorie di reddito, se si verificano (cumulativamente) le seguenti condizioni:

- il residente effettivamente gestisce un’attività commerciale o industriale nel proprio Stato di residenza;
- il reddito è “collegato o secondario” rispetto all’attività commerciale o industriale esercitata;
- l’attività commerciale o industriale è sostanziale in relazione all’attività esercitata nell’altro Stato da cui proviene il reddito.

L’applicazione dell’“*active trade or business test*” è soggetta inoltre alle seguenti condizioni generali:

- l’attività commerciale o industriale svolta dal soggetto nel suo Stato di residenza (“**conduct or active trade business**”) non deve includere l’attività o la gestione degli investimenti, a meno che detta attività non sia di natura bancaria, assicurativa o finanziaria gestita da una banca, una compagnia di assicurazioni o un operatore di borsa;
- la c.d. “**substantiality**” è determinata tenendo conto di tutte le circostanze del caso; è prevista una c.d. “*safe harbour rule*” nell’ipotesi in cui il valore dell’attivo, il reddito lordo e la spesa per retribuzioni relativi all’attività svolta nello Stato di residenza corrispondano ad una determinata percentuale del valore degli stessi indicatori riferiti all’attività produttiva di reddito nell’altro Stato³¹;
- si presume che il singolo reddito sia connesso con l’attività commerciale o industriale se l’attività nell’altro Stato da cui proviene detto reddito costituisce un settore di attività che formi una parte di (o sia complementare a) detta attività commerciale o industriale;

³¹ Più precisamente, “un’attività commerciale o industriale è considerata sostanziale se, per il precedente anno fiscale, o per la media dei tre precedenti anni fiscali, il valore dell’attivo, il reddito lordo e la spesa relativa alle retribuzioni connessi all’attività commerciale o industriale nel primo Stato sono pari ad almeno 7,5% della quota proporzionale, rispettivamente, del valore dell’attivo, del reddito lordo e della spesa relativa alle retribuzioni del residente (e di altre parti collegate), connessi alle attività da cui si è originato il reddito nell’altro Stato, e la media dei tre rapporti eccede il 10%”.

- il reddito si considera “secondario” in relazione ad un’attività commerciale o industriale se ha la funzione di facilitare la gestione dell’attività stessa nell’altro Stato.

Il paragrafo 4 dell’art. 2 del Protocollo prevede una procedura discrezionale per la concessione dei benefici convenzionali. In base a tale procedura, un residente di uno degli Stati contraenti, che non soddisfa i requisiti previsti da alcuno dei *test* previsti dalla clausola *Lobc*, può comunque avere diritto ai benefici della Convenzione se l’Autorità competente dello Stato (che deve concedere detti benefici) ne riconosce discrezionalmente l’applicabilità.

La norma è stata introdotta al fine di consentire (anche) ai soggetti che non presentano le caratteristiche per il superamento di alcuno dei *test* previsti dalla clausola *Lobc* di usufruire dei benefici della Convenzione.

L’esito della procedura discrezionale dipende dal giudizio delle Autorità competenti, le quali possono riconoscere l’applicabilità di tutti oppure di parte dei benefici convenzionali e possono anche stabilire una limitazione temporale alla possibilità di usufruire di tali benefici.

7. I *correlative adjustments*, la procedura amichevole e la procedura arbitrale: artt. 9 e 25

Per quanto riguarda gli **utili delle imprese associate** di cui all’art. 9, comma 2, la nuova Convenzione riproduce, con alcune significative modifiche, il principio del *correlative adjustment* già previsto dall’art. 1, comma 7, del Protocollo della Convenzione del 1985.

Il principio del *correlative adjustment* prevede che, nel caso in cui uno Stato contraente assoggetti ad imposta (per effetto di una rideterminazione “*at arm’s length*” dei prezzi di trasferimento praticati tra imprese associate) profitti che sono già sottoposti ad imposizione nell’altro Stato, quest’ultimo debba procedere a un corrispondente aggiustamento dell’imposta prelevata sui medesimi utili³².

