



APPROFONDIMENTO

Beneficiario effettivo Le proposte di modifica al Commentario agli artt. 10, 11 e 12 del Modello OCSE

di Piergiorgio Valente

L'espressione "beneficiario effettivo" dovrebbe essere interpretata nel contesto di riferimento e a prescindere dal significato tecnico che ad essa potrebbe essere attribuito secondo la legislazione domestica. Ciò non implica, però, che quest'ultimo significato non abbia alcuna rilevanza: piuttosto, l'interpretazione offerta dalla normativa nazionale è applicabile nei limiti in cui sia conforme alle linee guida fornite dal Commentario al Modello OCSE.

1. Premessa

In data 29 aprile 2011, il Comitato per gli affari fiscali (Cfa) dell'OCSE ha pubblicato un documento (*discussion draft "Clarification of the meaning of 'beneficial owner' in the OECD Model Tax Convention"*, di seguito "draft") contenente le proposte di modifica al Commentario agli artt. 10, 11 e 12 del Modello OCSE, con riferimento al significato dell'espressione "beneficiario effettivo"¹.

¹ Il Cfa ha quindi invitato gli *stakeholders* a presentare eventuali osservazioni entro il 15 luglio 2011. In data 22 luglio 2011, tutti i commenti ricevuti sono stati pubblicati (cfr. http://www.oecd.org/document/39/0,3746,en_2649_37427_48391591_1_1_1_37427,00.html). Il *Working Party* n. 1 del Cfa esaminerà i suindicati commenti nel corso del *meeting* di settembre 2011. Per approfondimenti, cfr. P. Va-

lente, *Beneficiario effettivo, i chiarimenti dell'OCSE*, in "Il Quotidiano Ipsoa" del 10 maggio 2011.

Questa è comparsa nel Modello OCSE, per la prima volta nel 1977, con l'obiettivo di porre rimedio al fenomeno del c.d. "*treaty shopping*"². Nella versione del 1977, tuttavia, non si rinviene una definizione specifica di tale previsione anti-abuso³. Il concetto si è progressivamente consolidato in ambito internazionale, sino all'introduzione, nel 2003, delle modifiche al Commentario al Modello OCSE⁴, il cui obiettivo è di fornire linee guida interpretative, prendendo a riferimento, a tale scopo, i principi già espressi dal Cfa nel Rapporto sulle *conduit companies*⁵. Nel citato Rapporto, si precisa, in sintesi, quanto segue:

lente, *Beneficiario effettivo, i chiarimenti dell'OCSE*, in "Il Quotidiano Ipsoa" del 10 maggio 2011.

² Per "*treaty shopping*" si intende quella situazione in cui un soggetto, non destinatario dei benefici convenzionali, costituisce una società c.d. "*conduit*" in uno degli Stati contraenti, con lo scopo di beneficiare di un regime più favorevole, altrimenti non direttamente applicabile.

Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, IPSOA, 2008, pagg. 77 e seguenti.

³ Si rileva che nella convenzione tra Italia e Germania, sottoscritta in data 18 ottobre 1989, al punto 9 del Protocollo si precisa che "la persona che percepisce interessi, dividendi e canoni è considerata beneficiario effettivo ai sensi degli artt. 10, 11 e 12 se ad essa spetta il diritto al quale tali pagamenti si ricollegano, e se i redditi che ne ritrae devono ad essa essere attribuiti in virtù della legislazione fiscale dei due Stati".

⁴ Trattasi, in particolare, delle modifiche al Commentario all'art. 10 del Modello OCSE.

⁵ OCSE, *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*, Parigi, 1987. Per approfondimenti, cfr. P.

- l'espressione "beneficiario effettivo" non va intesa in un'accezione restrittiva, bensì **alla luce del contesto di riferimento e delle finalità della convenzione applicabile**, vale a dire, evitare la doppia imposizione e prevenire l'evasione o l'elusione fiscale in ambito internazionale;
- qualora un reddito sia percepito da un **agente, da un fiduciario o da un intermediario**, non è conforme allo scopo e alle finalità della convenzione applicabile che lo Stato della fonte applichi una ritenuta nella misura convenzionale ridotta (ovvero applichi l'esenzione), in quanto, in tali ipotesi, nessun rischio di doppia imposizione si verificherebbe: infatti, l'immediato percettore del reddito non sarebbe anche il "possessore" dello stesso ai fini fiscali;
- è inoltre contrario allo scopo e alle finalità convenzionali applicare la ritenuta convenzionale ridotta, ovvero esentare il reddito prodotto nello Stato della fonte, quando il percettore – sebbene al di fuori di un rapporto di agenzia o fiduciario – disponga, in concreto, di **poteri molto limitati** che lo rendono un mero intermediario per conto di un altro soggetto, che, di fatto, è il beneficiario effettivo del reddito medesimo.

