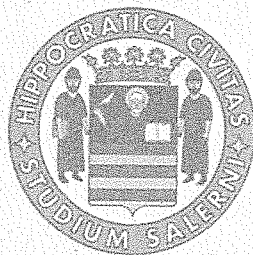

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

FACOLTÀ DI ECONOMIA



DOTTORATO DI RICERCA IN “RAPPORTI GIURIDICI TRA PRINCIPI
COMUNITARI, COSTITUZIONALI ED INTERNAZIONALIZZAZIONE
DEL MERCATO”

X CICLO (ANNO ACCADEMICO 2010-2011)

TESI DI DOTTORATO
IN
DIRITTO TRIBUTARIO

*Il “beneficiario effettivo” nel Diritto
Tributario*

Tutor:

prof. *Pasquale Pistone*

Dottorando:

dott. *Attilio De Pisapia*

Coordinatore: prof. Vincenzo Luciani

INDICE

1 L'IMPUTABILITÀ DEL REDDITO AI FINI FISCALI.

- 1.1 La titolarità delle situazioni giuridiche soggettive tra diritti reali e possesso del reddito.
 - 1.1.1 Il diritto di proprietà nello spazio e nel tempo: breve analisi storica e comparata tra i diversi ordinamenti giuridici.
- 1.2 Possesso del reddito e soggettività tributaria.
- 1.3 La soggettività tributaria nelle interposizioni: tra fattispecie reali, fittizie e società di comodo.
 - 1.3.1 Riferibilità delle situazioni giuridiche, soggettività tributaria ed atti di destinazione del patrimonio.

2 IL CONCETTO DI *BENEFICIAL OWNERSHIP* NEL DIRITTO DELLE CONVENZIONI INTERNAZIONALI CONTRO LA DOPPIA IMPOSIZIONE.

- 2.1 Nota introduttiva alla nozione di "*beneficial owner*" nel diritto tributario internazionale.
- 2.2 Brevi cenni sull'origine dell'espressione "*beneficial owner*".
- 2.3 L'evoluzione del Modello di Convenzione Ocse in tema di *passive income* e l'introduzione del *beneficial owner*.
- 2.4 Le diverse interpretazioni della nozione di *beneficial owner* nella giurisprudenza tributaria internazionale.
- 2.5 Note minime a margine di una sentenza canadese in tema di *beneficial ownership*: il caso *Prévost Car*.
- 2.6 La sentenza della Suprema Corte di Cassazione sul caso *Government Pension Investment Fund*.

2.7 Verso una corretta e condivisibile interpretazione della locuzione “*beneficial ownership*”.

2.7.1 L'introduzione della *beneficial ownership* nel Modello di Convenzione Ocse: un punto di partenza per individuare una corretta metodologia interpretativa.

2.8 L'interpretazione secondo le disposizioni di cui all'articolo 3, paragrafo 2, del Modello di Convenzione Ocse.

2.9 Interpretazione dell'espressione “*beneficial owner*” in ambito internazionale in conformità alle disposizioni della Convenzione di Vienna.

2.9.1 Le regole generali per l'interpretazione previste dall'articolo 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati.

2.9.2 I mezzi complementari d'interpretazione ai sensi dell'articolo 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati.

2.10 La rilevanza dell'espressione “*beneficial owner*” negli articoli 10, 11 e 12 del Modello di Convenzione Ocse e gli effetti della sua inclusione nel Modello.

2.11 Il beneficiario effettivo: requisito giuridico o mero concetto economico?

2.12 Il requisito del “beneficiario effettivo” come regola antielusiva: note a margine di una recente risoluzione dell'autorità fiscale indiana.

2.13 Alcune riflessioni su di una sentenza danese in tema di beneficiario effettivo.

2.14 Osservazioni ed auspici sul beneficiario effettivo nel diritto tributario di fonte convenzionale.

3 L'IMPATTO DELLA DISCIPLINA UE SULLA NORMATIVA CONVENZIONALE E SU QUELLA DI FONTE DOMESTICA.

- 3.1 Brevi cenni sulla ripartizione delle competenze tra l'Unione Europea e gli Stati membri.
- 3.2 Il primato del diritto dell'Unione Europea sulle norme in materia fiscale di fonte interna e di fonte convenzionale.
 - 3.2.1 Il rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia Europea.
 - 3.2.2 L'interpretazione conforme della norma interna (metodo cd. teleologico).
 - 3.2.3 Applicazione ed "effetto diretto" della normativa europea.
 - 3.2.4 La disapplicazione (o "non applicazione") della norma interna.
- 3.3 I connotati del *beneficial owner* nella normativa nazionale di fonte europea: la trasposizione della direttiva sul risparmio ed il beneficiario effettivo.
 - 3.3.1 L'espressione "*beneficial owner*" nel diritto secondario dell'Unione.
 - 3.3.2 Il beneficiario effettivo e la trasposizione delle direttive europee nella normativa domestica.

4 RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

- 4.1 Verso un linguaggio tributario internazionale caratterizzato da una maggiore coerenza.
- 4.2 La figura del *beneficial owner* nel diritto tributario internazionale italiano in conformità con le cd. *internationally accepted tax practices*: importanti considerazioni a margine di due recenti sentenze di merito riguardanti il "beneficiario effettivo" ai fini delle Convenzioni stipulate dall'Italia.
 - 4.2.1 Il "beneficiario effettivo" nell'ordinamento tributario italiano: relazione tra norma interna, norma convenzionale e contesto interpretativo.
 - 4.2.2 Interpretazione in conformità al senso comune da attribuire ai

termini del Trattato nel loro contesto ed alla luce dell'oggetto e dello scopo del Trattato.

4.3 Conclusioni.

BIBLIOGRAFIA.

- ABSTRACT -

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

FACOLTÀ DI ECONOMIA



DOTTORATO DI RICERCA IN “RAPPORTI GIURIDICI TRA PRINCIPI
COMUNITARI, COSTITUZIONALI ED INTERNAZIONALIZZAZIONE
DEL MERCATO”

X CICLO (ANNO ACCADEMICO 2010-2011)

TESI DI DOTTORATO
IN
DIRITTO TRIBUTARIO

*Il “beneficiario effettivo” nel Diritto
Tributario*

Tutor:

prof. *Pasquale Pistone*

Dottorando:

dott. *Attilio De Pisapia*

Coordinatore: prof. Vincenzo Luciani

The main question that this study has to deal with, concerns which would be a common interpretation of the BO requirement for tax treaties purposes. Basically, when interpreting the BO requirement for tax treaty purposes seems like we come across two main options:

- (i) to interpret the BO under the provision of Article 3(2) of OECD MC, according to the meaning that this expression has in the tax law of the contracting States;
- (ii) or to interpret this requirement attributing it an autonomous meaning under a common international tax language for treaty purposes.

This study has brought some evidence that the expression “unless the context otherwise requires”, as provided by Article 3(2) of the OECD MC, aims to embody general principles of interpretation provided by Articles 31 and 32 VCLT. As it was noted, the wording of Article 3(2) does not point out specifically any reference to domestic laws of the contracting States, but it broadly refers to their laws. This gives evidence that searching for a definition not included in the treaty, such as the BO, under the provision of Article 3(2), one should better refer not only to domestic legislation but more reasonably also to the meaning that such a term has in other tax treaties signed from such countries.

Therefore we can state that Article 3(2) provision concerning the interpretation of the BO under domestic law of contracting States would be acceptable only in cases in which the following conditions are all met:

- (i) the term which has to be interpreted is not defined neither in Article 3 of the treaty, nor in any other Article of the treaty;
- (ii) both the contracting States already embodied in their own legislation the same specific legal meaning of the term not defined;
- (iii) the context does not require a different interpretation.

Thus can be pointed out that the BO interpretation under domestic law of the contracting States will be feasible – in respect of the main purpose of tax treaties of avoiding double taxation and combating tax avoidance – only in (very) few cases, perhaps concerning the application of those tax treaties signed between common law countries.

It makes sense to remind that the BO requirement was introduced in the Model in order to emulate the common law countries intent of combating the improper use of tax treaties, but this does not mean that its interpretation needs to focus towards its meaning under the

domestic law of such countries, neither that its interpretation should be drawn from their pre-existent tax treaties.

As was said in the introduction to this study, the purpose of DTCs is not only to eliminate double taxation, but also to prevent tax avoidance and evasion. Thus, in order to prevent improper use of DTCs, the OECD Committee decided to introduce the BO requirement in the 1977 MC. According to this we can state that the OECD Committee decided to introduce such a requirement to better reach these targets. This clearly shows that the purpose given to the term "beneficial owner" and the one of DTCs perfectly match together.

So one could ask: if in 1977 the OECD Committee was looking for a measure to restrict the application of treaty benefits in order to prevent improper use of DTCs, why the OECD Committee decided to incorporate the BO requirement instead of stating clearly that treaty benefits were not available to entities incorporated for the sole purpose of being entitled to treaty benefits? Perhaps the easiest answer to this question could be the right one: the OECD Committee considered the BO requirement a measure sufficiently adequate to reach their target of preventing improper use of DTCs, that, of course can have some impact on avoiding an improper use of tax treaties. The fact that BO expression has to be regarded as a concept incorporated in the Model to prevent improper use of tax treaties more than an anti-avoidance clause, appears to be clearer if we consider what the Commentary on Article 1 states about improper use of tax treaties.¹ Where specific avoidance techniques have been identified, nevertheless the potential application of general anti-abuse rules, the convention provisions should focus directly on the relevant avoidance strategy dealing with them, e.g. by introducing the concept of "beneficial owner".

As far as this study demonstrates, the 1977 OECD Committee introduced the BO requirement as an expression already existent in common law countries jurisdiction but using it with a different purpose and in a different context which was composed also by civil law countries that were not including at all the BO concept in their own legislation before that. Therefore, we believe that treaty interpretation and meaning of its terms depend more from the context and, specially, from the object and the purpose given to the terms in accordance to those (object and purpose) of the treaty itself.

¹ See also OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, Introduction, *Commentary on Article 1 concerning the persons covered by the convention*, para. 9.6, para 10, p. 59-60, Paris 2008.

At the end of the day, what seems to be relevant in order to characterize the BO is the demonstration that the holding company receiving the item of income has an adequate degree of autonomy in managing its assets. In more than thirty years of debating about the interpretation of the BO expression, scholars and national Courts have contributed to the determination of an ordinary meaning attributable to this term proposing different approaches and tests that characterize the BO:

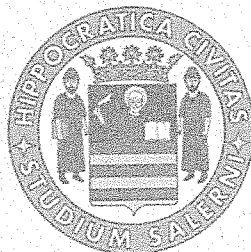
- cannot be considered BO of an income who merely acts as an agent or nominee;
- transparent entities cannot be considered BO of an income as they are not subject to tax on the income received;
- cannot be considered the BO of an income a person or an entity who does not run any risk regarding the income received;
- the BO has to be resident in a contracting State, being subject to tax under the law of this State (even if it benefits of special exemptions);
- the BO has to be not only the formal owner of the income concerned but also the availability of this income received;
- to be regarded as the BO of an income it is not enough to be the formal owner of the income concerned but it is relevant to be also economically benefited from it;
- regardless of the holding structure adopted by the recipient company, in order to characterize the BO it is relevant that the recipient of the income entrusts a practical power on the amount received;
- the corporate veil cannot be pierced in order to deny the beneficial ownership when any business reason can be can justify such a group structure that entitles specific treaty benefits.

Searching for a common interpretation of the BO requirement, if the OECD would introduce its definition under Article 3 of the MC, should it help to clarify its understanding? Or, also giving its definition should be considered an insufficient step towards the solution of the problem? As from the previous paragraphs, must be noted the BO requirement cannot be considered as an efficient anti-avoidance rule, thus, the inclusion of its definition in Article 3 of the Model could not solve the problem concerning the understanding of this concept, as its possible definition would hardly fulfil the purpose of its inclusion in the model.

- ABSTRACT -

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

FACOLTÀ DI ECONOMIA



DOTTORATO DI RICERCA IN “RAPPORTI GIURIDICI TRÁ PRINCIPI
COMUNITARI, COSTITUZIONALI ED INTERNAZIONALIZZAZIONE
DEL MERCATO”

X CICLO (ANNO ACCADEMICO 2010-2011)

TESI DI DOTTORATO
IN
DIRITTO TRIBUTARIO

*Il “beneficiario effettivo” nel Diritto
Tributario*

Tutor:

prof. Pasquale Pistone

Dottorando:

dott. Attilio De Pisapia

Coordinatore: prof. Vincenzo Luciani

Verso un linguaggio tributario internazionale caratterizzato da una maggiore coerenza.

Il significato da attribuire all'espressione "beneficiario effettivo" – o nella sua versione originale "beneficial owner" – rappresenta una problematica alquanto dibattuta. Come argomentato nei capitoli che precedono, da ormai più di un trentennio dottrina e giurisprudenza tributaria internazionale non sono riusciti nell'intento di definirne i connotati. Malgrado ciò, le numerose sentenze delle diverse Corti internazionali e le argomentazioni dottrinali che hanno affrontato il tema in questione hanno fornito un prezioso contributo ai fini dell'interpretazione della locuzione in esame.

In ambito internazionale, sia la dottrina e che la giurisprudenza si sono divisi sulla metodologia interpretativa da adoperare nel tentativo di definire la figura complessa del beneficiario effettivo. Il nodo principale da sciogliere, per pervenire ad una corretta interpretazione del concetto di "*beneficial ownership*", ai fini delle Convenzioni in materia fiscale, riguarda il punto di partenza da cui cominciare il percorso d'indagine. In sintesi, la scelta può restringersi a due opzioni: i) interpretare il requisito del "*beneficial owner*" attribuendogli il significato che esso assume nella normativa fiscale degli Stati contraenti; ii) interpretare l'espressione in parola attribuendogli un significato autonomo riconducibile ad un linguaggio internazionale, comunemente riconosciuto ai fini dell'applicazione delle Convenzioni contro la doppia imposizione.

Al fine di comprendere appieno il risultato della ricerca illustrata nella presente trattazione, è bene ricordare che, affinché si possa accedere alla disciplina convenzionale, è necessario che il reddito soggetto a tassazione sia imputabile – secondo le regole della Convenzione invocata – ad un soggetto residente in uno degli Stati contraenti. Secondo alcuni autori, l'articolo 3, paragrafo 2 delle Convenzioni che si rifanno al Modello Ocse, attribuisce agli Stati contraenti il diritto di interpretare le espressioni utilizzate nelle Convenzioni – e ivi non definite – in conformità con la propria normativa domestica. Come dimostrato nel corso dei capitoli che precedono, tale regola generale disposta dall'articolo 3, paragrafo 2, è suscettibile di condurre ad applicazioni divergenti della Convenzione da parte degli Stati contraenti: si pensi, ad esempio, al caso in cui la normativa interna degli Stati contraenti rimandi ad un significato contrastante della stessa espressione soggetta ad interpretazione. Al fine di evitare che gli Stati contraenti utilizzino la disciplina convenzionale in maniera difforme, lo stesso paragrafo 2, del citato articolo 3, dispone una regola speciale che

consente di derogare al criterio interpretativo sopra illustrato, qualora il contesto richieda un approccio alternativo.

È bene ricordare che lo stesso articolo 3, paragrafo 2, del Modello Ocse, deve essere interpretato in buona fede, in conformità al senso comune da attribuire ai termini del Trattato nel loro contesto ed alla luce dell'oggetto e dello scopo del Trattato.¹ In tal senso, alcuni autori hanno sostenuto che l'espressione "*unless the context otherwise requires*" mira ad incorporare i principi generali d'interpretazione previsti dagli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, rappresentando un'eccezione rispetto alla regola generale di cui all'articolo 3, paragrafo 2.

Ragionevolmente, il motivo per cui tale regola speciale è stata introdotta nell'articolo 3 del Modello Ocse risponde allo scopo di rendere il Trattato applicabile sia in conformità con il contesto che con la effettiva volontà degli Stati contraenti, al momento della stipula del Trattato stesso.²

Tali ultime considerazioni, a giudizio di chi scrive, rappresentano la ragione principale – ma di certo non l'unica – per sostenere l'importanza di introdurre di una nozione di "beneficial owner" all'interno delle Convenzioni internazionali, anche non limitandola ai soli articoli 10, 11 e 12, ma pensandola in modo da riflettere l'oggetto e lo scopo delle Convenzioni stesse. Tale auspicio riflette, al tempo stesso, l'importanza di sviluppare un linguaggio internazionale coerente e che tenga dovuto conto delle opinioni dottrinali e giurisprudenziali espresse in merito a termini e materie che coinvolgono l'applicazione delle Convenzioni contro la doppia imposizione.

La figura del *beneficial owner* nel diritto tributario internazionale italiano in conformità le cd. *internationally accepted tax practices*.

Importanti considerazioni a margine di due recenti sentenze di merito riguardanti il "beneficirio effettivo" ai fini delle convenzioni stipulate dall'Italia.

Due recenti sentenze pronunciate dalla Commissione tributaria Provinciale di Torino hanno fornito l'occasione alla dottrina italiana per affrontare nuovamente la tematica sull'interpretazione dell'espressione "beneficiario effettivo", ai fini delle Convenzioni contro la doppia imposizione stipulate dall'Italia, facendo riflettere sull'utilizzabilità in

¹ Articolo 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, Vienna, 1969.