Secondo il Commentario all’art. 9 del Modello OCSE, l’aggiustamento non deve essere necessariamente effettuato, da parte di uno Stato contraente, per il semplice fatto che l’altro Stato ha

³² La procedura è volta a eliminare fenomeni di doppia imposizione che possono derivare da rettifiche effettuate dalle Autorità fiscali degli Stati contraenti sugli utili di imprese appartenenti al medesimo gruppo.

operato una rettifica in aumento dell’utile dell’impresa ivi soggetto ad imposizione; esso deve essere effettuato solo se (anche) il primo Stato riconosce che l’ammontare oggetto di rettifica riflette il prezzo che sarebbe effettivamente stato convenuto tra imprese indipendenti³³.

Sul punto, il paragrafo 2 dell’art. 9 della nuova Convenzione precisa che, per determinare gli aggiustamenti in oggetto, gli Stati contraenti devono tenere conto delle altre disposizioni previste dalla Convenzione e, in ogni caso, attenersi a quanto disposto dall’art. 25 in tema di **procedura amichevole**³⁴.

Il Modello OCSE, all’art. 25, dispone che si può ricorrere alla procedura amichevole tanto in ipotesi di misure che comportino (o comporteranno) un’imposizione non conforme alle disposizioni della Convenzione³⁵, quanto nel caso in cui si renda necessario risolvere per via di amichevole composizione le difficoltà o i dubbi inerenti all’interpretazione o all’applicazione della Convenzione, ovvero al fine di eliminare la doppia imposizione nei casi non previsti dalla Convenzione.

L’importanza della procedura amichevole, con riferimento alle rettifiche effettuate in seguito ad aggiustamento dei prezzi di trasferimento, è sottolineata anche dal Commentario all’art. 25 del Modello OCSE che, tuttavia, individua diversi problemi applicativi³⁶. In primo luogo, il Commenta-

³³ Il Modello OCSE lascia, peraltro, ampia libertà agli Stati contraenti riguardo alla determinazione del metodo attraverso cui applicare il principio in esame.

³⁴ Sulla procedura amichevole si veda più diffusamente: P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit.; S. Mayr, *La procedura amichevole nei trattati contro le doppie imposizioni*, in “Bollettino Tributario” n. 15-16/1981, pag. 1154; A. Miraulo, *Doppia imposizione internazionale*, Milano 1990, pag. 178; U. La Commara-A. Nuzzolo, *L’istituto della procedura amichevole come strumento di cooperazione internazionale tra le Amministrazioni fiscali*, in “il fisco” n. 22/1998, pag. 7281; F. Adami-F. Leita, *La procedura amichevole nelle Convenzioni bilaterali per evitare le doppie imposizioni*, in “Rivista di Diritto Tributario”, I, pag. 349; C. Garbarino, *Note a margine del caso Onduline: interpretazione funzionale delle convenzioni contro le doppie imposizioni e procedure amichevoli*, in “Diritto e Pratica Tributaria”, 1989, I, pag. 970.

³⁵ Sull’argomento si veda K. Vogel, *Double Taxation Conventions*, Deventer, 1996, pag. 1667.

³⁶ Oltre all’applicazione delle disposizioni sui prezzi di trasferimento, il Commentario all’art. 25 del Modello OCSE prevede una molteplicità di ipotesi in cui la procedura amichevole costituisce un utile strumento per eliminare fenomeni di doppia imposizione che possono insorgere. Tra i più comuni:

– la determinazione della quota delle spese generali e amministrative sostenute in uno Stato contraente che

rio rileva che le Autorità fiscali dovrebbero notificare quanto prima al contribuente l'intenzione di effettuare rettifiche agli utili imponibili sulla base di disposizioni in materia di prezzi di trasferimento, in conformità con quanto disposto dall'art. 26 del Modello OCSE in tema di scambio d'informazioni. La procedura amichevole presenta, inoltre, un altro rilevante problema applicativo, connesso alla circostanza secondo cui le Autorità degli Stati contraenti non hanno alcun obbligo di giungere ad una decisione, essendo soltanto tenute a "cercare di ottenere" un esito utile alla soluzione del problema.

La nuova Convenzione, al fine di risolvere almeno in parte il richiamato problema, prevede il ricorso alla **procedura arbitrale**. Il paragrafo 5 dell'art. 25³⁷, in particolare, contempla la possibilità, nei casi in cui le Autorità competenti non riescano a pervenire ad un accordo attraverso la procedura amichevole, di sottoporre la questione ad arbitrato, previo accordo delle Autorità competenti e del contribuente e a condizione che quest'ultimo si impegni per iscritto ad ottemperare alle decisioni della commissione arbitrale. Il parere della Commissione arbitrale è vincolante per il contribuente e per entrambi gli Stati, limitatamente alla questione esaminata.