Si illustrano di seguito le proposte di modifica al Commentario al Modello OCSE, con riguardo alla clausola sul "beneficiario effettivo".

2. Il concetto di "beneficiario effettivo" nel Modello OCSE

2.1. Generalità

La clausola del c.d. "**beneficial owner**", di cui agli artt. 10, 11 e 12 del Modello OCSE, ha il fine di evitare che gli effettivi destinatari di una componente reddituale (*i.e.*, dividendi, interessi o *royalties*) **interpongano**, tra sé e chi eroga il provento, **soggetti terzi** al solo e unico scopo di **beneficiare di un trattamento favorevole** contemplato da una convenzione contro le doppie imposizioni⁶.

Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 77 e seguenti.

⁶ Come puntualizzato nel paragrafo 12.1 del Commentario all'art. 10 del Modello OCSE, se un elemento di reddito è percepito da un residente di uno Stato contraente che opera in qualità di agente o di fiduciario, è contrario allo scopo e alle finalità della convenzione che lo Stato della fonte conceda uno sgravio o l'esenzione soltanto in considerazione della circostanza che l'immediato percettore del reddito sia residente dell'altro Stato contraente. In tale situazione, il per-

Sul concetto di "**beneficial owner**" insistono tuttora alcuni problemi interpretativi.

Gli articoli del Modello OCSE che contemplano tale clausola (e il relativo Commentario) si limitano semplicemente a riconoscere la riduzione dell'aliquota della ritenuta, a condizione che il soggetto percettore residente nello Stato contraente diverso da quello della fonte sia al contempo il "**beneficial owner**". **Non viene quindi fornita alcuna definizione** di tale nozione⁷.

Un'interpretazione estensiva di tale concetto, con conseguente ampliamento della portata oltre le previsioni di cui agli artt. 10, 11 e 12, andrebbe incontro al limite rappresentato dalla tradizione giuridica dei paesi di *civil law*, in cui l'istituto in parola è del tutto estraneo⁸.

In considerazione di ciò, si ritiene preferibile limi-

tore del reddito si qualifica quale residente ma, in conseguenza di ciò, non sorge alcun rischio di doppia imposizione in quanto il percettore non è considerato possessore di reddito ai fini dell'imposizione nello Stato di residenza. Parimenti, è contrario allo scopo e alle finalità convenzionali che lo Stato della fonte conceda uno sgravio o l'esenzione nei casi in cui un residente di uno Stato contraente, seppure al di fuori dell'ambito di un rapporto di agenzia o fiduciario, agisca semplicemente quale intermediario di un'altra persona che di fatto è beneficiaria del reddito in commento.

⁷ Secondo le *Explanation Notes* al "U.S.A. Model Income Tax Convention" del 2006 (pag. 33), "*the term «beneficial owner» is not defined in the Convention, and is, therefore, defined as under the internal law of the country imposing tax (i.e., the source country). The beneficial owner of the dividend for purposes of Article 10 is the person to which the income is attributable under the laws of the source State. Thus, if a dividend paid by a corporation that is a resident of one of the States (as determined under Article 4 (Residence)) is received by a nominee or agent that is a resident of the other State on behalf of a person that is not a resident of that other State, the dividend is not entitled to the benefits of this Article. However, a dividend received by a nominee on behalf of a resident of that other State would be entitled to benefits. These limitations are confirmed by paragraph 12 of the Commentary to Article 10 of the OECD Model.*"

È pacifico che la clausola in questione debba essere interpretata alla luce dello scopo e delle finalità della convenzione in cui è inserita, che è poi quello di evitare un fenomeno di doppia imposizione, prevenendo altresì le condotte evasive ed elusive delle disposizioni tributarie.

Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *La tassazione dei dividendi nella nuova Convenzione Italia-Usa*, in "il fisco" n. 37/2010, fascicolo n. 1, pag. 6004.

⁸ D'altro canto, se si adottasse il canone ermeneutico previsto dall'art. 3, paragrafo 2, del Modello OCSE, alla clausola del "**beneficial owner**" verrebbe certamente attribuito un significato consono e coerente rispetto all'ordinamento dello Stato che effettua l'interpretazione. Questa soluzione corre tuttavia il rischio di rafforzare proprio l'applicazione dei principi di *common law* in ambito di diritto convenzionale, elevando la regola della "prevalenza della sostanza sulla forma" a criterio ermeneutico generale.

tare la portata applicativa della clausola antiabuso alle sole **ipotesi espressamente disciplinate nelle convenzioni**, quantomeno sino a definitiva enucleazione, in ambito internazionale, di una definizione di “*beneficial owner*” condivisa sia dai Paesi di *common law* che da quelli di *civil law*⁹.