² Tale affermazione è supportata dal fatto che l'espressione "*unless the context otherwise requires*" è presente anche nell'articolo 3, paragrafo 1, e precede un'elencazione di diverse definizioni generali riferibili a termini ed espressioni utilizzate nella Convenzione.

tal senso della normativa di fonte europea.³

Alla base del contenzioso in esame vi è una verifica fiscale nel corso della quale è emerso che, in forza di un contratto per la concessione in uso di un determinato marchio, la società verificata (italiana) aveva corrisposto dei canoni ad una società lussemburghese, totalmente partecipata da altra entità avente sede alle Bermuda. In fase di pagamento, tali canoni avevano subito la ritenuta agevolata del dieci per cento, prevista dall'articolo 12, della Convenzione vigente tra Italia e Lussemburgo. In forza di tale disposizione "i canoni provenienti da uno Stato contraente e pagati ad un residente dell'altro Stato contraente sono imponibili in detto altro Stato. Tuttavia tali canoni possono essere tassati nello Stato contraente dal quale essi provengono secondo la legislazione di detto Stato, ma se la persona che percepisce i canoni ne è il beneficiario effettivo, l'imposta così applicata non può eccedere il dieci per cento dell'ammontare lordo dei canoni".

Come si legge nella sentenza in commento, l'Ufficio ha contestato alla società italiana l'applicazione della aliquota convenzionale, sostenendo che tale aliquota ridotta non fosse applicabile non essendo provato che la società lussemburghese fosse il beneficiario effettivo delle *royalties* percepite. In luogo di tale aliquota ridotta l'Ufficio richiedeva l'applicazione di un'aliquota del trenta per cento, prevista dall'articolo 25, comma 4, del Dpr 600/1973.

A tale richiesta la società italiana si opponeva proponendo ricorso in cui eccepiva: i) che fosse onere dell'Ufficio provare la mancanza della qualità di beneficiario effettivo in capo alla società lussemburghese; ii) che tale requisito risultava comunque soddisfatto in quanto la società lussemburghese, percipiente dei canoni, era titolare del marchio dato in uso – che era stato concesso alla società italiana in base a un contratto regolarmente stipulato e regolarmente registrato in Lussemburgo – ed i proventi dei canoni corrisposti risultavano correttamente iscritti nel bilancio della società.

La Commissione Tributaria Provinciale di Torino ha rigettato il ricorso proposto, ritenendo infondati entrambi i motivi addotti. In primo luogo, i giudici di prime cure hanno qualificato la norma prevista dall'articolo 12, comma secondo, della Convenzione Italia – Lussemburgo, come norma di natura agevolativa, in ragione del fatto che consente di assoggettare i canoni corrisposti ad una ritenuta inferiore, pari al

³ Sentenza n. 124, del 19 ottobre 2010, Commissione Tributaria Provinciale di Torino, sez. VII; e sentenza n. 14, del 11 febbraio 2010, Commissione Tributaria Provinciale di Torino.

10 per cento, sostenendo, di conseguenza, che compete alla società erogante che intende avvalersi di tale agevolazione dimostrare che il destinatario dei canoni in uscita sia il beneficiario effettivo degli stessi. A ben vedere, tale affermazione, sembra rafforzare la conclusione a cui è giunta l'Agenzia delle Entrate nella Risoluzione n. 86 del 2006, in cui si sostiene che: "i sostituti d'imposta possono, sotto la propria responsabilità, applicare direttamente l'esenzione o le minori aliquote convenzionali previa presentazione da parte dei beneficiari del reddito della documentazione idonea a dimostrare l'effettivo possesso di tutti i requisiti previsti dalla Convenzione per fruire dell'agevolazione".⁴

Ad avviso di chi scrive tale qualificazione non risponde ai canoni propri delle norme agevolative. È bene precisare che la disciplina in commento, pur riconoscendo l'applicazione di una ritenuta ridotta (dieci per cento) rispetto a quella ordinaria (trenta per cento), non persegue lo scopo di agevolare una determinata condotta o l'implementazione di determinate operazioni finanziarie ma, a ben vedere, si pone l'obiettivo di abbattere la doppia imposizione attraverso una equa ripartizione della potestà impositiva tra lo Stato della fonte del reddito e lo Stato di residenza del beneficiario effettivo. Tali argomentazioni inducono chi scrive a sostenere che l'inversione dell'onere della prova in capo al contribuente, in tale fattispecie, non può trovare giustificazione nelle argomentazioni proposte dai giudici torinesi.

Ciò chiarito, i giudici di prime cure – sostenendo la natura agevolativa della norma convenzionale e riconoscendo una finalità antielusiva alla base dell'introduzione del "beneficiario effettivo" nelle convenzioni internazionali – hanno ritenuto che le argomentazioni e la documentazione fornita dalla società italiana dimostravano semplicemente che l'entità lussemburghese fosse il percettore "formale" dei proventi in uscita, ma non consentivano di appurare che essa fosse il beneficiario finale di tali redditi. Anzi, come si legge nella sentenza in commento, tale circostanza era da escludere in quanto, dagli atti di causa, era emerso che la società lussemburghese: i) aveva acquisito gratuitamente – da altra società del gruppo – la titolarità del diritto all'uso e allo sfruttamento del marchio; ii) non possedeva alcun bene materiale; iii) disponeva di una ridottissima struttura operativa.

⁴ Tali considerazioni erano state esposte anche in altri documenti di prassi ministeriale: vedi risoluzioni 24 settembre 2003, n. 183; 24 maggio 2000, n. 68; 10 giugno 1999, n. 95.

In conclusione, la Commissione Tributaria di Torino, valutata l'assenza di rischio di impresa e la limitata organizzazione operativa dell'entità lussemburghese, in ragione del fatto che la stessa società risultava essere totalmente partecipata da altra società avente sede alle Bermuda, rigettava il ricorso proposto dalla contribuente concludendo che la società lussemburghese avesse solo formalmente percepito i compensi in uscita senza esserne il beneficiario effettivo.

La sentenza pronunciata dalla Ctp di Torino contiene importanti considerazioni in ordine alla applicazione da parte della giurisprudenza di merito italiana della clausola del beneficiario effettivo ai fini delle Convenzioni contro la doppia imposizione stipulate dall'Italia:

Ciò che emerge dall'analisi della sentenza è – da un lato – il consolidarsi dell'orientamento, già maggioritario in dottrina, in base al quale l'espressione “beneficiario effettivo” deve intendersi quale autonomo concetto ai fini convenzionali e, pertanto, non necessita di essere interpretato alla luce della normativa interna degli stati contraenti; dall'altro lato, tuttavia, non può non notarsi la somiglianza della nozione convenzionale con quella già presente nell'ordinamento italiano, di cui alla lettera c), comma 4, dell'articolo 26 *quater* del Dpr n. 600 del 1973, con cui l'ordinamento tributario italiano ha recepito la Direttiva 2003/49/CE riguardante la tassazione di interessi e *royalties*. In detta norma, l'espressione “beneficiario effettivo”, come chiarito dalla relazione di accompagnamento al Decreto di recepimento, garantisce che, qualora tra il beneficiario ed il mandante del pagamento si interponga un intermediario, l'esenzione si applichi soltanto se l'effettivo beneficiario dei pagamenti di interessi o di canoni soddisfi i requisiti della Direttiva. A tal proposito, è lo stesso Ministero a fornire ulteriori chiarimenti sulla nozione di “beneficiario effettivo” attraverso una Circolare nella quale vi sono numerosi rimandi alla disciplina contenuta nel Modello di Convenzione Ocse (ed al suo Commentario). In detta Circolare il Ministero afferma che “affinché il soggetto possa considerarsi beneficiario effettivo alla stregua di quanto disposto dalla Direttiva, occorre che la società che percepisce gli interessi o i canoni tragga un proprio beneficio economico dall'operazione posta in essere”; pertanto, in considerazione dell'effetto antielusivo della norma, il Ministero ha ritenuto che la società possa rivestire la qualifica di beneficiario effettivo solo “qualora abbia la titolarità, nonché la disponibilità del reddito percepito”.⁵

⁵ Ministero delle Finanze, Circolare n. 47 del 2 novembre 2004 – Direzione Centrale Normativa e

Invero, nell'individuare la corretta applicazione di tale clausola (il "beneficiario effettivo"), il Collegio di giudici torinesi ha affermato la necessità di conformarsi ai chiarimenti forniti nel Commentario al Modello Ocse. Gli stessi giudici, infatti, ne riportano parte del contenuto nella sentenza in commento, precisando che l'espressione "beneficiario effettivo" non è utilizzata nella Convenzione in un'accezione tecnica e restrittiva ma deve essere intesa nel suo contesto e alla luce dello scopo e delle finalità della Convenzione, in particolare quello di evitare la doppia imposizione e prevenire l'evasione e l'elusione fiscale, altresì evidenziando che sarebbe contrario allo scopo e alle finalità della Convenzione se lo Stato della fonte concedesse 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, agisse semplicemente come intermediario per altra persona che di fatto è beneficiaria del reddito in oggetto.

In base a quanto ragionato, pertanto, la Commissione Tributaria Provinciale di Torino ha escluso "che il destinatario del pagamento delle *royalties* debba considerarsi beneficiario effettivo per il solo fatto di essere il percettore formale dei proventi, ben potendo questi essere niente di più che un intermediario attraverso il quale si realizza l'interposizione di un diverso soggetto, al quale è sostanzialmente destinato il beneficio. A tal fine appare rilevante stabilire se la società che percepisce i canoni [...] abbia piena autonomia anche organizzativa nell'attività economica da cui derivano i proventi e se ne sia assunta i relativi rischi imprenditoriali oppure se non svolga una mera funzione di collettore di proventi in realtà destinati ad altri soggetti: circostanza quest'ultima che potrebbe risultare avvalorata dal fatto di essere controllata al cento per cento da un unico azionista".⁶

Il "beneficiario effettivo" nell'ordinamento tributario italiano: relazione tra norma interna, norma convenzionale e contesto interpretativo.

La nozione di "beneficiario effettivo" è contenuta in numerose Convenzioni contro la doppia imposizione concluse dall'Italia, tuttavia – eccezion fatta per la Convenzione stipulata con la Germania – nessuna di esse ne fornisce una definizione.

Volendo indagare sul significato attribuibile alla locuzione in esame secondo i criteri definiti nel primo paragrafo del presente capitolo, il nostro approccio deve partire dal

Contenzioso.

⁶ Così, Sentenza n. 124, del 19 ottobre 2010, Commissione Tributaria Provinciale di Torino, sez. VII.

significato che l'ordinamento italiano attribuisce all'espressione "beneficiario effettivo" per verificare l'applicabilità della regola generale di cui all'articolo 3, paragrafo 1, della Convenzione vigente tra Italia e Lussemburgo.

È bene notare che l'ordinamento italiano, da diversi anni, ha introdotto al suo interno il concetto di "beneficiario effettivo" in sede di recepimento di due Direttive dell'Unione Europea. Come ampiamente chiarito nel capitolo precedente, le due Direttive – riguardanti la tassazione del risparmio e la tassazione di interessi e *royalties* – perseguono finalità e scopi differenti.

La Direttiva sulla tassazione del risparmio è stata emanata (e recepita dagli Stati membri) al fine di contrastare l'evasione derivante dalla mancata dichiarazione nello Stato di residenza dei redditi percepiti sotto forma di interessi su patrimoni liquidi giacenti all'estero. A tal riguardo la Direttiva ha previsto l'istituzione di un sistema di comunicazioni tra gli agenti pagatori e gli Stati membri e, contestualmente, ha introdotto il diritto di ottenere il totale rimborso, o la compensazione con altri tributi, delle ritenute subite da parte dello Stato erogatore degli interessi, purché il percettore risulti esserne l'effettivo beneficiario. Tale previsione è contenuta nell'ordinamento italiano all'articolo 10 del Dlgs 84/05. In particolare, ai sensi dell'articolo 1, del Decreto, le persone fisiche che percepiscono gli interessi sono considerate beneficiarie effettive degli stessi se ricevono i pagamenti in qualità di beneficiario finale. Sul significato attribuibile a tale ultima locuzione (beneficiario finale) era già intervenuta la Circolare del Ministero delle Finanze, n. 306, del 23 dicembre 1996, riguardante il regime fiscale degli interessi. In tale circostanza il Ministero si era espresso sul significato che tale espressione deve assumere ai sensi della disciplina domestica oggetto d'indagine, rilevando che il requisito in parola si ritiene attribuibile al soggetto percettore cui il reddito è fiscalmente imputabile.

A ben vedere, se la nozione di "beneficiario effettivo", ai fini convenzionali, dovesse interpretarsi in conformità con la nozione sopra illustrata, l'applicazione della disciplina convenzionale finirebbe per perdere la propria efficacia nel contrasto all'utilizzo improprio dei Trattati in materia fiscale. Basterebbe, infatti, interporre un'entità – società o *trust* – nel pagamento di dividendi, interessi o canoni al quale i suddetti elementi di reddito risultino fiscalmente imputabili per poter fruire (impropriamente) dei benefici convenzionali.

Al recepimento della Direttiva sulla tassazione del risparmio ha fatto seguito la trasposizione della Direttiva del Consiglio, 2003/49/CE, avente ad oggetto la tassazione dei redditi percepiti sotto forma di interessi e canoni. In breve, il Decreto di attuazione della Direttiva in esame, ha introdotto il trattamento fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e canoni fra società consociate residenti in Stati membri diversi, in base al quale è prevista l'esenzione degli interessi e dei canoni pagati da società ed enti residenti in Italia, nonché da stabili organizzazioni situate nel territorio dello Stato, a società ed enti appartenenti allo stesso gruppo e residenti in un altro Stato membro.

In pratica, per poter accedere alla disciplina comune sopra illustrata, in attuazione del contenuto specificamente previsto dalla Direttiva 2003/49/CE, il Decreto ha richiesto il soddisfacimento di un requisito soggettivo ulteriore. Più precisamente, a norma della lettera c) del comma 4 dell'articolo 26 *quater* del Dpr n. 600 del 1973, si considerano beneficiarie effettive le società residenti in uno Stato membro "se ricevono i pagamenti in qualità di beneficiario finale e non di intermediario, quale agente, delegato o fiduciario di un'altra persona". Come chiarito dalla relazione di accompagnamento al Decreto, l'espressione "beneficiario effettivo", garantisce che, laddove tra il beneficiario ed il mandante del pagamento si interponga un intermediario, l'esenzione si applichi soltanto se l'effettivo beneficiario dei pagamenti di interessi o di canoni soddisfi i requisiti della Direttiva.

Come evidenziato nel terzo capitolo della presente trattazione, se si raffronta la definizione di "beneficiario effettivo" contenuta nella Direttiva su risparmio con la definizione di "beneficiario effettivo" di cui alla Direttiva interessi e canoni, si nota come quest'ultima sia maggiormente in linea con la nozione convenzionale, poiché mira ad evitare che i benefici previsti dalla Direttiva siano accordati a società interposte, costituite al solo scopo di usufruire del trattamento più favorevole altrimenti non disponibile.

In conclusione, le nozioni di "beneficiario effettivo" presenti nell'ordinamento tributario italiano rispondono a finalità diverse e pertanto, ai fini applicativi, vanno interpretate attribuendo ad esse un diverso significato. Quanto affermato, si ritiene sufficiente per escludere l'applicabilità della regola generale di cui all'articolo 3, paragrafo 2, della Convenzione vigente tra Italia e Lussemburgo. È evidente, infatti, che la definizione di "beneficiario finale" derivante dalla trasposizione della Direttiva sul

risparmio potrebbe rilevarsi non adeguata per far fronte ad utilizzi impropri delle Convenzioni contro la doppia imposizione.

Il "beneficiario effettivo": interpretazione in conformità al senso comune da attribuire ai termini del Trattato nel loro contesto ed alla luce dell'oggetto e dello scopo del Trattato.

Esclusa la possibilità di interpretare l'espressione in commento ai sensi della regola generale prevista dall'articolo 3, paragrafo 2, delle Convenzioni conformi al Modello Ocse, si deve cercare un'interpretazione alternativa che non contrasti con il senso comune da attribuire al concetto di "beneficiario effettivo" all'interno del Trattato e che sia conforme al contesto, alla luce dell'oggetto e dello scopo del Trattato stesso.

Come argomentato nel secondo capitolo della presente trattazione, quanto affermato rimanda all'utilizzo delle regole d'interpretazione dei Trattati, previste dagli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna.

La corretta interpretazione della nozione di "beneficiario effettivo", dunque, non può prescindere dalla comprensione del suo significato ordinario nel contesto di riferimento in cui tale locuzione è presente, ed in ragione delle finalità per cui è prevista. Pertanto, si deve innanzitutto chiarire cosa si intenda per contesto di riferimento.

Certamente una parte rilevante del contesto è costituita dai chiarimenti forniti dal Commentario al Modello di Convenzione, in riferimento alla nozione di "beneficiario effettivo"; allo stesso modo non possono escludersi dal contesto le decisioni adottate dalle diverse Corti dei diversi Stati che, susseguendosi, hanno certamente contribuito a migliorare l'identificabilità del beneficiario effettivo, definendone, di volta in volta, nuovi connotati. Infine, tenuto conto del principio del primato del diritto dell'Unione che garantisce la prevalenza dei diritti di fonte europea sulle disposizioni dei singoli Stati – siano tali disposizioni di fonte interna e/o convenzionale – si deve riconoscere la dovuta considerazione anche delle summenzionate Direttive in cui è presente la nozione di "beneficiario effettivo".