Il ricorso alla procedura arbitrale è subordinato al previo tentativo di risoluzione della controversia per mezzo della procedura amichevole, per la quale non è previsto un termine, nonché al previo accordo dell'Autorità competente e del contribuente stesso.

Una procedura arbitrale è prevista e disciplinata anche dall'art. 25 della versione del 2008 del Modello OCSE. Il nuovo paragrafo 5 dispone infatti che, nel caso in cui le autorità competenti non siano in grado di raggiungere un accordo ai sensi del paragrafo 2³⁸ entro due anni dalla sottoposi-

deve essere attribuita ad una stabile organizzazione situata nell'altro Stato;

- l'applicazione di disposizioni relative alla *thin capitalization* nei casi in cui lo Stato della società debitrice riqualifichi l'interesse pagato in dividendo;
- i casi in cui la mancanza di informazioni sulla situazione attuale del contribuente porti ad erronee applicazioni della Convenzione con riferimento, ad esempio, alla determinazione della residenza, all'esistenza di una stabile organizzazione, alla natura temporanea dei servizi effettuati da un dipendente.

³⁷ Gli Stati Uniti hanno introdotto disposizioni relative alla procedura arbitrale anche nelle convenzioni bilaterali stipulate con Francia, Germania, Messico, Paesi Bassi, Canada, Kazakistan, Irlanda e Svizzera.

³⁸ Il paragrafo 2 dell'art. 25 del Modello OCSE prevede: "L'autorità competente, se il ricorso appare fondato e se

zione del caso all'autorità competente, la questione deve essere risolta mediante ricorso alla procedura arbitrale. Eventuali questioni irrisolte per via amichevole non possono essere sottoposte a procedura arbitrale se una decisione sulle stesse è già stata emessa da un organo giudiziario o amministrativo di uno dei due Stati contraenti. A meno che la persona direttamente interessata dal caso non accetti l'accordo reciproco che attua la decisione arbitrale, tale decisione sarà vincolante per entrambi gli Stati contraenti e sarà attuata a prescindere dai limiti temporali previsti dalle legislazioni nazionali di questi Stati.

A differenza della procedura arbitrale prevista dalla nuova Convenzione in commento, quella contemplata dal Modello OCSE (nella versione del 2008) prescinde da un'eventuale previa autorizzazione da parte delle autorità competenti: in presenza del requisito procedurale temporale, ogni questione non risolta, la quale impedisce il raggiungimento dell'accordo tra le Autorità competenti, deve essere sottoposta a procedura arbitrale³⁹.

Inoltre, mentre per l'art. 25, paragrafo 5, del Modello OCSE il ricorso alla procedura arbitrale è ammesso allorché le autorità competenti non siano in grado di raggiungere un accordo amichevole entro due anni dalla sottoposizione del caso all'autorità competente, il paragrafo 5 dell'art. 25 della nuova Convenzione in esame **non prevede alcun requisito temporale**.

8. L'introduzione dell'Irap: gli artt. 2 e 23

Un'ulteriore novità della nuova Convenzione è rappresentata dalla possibilità per le società degli Stati contraenti di beneficiare delle disposizioni convenzionali anche con riferimento all'**Irap**.

essa non è in grado di giungere ad una soddisfacente soluzione, farà del suo meglio per regolare il caso per via di amichevole composizione con l'autorità competente dell'altro Stato contraente, al fine di evitare una tassazione non conforme alla Convenzione.

Ogni accordo sarà applicato nonostante qualsiasi limitazione di tempo previsto dalle legislazioni nazionali degli Stati contraenti".

³⁹ Sul punto, cfr. P. Valente, *Modifiche agli artt. 13-31 del Modello e al Commentario*, in "il fisco" n. 34/2008, fascicolo n. 1, pagg. 6126 e seguenti.

Una procedura arbitrale è prevista anche in ambito comunitario dalla Convenzione n. 436/90/CEE del 23 luglio 1990, relativa alle rettifiche da aggiustamento dei prezzi di trasferimento tra imprese associate. Sul punto, cfr. P. Valente, *Fiscalità sovranazionale*, Milano, 2008, pagg. 289 e seguenti.