2.2. Il Commentario all’art. 10 (“Dividendi”)

Il Commentario all’art. 10 del Modello OCSE, versione del 2010

L’art. 10, paragrafo 1, del Modello OCSE riconosce, *in primis*, allo Stato di residenza del percipiente la possibilità di tassare i dividendi in entrata, a condizione che gli stessi siano pagati da un soggetto residente nello Stato della fonte ad un soggetto residente nell’altro Stato contraente¹⁰.

Il paragrafo 2 dell’art. 10 stabilisce che i dividendi – che, per regola generale, sono soggetti a tassazione nello Stato del percipiente – possono essere altresì assoggettati a ritenuta nello Stato della fonte¹¹. Il criterio di **ripartizione della potestà impositiva** così introdotto presenta le seguenti caratteristiche:

- **applicazione di aliquote limitate**, in con-

formità alla legislazione vigente nello Stato della fonte. È infatti previsto, nell’ipotesi in cui il beneficiario effettivo dei dividendi sia residente nell’altro Stato contraente, che le aliquote d’imposta non possano eccedere una data soglia, pari:

- al 5%, a condizione che il beneficiario effettivo sia una società diversa da una *partnership* [“*if the beneficial owner is a company (other than a partnership)*”], che detiene direttamente almeno il 25% del capitale della società che paga i suddetti dividendi¹²;
- al 15%, in tutti gli altri casi;
- lo Stato della residenza del beneficiario deve concedere a quest’ultimo un **credito d’imposta** per i prelievi subiti nello Stato della fonte.

Anche il paragrafo 2 dell’art. 10 del “*U.S.A. Model Income Tax Convention*” del 2006 opera una distinzione tra l’aliquota del 5% (riservata al beneficiario effettivo che disponga di una partecipazione con diritto di voto del 10% nella società erogante, e non già del 25%) e l’aliquota del 15% (prevista per tutte le altre ipotesi).

A tale riguardo si rileva che:

“*paragraph 2 generally limits the rate of withholding tax in the State of source on dividends paid by a company resident in that State to 15 percent of the gross amount of the dividend. If, however, the beneficial owner of the dividend is a company resident in the other State and owns directly shares representing at least 10 percent of the voting power of the company paying the dividend, then the rate of withholding tax in the State of source is limited to 5 percent of the gross amount of the dividend. Shares are considered voting shares if they provide the power to elect, appoint or replace any person vested with the powers ordinarily exercised by the board of directors of a U.S. corporation*”¹³.

Si aggiunga inoltre che l’interpretazione di questo concetto secondo i canoni nazionali non è attività semplice, dal momento che raramente gli ordinamenti domestici – come quello italiano – sono muniti di una definizione di “beneficiario effettivo”.

⁹ Partendo quindi dallo scopo antielusivo che intende perseguire, la clausola in parola postula la necessità di verificare l’effettiva titolarità dei diritti, vale a dire la titolarità sia del potere di assumere decisioni inerenti alla produzione e al realizzo dei redditi, sia del potere di disporne.

¹⁰ La residenza del soggetto pagatore e del beneficiario deve essere ovviamente verificata alla luce dei criteri elencati nell’art. 4 del Modello OCSE, il quale, con riferimento alle persone giuridiche, prevede quanto segue:

“(…) 3. *Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, then it shall be deemed to be a resident only of the State in which its place of effective management is situated*’.

Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 179 e seguenti.

¹¹ Secondo l’art. 10 del Modello OCSE, “(…) 2. *However, such dividends may also be taxed in the Contracting State*

of which the company paying the dividends is a resident and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed:

a) 5 per cent of the gross amount of the dividends if the beneficial owner is a company (other than a partnership) which holds directly at least 25 per cent of the capital of the company paying the dividends;

b) 15 per cent of the gross amount of the dividends in all other cases.

(…)’.

Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 431 e seguenti.

¹² Cfr. il paragrafo 10 del Commentario all’art. 10 del Modello OCSE, ove è precisato che “*if a company of one of the States owns directly a holding of at least 25 per cent in a company of the other State, it is reasonable that payments of profits by the subsidiary to the foreign parent company should be taxed less heavily to avoid recurrent taxation and to facilitate international investment. The realization of this intention depends on the fiscal treatment of the dividends in the State of which the parent company is a resident (cf. paragraphs 49 to 54 of the Commentary on Articles 23 A and 23 B)*’.