Dopo aver definito il contesto, la lettura combinata dell'articolo 31 della Convenzione di Vienna con il principio del primato del diritto dell'UE, impongono di ricercare un'interpretazione che risulti conforme con il contesto individuato e con le finalità perseguite dalle Convenzioni in materia fiscale e, contestualmente, che non risulti in contrasto con il perseguimento degli obiettivi stabiliti dall'Unione Europea.

È bene ricordare, che le finalità perseguite dalle Convenzioni contro la doppia imposizione non consistono solo nell'eliminazione della doppia imposizione, ma anche nel contrasto a fenomeni elusivi e di occultazione di materia imponibile. L'Ocse, nel 1977, introdusse nel Modello di Convenzione la nozione di "beneficiario effettivo" proprio al fine di poter perseguire con maggiore efficacia gli obiettivi sopra descritti.

Alla luce delle considerazioni svolte, la lettura delle motivazioni proposte dai Giudici della Commissione Tributaria di Torino appaiono alquanto fondate e rispondenti ai vincoli interpretativi di cui sopra. Il Collegio giudicante, valutata l'assenza di rischio di impresa e la limitata organizzazione operativa dell'entità lussemburghese, in ragione del fatto che la stessa società risultava essere totalmente partecipata da altra società avente sede alle Bermuda, rigettava il ricorso proposto dalla contribuente concludendo che la società lussemburghese avesse solo formalmente percepito i compensi in uscita senza esserne il beneficiario effettivo.

Conclusioni.

La sentenza pronunciata dalla Ctp di Torino contiene importanti considerazioni in ordine alla applicazione da parte della giurisprudenza di merito italiana della clausola del beneficiario effettivo, ai fini delle Convenzioni contro la doppia imposizione stipulate dall'Italia.

È bene ribadire che, come notato in precedenza, dall'analisi della sentenza emerge – da un lato – il consolidarsi dell'orientamento, già maggioritario in dottrina, in base al quale l'espressione "beneficiario effettivo" deve intendersi quale autonomo concetto ai fini convenzionali; dall'altro lato, tuttavia, non può non notarsi la conformità del significato attribuito alla nozione convenzionale di "beneficiario effettivo" con quella già presente nell'ordinamento italiano, di cui alla lettera c), comma 4, dell'articolo 26 *quater* del Dpr n. 600 del 1973, con cui l'ordinamento tributario italiano ha recepito la Direttiva 2003/49/CE riguardante la tassazione di interessi e *royalties*. In detta norma, l'espressione "beneficiario effettivo", come chiarito dalla relazione di accompagnamento al Decreto di recepimento, garantisce che, qualora tra il beneficiario ed il mandante del pagamento si interponga un intermediario, l'esenzione si applichi soltanto se l'effettivo beneficiario dei pagamenti di interessi o di canoni soddisfi i requisiti della Direttiva. A tal proposito, è lo stesso Ministero a fornire ulteriori chiarimenti sulla nozione di "beneficiario effettivo" attraverso la Circolare n. 47 del 2004. In detta Circolare il

Ministero, rifacendosi a quanto contenuto nel Commentario Ocse, afferma che “affinché il soggetto possa considerarsi beneficiario effettivo alla stregua di quanto disposto dalla Direttiva, occorre che la società che percepisce gli interessi o i canoni tragga un proprio beneficio economico dall'operazione posta in essere”; pertanto, in considerazione dell'effetto antielusivo della norma, il Ministero ha ritenuto che la società possa rivestire la qualifica di beneficiario effettivo solo “qualora abbia la titolarità, nonché la disponibilità del reddito percepito”.

Invero, nell'individuare la corretta applicazione di tale clausola (il “beneficiario effettivo”), il Collegio di giudici torinesi ha affermato la necessità di conformarsi ai chiarimenti forniti nel Commentario al Modello Ocse. Gli stessi giudici, infatti, ne riportano parte del contenuto nella sentenza in commento, precisando che l'espressione “beneficiario effettivo” non è utilizzata nella Convenzione in un'accezione tecnica e restrittiva ma deve essere intesa nel suo contesto e alla luce dello scopo e delle finalità della Convenzione, in particolare quello di evitare la doppia imposizione e prevenire l'evasione e l'elusione fiscale, altresì evidenziando che sarebbe contrario allo scopo e alle finalità della Convenzione se lo Stato della fonte concedesse 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, agisse semplicemente come intermediario per altra persona che di fatto è beneficiaria del reddito in oggetto.

Sulla base delle considerazioni fin qui esposte, a giudizio di chi scrive, si trovano ragioni ulteriori per sostenere l'importanza dell'introduzione di una nozione di beneficial owner all'interno delle Convenzioni internazionali, anche non limitandola ai soli articoli 10, 11 e 12, ma pensandola in modo da riflettere l'oggetto e lo scopo delle Convenzioni stesse. Tale auspicio riflette, al tempo stesso, l'importanza di sviluppare un linguaggio internazionale coerente e che tenga dovuto conto delle opinioni dottrinali e giurisprudenziali espresse in merito a termini e materie che coinvolgono l'applicazione delle Convenzioni contro la doppia imposizione.

1. L'IMPUTABILITÀ DEL REDDITO AI FINI FISCALI.

1.1 – La titolarità delle situazioni giuridiche soggettive tra diritti reali e possesso del reddito.

L'annosa questione oggetto della presente disamina si può dire che scaturisce dalla complessità dei rapporti giuridici riguardanti diritti reali e situazioni giuridiche soggettive che, data la propria natura giuridica, non sempre sono riferibili al medesimo soggetto.

L'elemento astratto che collega una situazione giuridica ad un soggetto è indicata con l'espressione “rapporto di titolarità”. La idoneità di un soggetto ad essere titolare di situazioni giuridiche soggettive è la capacità giuridica che, ai sensi dell'articolo 1 (ed 11) del Codice Civile è riconosciuta dall'ordinamento a tutti i soggetti, sin dal momento della nascita.

Il titolare di un diritto è il solo legittimato a goderne dei benefici,¹ sia che provveda egli stesso ad espletare tale diritto; sia che, per volontà sua o per disposizione di legge, sia dato incarico ad un'altra persona;² sia che un terzo se ne incarichi spontaneamente nell'interesse del titolare stesso. In tutti questi casi titolarità e possesso sono congiunti: il titolare del diritto soggettivo è anche il possessore.

Ai sensi dell'articolo 1140 Codice Civile, il possesso può essere definito “il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale”.³

La titolarità di un diritto reale, quale la proprietà, assicura la protezione giuridica per l'esercizio di determinati poteri sulla *res*. Invero, una cosa è l'astratto diritto di esercitare un potere (di utilizzare un bene, di cederlo, di appropriarsi dei frutti, ecc.), altra cosa è il fatto di esercitarlo effettivamente.

¹ Si fa riferimento a diritti che derivano da soggettività attive.

² Così Cassazione Civile, Sez. II, sentenza 5016/78; Cassazione Civile, Sez. II, sentenza 4681/78.

³ Così Cassazione Civile, Sez. II, sentenza 1798/97.

Se mediante il concetto di titolarità solitamente si evoca l'appartenenza di un diritto ad un soggetto, con il concetto di possesso si allude invece al potere che in fatto viene esercitato su una cosa.⁴

Di norma, titolarità del diritto ed esercizio del possesso sono riferibili al medesimo soggetto, in tal caso allo *jus possidendi* corrisponde lo *jus possessionis*. È tuttavia possibile che i poteri corrispondenti all'esercizio di un diritto vengano esplicitati, *de facto*, da un soggetto che non ne è titolare nel proprio interesse. In questa ipotesi, il possesso disgiunto dalla titolarità del diritto può essere qualificato come mero *factum possessionis*; tale situazione possessoria, del tutto distinta dallo *jus possidendi* (nozione strettamente correlata al diritto soggettivo rivolto al potere di fatto sulla *res*), è definibile come esercizio di fatto dei poteri corrispondenti al contenuto di un diritto reale su una cosa (nel proprio interesse); esercizio di fatto che potrebbe essere esplicitato anche da parte di un soggetto che non è titolare del diritto stesso.

Quest'ultimo aspetto lo si può esaminare partendo dal presupposto che il profilo dell'esercizio attiene a situazioni attive e reali, come ad esempio, il diritto soggettivo di proprietà. Esso racchiude sia il potere di godimento sia il potere di disposizione sulla *res*. Il primo si ricollega allo *jus possidendi*, mentre il secondo potere è riferibile allo *jus possessionis*. Il diritto di godimento consiste nella possibilità per il titolare di trarre dal bene tutte le utilità coerenti con la funzione della situazione stessa; il diritto di disposizione, invece, conferisce al titolare il potere di provocare una vicenda costitutiva, modificativa o estintiva di un rapporto giuridico. Si qualifica atto di disposizione del diritto non soltanto il suo trasferimento ad altri ma, ma ogni atto di autonomia, con il quale si costituisca una situazione in capo a terzi.

L'atto di disposizione può riguardare situazioni reali o di credito, situazioni patrimoniali o non patrimoniali. Inoltre, il potere di disposizione può produrre effetti favorevoli o sfavorevoli nei confronti di soggetti diversi dal titolare della situazione esercitata.

⁴ Cfr. C.M. BIANCA, Diritto civile, vol. VI, Milano, 1999, p.714.

Sia il diritto di disposizione che il diritto di godimento della situazione soggettiva possono essere attribuiti, per legge o per volontà negoziale, ad un soggetto diverso dal titolare o, anche disgiuntamente, a diversi soggetti. Si arriva così ad introdurre il problema di fondo da cui è scaturita la sostanziale indeterminatezza che si ricollega al concetto di “beneficiario effettivo”, per anni oggetto di numerosi dibattiti.⁵

In via immediata, gli istituti giuridici a cui ci riconduce la nostra indagine sono senza dubbio il negozio fiduciario ed il *trust*, che saranno trattati in modo più approfondito nel corso dei paragrafi successivi. È bene, comunque, render conto del fatto che in queste situazioni si verifica come uno sdoppiamento del concetto di titolarità, distinguendo, come ad esempio nel *trust*, da un lato il *beneficial owner* e dall'altro il *legal owner*; il primo titolare effettivo del diritto di godimento ed il secondo mero titolare formale.

La giurisprudenza italiana ed internazionale, non poche volte, si è trovata ad affrontare le problematiche relative al tema qui trattato. Gli svariati approcci adottati dai giudici delle diverse Corti non sono bastati a definire un significato giuridico univoco della locuzione in esame.

La presente trattazione si pone l'obbiettivo di far luce sul concetto di beneficiario effettivo nel diritto tributario, assumendo quale punto di partenza dell'indagine condotta la disamina dei rapporti giuridici aventi ad oggetto i diritti reali ed, in particolare, la titolarità del diritto di proprietà.

1.1.1 – Il diritto di proprietà nello spazio e nel tempo: breve analisi storica e comparata tra i diversi ordinamenti giuridici.

⁵ In tema di antiriciclaggio, un breve cenno merita la nozione di titolare effettivo fornita dall'articolo 1, comma 2, del Dlgs. 231/2007, lettera u): “la persona o le persone fisiche che, in ultima istanza, possiedono o controllano il cliente nonché la persona fisica per conto della quale è realizzata un'operazione o un'attività”. Tale concetto è volto a far emergere il destinatario ultimo degli effetti delle operazioni finanziarie non in via generalizzata, ma esclusivamente se si sia in presenza di operazioni effettuate da enti, persone giuridiche, *trust* o assimilati, che potrebbero essere strumentalmente utilizzati per assicurare un certo grado di anonimato agli effettivi beneficiari dell'operazione stessa.

Prima di affrontare un'analisi dettagliata del concetto di proprietà nelle diverse epoche e nei diversi sistemi giuridici si ritiene utile, ai fini della presente trattazione, illustrare brevemente la disciplina della proprietà nell'ordinamento italiano, quale punto di arrivo del percorso evolutivo che ha condotto all'attuale cognizione del concetto di proprietà.

La proprietà intesa come diritto reale che designa una situazione giuridica soggettiva, rappresenta un termine con il quale si fa riferimento ad una complessità di fattispecie reali che si interfacciano con un'entità estratta espressa dal legislatore.

Principalmente, la disciplina della proprietà è contenuta negli articoli 42 e successivi della Costituzione e nel titolo II, libro III del Codice Civile. Dalla lettura dell'articolo 832 del Codice Civile, la proprietà corrisponde al “diritto di godere e disporre della cosa in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico”.⁶

Come può notarsi, la norma in esame identifica gli elementi comuni che il diritto di proprietà può assumere in rapporto alle diverse categorie di beni a cui la proprietà stessa si riferisce. Il diritto di proprietà, perciò, si caratterizza per un elevato grado di astrattezza, di tal che, non sempre risulta agevole identificare il soggetto effettivamente titolare del diritto di proprietà.

Il più vecchio antenato del diritto di proprietà può forse considerarsi il *dominium ex iure Quiritium*. Tale istituto di diritto Romano designava l'appartenenza piena ed esclusiva di una *res* privata ad un cittadino romano. Esso costituiva una situazione di diritto riconosciuta e tutelata dallo *ius civile* attraverso l'esercizio di un'affermazione, anche violenta, del proprio potere sulla cosa (cd. *rei vindicatio*). Inoltre, era caratterizzato dalla pienezza, dall'esclusività e dall'elasticità.⁷

È bene precisare che il diritto Romano disponeva che il trasferimento del cd. *dominium* avvenisse mediante uno degli atti formali previsti per lo scopo, se oggetto

⁶ A ben vedere siffatta nozione del diritto di proprietà può ricavarsi indirettamente dalla lettura del citato articolo 832 del Codice Civile, rubricato “contenuto del diritto” (di proprietà). Esso, infatti, non definisce il significato concettuale del termine “proprietà” ma, nel descriverne il contenuto, richiama esplicitamente i diritti spettanti al “proprietario” fornendo, in maniera indiretta, una definizione del diritto in esame.

⁷ E. CORTESE, “*La proprietà e le proprietà*”, Giuffrè, Torino, 1988.

del trasferimento fosse una *res mancipi*, ovvero tramite semplice consegna del bene se si fosse trattato di *res nec mancipi*. Tuttavia, qualora il trasferimento di una *res mancipi* non fosse avvenuto attraverso l'atto formale richiesto, sorgeva una situazione in cui l'alienante rimaneva *dominus ex iure*, mentre all'alienatario non si riconosceva alcuna tutela, pur avendo questi acquistato la cosa.

Tali circostanze facevano chiaramente emergere la complessità del concetto di proprietà. Questa, infatti, risultava frazionata in due emisferi, dove, da un lato era posto il *dominus ex iure Quiritium*, tutelato dallo *ius civile* e, dall'altro lato, vi era colui che vantava la proprietà in *bonis* della *res*, tutelato dallo *ius honorarium*.

Con l'avvento dell'impero di Giustiniano venne emanata una nuova Costituzione e l'espressione *dominium ex iure Quiritium* venne rimossa dallo *ius civile*, proclamando, in tal modo, l'unicità del diritto di proprietà.

Dall'epoca dei Romani ad oggi il diritto di proprietà ha rivestito da sempre un ruolo principale negli ordinamenti delle società civili. Attorno al concetto di proprietà si sono sviluppate correnti di pensiero che hanno portato a profondi cambiamenti della vita sociale. Si pensi, ad esempio, alla rivoluzione francese e agli illuministi che attribuivano al concetto di proprietà privata la causa delle diseguaglianze sociali.⁸

Ad ogni modo, nel corso dei secoli sino ad oggi, il diritto di proprietà ha sempre conservato i suoi connotati principali: realtà, pienezza ed elasticità.

La proprietà è sicuramente il più emblematico dei diritti reali. Essa si caratterizza per la sua immediatezza del rapporto sulle cose e per la sua assolutezza.

Il diritto di proprietà è una pretesa giuridica che l'ordinamento riconosce come diritto soggettivo su di una cosa, offrendo al titolare di tale diritto una tutela *erga omnes*. Altra caratteristica del diritto di proprietà è la sua pienezza. In tal senso il proprietario può fare della *res* tutto ciò che non sia espressamente vietato. Ha piena facoltà di disporre materialmente della cosa, ossia, di godere della cosa, utilizzandola

⁸ J.J. ROUSSEAU, *Discorso sull'origine e i fondamenti della diseguaglianza tra gli uomini*, La Ginestra Editrice, 2001. Tale pensiero fu condiviso da numerosi esponenti dell'Illuminismo francese di metà settecento tra cui Jean Jacques Rousseau il quale, nel suo "discorso sull'origine e i fondamenti della diseguaglianza tra gli uomini", individuò nel concetto di proprietà privata l'origine dei malesseri sociali dell'epoca.

(o non) per trarne (o non) utilità per sé o per gli altri. Ha piena facoltà di disporre giuridicamente della cosa, ossia, il titolare del diritto di proprietà è libero di alienare la cosa, a titolo oneroso o gratuito, o di costituire sulla cosa diritti reali minori; in tal caso il diritto di proprietà risulta (virtualmente) compresso dal diritto reale minore riconosciuto ad altro soggetto, tuttavia, cessato tale diritto reale minore sulla cosa, la proprietà riacquista automaticamente la sua pienezza (cd. elasticità della proprietà).

In virtù delle sue peculiarità, il diritto di proprietà ha assunto diverse connotazioni non solo nel corso del tempo, ma anche nei diversi sistemi giuridici. Negli Stati cd. di *common law*, infatti, la proprietà è regolata in maniera diversa, tale da riflettere il diverso approccio di tali ordinamenti con il concetto di proprietà.