Gli artt. 2 e 23 affrontano la questione della detrazione dell'Irap a fronte delle imposte dovute negli Stati Uniti⁴⁰. Tale questione è connessa, da un lato, alla qualificazione dell'Irap nell'ambito della nozione di "imposte dirette" ai fini dell'applicazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni; dall'altro lato, alla discrasia dei criteri di determinazione della base imponibile dell'Irap rispetto ai corrispondenti criteri applicabili alle imposte dirette negli Stati Uniti.

In Italia, la disciplina dell'Irap è contenuta nell'art. 44 del D.Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, il quale dispone che "ai fini dell'applicazione dei trattati internazionali in materia tributaria, l'imposta regionale sulle attività produttive è equiparata ai tributi erariali aboliti"⁴¹. Tuttavia, tale norma non influisce sulla qualificazione dell'Irap come "imposta sul reddito" in base alle norme dell'ordinamento tributario statunitense⁴², le quali trovano applicazione indipendentemente dalle norme italiane. Si è reso quindi necessario prevedere l'inclusione dell'Irap nell'ambito di applicazione della nuova Convenzione, ovvero di introdurre la c.d. "accreditabilità" dell'Irap attraverso specifiche disposizioni di natura pattizia. L'art. 2, comma 2, lettera b), della nuova

Convenzione ricomprende l'Irap nel novero delle imposte alle quali si applica la Convenzione stessa⁴³.

La nuova Convenzione si propone, in particolare, di eliminare gli effetti distorsivi che sarebbero potuti derivare dall'**indeducibilità degli interessi passivi e del costo del lavoro** dalla base imponibile lorda, la quale rappresenta una significativa differenza nella modalità di determinazione della base imponibile ai fini Irap rispetto alle ordinarie imposte dirette, la cui base imponibile è costituita dal reddito netto.

Al fine di neutralizzarne gli effetti distorsivi, la nuova Convenzione prevede l'**accreditabilità dell'Irap** solo per la quota di imposta (che sarebbe dovuta qualora non sussistesse tale indeducibilità) determinata mediante l'applicazione del **coefficiente** previsto dall'art. 25, comma 2, lettera b). Tale coefficiente si determina indicando:

- al numeratore, la base imponibile rettificata (pari alla base imponibile effettiva diminuita dell'ammontare del costo del lavoro e degli interessi passivi indeducibili);
- al denominatore, la base imponibile su cui si applica effettivamente l'imposta.

Tavola 1 - Formule di calcolo dell'imposta detraibile

$$\text{Irap rilevante} = \text{Coefficiente applicabile} \times \text{Irap lorda dovuta}$$

Il "Coefficiente applicabile" è calcolato come segue:

$$\text{Coefficiente applicabile} = \frac{\text{base imponibile rettificata}}{\text{base imponibile complessiva}}$$

La base imponibile rettificata è uguale alla seguente differenza, se positiva:

$$\text{base imponibile rettificata} = \text{base imponibile complessiva} - \text{interessi passivi e costi del personale indeducibili}$$

Nell'ipotesi in cui quest'ultima differenza sia negativa, il contribuente non ha diritto ad alcun credito di imposta.

⁴⁰ La questione assume, nel caso degli Stati Uniti, uno speciale rilievo in quanto l'ordinamento statunitense riconosce, a certe condizioni, un credito estero anche a fronte dell'imposta pagata da una partecipata (c.d. "credito d'imposta indiretto"). Si veda, in proposito, il paragrafo 1, sub art. 23, della Relazione Tecnica al Modello di Convenzione Usa del 1996 e P. Valente-P.A. Smith, *IRAP e rischi di doppia imposizione in ambito internazionale*, op. cit., pag. 161.

⁴¹ Tra i quali figura l'Ilor.

⁴² Cfr. P. Valente-M. Magenta, *IRAP: Accredibilità negli Stati Uniti*, op. cit., pag. 8375; P. Valente-P.A. Smith, *IRAP e rischi di doppia imposizione in ambito internazionale*, op. cit., pag. 161; P. Ludovici, *L'accordo temporaneo italo-statunitense in materia di IRAP*, in "Rivista di Diritto Tributario" n. 6/1998, pag. 197.

⁴³ Tale soluzione rispecchia quanto già previsto nell'accordo transitorio che le Autorità dei rispettivi Stati avevano raggiunto il 31 marzo 1998. Per un commento cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 1095 e seguenti.