Va aggiunto inoltre che le aliquote contemplate dal paragrafo 2 dell'art. 10 in esame devono essere considerate aliquote massime¹⁴, cui gli Stati contraenti possono comunque **derogare** nel corso delle trattative, ma unicamente al fine di prevedere:

- **aliquote più contenute.** In tal caso, il paragrafo 14 del Commentario all'art. 10 del Modello OCSE riconosce che una percentuale inferiore, a titolo esemplificativo, è giustificabile nei casi in cui lo Stato di residenza della società madre, conformemente alla sua legislazione interna, accordi a tale società l'esenzione per i dividendi derivanti da una partecipazione inferiore al 25% di una società figlia non residente; oppure
- addirittura una **potestà impositiva esclusiva** in capo al solo Stato di residenza del soggetto beneficiario¹⁵.

Secondo il paragrafo 12 del Commentario all'art. 10, il requisito del beneficiario effettivo è stato introdotto nel paragrafo 2 dell'art. 10 per chiarire il significato dell'espressione **“pagati (...) a un residente”** [*“paid (...) to a resident”*], utilizzata nel paragrafo 1.

Viene così precisato che lo Stato della fonte non è obbligato a rinunciare alla potestà impositiva sui dividendi soltanto perché tali redditi sono stati percepiti direttamente da un residente di un Paese con cui lo Stato della fonte ha concluso una convenzione.

L'espressione “beneficiario effettivo” non è utilizzata in un'accezione tecnica e restrittiva, do-

vendosi piuttosto intendere nel suo contesto e alla luce dello scopo e delle finalità convenzionali.

Se un elemento di reddito è percepito da un residente di uno Stato contraente che opera in qualità di **agente** o di **fiduciario**, è contrario allo scopo e alle finalità del trattato che lo Stato della fonte conceda l'esenzione soltanto in considerazione della circostanza secondo cui l'immediato percettore del reddito è un residente dell'altro Stato contraente.

Parimenti, è contrario allo spirito convenzionale che lo Stato della fonte conceda l'esenzione nei casi in cui un residente di uno Stato contraente, seppure al di fuori dell'ambito di un rapporto di agenzia o fiduciario, agisca semplicemente quale **intermediario** di un altro soggetto che di fatto è beneficiario dei dividendi¹⁶.

Le principali proposte di modifica introdotte dal draft

Le proposte di modifica alle suindicate disposizioni, contenute nel *draft*, chiariscono il concetto di “beneficiario effettivo”, prevedendo che il medesimo va interpretato nel contesto di riferimento e a prescindere dal significato tecnico che esso potrebbe avere secondo la legislazione domestica.

Ciò non implica, però, che quest'ultimo significato non abbia alcuna rilevanza: piuttosto, l'interpretazione offerta dalla normativa nazionale è applicabile nei limiti in cui sia **conforme alle linee guida** fornite dal Commentario al Modello OCSE (cfr. il nuovo, proposto paragrafo 12.1):

“12.1 Since the term «beneficial owner» was added to address potential difficulties arising from the use of the words «paid to (...) a resident» in paragraph 1, it was intended to be interpreted in this context and not to refer to any technical meaning that it could have had under the domestic law of a specific country (...). This does not mean, however, that the domestic law meaning of «beneficial owner» is automatically irrelevant for the interpretation of that term in the context of the Article: that domestic law meaning is applicable to the extent that it is consistent with the general guidance included in this Commentary”.

¹³ Cfr. le *U.S.A. Explanation Notes* al “*U.S.A. Model Income Tax Convention*”, pag. 32. Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *La tassazione dei dividendi nella nuova Convenzione Italia-Usa*, op. cit.

¹⁴ Il paragrafo 9 del Commentario all'art. 10 del Modello OCSE fa riferimento, al riguardo, ad un’“aliquota massima ragionevole”, atteso che un’aliquota più elevata non sarebbe giustificabile in quanto lo Stato della fonte può già assoggettare a tassazione gli utili della società.

¹⁵ Per quanto concerne l'esperienza italiana, numerose convenzioni stipulate con importanti *partners* commerciali (alcuni di essi, produttori di petrolio) prevedono l'aliquota del 5%: Emirati Arabi Uniti, Estonia, Francia, Kazakistan,

Kuwait, Lituania, Macedonia, Mauritius, Paesi Bassi, Regno Unito, Russia, Sud Africa, Vietnam e Zambia. L'aliquota del 10% risulta essere, tuttavia, la più frequente.

¹⁶ Per queste ragioni, il Rapporto del CFA “*Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*” conclude che una società *conduit* normalmente non può essere considerata beneficiario effettivo qualora, pur essendo possessore formale del reddito, abbia in pratica poteri molto limitati che la rendono, in relazione al reddito considerato, mero fiduciario o amministratore che opera per conto delle parti interessate (cfr. il paragrafo 12.1 del Commentario all'art. 10). Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 431 e seguenti.