Per gli ordinamenti di diritto positivo, l'utilizzo di una risorsa non legittimato dal diritto di possesso o dalla proprietà della risorsa stessa è indiscutibilmente illegale; negli ordinamenti di *common law*, invece, tale utilizzo può essere ammesso in quanto innovativo, nel senso che il diritto di proprietà esistente non è stato ancora definito estendibile a tale utilizzo della risorsa.⁹

Per il diritto di *common law*, essere titolari del diritto di proprietà di un bene non equivale necessariamente ad avere il bene stesso. Questo perché il diritto di proprietà rappresenta un insieme indefinito di diritti normalmente associati ad un bene materiale (cd. *asset*) e sottoinsiemi del diritto di proprietà possono appartenere o esser esercitati anche da persone diverse.

L'identificazione della persona a cui l'*asset* appartiene, il cd. *owner*, è resa ancora più difficile dalla virtuale ed indefinita composizione dell'insieme di diritti che costituiscono il diritto di proprietà e che, appunto, non sempre sono conoscibili in un dato momento.

Si ritiene, dunque, che il cd. *owner* di un bene patrimoniale possa non coincidere pienamente con il cd. *owner* del diritto di proprietà. Esiste quindi una distinzione tra titolarità o proprietà (di seguito anche *ownership*) di un bene e titolarità di un diritto.

⁹ Si veda H. DEMSETZ, in *The new palgrave - Dictionary of Economics and the Law*, Edited by Peter Newman alla voce "property rights": "uses of resources not legitimated by the user's possession of property rights are illegal by definition or are innovative in the sense that existing property rights have not yet been defined to cover these uses", p. 144.

La titolarità del diritto di proprietà dovrebbe significare che un soggetto controlla almeno tre sottoinsiemi di diritti rilevanti rispetto al macroinsieme a cui essi appartengono: i) il libero esercizio del diritto nei confronti del bene a cui il diritto è riferibile e verso i terzi; ii) la possibilità di escludere altri soggetti dall'esercizio del diritto; iii) la piena disponibilità di trasferimento del diritto.

La titolarità di un bene, di una risorsa o di un patrimonio, invece, risulta più difficilmente descrivibile e presenta maggiore ambiguità. Questo perché esistono diversi diritti riferibili al bene di cui si è titolari e non tutti (questi diritti) sono conoscibili ed imputabili ad un unico soggetto. Sembra però si possa affermare pacificamente che la proprietà di un *asset* è imputabile al soggetto che detiene un significativo insieme di diritti conoscibili che si riferiscono all'*asset* e, contestualmente, detiene anche i diritti non ancora identificati riferibili al medesimo *asset*. A tal riguardo però si pone un ulteriore problema: come stabilire se un insieme di diritti è significativo o meno?

La risposta a tale quesito rappresenta un limite della conoscenza del diritto di proprietà. Limite che tende ad allontanarsi quanto più si considera frazionabile il diritto di proprietà.

1.2 – Possesso del reddito e soggettività tributaria.

Il concetto di “possesso del reddito” racchiude al suo interno una serie di rapporti giuridici che riguardano profili soggettivi e reddituali dell'obbligazione tributaria. Generalmente, nell'imposizione diretta, la soggettività tributaria è determinata innanzitutto in funzione del presupposto impositivo, individuato dal legislatore in un fatto economicamente rilevante e, parimenti, dalla effettiva imputabilità del fatto economicamente rilevante ed un determinato soggetto.

L'individuazione del soggetto passivo d'imposta deve, pertanto, prendere in considerazione una vasta gamma di rapporti giuridici (e non) che riguardano la disponibilità giuridica e materiale non solo dell'elemento reddituale in sé, ma anche della fonte dal quale il reddito è prodotto. In breve, il problema che ci si pone,

quindi, attiene l'individuazione del soggetto passivo d'imposta in riferimento a diversi possibili scenari caratterizzati da una diversa collocazione della imputabilità del reddito rispetto alla titolarità della fonte.

Al fine di semplificare la nostra analisi, una prima ipotesi da prendere in considerazione riguarda la piena sovrapposizione soggettiva tra titolarità della fonte produttiva e disponibilità giuridica e materiale (o economica) del reddito. In tali ipotesi, come si può facilmente intuire, non sorgono particolari problematiche di riferibilità della soggettività tributaria data l'identità soggettiva.

Tuttavia, deve considerarsi che la complessità delle situazioni giuridiche e la dinamicità degli odierni scenari economici, spesso genera situazioni caratterizzate da una disgiunzione soggettiva tra proprietà della fonte reddituale e disponibilità economica e giuridica del reddito derivante.

In tali ipotesi, l'identificazione del soggetto passivo d'imposta può complicarsi alquanto. In via di principio, la soggettività passiva è imputata al contribuente che beneficia del diritto reale di godimento e, più specificamente, è titolare della disponibilità giuridica ed economica del reddito.

Le ragioni poste a sostegno di tale affermazione trovano giustificazione nella lettera dell'articolo 53, comma 1, della Costituzione, il quale dispone che tutti sono tenuti a concorrere alla spesa pubblica in ragione della propria capacità contributiva, stabilendo quindi un collegamento necessario tra titolarità di capacità contributiva e soggezione al prelievo,¹⁰ laddove la capacità contributiva sia individuabile attraverso

¹⁰ In particolare, nel riferire il concetto di capacità contributiva all'insieme di valori espressi dalla Carta Costituzionale, si vuole affermare la propedeuticità di tale concetto rispetto al dovere di solidarietà sociale (articolo 2, Costituzione). In tal senso l'articolo 53 assume una duplice valenza: da un lato solidaristica, attraverso l'attribuzione di un dovere generale di contribuzione alla spesa comune, dall'altro assume anche una valenza garantistica, volta ad evitare che il perseguimento dell'interesse pubblico, attuato attraverso l'imposizione, sfoci in una lesione della libertà di sviluppo dell'individuo, garantendo, quindi, che il prelievo tributario sia adeguato all'effettiva capacità del soggetto di concorrere alla spesa pubblica. In tale prospettiva la capacità contributiva e, quindi, il prelievo erariale, risultano tendenzialmente correlati alla quota parte di reddito che non risulta idealmente destinata al soddisfacimento delle esigenze irrinunciabili dell'individuo (cd. minimo vitale), rispondendo, pertanto, alla logica desumibile dalla lettera dell'articolo 36 della Costituzione laddove si statuisce che “il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé ed alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa”; è bene ricordare che, essendo il dettato Costituzionale rivolto all'attenzione del legislatore, deve ritenersi che il succitato precetto debba valere innanzitutto nei confronti dello Stato e delle sue espressioni potestative, quale quella impositiva. In tal senso si

manifestazioni, dirette o indirette, riferibili alla disponibilità economica di un individuo.

In sintesi, l'attribuzione reddituale tiene conto non tanto della titolarità della fonte del reddito ma della disponibilità economica del relativo reddito, il cui riconoscimento a titolo originario, effettuato dalla stessa legge civile, è decisivo al fine della corretta individuazione del soggetto passivo d'imposta.¹¹

L'eterogeneità delle situazioni giuridiche configurabili ci induce ad estendere la presente indagine all'ipotesi in cui sussista una distinzione soggettiva e formale non solo tra titolarità del bene fonte del reddito ma anche allorquando, analizzando il profilo economico, il reddito risulti *ex lege* imputabile ad un soggetto diverso da colui al quale è giuridicamente attribuito.

L'ipotesi sopra descritta è riscontrabile, ad esempio, laddove un creditore riceve in pegno dal proprio debitore dei beni fruttiferi, come ad esempio delle azioni, percependone i relativi dividendi.

Tale situazione è disciplinata dall'articolo 2791 del Codice Civile che, salvo diversa pattuizione delle parti, conferisce al creditore la facoltà di fare suoi i frutti del bene in pegno, imputandoli prima alle spese e agli interessi e poi al capitale.

In questa ipotesi si ha, da un lato, un soggetto – il debitore – giuridicamente titolare della proprietà del bene fruttifero fonte di reddito e destinatario dei benefici economici del reddito prodotto; dall'altro, un diverso soggetto – il creditore – al quale spetta giuridicamente la disponibilità materiale del reddito prodotto. Come si può notare, infatti, anche se il creditore dispone giuridicamente e materialmente dei dividendi derivanti dalle azioni su cui insiste il pegno, da un punto di vista economico, colui che beneficia dei dividendi è il debitore titolare delle azioni il quale vede ridursi la propria posizione debitoria (per effetto dell'imputazione giuridica dei dividendi al creditore).

La circostanza descritta mette in luce come l'elemento dell'originaria attribuzione reddituale – in forza di specifica disposizione normativa extratributaria –

veda S. FIORENTINO, Contributo allo studio della soggettività tributaria, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

¹¹ A. LOVISOLO, "Possesso di reddito ed interposizione di persona", in *Dir. Prat. Trib.*, 1993, I, 1665.

assume una forte rilevanza al fine dell'attribuzione della soggettività passiva dell'imposizione.¹² La soggettività tributaria, infatti, sarà imputata al debitore, piuttosto che al creditore pignoratizio, in quanto ad egli si attribuiscono i benefici economici del reddito prodotto dalle azioni di cui è titolare. Reddito che, abbattendo progressivamente il debito, si riversa nella sfera patrimoniale del debitore titolare originario.

Analogamente a quanto si è discusso si può estendere il medesimo ragionamento in relazione al possesso del reddito da parte di un soggetto fallito che, a seguito della dichiarazione di fallimento, viene spossessato del proprio patrimonio. In tal caso, come nel precedente, ciò che rileva maggiormente è l'originaria disponibilità economica del reddito, piuttosto che la sua disponibilità giuridica. A prescindere dalla possibilità che i beni facenti parte del patrimonio del fallito vengano dismessi o meno, il reddito derivante dall'attività compiuta dal curatore espleta i propri effetti sulla situazione patrimoniale del debitore fallito, riducendo progressivamente l'ammontare della massa passiva.

È di tutta evidenza che, anche in questa ulteriore ipotesi, ciò che rileva ai fini della soggettività impositiva è il possesso del reddito inteso come disponibilità economica dello stesso e non, invece, la sua disponibilità giuridica. Disponibilità economica che, si badi bene, deve risultare *ex lege* – anche per effetto di norme extratributarie – e non da fonti pattizie, posto che tale attribuzione reddituale presupporrebbe una disponibilità del reddito anteriore rispetto alla stipula dell'accordo di attribuzione. Disponibilità, quest'ultima, che innegabilmente determina effetti ai fini dell'attribuzione della soggettività tributaria.

1.3 – La soggettività tributaria nelle interposizioni: tra fattispecie reali, fittizie e società di comodo.

La complessità della realtà economica e giuridica ci induce ad estendere l'indagine e le considerazioni fin ora argomentate ad ipotetiche circostanze in cui

¹² A. LOVISOLO, *Op. Cit.*, p. 1669.

l'individuazione del soggetto passivo d'imposta sia resa ulteriormente difficile per effetto dell'utilizzo di schemi giuridici atipici o per interposizione (reale o fittizia) di soggetti terzi.

Al fine di ottenere una limitata responsabilità patrimoniale o, come avviene sempre più di frequente, nel tentativo di ottenere un risparmio (illecito) d'imposta, gli operatori economici ricorrono ad interposizione (fittizia) di un'entità economica, attraverso l'intestazione dei propri *assets* patrimoniali a società di capitali.

Nell'ambito di tale scenario assume particolare importanza esaminare l'utilizzabilità da parte dei contribuenti di “soggettività di comodo” in relazione all'applicazione di norme tributarie e, pertanto, comprendere se, ai fini accertativi, sia consentito all'amministrazione finanziaria il “superamento” dello schermo rappresentato dalla costituzione di una ulteriore soggettività formale, facendo leva in via generale sulla presunta natura “abusiva” della stessa.¹³

Nell'ambito delle imposte dirette è presente una disciplina generale volta a consentire all'amministrazione finanziaria un più agevole accertamento della materia imponibile in ipotesi di interposizione soggettiva. Più in particolare, in sede di rettifica o di accertamento d'ufficio, ai sensi dell'articolo 37, comma 3, Dpr n. 600/73, l'ente accertatore gode di un ampio potere di rettifica della dichiarazione essendogli consentita l'imputazione dei redditi al contribuente sottoposto ad accertamento, ancorché il soggetto giuridicamente titolare dei suddetti redditi risulti un soggetto diverso. Tuttavia, l'Ufficio dovrà dimostrare, anche sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti che il soggetto accertato ne è l'effettivo possessore per interposta persona.¹⁴

La disposizione in esame risponde alla *ratio* di contrastare determinati comportamenti posti in essere dai contribuenti, consentendo l'accertamento in capo all'interponente in tutti i casi di utilizzo di una società destinata esclusivamente a erodere la base imponibile di una persona fisica (interponente), sfuggendo alla

¹³ Per ulteriori approfondimenti si veda: M. NUSSI, “l'imputazione del reddito nel diritto tributario”, Padova, 1996; S. FIORENTINO, *Op. Cit.*, p. 118 e s.

¹⁴ La presente disposizione normativa è stata introdotta dall'articolo 30, n. 1, d.l. 2 maggio 1989, nell'ambito delle disposizioni per ampliare gli imponibili e per contenere l'elusione; ancorché fosse già presente nel cd. disegno di legge sulla elusione fiscale, approvato dal Consiglio dei Ministri il 5 agosto 1988.

progressività dell'Irpef.¹⁵ Trattasi, dunque, di una norma volta a superare la realtà giuridica apparente e meramente formale, per indirizzare l'azione impositiva verso la realtà economica sostanziale.

A ben vedere, il terzo comma dell'articolo 37, Dpr n. 600/73, prevede una disciplina che si pone a metà strada tra una norma antielusiva ed una norma finalizzata al contrasto di fenomeni evasivi.¹⁶

Come le norme antielusive, questa disciplina è finalizzata a contrastare l'utilizzo anomalo di negozi ed atti giuridici, anche fra loro collegati, che, quando attuati, realizzano un risultato economico identico a quello considerato imponibile, però, senza verificare il presupposto del tributo o verificandolo in misura minore e ponendosi, quale obbiettivo prevalente, quello di addivenire ad un risparmio d'imposta. La norma in esame, inoltre, mira ad indirizzare l'azione impositiva del tributo verso il soggetto in capo al quale si verifica il presupposto, ossia, verso l'effettivo possessore del reddito.

A tal punto è utile ricordare che, ai sensi dell'articolo 1414 del Codice Civile, i contratti simulati non producono effetti tra le parti.¹⁷ Ciò comporta che gli effetti del negozio si verificano direttamente in capo all'interponente.¹⁸ Anche se l'interponente non dispone né della titolarità giuridica della fonte del reddito, oggetto del contratto simulato, né della disponibilità giuridica del reddito, egli, essendo al vertice dell'intera vicenda giuridica, gode sicuramente della effettiva disponibilità economica sia della fonte che del reddito.

Riprendendo quanto argomentato nel precedente paragrafo sul possesso

¹⁵ F. PAPARELLA, *Possesso di redditi ed interposizione fittizia*, Milano, 2000.

¹⁶ Si ricorda che il concetto di elusione fiscale fa riferimento a fenomeni in cui le parti pongono in essere uno o più atti giuridici tra loro collegati al fine di rendere applicabile una disciplina tributaria più favorevole di quella che specifiche norme impositive prevedono per la tassazione dei medesimi risultati economici che si possono ottenere con atti giuridici diversi da quelli posti in essere.

¹⁷ In tal caso ci si riferisce alla simulazione relativa soggettiva rappresentata dall'interposizione fittizia di un soggetto.

¹⁸ La Suprema Corte di Cassazione ha definito l'interposizione soggettiva come *“un accordo simulatorio intercorrente tra tre soggetti - il contraente effettivo o interponente, il contraente fittizio o interposto e l'altro contraente - per effetto del quale la stipulazione del negozio con la persona interposta è soltanto apparente, poiché nella realtà il vero contraente è la persona che non figura nel negozio nei confronti del quale l'altro contraente intende assumere tutti i diritti ed obblighi contrattuali”* (Cassazione civile, sez. I, del 22/6/1974, n. 1891).

originario del reddito, può notarsi come, per effetto della disposizione (extratributaria) contenuta nell'articolo 1414 del Codice Civile, il soggetto interponente risulta l'effettivo titolare della soggettività tributaria posto che, ai sensi del suddetto articolo 1414, la legge civile gli attribuisce gli effetti del negozio posto in essere.

In tal senso può sostenersi che, da un punto di vista giuridico-concettuale, la norma di cui all'articolo 37, comma 3, non fornisce elementi ulteriori ai fini dell'identificazione del soggetto possessore del reddito, tuttavia, ponendo in evidenza il fenomeno dell'interposizione, indirizza l'attività accertativa nei confronti del destinatario effettivo del reddito. Ribadendo, quindi, il concetto di possesso quale presupposto del tributo da intendersi quale “disponibilità economica a titolo originario”.¹⁹

Sempre a tal riguardo, si ravvisa come la disposizione in parola rappresenta uno strumento normativo in grado di attribuire maggiore certezza e speditezza all'esperibilità dell'attività di accertamento,²⁰ in quanto consente all'Ufficio di far emergere l'invalidità dei profili soggettivi simulati, direttamente nell'atto di accertamento.

In ragione di quanto argomentato, si deve ritenere che tale norma, pur avendo natura procedimentale, determina degli effetti di tipo sostanziale se si considera che essa agisce in modo da privare le vicende che determinano imputazioni apparenti del reddito di qualsivoglia effetto nei confronti del fisco.

Tuttavia, deve tenersi conto del fatto che ai sensi dell'articolo 37, comma 3, dovrà essere l'Ufficio a dar prova dell'interposizione apparente, attenendosi alla disciplina procedimentale e processuale prevista dalla normativa tributaria che, però, non rappresenta l'unica strada percorribile dall'Ufficio per contrastare interposizioni soggettive cd. “di comodo”.

Infatti, è il caso di ricordare che la disciplina in parola rappresenta un'alternativa esperibile rispetto all'azione ordinaria di simulazione di cui all'articolo 1414 e seguenti del Codice Civile.

¹⁹ A. LOVISOLO, *Op. Cit.*, p. 1669.

²⁰ A. LOVISOLO, *Op. Cit.*, p. 1669

Al riguardo, si ritiene sia importante considerare che, come riportato poc'anzi, l'imputazione del reddito all'interponente per effetto dell'applicazione del comma 3, articolo 37, va ad inserirsi in un contesto normativo procedimentale e processuale di natura tributaria che, rispetto a quello civilistico, presenta delle innegabili restrizioni, soprattutto sotto il profilo probatorio.

Infatti, lo stesso articolo 1417 del Codice Civile consente, senza alcun limite, l'utilizzabilità della prova testimoniale che, invece, è espressamente preclusa nel processo tributario, ai sensi dell'articolo 7, comma 4, Dlgs n. 546/92.²¹

Una ulteriore ed importante osservazione riguarda la natura giuridica della norma in esame. Atteso che, come si è detto, l'articolo 37, comma 3, introduce una norma di carattere procedimentale e, dunque, disciplina aspetti formali dell'obbligazione tributaria, ci si chiede se la disposizione in esame possa (ed in che modo) impattare su aspetti sostanziali dell'obbligazione tributaria, ed in particolare, sull'individuazione del soggetto passivo al quale si ricollega il presupposto del tributo.

Deve precisarsi che l'imputazione soggettiva operata ai sensi dell'articolo 37, comma 3, deve necessariamente avvenire in conformità alla disciplina sostanziale dei tributi, così come dettata dalle singole norme impositive.²² La disciplina in parola, infatti, consente all'Ufficio di derogare rispetto ai criteri ordinari di imputazione del reddito, tuttavia, senza introdurre un proprio criterio di imputazione tale da indirizzare l'attività di accertamento.²³

Da ciò deve dedursi che l'articolo 37, non essendo provvisto di un'autonoma norma d'imputazione sostanziale, da considerarsi potenzialmente derogatoria rispetto agli ordinari criteri d'imputazione rinvenibili nel Tuir,²⁴ contiene una mera disposizione procedimentale che assume unicamente carattere formale rispetto

²¹ Tuttavia, è il caso di ricordare che la disposizione tributaria in esame implica che l'Ufficio possa legittimare la propria azione accertativa anche in assenza di prove concrete ma, in sostituzione di queste, servendosi di presunzioni gravi, precise e concordanti.

²² M. NUSSI, *Op. Cit.*

²³ S. FIORENTINO, *Op. Cit.*, p. 127.

²⁴ Diversamente, l'articolo 37 bis del DPR n. 600/1973, data la propria portata precettiva riguardante l'imputazione soggettiva, è potenzialmente in grado di rideterminare l'imputazione soggettiva degli effetti tributari intercorsi, quale diretta conseguenza della riqualificazione giuridica delle operazioni e degli atti posti in essere.

all'obbligazione tributaria.

In ragione di quanto si è argomentato circa la natura della disciplina in esame, sembra si possa negare l'utilità di tale norma al fine di consentire un superamento della soggettività tributaria delle cd. società di mero godimento. Tali società, infatti, devono considerarsi indubbiamente possessori di reddito ai fini della soggettività tributaria, per effetto delle disposizioni di carattere sostanziale dettate dal Tuir,²⁵ ancorché esse in concreto non svolgano alcuna attività d'impresa.

Pertanto, deve concludersi che lo strumento di accertamento introdotto dal terzo comma dell'articolo 37 in parola risulta un espediente in grado di contrastare esclusivamente fenomeni di interposizione fittizia, posto che la disciplina in esame risulta priva di un autonomo criterio di imputazione soggettiva, tale da renderla inefficace nei confronti di fenomeni di interposizione gestoria (o reale).²⁶

Al riguardo è utile ricordare la distinzione tra fenomeni di interposizione fittizia e reale.

L'interposizione fittizia attiene a situazioni in cui, attraverso una simulazione soggettiva, il reddito è apparentemente imputato ad un soggetto interposto ma, in realtà, ne è titolare il soggetto interponente.

L'interposizione gestoria (o reale), invece, attiene a fenomeni in cui la titolarità giuridica del reddito è posta in capo ad un soggetto interposto che, tuttavia, è tenuto per effetto di norme pattizie a trasmetterlo al soggetto interponente.

La dottrina civilistica individua fenomeni di interposizione gestoria o reale quando l'interposto acquisisce da un terzo un diritto che poi sarà ritrasferito all'interponente (cd. rappresentanza indiretta), altrimenti, quando l'interposto riceve dal *dominus* interponente un diritto al solo scopo di trasferirlo ad altri o ritrasferirlo a se stesso (cd. negozio fiduciario).²⁷

Sia nella prima che nella seconda ipotesi descritte, il soggetto interposto ha sia

²⁵ Il riferimento normativo è l'articolo 72 del Tuir: “presupposto dell'imposta sul reddito delle società è il possesso dei redditi in denaro o in natura rientranti nelle categorie indicate nell'articolo 6”; nonché il seguente articolo 73, Tuir.

²⁶ Per ulteriori approfondimenti sul punto in esame si rinvia ai paragrafi successivi.

²⁷ N. DISTASO, La simulazione dei negozi giuridici, Torino, 1960.

la titolarità giuridica sia l'effettiva disponibilità economica della fonte del reddito, tuttavia, l'interponente, pur risultando giuridicamente titolare del reddito prodotto, non ne ha l'effettiva disponibilità economica che, come concordato tra le parti, spetta al *dominus*. Come può notarsi, l'attribuzione degli effetti economici all'interponente non avviene, *opus legis*, in maniera “automatica”, ma si richiede che venga data attuazione, da parte del soggetto interposto, ad un atto dispositivo.

Volendo sintetizzare, “nelle ipotesi di interposizione reale, mancando la previsione normativa di qualsivoglia imputazione diretta del reddito all'interponente, costui, al fine dell'imposizione diretta, non può assumere autonoma ed immediata rilevanza soggettiva, a scapito della situazione dell'interposto (mandatario o fiduciario che sia)”.²⁸

Quanto argomentato pone in forte evidenza come la mancanza di un autonomo criterio di imputazione soggettiva rende la disciplina in commento inefficace al fine di contrastare fenomeni di interposizione reale.

Ipotizzare l'utilizzo di tale disciplina nel contrasto a fenomeni di interposizione gestoria implica la possibilità, per l'Ufficio, di disconoscere la soggettività tributaria del soggetto interposto, applicando una norma procedimentale.²⁹ Tale possibilità, tuttavia, implica degli effetti di carattere sostanziale nel rapporto tributario e, pertanto, sarebbe ipotizzabile solo allorquando la suddetta norma procedimentale prevedesse esplicitamente un nuovo criterio di imputazione soggettiva.

In poche parole, secondo tale orientamento, deve indiscutibilmente affermarsi che una siffatta norma non può disconoscere la soggettività tributaria imputabile al soggetto (realmente) interposto.

A suffragio di tale tesi si evidenzia che, nell'ordinamento tributario italiano, ogniqualvolta il legislatore abbia voluto operare nel senso di modificare il profilo soggettivo di un'obbligazione d'imposta, è intervenuto introducendo un esplicito criterio sostanziale di imputazione.

²⁸ Così, A. LOVISOLO, *Op. Cit.*, p. 1685.

²⁹ In altre parole, si sta discutendo dell'ipotesi di intervenire sui profili sostanziali dell'obbligazione tributaria attraverso l'applicazione di una norma procedimentale volta, pertanto, alla disciplina di aspetti formali del rapporto tributario.

Ad esempio, per poter assoggettare ad imposta i dividendi nei confronti dell'interponente nei negozi fiduciari, è stata introdotta la norma di cui all'articolo 9, L. n. 1745, del 1962. Tale disposizione prevede l'obbligo per le società fiduciarie di comunicare allo schedario e al competente ufficio delle imposte, entro il 15 febbraio di ciascun anno, i nomi degli effettivi proprietari delle azioni ad esse intestate ed appartenenti a terzi, sulle quali hanno riscosso utili nell'anno solare precedente.

In conclusione, in riferimento ai fenomeni di interposizione reale, stante l'effettività del trasferimento e la suddetta impossibilità di superare, ai fini fiscali, la formale intestazione degli *assets* produttivi di reddito, si osserva che, in materia tributaria, non è possibile accertare la reale soggettività passiva del fiduciante.

Tale affermazione può ritenersi senza dubbio valida in riferimento ai negozi fiduciari di tipo romanistico, laddove si attribuisce al fiduciario la piena titolarità dei diritti facenti capo al fiduciante, con il solo obbligo, posto in capo al fiduciario, derivante dalla stipula del *pactum fiduciae*, di ritrasferire all'effettivo *dominus* il reddito derivante. Obbligo convenzionale, quest'ultimo, che non assume alcun rilievo ai fini dell'imputazione della soggettività tributaria.

Come si è argomentato in precedenza, infatti, a meno di specifiche disposizioni tributarie, la soggettività d'imposta sarà imputata al fiduciario quale titolare *ex lege* del reddito derivante dall'impiego degli *assets* patrimoniali conferitigli.

Come espressamente indicato, le argomentazioni che precedono sono fondate sulla distinzione di tipo tradizionale tra interposizione reale ed interposizione fittizia che è strettamente correlata alla volontà di interporsi delle parti.³⁰ È il caso di notare che parte della dottrina civilistica tende a superare tale distinzione, non senza importanti ripercussioni ai fini della nostra indagine.

Già da tempo, infatti, autorevoli esponenti della dottrina civilistica hanno approcciato la questione della dicotomia tra interposizione fittizia e reale applicando un criterio di prevalenza della sostanza sulla forma, anche sulla scorta degli

³⁰ Nell'interposizione fittizia, diversamente rispetto all'interposizione reale, il terzo contraente partecipa volontariamente all'accordo simulatorio ed è consapevole di stipulare un negozio con il soggetto interponente, ancorché si sia simulata l'interposizione di un soggetto diverso.

orientamenti emersi nei paesi di *common law*.³¹

In tal senso si modificano radicalmente i criteri di distinzione tra interposizione fittizia e reale. Ciò che quindi assume maggiore rilevanza ai fini di tale distinzione è il ruolo effettivamente ricoperto dal soggetto interposto nell'ambito del fenomeno, a prescindere dalla modalità di attribuzione patrimoniale. In altre parole, in base a tale orientamento, si configurerebbe un'ipotesi di interposizione fittizia ogniqualvolta il soggetto interposto, non nutrendo alcun interesse diretto nei confronti dell'operazione posta in essere, svolge un ruolo meramente passivo, privo di una concreta funzione, volto unicamente ad occultare il soggetto interponente.

Suffragando tale orientamento, deve ritenersi che non vi sia alcuna differenza tra interposizione fittizia in senso tradizionale ed altri casi, come ad esempio nella *fiducia cum amico*, dove il fiduciario è *ex lege* il titolare originario degli *assets* patrimoniali e dei redditi derivanti ma, in sostanza, è l'interponente ad amministrare tali beni e a beneficiare dei frutti di tale gestione.

Le considerazioni fin qui riportate non possono che avere un forte impatto ai fini dell'attribuzione della soggettività tributaria. In base a tale orientamento, il concetto di interposizione espresso dall'articolo 37, comma 3, Dpr n. 600/73, diviene riferibile, non solo alle fattispecie tradizionalmente classificate come interposizioni fittizie, ma finisce con l'estendersi anche a fattispecie che si sarebbero qualificate come forme di interposizione reale, come nel caso sopra descritto della *fiducia cum amico*.

Resti ben chiaro che tale criterio di distinzione “dinamico” non comporta assolutamente la piena fusione delle due categorie giuridiche d'interposizione individuate, bensì comporta un'estensione del perimetro di applicazione della norma in esame, riconoscendole maggiore incisività ai fini dell'imputazione del reddito. Tuttavia, sia ben chiaro, restano comunque esclusi dall'ambito di applicazione della norma di cui all'articolo 37, i fenomeni di interposizione reale, come ad esempio la *fiducia cum creditore*, caratterizzati da una effettiva funzione e finalità gestoria dell'interposto, oltre che da un interesse diretto di quest'ultimo verso il compimento

³¹ S. PUGLIATTI, Studi sulla rappresentanza, Torino, 1965.

dell'operazione.

Le medesime considerazioni inducono a ritenere che l'Ufficio sia legittimato ad utilizzare la normativa in esame anche al fine di imputare il reddito all'effettivo possessore nei fenomeni di “abuso” dello schema societario. Prima di affrontare con maggior dettaglio la questione, è doveroso distinguere, seppur brevemente,³² le diverse ipotesi che possono configurarsi quale abuso (in senso lato) dello schema societario.

L'abuso di tale schema giuridico si realizza essenzialmente sotto due profili: soggettivo e oggettivo. Nel primo caso, l'assenza di una effettiva pluralità di soggetti nello svolgimento dell'attività societaria o, ancora, la presenza di soci prestanome, non implica in maniera automatica un abuso dello schema societario tale da legittimare l'Ufficio ad imputare il reddito della società ad un soggetto diverso da questo. Seppure l'Ufficio, attraverso presunzioni gravi, precise e concordanti, dovesse individuare la presenza di un unico *dominus*, il fenomeno societario non cesserebbe di esistere ma si riconfigurerebbe in veste di società unipersonale. Nel caso descritto, quindi, l'Ufficio non è assolutamente legittimato ad imputare il reddito alla sfera giuridica personale dell'unico socio.

Se si considera l'ipotesi in cui lo schema societario viene utilizzato in modo anomalo rispetto alla causa del contratto sociale, invece, si può giungere ad una diversa conclusione.

Ai sensi dell'articolo 2247 del Codice Civile, con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili. Qualora lo schermo societario venga utilizzato per lo svolgimento di attività non economiche ma di solo godimento si è palesemente in presenza di un utilizzo abusivo della società.

Ci si chiede se tale anomalo utilizzo dello schermo societario legittimi l'Ufficio ad invocare l'interposizione fittizia di cui all'articolo 37, comma 3, Dpr n. 600/73.

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 12788, del 10 giugno 2011, al

³² Ai fini della presente trattazione non si ritiene proficuo analizzare con eccessivo dettaglio la problematica dell'abuso dello schema societario.

riguardo, ha affermato che l'elusione può concretizzarsi anche in operazioni reali che, però, sono finalizzate esclusivamente a mitigare il prelievo erariale. La fattispecie considerata riguardava un'operazione triangolare tra una società di capitali italiana che, per il tramite di una società svizzera, cedeva beni e servizi ad una società tedesca che si occupava della distribuzione degli stessi in Germania. Tutte e tre le società facevano capo allo stesso soggetto. È da notare, però, che mentre la società italiana e quella tedesca sostenevano in concreto dei costi per la produzione e la distribuzione dei beni e servizi, la società svizzera ricopriva un mero ruolo di intermediazione senza sopportare alcun costo. Per effetto dell'intermediazione elvetica, la società tedesca e quella italiana subivano un forte decremento del margine di profitto.

Secondo il parere dei giudici della Suprema Corte, all'interno dell'atto di accertamento, l'Ufficio ha dato prova sufficiente dell'elusività dell'operazione posta in essere “avendo posto in luce il carattere antieconomico della triangolazione della cessione dei medesimi beni, non essendo razionalmente spiegabile secondo i criteri di logica aziendale, se non con l'intento di dirottare in un Paese a regime fiscale più favorevole una quota degli utili altrimenti assoggettati a tassazione in Italia”.

I giudici di legittimità hanno così evidenziato che “l'elusione non presuppone un comportamento fraudolento, essendo sufficiente un uso improprio, ingiustificato o deviante di un legittimo strumento giuridico, che consenta di eludere l'applicazione del regime fiscale proprio dell'operazione che costituisce il presupposto dell'imposta”.