Nel caso di **agenti, nominees e conduit companies** che operano quali **fiduciari**, il percettore dei dividendi non è (considerato essere) il “beneficiario effettivo”, in quanto questi non ha il diritto di disporre dei dividendi percepiti, bensì ha l'**obbligo di trasferirli ad altro soggetto**. Tale circostanza può risultare chiaramente da apposita documentazione o dai fatti del caso concreto (cfr. il nuovo, proposto paragrafo 12.4)¹⁷.

Quanto previsto dal paragrafo 2 dell'art. 10 del Modello OCSE non si applica automaticamente. Il fatto che il percettore dei dividendi possa essere considerato il “beneficiario effettivo” non impedisce che la disposizione venga disapplicata in presenza di situazioni di abuso (cfr. il nuovo, proposto paragrafo 12.5)¹⁸.

Infine, il *draft* precisa che il significato dell'espressione in commento, nel contesto dell'art. 10, va distinto dal significato che, al medesimo concetto, viene attribuito in ogni altro ambito nel quale viene in considerazione la necessità di identificare i soggetti che esercitano il c.d. “*ultimate control*” su enti o *assets*. Specularmente, quest'ultimo significato dell'espressione “beneficiario effettivo” non può trovare applicazione

¹⁷ Secondo il proposto paragrafo 12.4:

“In these various examples (agent, nominee, conduit company acting as a fiduciary or administrator), the recipient of the dividend is not the “beneficial owner” because that recipient does not have the full right to use and enjoy the dividend that it receives and this dividend is not its own; the powers of that recipient over that dividend are indeed constrained in that the recipient is obliged (because of a contractual, fiduciary or other duty) to pass the payment received to another person. The recipient of a dividend is the «beneficial owner» of that dividend where he has the full right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass the payment received to another person. Such an obligation will normally derive from relevant legal documents but may also be found to exist on the basis of facts and circumstances showing that, in substance, the recipient clearly does not have the full right to use and enjoy the dividend; also, the use and enjoyment of a dividend must be distinguished from the legal ownership, as well as the use and enjoyment, of the shares on which the dividend is paid”.

¹⁸ “12.5 The fact that the recipient of a dividend is considered to be the beneficial owner of that dividend does not mean, however, that the limitation of tax provided for by paragraph 2 must automatically be granted. This limitation of tax should not be granted in cases of abuse of this provision (...). As explained in the section on «Improper use of the Convention» in the Commentary on Article 1, there are many ways of addressing conduit company and, more generally, treaty shopping situations. These include specific treaty anti-abuse provisions, general anti-abuse rules and substance-over-form or economic substance approaches (...).”

nel contesto dell'art. 10 (cfr. il nuovo, proposto paragrafo 12.6)¹⁹.

2.3. Il Commentario all'art. 11 (“Interessi”)

Il Commentario all'art. 11 del Modello OCSE, versione del 2010

Il paragrafo 2 dell'art. 11 del Modello OCSE stabilisce che gli interessi – che, per regola generale, sono soggetti a tassazione **nello Stato del percipiente** – possono essere assoggettati a ritenuta nello Stato della fonte, con applicazione di un'aliquota ridotta (10%) se il soggetto che percepisce gli interessi ne è (anche) il beneficiario effettivo²⁰.

Analogamente a quanto contemplato dal paragrafo 12 del Commentario all'art. 10, il paragrafo 9 del Commentario all'art. 11 prevede che il requisito del beneficiario effettivo è stato introdotto nel paragrafo 2 dell'art. 11 per chiarire il significato dell'espressione “**pagati a un residente**” (“*paid to a resident*”). Viene così chiarito che lo Stato della fonte non è obbligato a rinunciare alla potestà impositiva sui redditi costituiti da interessi soltanto perché tali redditi siano stati percepiti direttamente da un residente di un Paese con cui lo Stato della fonte ha concluso una convenzione contro le doppie imposizioni.

L'espressione “beneficiario effettivo” non è utilizzata in un'accezione tecnica e restrittiva, do-

¹⁹ Rileva inoltre il nuovo, proposto paragrafo 12.6 che “*that meaning, which refers to natural persons (i.e. individuals), cannot be reconciled with the express wording of subparagraph 2 a), which refers to the situation where a company is the beneficial owner of a dividend. Since, in the context of Article 10, the term beneficial owner is intended to address difficulties arising from the use of the word ‘paid’ in relation to dividends, it would be inappropriate to consider a meaning developed in order to refer to the individuals who exercise “ultimate effective control over a legal person or arrangement”.*

Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Beneficiario effettivo, i chiarimenti dell'OCSE, op. cit.*

²⁰ Secondo l'art. 11 del Modello OCSE,

“1. Interest arising in a Contracting State and paid to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State.

2. However, such interest may also be taxed in the Contracting State in which it arises and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the interest is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed 10 per cent of the gross amount of the interest. The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of this limitation.

(...).”

Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, op. cit.*, pagg. 475 e seguenti.

vendosi piuttosto intendere nel suo contesto e alla luce dello scopo e delle finalità convenzionali. La riduzione o l'esenzione da imposta, relativamente ad un elemento di reddito, vengono riconosciute dallo Stato della fonte ad un residente dell'altro Stato contraente, per evitare in tutto o in parte la doppia imposizione che altrimenti deriverebbe dall'imposizione concorrente da parte dello Stato di residenza.

Se un elemento di reddito è percepito da un residente di uno Stato contraente che opera in qualità di **agente** o di **fiduciario**, è contrario allo scopo e alle finalità del trattato che lo Stato della fonte conceda l'esenzione soltanto in considerazione della circostanza secondo cui l'immediato percettore del reddito è un residente dell'altro Stato contraente.

Parimenti, è contrario alle finalità convenzionali che lo Stato della fonte conceda l'esenzione nei casi in cui un residente di uno Stato contraente, seppure al di fuori dell'ambito di un rapporto di agenzia o fiduciario, agisca semplicemente quale **intermediario** di un altro soggetto, che, di fatto, è beneficiario degli interessi (paragrafo 10 del Commentario all'art. 11 del Modello OCSE)²¹.

Le principali proposte di modifica introdotte dal draft

Con riferimento agli **interessi**, il *draft* contempla alcune modifiche con l'inclusione del nuovo, proposto paragrafo 9.1 del Commentario, il quale chiarisce, in maniera analoga a quanto previsto dal nuovo, proposto paragrafo 12.1 del Commentario all'art. 10 del Modello OCSE, concetto ed ambito di applicazione del "beneficiario effettivo".

In particolare, l'espressione in commento va interpretata nel contesto di riferimento e a prescindere dal significato tecnico che la stessa potrebbe avere secondo la legislazione domestica. L'interpretazione offerta dalla normativa nazio-

²¹ Il par. 11 del Commentario all'art. 11 del Modello OCSE prevede che la limitazione dell'imposizione nello Stato della fonte rimane applicabile quando tra il beneficiario e il debitore si interpone un intermediario, come un agente o un fiduciario situato in uno Stato contraente o in uno Stato terzo, ma il beneficiario effettivo è residente dell'altro Stato contraente. Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pagg. 475 e seguenti.

nale può essere applicata nei limiti in cui risulti conforme alle linee guida fornite dal Commentario al Modello OCSE²².

Nel caso di **agenti, nominees e conduit companies** che operano quali fiduciari, il percettore non ne è il "beneficiario effettivo", in quanto il medesimo non ha il diritto di disporre degli interessi percepiti, bensì ha l'**obbligo di trasferirli ad altro soggetto**. Una tale circostanza può risultare chiaramente da apposita documentazione o dai fatti del caso concreto. Ciò emerge chiaramente dal nuovo, proposto paragrafo 10.2 del Commentario all'art. 11 del Modello OCSE²³. Il fatto che il percettore degli interessi sia considerato "beneficiario effettivo" degli stessi non implica necessariamente un'applicazione automatica del paragrafo 2 dell'art. 11 del Modello OCSE. In particolare, l'applicazione dovrebbe essere esclusa in ipotesi di abuso.

Si legge nel nuovo, proposto paragrafo 10.3 del Commentario all'art. 11 del Modello OCSE che:

²² Secondo il nuovo, proposto paragrafo 9.1:

"Since the term «beneficial owner» was added to address potential difficulties arising from the use of the words «paid to ...a resident» in paragraph 1, it was intended to be interpreted in this context and not to refer to any technical meaning that it could have had under the domestic law of a specific country (in fact, when it was added to the paragraph, the term did not have a precise meaning in the law of many countries). The term «beneficial owner» is therefore not used in a narrow technical sense (such as the meaning that it has under the trust law of many common law countries), rather, it should be understood in its context, in particular in relation to the words «paid ... to a resident», and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance. This does not mean, however, that the domestic law meaning of «beneficial owner» is automatically irrelevant for the interpretation of that term in the context of the Article: that domestic law meaning is applicable to the extent that it is consistent with the general guidance included in this Commentary".

²³ *"(...) The recipient of an interest payment is the «beneficial owner» of that interest where he has the full right to use and enjoy the interest unconstrained by a contractual or legal obligation to pass the payment received to another person. Such an obligation will normally derive from relevant legal documents but may also be found to exist on the basis of facts and circumstances showing that, in substance, the recipient clearly does not have the full right to use and enjoy the interest; also, the use and enjoyment of the interest must be distinguished from the legal ownership, as well as the use and enjoyment, of the debt-claim with respect to which the interest is paid".*

“there are many ways of addressing conduit company and, more generally, treaty shopping situations. These include specific treaty anti-abuse provisions, general anti-abuse rules and substance-over-form or economic substance approaches. Whilst the concept of «beneficial owner» deals with some forms of tax avoidance (i.e. those involving the interposition of a recipient who is obliged to pass the interest to someone else), it does not deal with other cases of treaty shopping and must not, therefore, be considered as restricting in any way the application of other approaches to addressing such cases”.