La dottrina ha affrontato tale problematica in maniera più dibattuta. Parte di essa ha infatti sostenuto che nelle ipotesi di cui sopra, la mera intermediazione svolta dal soggetto interposto e la contrarietà alle logiche imprenditoriali dell'attività condotta, non è di per sé sufficiente a dimostrare che l'operazione posta in essere possa qualificarsi quale interposizione fittizia. Tali elementi, infatti, riguarderebbero aspetti patologici della causa del contratto societario e, pertanto, attengono a profili oggettivi del rapporto societario che non coinvolgerebbero la soggettività

dell'attribuzione reddituale.³³

Tale orientamento respinge i tentativi volti al superamento dell'autonomia patrimoniale e della personalità giuridica delle società di capitali, sostenendo che il superamento degli aspetti formali nell'attribuzione della capacità contributiva non appare legittimo data la rilevanza giuridica riconosciuta al fenomeno societario da norme tributarie di diritto sostanziale. A questa conclusione conduce, non tanto l'assenza di una disposizione che espressamente consenta il disconoscimento della soggettività tributaria delle società cd. “di comodo”, quanto il rigoroso positivismo giuridico del sistema tributario italiano³⁴ e la rigidità delle norme tributarie sostanziali applicabili in relazione alle fattispecie esclusive previste dalla legge (articolo 23, Costituzione).³⁵

Di tutt'altra opinione, invece, risulta la dottrina tributaria italiana che ha tratto spunto dall'orientamento venuto alla luce, già da tempo, nei paesi di *common law* ed in Germania. Così, diversi esponenti della dottrina tributaria attribuiscono rilevanza all'articolo 37, comma 3, ai fini della diretta imputazione del reddito ad un soggetto diverso dalla società di comodo. Tale conclusione è fondata, se e nella misura in cui si recepisca, ai fini fiscali, l'indirizzo che sotto il profilo civilistico, attribuisce rilevanza ad una più ampia e moderna concezione di interposizione fittizia, individuata non solo (e non tanto) in relazione ai suoi profili simulatori soggettivi, quanto all'assenza di qualsivoglia funzione propria dell'interposto, seppur risulti formalmente titolare delle situazioni giuridiche a lui imputate.³⁶

In questa prospettiva, c'è da chiedersi se il significato ascrivibile al concetto di “possesso del reddito” inteso quale disponibilità economica dello stesso a titolo originario, subisce un notevole cambiamento.

Orbene, come si è detto, ai fini civilistici, nell'interposizione reale il soggetto interposto può essere considerato il “possessore originario” del reddito, ancorché sia obbligato, ad esempio dal *pactum fiduciae*, a trasferirlo al proprio *dominus*. Tuttavia,

³³ Cfr. E. ANTONINI, *La soggettività tributaria*, Napoli, 1965; V. UCKMAR, *Il regime impositivo delle società*, Padova 1966.

³⁴ È il caso di ricordare che in base all'articolo 23 Costituzione “Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge”.

³⁵ Cfr. A. LOVISOLO, *Op. Cit.*, p. 1699.

³⁶ Cfr. A. LOVISOLO, *Op. Cit.*, p. 1700.

se si accerta ai fini civilistici la mera simulazione del negozio, comprovata dalla passività del ruolo e dall'assenza di un interesse da parte del soggetto interposto verso l'affare, si determina l'inefficacia del negozio simulato tra le parti. Come conseguenza di ciò si perviene al disconoscimento della "originarietà" della disponibilità economica del reddito e, con essa, viene meno anche la configurazione in capo all'interposto del "possesso" rilevante ai fini dell'imposizione.³⁷

Nella suddetta ipotesi, quindi, la mera simulazione del ruolo dell'interposto, corrispondente all'assenza di qualsivoglia interesse diretto da parte di quest'ultimo, comporta la possibilità che il reddito venga imputato al soggetto che ne dispone economicamente.

A ben vedere, l'esigenza di far emergere la reale situazione economica e soggettiva, disconoscendo eventuali situazioni formalmente imputabili, è palesata dalla presenza nel Tuir di alcune norme che, attribuiscono una forte preminenza alla effettiva funzione svolta dall'interposto, piuttosto che alla formale modalità di attribuzione di diritti e poteri.

In tal senso, ad esempio, opera la disciplina di cui all'articolo 110, commi 10 ed 11, del Tuir. In base ad essa sono indeducibili i costi sostenuti da un soggetto italiano, percettore di reddito d'impresa, riferibili ad operazioni svolte con imprese domiciliate fiscalmente in Stati o territori a fiscalità privilegiata (non appartenenti all'Unione europea). La suddetta normativa vincola l'eventuale deduzione di tali costi alla presenza di determinati presupposti; in particolare, il contribuente dovrà dimostrare che le operazioni sono state effettivamente realizzate, rispondono ad un effettivo interesse economico dell'imprenditore, oppure, che la società estera svolge prevalentemente una attività commerciale effettiva.³⁸

In conclusione, quanto emerge dalle argomentazioni esposte, induce a considerare l'espedito della cd. società di comodo uno strumento giuridico la cui legittimità deve valutarsi in stretta considerazione del suo effettivo ruolo svolto all'interno del fenomeno osservato.

³⁷ Così, A. LOVISOLO, *Op. Cit.*, p. 1690.

³⁸ Ai fini della presente trattazione non si ritiene utile affrontare con maggior dettaglio la disciplina in parola.

In ambito fiscale, tale conclusione, è sicuramente condizionata dall'apertura verso le tendenze civilistiche che qualificano come interposizione fittizia tutti i fenomeni di interposizione di tipo romanistico, qualora l'operazione non sia caratterizzata da una causa specifica, riscontrabile dal ruolo attivo del soggetto interposto, dal diretto interesse di tipo economico verso lo svolgimento dell'operazione e dal rischio che esso sopporta.

In tali circostanze, quindi, non può negarsi l'utilizzabilità da parte dell'Ufficio degli ampi e penetranti poteri di accertamento previsti dall'articolo 37, comma 3.

1.3.1 – Riferibilità delle situazioni giuridiche, soggettività tributaria ed atti di destinazione del patrimonio.

Come illustrato in precedenza, la realtà dei fenomeni giuridici non preclude la possibilità che sia il diritto di disposizione che il diritto di godimento di una situazione soggettiva possano essere attribuiti, per legge o per volontà contrattuale, ad un soggetto diverso dal titolare o, anche disgiuntamente, a diversi soggetti. Da tale possibilità scaturisce la questione di fondo da cui deriva la sostanziale indeterminatezza che si ricollega al concetto di “beneficiario effettivo”.

Il negozio fiduciario ed il *trust* rappresentano, in via immediata, gli istituti giuridici a cui si riferisce la nostra indagine. È bene, innanzitutto, premettere sommariamente che in suddette tipologie negoziali si verifica come uno sdoppiamento del concetto di titolarità, distinguendo, come ad esempio nel *trust*, da un lato il *beneficial owner* e dall'altro il *legal owner*, il primo titolare effettivo del diritto di godimento ed il secondo mero titolare formale.

Prima di esaminare gli aspetti giuridici del negozio fiduciario si ritiene sia importante illustrare le osservazioni esposte dalla dottrina in merito al fondamento causale idoneo a considerare l'ammissibilità del negozio fiduciario nell'ordinamento giuridico italiano.³⁹

³⁹ Sul punto in esame si veda U. CARNEVALI, voce *Negozio Fiduciario*, Enciclopedia giuridica

La dottrina meno recente aveva ritenuto inammissibile un trasferimento in base ad una *causa fiduciae*, cioè in base ad una causa diversa da quelle tipiche fissate dalla legge: si riteneva, infatti, che lo scopo di garanzia o di mandato ravvisabili quale fine del negozio non si potessero ritenere una causa idonea a determinare il trasferimento della proprietà. In base a tali presupposti la dottrina di allora propendeva per l'inammissibilità del negozio fiduciario.

Più di recente, invece, parte della dottrina ha sostenuto che il negozio fiduciario risulterebbe dalla combinazioni di due negozi legati da un vincolo di strumentalità, di cui l'uno con l'effetto reale del trasferimento della titolarità del diritto al fiduciario e, l'altro, con l'effetto obbligatorio di imporre al fiduciario l'uso convenuto dell'oggetto trasferitogli.⁴⁰ Tuttavia, tale orientamento non è risultato condivisibile da diversi autori secondo i quali l'utilizzo per così dire “forzato” di uno schema causale tipico con effetti reali, come nel caso di specie la vendita, risulta incompatibile con la causa propria del contratto stesso: si verrebbe altrimenti a qualificare come vendita un negozio in cui fa assoluto difetto il corrispettivo.⁴¹

In tale prospettiva ci si chiede se sia possibile una diversa costruzione giuridica del negozio fiduciario che risulti ammissibile dall'ordinamento italiano, fermo restando l'idoneità di tale strumento giuridico a perseguire le medesime finalità.

A tal proposito, va evidenziato che nel negozio fiduciario la volontà delle parti è indirizzata al conseguimento di un effetto giuridico, il trasferimento di un diritto, appunto, che diverge rispetto alla finalità del negozio.⁴² In base a tali argomentazioni la dottrina ha inteso qualificare il negozio fiduciario come negozio legislativamente atipico. Tuttavia, è stato osservato che la tesi di una causa fiduciae atipica sarebbe inammissibile per il risultato cui conduce. L'esistenza di una tale causa atipica darebbe luogo all'esistenza di una nuova forma di proprietà – la proprietà fiduciaria – priva dei caratteri tipici del concetto giuridico di proprietà concepito

Treccani; G. VETTORI, *Atti di destinazione e trust* (art. 2645 ter del codice civile), Padova, 2008; A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Torino, 2007.

⁴⁰ Si veda E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto Civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1960, p. 307; N. LIPARI, *il negozio fiduciario* Milano, 1964.

⁴¹ Così U. CARNEVALI, voce *Negozio Fiduciario*, Enciclopedia giuridica Treccani.

⁴² Nella dottrina citata tale fenomeno viene richiamato facendo cenno alla divergenza tra intento empirico ed intento giuridico.

dall'ordinamento italiano, quali la perpetuità e la facoltà di disposizione. Tale nuova forma di proprietà costituirebbe un diritto reale nuovo, non previsto dall'ordinamento italiano: la proprietà formale.

Si osserva che, però, alcune forme di “proprietà strumentale” sono già presenti nell'ordinamento italiano: si pensi, ad esempio, alla titolarità del mandatario che abbia acquistato in nome proprio e per conto del mandante.

L'atipicità causale del negozio fiduciario sarebbe giustificata dal riconoscimento del principio di libertà negoziale che comporta, come imprescindibile conseguenza, la possibilità di influire sulle situazioni reali, adattandole e graduandole secondo gli interessi che muovono le parti.

Come argomentato in precedenza, nel rapporto fiduciario le parti perseguono degli intenti atipici: attraverso gli effetti giuridici tipici che si determinano con il trasferimento di un bene ad un soggetto (il fiduciario), si persegue una finalità diversa da quella tipicamente prevista dal contratto posto in essere. Secondo il parere di alcuni autori, tale divergenza tra effetto tipico del contratto posto in essere e finalità perseguita dalle parti, avvicina il rapporto fiduciario ai negozi indiretti ed alla simulazione.

A ben vedere, tuttavia, è bene osservare che il trasferimento del diritto in capo al fiduciario non può confondersi con il mandato (oppure con il pegno in caso di fiducia *cum creditore*). Nel negozio fiduciario il trasferimento del diritto è effettivamente voluto dai contraenti in un'ottica di strumentalità per il perseguimento del fine insito nell'operazione. Solo l'investitura reale e non apparente del fiduciario nel diritto trasferitogli consente di perseguire l'intento espresso nel *pactum fiduciae*.

Le diverse finalità per le quali si ricorre al negozio fiduciario hanno condotto alla tradizionale distinzione tra fiducia *cum amico* (detta anche pura) e fiducia *cum creditore* (detta impura).

Gli scopi per i quali si ricorre alla prima *species* del negozio fiduciario sono numerosissimi. Oltre a mettere al sicuro dei beni durante tempi di crisi, intestandoli a terzi nei quali si ripone la totale fiducia, essa serve a conferire un incarico ad un soggetto, il fiduciario, in maniera particolarmente efficace (cd. fiducia per

amministrazione). In tal senso, e nell'attuale contesto economico, questa variante del contratto fiduciario ha trovato una vasta applicazione soprattutto per quel che riguarda l'intestazione di pacchetti azionari e di partecipazioni in società di capitali.

Con l'intestazione in capo al fiduciario dei titoli partecipativi (quote o azioni) questo assume l'obbligo di gestire tali *assets* secondo le istruzioni impartite dal fiduciante nel *pactum fiduciae* ed, eventualmente, ritrasferire i frutti derivanti da tale gestione (se non anche i beni stessi) a terzi beneficiari.

L'altra *species* del *genus* dei negozi fiduciari è la fiducia *cum creditore*. Tale negozio risponde ad una funzione di garanzia nei confronti di un creditore. Il fiduciante trasferisce al fiduciario, che è un suo creditore, un determinato bene, contestualmente sottoscrivendo che il patrimonio traslato ritornerà di proprietà del fiduciante al momento in cui costui adempirà; oppure, in ipotesi alternativa, si ha un trasferimento del bene dal fiduciante al fiduciario, persona di comune fiducia, concordando che costui trasferirà il bene medesimo al terzo creditore del fiduciante nell'ipotesi di inadempimento di quest'ultimo.

Un seconda distinzione nell'ambito dei negozi fiduciari si basa sulle diverse modalità di trasferimento del diritto dal fiduciante al fiduciario e sul vincolo assunto da quest'ultimo con la sottoscrizione del cd. *pactum fiduciae*. In base a tale criterio si distinguono fiducia romanistica e fiducia germanistica.

Nella fiducia romanistica il fiduciario riceve la piena titolarità *erga omnes* dei diritti che gli sono stati trasferiti ed è vincolato nei confronti del fiduciante solo in relazione a quanto sottoscritto nel *pactum fiduciae*. Il fiduciario, pertanto, riceve un'attribuzione piena ed illimitata dal punto di vista esterno ma circoscritta, attraverso il *pactum fiduciae*, nell'ambito dei rapporti interni con il fiduciante.⁴³

Nella fiducia germanistica, diversamente, si ha un rafforzamento della posizione del fiduciante nei confronti dei terzi, attraverso l'attribuzione al *pactum fiduciae* degli effetti reali che, invece, mancano nella fiducia romanistica. Ad esempio, un tipico negozio fiduciario di tipo germanistico può prevedere la presenza di una clausola risolutiva che imponga, in caso di morte del fiduciario o di

⁴³ Così U. CARNEVALI, voce *Negozio Fiduciario*, Enciclopedia giuridica Treccani.

disposizione abusiva da parte di quest'ultimo, l'immediata risoluzione del rapporto con il conseguente automatico ritrasferimento della titolarità in capo al fiduciante, ovvero al beneficiario.⁴⁴

Appurata, dunque, l'esistenza di diverse tipologie e modalità di configurazione del negozio fiduciario, resta il problema concreto di individuare e classificare in modo corretto la tipologia di negozio posta in essere dal fiduciante e dal fiduciario. Posta l'atipicità del negozio giuridico in esame, la questione va affrontata ricorrendo all'interpretazione dell'effettiva volontà delle parti, al fine di poter accertare se il fiduciante abbia inteso trasferire al fiduciario la piena titolarità ovvero la sola legittimazione. Non sempre tale obiettivo è raggiungibile in maniera diretta ed agevole.

Nei contratti di amministrazione stipulati con le fiduciarie, ad esempio, l'interpretazione della volontà delle parti risulta chiara e semplice, data la presenza di clausole contrattuali, come quelle che impongono al fiduciario il divieto di trasferimento della titolarità del diritto.

In via generale, tuttavia, si può sostenere che, nella fiducia per amministrazione, si presume che le parti abbiano adottato una fiducia di tipo germanistico, tale da conferire al fiduciario la sola legittimazione; invece, nei negozi fiduciari *cum creditore*, deve ritenersi che venga adottata una fiducia romanistica: ciò in quanto la funzione di garanzia del negozio posto in essere è rafforzata dal fatto che il bene concesso in garanzia esce dal patrimonio del fiduciante debitore ed è sottratto dalle eventuali pretese degli altri creditori.

La scelta delle parti in merito alla tipologia di contratto fiduciario da porre in essere deve tener conto anche delle vicende future che potrebbero interessare il fiduciante, il fiduciario o il patrimonio e che, indubbiamente, incidono fortemente sul rapporto instaurato.

È opportuno ricordare che l'attribuzione del diritto al fiduciario rappresenta un'attribuzione strumentale e temporanea; infatti, come argomentato in precedenza, lo scopo empirico dei negozi fiduciari è quello di consentire un ulteriore

⁴⁴ Cfr. L. CARIOTA FERRARA, I negozi fiduciari, Padova, 1933.

ritrasferimento dei beni o dei frutti da essi derivanti al fiduciante o al beneficiario individuato.

Nei negozi in cui la fiducia è risolutivamente condizionata, *e.g.* nella fiducia *cum creditore*, al verificarsi della condizione risolutiva, tale ritrasferimento avviene in modo automatico e con effetti reali. Diversamente, nella fiducia romanistica, il ritrasferimento dei beni al fiduciante o al terzo beneficiario deve avvenire attraverso un apposito atto che rappresenta l'adempimento al *pactum fiduciae*, da parte del fiduciario.⁴⁵

Nel caso in cui il fiduciante non adempia all'obbligo assunto con il *pactum fiduciae*, sorge il problema di individuare i mezzi di tutela offerti al fiduciante o al terzo beneficiario da parte dell'ordinamento.

È bene che la problematica in parola venga affrontata presupponendo che l'attribuzione al fiduciario di un diritto pieno ed illimitato, dal punto di vista reale, ovvero di una legittimazione all'esercizio del diritto, comporta la possibilità che il fiduciario usi il potere attribuitogli in modo difforme da quanto stabilito nel *pactum fiduciae*. In tale potestà di abuso si riscontra la caratteristica principale del negozio fiduciario: se l'ordinamento giuridico apprestasse degli strumenti tali da eliminare la potestà di abuso del fiduciario, si avrebbe una sorta di “fiducia legale” che è la precisa negazione del negozio fiduciario.⁴⁶

Fatta tale precisazione, si può ora affrontare la disamina del problema dei mezzi di tutela, esperibili dal fiduciante o dal beneficiario, avverso le disposizioni abusive del fiduciario.

A tal riguardo, uno dei mezzi di difesa è rappresentato dall'articolo 2932 del Codice Civile; in base a detto articolo, se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie all'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso.

La possibilità di ottenere una sentenza costitutiva ai sensi del citato articolo

⁴⁵ Il trasferimento al terzo si prospetta come un atto dovuto nei confronti del fiduciante, sicché fa difetto quella spontaneità che è implicita nello spirito di liberalità che è tipico delle donazioni.

⁴⁶ Si veda U. CARNEVALI, voce *Negozi Fiduciari*, Enciclopedia giuridica Treccani.

2932 ha indotto una parte della dottrina ad affermare che il rimedio in questione attenua drasticamente la distinzione tra fiducia romanistica e fiducia germanistica. Invero, seppure si vuole riconoscere un forte apprezzamento per la tutela offerta dalla disciplina in parola, si deve ricordare che, qualora il bene oggetto del negozio fiduciario fosse stato ceduto a terzi, il dante causa non potrebbe opporre il *pactum fiduciae erga omnes*, pertanto, l'unico rimedio resterebbe quello del risarcimento del danno nei confronti del fiduciario.

Tra le altre vicende che potrebbero avere un impatto sul rapporto fiduciario è da considerare anche il decesso di una delle parti. In caso di morte del fiduciario, ad esempio, si pone il problema per il fiduciante di rivendicare agli eredi del primo i beni alienati. Nella fiducia romanistica tutti i diritti ed i doveri di cui è investito il fiduciario si trasmettono agli eredi ed il fiduciante dovrà chiedere a costoro l'adempimento del *pactum fiduciae*. Diversamente, nella fiducia di tipo germanistico, al fiduciario viene attribuita la mera legittimazione con l'intesa che la titolarità dei beni resta in capo al fiduciante; in tal caso quest'ultimo potrà rivendicare agli eredi del fiduciario la proprietà dei beni.

Altro evento che potrebbe verificarsi ponendo in pericolo il rapporto fiduciario è il fallimento del soggetto fiduciario. Tale problema interessa in particolar modo la fiducia *cum creditore*. Lo scioglimento del rapporto ai sensi dell'articolo 78 della legge fallimentare⁴⁷ potrebbe comportare per il terzo creditore la perdita del bene oggetto della garanzia. È tuttavia da tener presente che la giurisprudenza prevalente e larga parte della dottrina ritengono che il mandato nell'interesse di un terzo sfugge allo scioglimento automatico di cui all'articolo 78 citato e, allo stesso modo, deve considerarsi escluso da tale scioglimento anche il contratto fiduciario *cum creditore*.⁴⁸

Tale problematica genera conseguenze meritevoli di particolare attenzione anche in relazione a negozi fiduciari di tipo germanistico. In tal caso, a seguito della dichiarazione di fallimento del fiduciario, il fiduciante, essendo il legittimo proprietario dei beni, può proporre la domanda di rivendicazione ai sensi dell'articolo

⁴⁷ Ai sensi dell'articolo 78, comma 2, R.D. n. 267 del 1942, "il contratto di mandato si scioglie per il fallimento del mandatario".

⁴⁸ Così U. CARNEVALI, voce *Negozio Fiduciario*, Enciclopedia giuridica Treccani.

103 della legge fallimentare.⁴⁹

Nel caso di fiducia romanistica, invece, posto che il bene è ormai divenuto di proprietà del fiduciario, esso dovrebbe rientrare nella massa fallimentare, pertanto, per il fiduciante, la soluzione a tale problema consisterebbe nel presentare domanda di insinuazione al passivo. Tuttavia, in merito a tali situazioni, diversi esponenti della dottrina ipotizzano l'applicazione analogica dell'articolo 1707 del Codice Civile; in base a tale articolo i creditori del fiduciario, al pari dei creditori del mandatario fallito, non possono far valere le loro ragioni sui beni acquisiti dal fallito attraverso il contratto fiduciario. Pertanto, in base a quest'ultima interpretazione proposta, anche nel caso di fiducia romanistica il fiduciante gode di un diritto di separazione dei propri beni rispetto al patrimonio del fiduciario fallito.

Un ulteriore e rilevante negozio giuridico che al pari del negozio fiduciario si fonda sulla causa *fiduciae* è il *trust*.

Com'è noto il *trust* è un istituto giuridico sorto nei sistemi giuridici di *common law* che, nell'ordinamento italiano, non gode di una disciplina propria. Tuttavia, il *trust* ha formato oggetto della Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, ratificata dall'Italia quattro anni più tardi.

Tale ratifica, però, non ha recepito l'istituto in esame nell'ordinamento giuridico italiano, tanto meno ha integrato il nostro sistema di leggi introducendo una disciplina specifica. Attraverso la ratifica della Convenzione dell'Aja, l'Italia ha però integrato il proprio sistema giuridico con una norma convenzionale di diritto privato internazionale, volta ad individuare il diritto applicabile per la risoluzione delle controversie derivanti da conflitti tra norme interne degli Stati aderenti alla Convenzione.

Nello schema giuridico del *trust* interagiscono principalmente tre soggetti: il costituente, detto *settlor*, che aliena i beni o i diritti oggetto del negozio a favore del *trustee*; il *trustee* che amministra tali beni o diritti, di cui è divenuto titolare, in favore di un terzo soggetto detto *beneficiary* (cd. beneficiario effettivo).

⁴⁹ In base all'articolo 103, comma 1, R.D. n. 267 del 1942, ai procedimenti che hanno ad oggetto domande di restituzione o di rivendicazione si applica il regime probatorio previsto dall'articolo 621 del Cod. Civ.

Nello schema descritto, quindi, il *trustee* diviene il *legal owner* dei beni o diritti costituiti, mentre il terzo beneficiario diviene titolare di un interesse cd. *equitable* ed è per questo detto anche *beneficial owner* dei beni o diritti costituiti in *trust*.

È di primaria importanza sottolineare che la costituzione di un *trust* da luogo ad un patrimonio separato, poiché non può essere oggetto di esecuzione da parte dei creditori personali del *trustee*. Inoltre, se un bene viene abusivamente trasferito dal *trustee* ad un terzo, gli effetti di tale trasferimento si considerano potenzialmente inefficaci nei confronti del beneficiario il quale gode di un diritto di sequela (detto *tracing*) che gli consente di recuperare il bene.

Se risulta pacifico affermare che il *trust* non può considerarsi un istituto del diritto italiano, è invece dibattuto se, per il diritto privato italiano, a seguito della ratificata Convenzione dell'Aja, possa essere riconosciuto il *trust* cd. interno, cioè un *trust* in cui tutti gli elementi – con la sola eccezione della disciplina applicabile – sono radicati nell'ordinamento italiano.

Qualora, ai sensi della Convenzione dell'Aja, si ammette la possibilità di porre in essere un *trust* cd. interno, in base agli articoli 6 e 7 della suddetta Convenzione, questo sarebbe disciplinato dalla normativa di fonte straniera e, pertanto, la problematica non riguarderebbe il diritto civile italiano. Diversamente, allorché si ritiene applicabile l'articolo 13 della Convenzione dell'Aja, un *trust* privo del presupposto dell'internazionalità quindi, ad esempio, un *trust* costituito tra cittadini italiani, avente ad oggetto beni situati in Italia ed un beneficiario italiano, sarebbe assoggettato alla disciplina di fonte italiana. Proprio a tal riguardo ci si deve domandare quale sia la disciplina interna da applicare.

Come numerosi autori hanno osservato, la normativa italiana che più delle altre si avvicina al *trust* è quella che regola i negozi fiduciari. Tuttavia, tra i due istituti, sono evidenti alcune differenze di rilievo.

Una prima fondamentale differenza tra negozio fiduciario e *trust* riguarda la natura delle situazioni giuridiche attribuibili ai soggetti del negozio. Nella fiducia romanistica l'attribuzione dei diritti in capo al fiduciario è piena ed i limiti derivanti

dal *pactum fiduciae* rappresentano un mero adempimento contrattuale; questo vuol dire che la posizione giuridica del fiduciante e del beneficiario non vanta una tutela *erga omnes*.

Nel *trust*, al contrario, il beneficiario gode di una maggiore tutela, rappresentata dal diritto di sequela (cd. *tracing*), che gli consente di far valere i propri diritti anche nei confronti dei terzi che avessero acquistato i beni del *trust* dal *trustee* infedele.

Un ulteriore elemento che contraddistingue i due istituti in esame è il cd. effetto segregativo, tipico del *trust*. I beni trasferiti con il negozio istitutivo del *trust* formano un patrimonio separato rispetto a quello del *trustee* che non può essere aggredito dai suoi creditori personali.

Oltre alla normativa che regola i negozi fiduciari, anche la disciplina di cui all'articolo 2645-ter del Codice Civile presenta alcuni aspetti tali da far ritenere una probabile applicazione al fenomeno del *trust*.

Introdotta nel 2006, tale norma prevede che “gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo”.

In altri termini, l'articolo in parola dispone: i) la trascrivibilità degli atti con cui i beni immobili o mobili registrati vengono destinati alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili, ad esempio, a persone con disabilità o ad enti pubblici; ii) l'opponibilità *erga omnes* del vincolo di destinazione; iii) l'inagredibilità dei beni

e dei relativi frutti destinati in tal senso per debiti non collegati allo scopo di destinazione; iv) la possibilità di utilizzo di tali beni e dei relativi frutti esclusivamente per la realizzazione del fine di destinazione.⁵⁰

Con l'introduzione della disciplina in esame sono sorti ragionevoli dubbi circa l'applicabilità della stessa ai fini della disciplina interna del *trust*.

La prima osservazione che si ritiene utile illustrare, riguarda il valore innovativo effettivamente apportato dall'articolo 2645-ter. A ben vedere, l'articolo in esame non ha ampliato il potere di autonomia negoziale già presente nel nostro ordinamento. Tuttavia, sul piano sistematico, la disciplina degli atti di destinazione, oltre a sancire l'inaggregabilità del patrimonio soggetto al vincolo di destinazione, sembra derogare rispetto al principio generale del divieto negoziale di alienazione, sancito dall'articolo 1379 del Codice Civile.⁵¹

Per effetto della nuova norma, ai privati è consentito porre in essere un atto, con effetto tra le parti, costitutivo di un vincolo di destinazione su un bene immobile o mobile registrato anche per la durata di novanta anni, o per la durata corrispondente alla vita della persona beneficiaria. Tuttavia, affinché l'atto resti valido è necessario che esso sia diretto a realizzare interessi meritevoli di particolare tutela.

L'articolo 2645-ter va quindi letto come se dicesse che la destinazione di beni è consentita solo se è indirizzata a realizzare interessi riferibili a persone diversamente abili, alla pubblica amministrazione ovvero altri interessi di analoga natura riferibili a qualunque altro soggetto o ente; in conclusione, interessi di rilevante utilità sociale o pubblica non specificamente prelezionati dalla legge.⁵²

Il problema che emerge dalle argomentazioni che precedono riguarda l'applicabilità, per analogia, della disciplina descritta all'istituto anglosassone del *trust*.

Non vi è dubbio che, al di là delle generiche similitudini rilevabili tra gli istituti in esame (*trust*, negozio fiduciario ed atti di destinazione), il negozio di cui

⁵⁰ Così A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Torino, 2007, p. 74.

⁵¹ Ai sensi dell'articolo 1379 del Codice Civile, "Il divieto di alienare stabilito per contratto ha effetto solo tra le parti e non è valido se non è contenuto entro convenienti limiti di tempo e se non risponde a un apprezzabile interesse di una delle parti".

⁵² Così A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Torino, 2007, p. 76.

all'articolo 2645-ter ha una chiara attitudine a produrre effetti nettamente differenti da quelli del *trust* e del negozio fiduciario, sia tra le parti che rispetto ai terzi. L'atto di destinazione in commento, infatti, non priva il disponente della piena titolarità dei beni, che sono vincolati in via obbligatoria allo scopo indicato nell'atto e, contestualmente, attribuisce al beneficiario una mera pretesa di natura personale ma non la titolarità di situazioni reali (come invece avviene nel *trust*).

La caratteristica dell'istituto che emerge in maniera più netta è sicuramente la trascrivibilità dell'effetto per i destinatari. Proprio tale caratteristica consente l'opponibilità ai terzi del vincolo di destinazione. Tuttavia, come argomentato in precedenza, la tutela rappresentata dall'opponibilità ai terzi del vincolo di destinazione non è comparabile con la tutela reale di cui gode il *beneficial owner* nel *trust*.

A ben vedere, confrontando l'istituto in esame con il negozio fiduciario ed il *trust*, si nota chiaramente che mentre questi ultimi atti possono essere stipulati per il perseguimento di qualsiasi finalità, il primo può porsi in essere esclusivamente per il perseguimento di finalità di una certa rilevanza sociale. Condizione, quest'ultima, che circoscrive l'istituto rispetto all'indagine che ci interessa condurre ai fini della presente trattazione. In conclusione, emerge una netta differenza con i due istituti precedentemente descritti.

2. IL CONCETTO DI *BENEFICIAL OWNERSHIP* NEL DIRITTO DELLE CONVENZIONI INTERNAZIONALI CONTRO LA DOPPIA IMPOSIZIONE.

2.1 – Nota introduttiva alla nozione di "beneficial owner" nel diritto tributario internazionale.

Da tempo dottrina e giurisprudenza tributaria si interrogano sul significato dell'espressione "*beneficial owner*" contenuta nell'ambito delle Convenzioni internazionali contro la doppia imposizione, ormai da alcuni decenni.

Il significato dell'espressione "*beneficial owner*" (o nella versione italiana "beneficiario effettivo"), in ambito convenzionale, presuppone un riferimento al

contesto normativo in cui tale locuzione è presente, ma, soprattutto, alla finalità perseguita dall'Ocse di contrastare l'uso improprio delle Convenzioni in materia fiscale. Senza dubbio, l'inserimento del requisito in parola nel Modello Ocse – e nelle Convenzioni che ad esso si conformano – ha esercitato i suoi effetti dissuasivi nei confronti dei fenomeni di interposizione di persona, volti in sostanza a beneficiare di regimi convenzionali più favorevoli (cd. *treaty shopping*).

Mediante il ricorso all'interposizione di una persona residente (cd. società *conduit*) si rende impropriamente possibile l'applicazione dei benefici previsti da una determinata Convenzione contro la doppia imposizione, attraverso l'interposizione di un soggetto residente in un Paese che abbia concluso con lo Stato della fonte del reddito una Convenzione bilaterale che preveda un regime impositivo più favorevole, rispetto a quello eventualmente previsto dalla Convenzione conclusa tra lo Stato della fonte ed il Paese di residenza del soggetto a cui sarebbe realmente imputabile il flusso di reddito oggetto dell'operazione triangolare.

Per comprendere appieno quale sia il significato che la locuzione oggetto della presente analisi assume nel linguaggio del diritto tributario internazionale e, più specificamente, in ambito convenzionale, si ritiene sia utile illustrare quale sia la sua provenienza.

2.2 – Brevi cenni sull'origine dell'espressione “beneficial owner”.

L'espressione *beneficial owner* trova origine nei sistemi giuridici di *common law* in cui la stessa si contrappone al *legal owner*. Alcuni hanno sostenuto che la figura del *beneficial owner* sia espressione del più generale principio di prevalenza della sostanza sulla forma, che permea l'intero sistema giuridico anglosassone ma, in realtà, essa rappresenta il frutto della distinzione tra titolarità formali e titolarità sostanziali del diritto di proprietà nei sistemi giuridici anglosassoni, in cui tale diritto di proprietà è visto come un insieme di diversi diritti (*bundle of rights*), ciascuno

dotato di una propria autonomia giuridica.⁵³

Tale situazione risulta evidente in particolar modo analizzandola in relazione ad un istituto tipico di questi sistemi giuridici, ossia il *trust*.⁵⁴ In esso è possibile distinguere due soggetti: il *trustee* (o *legal owner*) rappresenta il proprietario formale dei beni costituiti in *trust*, mentre il *beneficial owner* identifica il soggetto titolare del diritto di beneficiare dei vantaggi economici derivanti dal patrimonio costituito in *trust*.

A ben vedere, la dicotomia in esame mette in risalto la frammentazione del diritto di proprietà in relazione ad un dato bene. Tale dicotomia sorge dall'esigenza di creare due emisferi distinti: quello della titolarità formale e quello della titolarità effettiva rispetto ai diritti vantati su di un bene concesso in *trust*.

L'istituto giuridico del *beneficial owner* è stato poi trapiantato nel diritto tributario internazionale grazie all'operato dell'Ocse, in un contesto alquanto differente da quello suo originario ed allo scopo di perseguire finalità di contrasto ai fenomeni di interposizione soggettiva volti ad aggirare le ritenute (o ad ottenere una loro riduzione) nello Stato della fonte. Nel 1977, l'Ocse inserì all'interno del Modello una "clausola" in grado di far fronte a fattispecie in cui la frammentazione del diritto di proprietà fosse ingannevolmente ricercata al fine di consentire il godimento dei benefici convenzionali al soggetto qualificato come titolare del reddito in senso solo formale.