Il *draft* rileva infine che il significato dell'espressione in commento, nel contesto dell'art. 11, va distinto dal significato che, al medesimo concetto, viene attribuito in ogni altro ambito nel quale viene in considerazione la necessità di identificare i soggetti che esercitano il c.d. *“ultimate control”* su enti o *assets*.

Specularmente, quest'ultimo significato dell'espressione “beneficiario effettivo” non può trovare applicazione nel contesto della convenzione (cfr. il nuovo, proposto paragrafo 10.4)²⁴.

2.4. Il Commentario all'art. 12 (“Royalties”)

Il Commentario all'art. 12 del Modello OCSE, versione del 2010

Secondo il paragrafo 1 dell'art. 12 del Modello OCSE, i canoni provenienti da uno Stato contraente e pagati all'effettivo beneficiario dell'altro Stato contraente sono imponibili soltanto in quest'ultimo Stato²⁵.

²⁴ Secondo il nuovo, proposto paragrafo 10.4:

“10.4 The above explanations concerning the meaning of «beneficial owner» make it clear that the meaning given to this term in the context of the Article must be distinguished from the different meaning that has been given to that term in the context of other instruments that concern the determination of the persons (typically the individuals) that exercise ultimate control over entities or assets. That different meaning of «beneficial owner» cannot be applied in the context of the Convention. Indeed, that meaning, which refers to natural persons (i.e. individuals), cannot be reconciled with the express wording of subparagraph 2 a) of Article 10, which refers to the situation where a company is the beneficial owner of a dividend. Since, in the context of Articles 10 and 11, the term beneficial owner is intended to address difficulties arising from the use of the word «paid», it would be inappropriate to consider a meaning developed in order to refer to the individuals who exercise «ultimate effective control over a legal person or arrangement”.

Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Beneficiario effettivo, i chiarimenti dell'OCSE*, *op. cit.*

²⁵ L'art. 12 del Modello OCSE prevede:

“1. Royalties arising in a Contracting State and beneficially owned by a resident of the other Contracting State shall be taxable only in that other State (...)”.

Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Convenzioni interna-*

Il paragrafo 4 del Commentario all'art. 12 del Modello OCSE precisa che il requisito del beneficiario effettivo è stato introdotto in relazione ai pagamenti effettuati a **intermediari**.

Analogamente a quanto previsto per i dividendi e gli interessi, anche per i pagamenti di *royalties* l'espressione “beneficiario effettivo” non viene utilizzata in un'accezione tecnica e restrittiva, dovendo piuttosto essere intesa nel suo contesto e in funzione dello scopo e delle finalità del trattato applicabile (*i.e.*, prevenzione della doppia imposizione e prevenzione dell'evasione e dell'e-lusione fiscale)^{26 27}.

zionali contro le doppie imposizioni, op. cit., pagg. 541 e seguenti.

²⁶ Paragrafo 4.1 del Commentario all'art. 12 del Modello OCSE. Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, op. cit.*, pagg. 541 e seguenti.

²⁷ La versione del 2010 del Modello OCSE ha introdotto i nuovi paragrafi 9.1 - 9.3 del Commentario all'art. 12, dove peraltro viene fornita la definizione di:

– *transponder leasing*, in virtù del quale l'operatore consente al cliente di utilizzare la capacità del satellite *transponder* per trasmettere attraverso un'ampia area geografica. I pagamenti effettuati dal cliente che utilizza il satellite *transponder* non rientrano nella definizione di *royalties* di cui al paragrafo 2 dell'art. 12 del Modello OCSE.

Analogamente, i pagamenti effettuati da un operatore di “*telecommunications network*” ad altro operatore, in virtù di un accordo di *roaming*, non costituiscono *royalties* ai sensi del paragrafo 2 dell'art. 12, in considerazione del fatto che tali pagamenti non sono effettuati “*for the use of, or right to use, property, or for information, referred to in the definition (they cannot be viewed, for instance, as payments for the use of, or right to use, a secret process since no secret technology is used or transferred to the operator)*” (cfr. il nuovo paragrafo 9.2 dell'art. 12 del Modello OCSE);

– *spectrum licence*, in virtù della quale è consentito al licenziatario di trasmettere *media content* su specifici *ranges* di frequenze dello spettro elettromagnetico. I pagamenti effettuati dal licenziatario non costituiscono *royalties* ai sensi del paragrafo 2 dell'art. 12 del Modello OCSE (cfr. in particolare il nuovo paragrafo 9.3 del Commentario all'art. 12).

Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Il Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni. La versione 2010*, in “*il fisco*” n. 33/2010, fascicolo n. 1, pag. 5333.

Le principali proposte di modifica introdotte dal draft

Il nuovo, proposto paragrafo 4 del Commentario all'art. 12 del Modello OCSE precisa che il concetto di "beneficiario effettivo" è da intendersi in un'accezione tecnica ampia, che tenga conto del contesto e degli obiettivi del trattato applicabile. La sua interpretazione alla luce della legislazione nazionale rilevante può essere tenuta in considerazione nei limiti in cui risulti conforme alle linee guida dettate in merito dal Commentario al Modello OCSE.

Se le *royalties* vengono corrisposte ad **agenti, nominees e conduit companies** che operano quali fiduciari, il percipiente non può considerarsi "beneficiario effettivo" dal momento che non possiede "the full right to use and enjoy the royalties that it receives and these royalties are not its own" (nuovo, proposto paragrafo 4.3 del Commentario all'art. 12 del Modello OCSE). Infatti, i diritti dei suindicati soggetti "are indeed constrained in that the recipient is obliged (because of a contractual, fiduciary or other duty) to pass the payment received to another person". Il percettore delle *royalties* può ritenersi quale "beneficiario effettivo" delle stesse in presenza del diritto di usarne e disporne in maniera piena e in assenza di qualsivoglia obbligo a trasferirle ad altro soggetto²⁸.

Analogamente a quanto previsto per i dividendi e gli interessi, il nuovo, proposto paragrafo 4.4 del Commentario all'art. 12 precisa che l'applicazione del paragrafo 1 dell'art. 12 non è automatica. In particolare, essa dovrebbe essere esclusa in ipotesi di abuso²⁹.

Il *draft* rileva infine che il significato dell'espressione "beneficiario effettivo", nel contesto dell'art. 12, è diverso dal significato che, al medesimo concetto, viene attribuito in ogni altro ambito nel quale viene in considerazione la necessità di identificare i soggetti che esercitano il c.d. "ultimate control" su enti o *assets*. Specularmente, quest'ultimo significato dell'espressione "beneficiario effettivo" non può trovare applicazione nel contesto della convenzione (cfr. il nuovo, proposto paragrafo 4.5)³⁰.

Il *draft* rileva infine che il significato dell'espressione "beneficiario effettivo", nel contesto dell'art. 12, è diverso dal significato che, al medesimo concetto, viene attribuito in ogni altro ambito nel quale viene in considerazione la necessità di identificare i soggetti che esercitano il c.d. "ultimate control" su enti o *assets*. Specularmente, quest'ultimo significato dell'espressione "beneficiario effettivo" non può trovare applicazione nel contesto della convenzione (cfr. il nuovo, proposto paragrafo 4.5)³⁰.

²⁸ "Such an obligation will normally derive from relevant legal documents but may also be found to exist on the basis of facts and circumstances showing that, in substance, the recipient clearly does not have the full right to use and enjoy the royalties; also, the use and enjoyment of royalties must be distinguished from the legal ownership, as well as the use and enjoyment, of the right or property in respect of which the royalties are paid" (cfr. il nuovo, proposto paragrafo 4.3 del Commentario all'art. 12 del Modello OCSE).

²⁹ "4.4 The fact that the recipient of royalties is considered to be the beneficial owner of these royalties does not mean, however, that the provisions of paragraph 1 must automatically be applied. These provisions should not be granted in cases of abuse (see also paragraph 7 below). As explained in the section on «Improper use of the Convention» in the Commentary on Article 1, there are many ways of addressing conduit company and, more generally, treaty shopping situations. These include specific treaty anti-abuse provisions, general anti-abuse rules and substance-over-form or economic substance approaches. Whilst the concept of «beneficial owner» deals with some forms of tax avoidance (i.e. those involving the interposition of a recipient who is obliged to pass the royalties to someone else), it does not deal with other cases of treaty shopping and must not, therefore, be considered as restricting in any way the application of other approaches to addressing such cases".

³⁰ Prosegue il paragrafo: "Indeed, that meaning, which refers to natural persons (i.e. individuals), cannot be reconciled with the express wording of subparagraph 2 a) of Article 10, which refers to the situation where a company is the beneficial owner of a dividend. Since the term beneficial owner was intended to address difficulties arising from the use of the word "paid", which is found in paragraph 1 of Articles 10 and 11 and was similarly used in paragraph 1 of Article 12 of the 1977 Model Double Taxation Convention, it would be inappropriate to consider a meaning developed in order to refer to the individuals who exercise «ultimate effective control over a legal person or arrangement»".