Come sarà illustrato nei paragrafi successivi, parte rilevante della dottrina afferma che il requisito del *beneficial owner* ha mutuato il proprio significato convenzionale rispetto a quello attribuitogli tradizionalmente nei sistemi giuridici di *common law*.⁵⁵ La circostanza che l'espressione in esame, in ambito convenzionale, si riferisce a fattispecie di natura diversa rispetto al suo contesto di origine, non può che avvalorare la suddetta tesi che attribuisce al concetto espresso dalla locuzione

⁵³ Sul punto si veda P. PISTONE, in *L'abuso nel Diritto Tributario Internazionale*, in *Diritto Tributario Internazionale* (a cura di V. Uckmar), III edizione, Padova, 2005, p. 868: Nella giurisprudenza britannica questo concetto è espresso nei casi *Ayerst Inspector of Taxes v. C.&K. (Construction) Ltd.*, H.L. (1975), in *S.T.C.* 345 e *Sainsbury J. plc. V. O'Connor (Inspector of Taxes)*, Ch. (1990) in *S.T.C.* 516, C.A. (1991) 18 in *S.T.C.* 318.

⁵⁴ Per ulteriori approfondimenti sull'istituto del *trust* si rinvia al primo capitolo della trattazione.

⁵⁵ Cfr. C. DU TOIT, *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*, in *IBFD* 1999, p. 194 e ss.

“*beneficial owner*” un significato autonomo in ambito convenzionale.

In ragione di tali considerazioni, sembra poco opportuno argomentare sul significato del sintagma “beneficiario effettivo”, se prima non siano stati forniti alcuni chiarimenti circa l’utilizzo di tale espressione nel diritto delle Convenzioni internazionali in materia fiscale.

2.3 – L’evoluzione del Modello di Convenzione Ocse in tema di *passive income* e l’introduzione del *beneficial owner*

Nel 1963 il Modello di Convenzione Ocse, non contemplando ancora il requisito del *beneficial owner*, attribuiva gli effetti benèfici degli accordi bilaterali in materia fiscale a quei soggetti che genericamente fossero individuabili come titolari⁵⁶ di un cd. *passive income*.⁵⁷

La nozione di “*beneficial owner*” venne introdotta successivamente nel Modello di Convenzione del 1977, vincolando così l’attribuzione dei benefici convenzionali alla circostanza che il percettore del reddito ne fosse anche l’effettivo beneficiario. Ciò è accaduto modificando le clausole distributive della potestà impositiva in tema di *passive income* (10.2, 11.2 e 12.1, Modello Ocse) in modo da limitare la riduzione della ritenuta alla fonte ai pagamenti effettuati ad un soggetto residente dell’altro Stato contraente che, oltre ad essere il percettore, potesse qualificarsi anche come il *beneficial owner* del pagamento stesso.

La modifica operata nel 1977 al Modello Ocse richiedeva che il percettore fosse il cd. beneficiario effettivo del pagamento, rendendo, così, incerta l’applicazione del beneficio della riduzione della ritenuta alla fonte anche in casi in relazione ai quali non potevano sorgere problemi di abuso del Trattato, come nel caso

⁵⁶ Nel Modello di Convenzione Ocse del 1963 si fa riferimento ai percettori del reddito (definiti come “*recipients*”) in senso generico, senza rimandare ad alcuna distinzione né sul piano formale, né sul piano sostanziale.

⁵⁷ Con l’espressione *passive income* devono intendersi i redditi derivanti dalla partecipazione indiretta ad un’attività produttiva di reddito. Esempi di *passive income* sono i dividendi, gli interesse e le *royalties*, la cui disciplina è rispettivamente contenuta negli articoli 10, 11 e 12 del Modello di Convenzione Ocse.

in cui il *beneficial owner* fosse un residente dello stesso Stato contraente dell'intermediario *conduit*.

Tale incertezza applicativa, determinata sicuramente da un'imprecisa stesura della norma, risultava fuorviante rispetto all'obbiettivo perseguito dai Trattati contro la doppia imposizione, pertanto, nel 1995 l'Ocse decise di rivedere nuovamente la clausola del *beneficial owner* all'interno del Modello di Convenzione.

Si venne così a creare, per la prima volta in ambito internazionale, l'esigenza di poter individuare il beneficiario effettivo di un reddito al fine di definire la corretta applicazione dei benefici convenzionali.

Finalmente, attraverso la revisione apportata al Modello nel 1995, l'Ocse ha specificato che la limitata imposizione nello Stato della fonte deve trovare applicazione anche nelle ipotesi in cui non vi sia coincidenza tra *beneficial owner* e *legal owner*, purché gli stessi siano entrambi residenti dell'altro Stato contraente.

Sul significato convenzionale da attribuire alla locuzione "*beneficial owner*", pur non avendo il Modello Ocse fornito una definizione ufficiale, possono trovarsi elementi utili per la ricostruzione concettuale all'interno del Commentario ufficiale, agli articoli 10, 11 e 12. Inizialmente il Commentario, agli articoli 10 ed 11, escludeva l'applicabilità dei benefici derivanti dai Trattati in materia fiscale nelle fattispecie in cui tra il soggetto erogatore del reddito ed il cd. beneficiario effettivo vi fosse l'interposizione di un agente o intestatario ex fiducia (cd. *nominee*).

Tale interpretazione rifletteva la versione del Commentario pubblicata nel 1977 ed ha quindi subito una rilevante modifica a seguito di uno studio specifico, condotto nel 1987 dall'Ocse, in merito all'utilizzo delle società cd. *conduit*.

Il risultato di tale ricerca condusse l'Ocse ad affermare, in aggiunta a quanto già stabilito, che non potesse considerarsi *beneficial owner* una qualsiasi società veicolo (cd. *conduit*) che, pur se formalmente titolare del reddito, esercitasse sul patrimonio fonte di tale reddito poteri talmente limitati da renderla una mera fiduciaria o amministratrice per conto altrui. Tuttavia, sempre nello studio condotto sulle società cd. *conduit*, l'Ocse specificò che la circostanza che la principale funzione della società veicolo fosse quella di detenere partecipazioni cd. passive in

altre entità operative produttive del reddito, non fosse una condizione sufficiente per identificarla quale mero soggetto intermediario.

Nel 2003 l'Ocse ha aggiornato il Commentario ufficiale al Modello di Convenzione inserendo alcune importanti indicazioni per chiarire il significato convenzionale da attribuire alla locuzione in esame.

In particolare, le linee guida fornite dall'Ocse in relazione agli articoli 10, 11 e 12 del Modello di Convenzione suggeriscono di attribuire la qualifica di *beneficial owner* sulla base di un'analisi condotta caso per caso.

Secondo il Commentario ufficiale agli articoli 10, 11 e 12 del Modello di Convenzione, l'espressione *beneficial owner* non è utilizzata nei Trattati in materia fiscale con un'accezione tecnica e restrittiva ma, piuttosto, deve essere interpretata in base al suo contesto ed in virtù delle finalità perseguite dalla Convenzione.

Si rileva come in base a tale interpretazione, nel caso in cui il reddito sia percepito da un mero intermediario, senza alcun dubbio lo Stato della fonte non è tenuto a riconoscere i benefici (ridotta ritenuta alla fonte) derivanti dall'applicazione della Convenzione contro la doppia imposizione siglata con lo Stato in cui l'intermediario *conduit* è residente. In tale circostanza, il riconoscimento del beneficio convenzionale da parte dello Stato della fonte sarebbe palesemente contrario alla finalità perseguita dal Trattato configurando, invece, un utilizzo improprio dello stesso.⁵⁸

Tuttavia, nel caso in cui il soggetto percettore del reddito risulti un soggetto intermediario dotato di una limitata capacità di disporre del patrimonio-fonte ma, contemporaneamente, sopporti il rischio gravante su di esso, alla luce delle suddette modifiche al Commentario al Modello di Convenzione, è incerto se lo Stato della fonte sia tenuto ad applicare la ritenuta nella misura ridotta prevista dalla Convenzione (o a non applicarla affatto).

In tale fattispecie, un mancato riconoscimento dei benefici convenzionali determinerebbe, quasi certamente, un caso di doppia imposizione.

⁵⁸ Cfr. *Commentario ufficiale al Modello di Convenzione Ocse*, articolo 10, paragrafo 12.1 e ss.; articolo 11, paragrafo 10 e ss.; articolo 12 paragrafo 4.1 e ss.

In base a quanto sopra argomentato, sembrerebbe che le ultime modifiche introdotte nel Commentario ufficiale del 2003 non abbiano chiarito del tutto i dubbi interpretativi gravanti sulla figura del *beneficial owner*.

In merito al significato attribuibile in ambito convenzionale al sintagma *de quo*, esistono diversi pareri nella dottrina e nella giurisprudenza tributaria internazionale;⁵⁹ tuttavia, si deve ritenere che l'originaria nozione di *beneficial owner* e le diverse interpretazioni alle quali essa è stata sottoposta non possono considerarsi accoglibili *tout court* nell'ambito dei Trattati contro la doppia imposizione. Su tali questioni è opportuno svolgere alcuni approfondimenti.

2.4 – Le diverse interpretazioni della nozione di *beneficial owner* nella giurisprudenza tributaria internazionale.

Le sentenze riguardanti l'applicazione della clausola del *beneficial owner* nelle Convenzioni contro la doppia imposizione si susseguono ormai ad un ritmo sempre più elevato nella giurisprudenza tributaria dei Paesi Ocse.

Uno dei primi casi a destare interesse sul significato convenzionale attribuibile alla nozione di *beneficial owner* è noto come “*Market Maker*” ed è risalente al 1994.⁶⁰

Esso riguarda un'operazione di *dividend stripping* in cui la cedola dei dividendi, ma non il titolo di partecipazione sottostante, veniva trasferita ad un soggetto terzo il quale, data la propria situazione, richiedeva il rimborso delle maggiori ritenute versate in ragione dei benefici previsti dalla Convenzione in materia fiscale vigente tra lo Stato della fonte ed il proprio Stato di residenza. In tale

⁵⁹ La giurisprudenza di *common law* ha elaborato diversi connotati volti ad identificare il soggetto cd. beneficiario effettivo del reddito. In base a tali orientamenti il *beneficial owner* dovrebbe coincidere con la persona che esercita più intensamente diritti di controllo sul patrimonio, la persona che ha diritto a godere maggiormente dei frutti scaturenti dal patrimonio, colui che effettivamente ne sopporta i costi, ovvero, ne sopporta il rischio (sul punto si veda C. du Toit, *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*, Amsterdam IBFD 1999). Diversamente la giurisprudenza italiana sembra propensa ad identificare il cd. beneficiario effettivo con il soggetto al quale il reddito è attribuito ai fini della potenziale assoggettabilità ad imposizione (si veda Cassazione Civile n. 1231, del 29 gennaio 2001).

⁶⁰ The Netherlands Supreme Court decision n. 28.638 del 6 aprile 1994, BNB 1994/217c.

circostanza la Corte Suprema dei Paesi Bassi sancì che, ai fini convenzionali, la qualifica di *beneficial owner* fosse attribuibile anche qualora il medesimo soggetto non fosse il titolare delle partecipazioni fonte del dividendo.

In particolar modo, il caso *de quo* è inerente la cessione di cedole dei dividendi, provenienti dalla compagnia olandese *Royal Dutch Shell*, operata da parte di una società residente negli Stati Uniti nei confronti di un soggetto intermediario residente nel Regno Unito.⁶¹

La cessione delle suddette cedole era stata conclusa quando i dividendi della *Royal Dutch Shell* erano stati deliberati dall'assemblea della stessa, ma non ancora distribuiti.

L'Amministrazione olandese riteneva che al caso di specie non fosse applicabile la ritenuta (ridotta) prevista dalla Convenzione vigente tra Paesi Bassi e Regno Unito, sostenendo che il soggetto britannico fosse qualificabile come mero intermediario e non come *beneficial owner*.

A tal riguardo, la Corte Suprema olandese evidenziò che, attraverso l'acquisto delle cedole, la società britannica aveva ottenuto la piena disponibilità delle stesse e, pertanto, in base a tale considerazione i giudici affermarono che il soggetto intermediario fosse qualificabile come il *beneficial owner* dei dividendi in questione.

In seguito a tale sentenza la normativa interna dei Paesi Bassi fu modificata onde prevenire il proliferare di tali fenomeni.⁶² Sin da allora venne infatti introdotta nella normativa interna⁶³ una particolare clausola nota come “*uiteindelijk gerechtigde*” la quale, pressappoco, rappresentava una sorta di *beneficial owner* di fonte interna,⁶⁴ ancorché la suddetta locuzione sarebbe più propriamente traducibile in lingua italiana con l'espressione “titolare esclusivo (o effettivo)”.

⁶¹ Sul punto si veda A. BALLANCIN, *Riflessioni a margine di alcuni contrastanti episodi giurisprudenziali di Corti straniere in tema di “beneficiario effettivo”*, in *Dir. prat. trib. Int.*, 2009, 438, nota 6.

⁶² Sul punto si veda J. WHEELER, *The Attribution of Income to a Person for Tax Treaty Purposes*. In *Bulletin, IBFD*, novembre 2005, 480.

⁶³ Come puntualmente indicato da J. WHEELER, *supra note* 39 a pag. 480: tale disciplina è contenuta nell'articolo 4, paragrafo 3, delle legge speciale sui dividendi (*Wet op de Dividendbelasting*).

⁶⁴ Tale locuzione è infatti utilizzata nelle Convenzioni concluse dai Paesi Bassi tradotte in lingua olandese per indicare l'espressione *beneficial owner*.

Tale normativa ebbe enorme rilevanza nella decisione successivamente adottata dalla Corte Suprema dei Paesi Bassi in relazione ad un nuovo caso “*Market Maker*”⁶⁵ in cui, per effetto della nuova disciplina, la Corte si esprime in senso opposto.

L’interpretazione di tipo sostanziale adottata dalla Corte olandese nel caso *Royal Dutch Shell* è stata adoperata anche dai giudici del Consiglio di Stato francese nella sentenza riguardante il caso *Royal Bank of Scotland*,⁶⁶ tuttavia, conducendo ad un risultato diverso per il contribuente. In questo caso, infatti, valutata la situazione di fatto, i giudici francesi decisero di respingere le richieste del contribuente, ritenendo che non fossero applicabili i benefici convenzionali.

Il caso in questione concerne una società controllante residente negli Stati Uniti, che nel 1992 aveva concluso un contratto di usufrutto su azioni con una banca residente nel Regno Unito. In forza di tale contratto la banca avrebbe avuto il diritto, per tre anni, ad incassare i dividendi derivanti dall’usufrutto delle azioni relative ad una controllata francese della capogruppo statunitense.

Nel 1993 i dividendi della società francese vennero distribuiti alla *Royal Bank of Scotland* assolvendo una ritenuta alla fonte del venticinque per cento. Successivamente, la banca si rivolse all’Amministrazione finanziaria francese, chiedendo il riconoscimento dei benefici previsti dalla Convenzione⁶⁷ contro la doppia imposizione siglata tra Francia e Gran Bretagna e, pertanto, avanzando istanza di rimborso per le somme trattenute in eccesso rispetto al limite convenzionale, nonché il rimborso dell’importo corrispondente al credito d’imposta sui dividendi (cd. *avoir fiscal*).

L’Amministrazione francese rigettò la richiesta avanzata dalla *Royal Bank of Scotland*, argomentando che la banca non fosse identificabile quale *beneficial owner* dei dividendi di fonte francese e che il contratto di usufrutto facente stato tra la controllante americana e la banca inglese fosse riqualificabile quale un contratto di comodato in favore della società americana, della durata di tre anni, in cambio del

⁶⁵ *Hoge Raad*, BNB 2001/196c.

⁶⁶ *Conseil d’Etat*, 29 dicembre 2006, *Ministre de l’Economie, des Finances et de l’Industrie v. Société Bank of Scotland*, n. 283314.

⁶⁷ In tal senso si veda l’articolo 10 della Convenzione contro la doppia imposizione vigente tra Francia e Regno Unito, in base al quale la ritenuta massima applicabile dagli stati contraenti non può eccedere il quindici per cento.

quale la banca inglese avrebbe ricevuto il rimborso del credito d'imposta sui dividendi.

Il diniego dell'Amministrazione francese venne impugnato dalla *Royal Bank of Scotland* dinanzi ai giudici di primo grado che, a Parigi, in data 4 luglio 2001, respinsero le richieste avanzate dalla ricorrente. Posto ciò, la *Royal Bank of Scotland* decise di appellare la sentenza di primo grado ottenendo, così, un giudizio in proprio favore.

Tuttavia, l'ultima parola sul caso è spettata al Consiglio di Stato francese il quale, riformando la sentenza della Corte di Appello, ha accolto la tesi da sempre sostenuta dall'Amministrazione francese, evidenziando che il contratto stipulato tra la banca britannica e la controllata francese fosse riqualificabile quale prestito concesso dalla *Royal Bank* alla società americana.

Pertanto, i giudici del Consiglio di Stato decidevano in favore del Fisco francese ritenendo che l'effettivo beneficiario dei dividendi fosse la capogruppo statunitense, *ergo*, sancendo l'inapplicabilità della ritenuta ridotta prevista dal Trattato contro la doppia imposizione siglato tra Francia e Gran Bretagna. L'interposizione della banca inglese era infatti un mero espediente volto unicamente ad usufruire della minor ritenuta prevista dal suddetto Trattato.

È bene notare che la soluzione prospettata dai giudici francesi prescinde da un'interpretazione tecnica della locuzione *beneficial owner* nelle Convenzioni, trovando un *iter* argomentativo che esclude il diritto all'applicazione della ridotta ritenuta convenzionale in base ad una riqualificazione degli effetti degli atti posti in essere dal contribuente per finalità di risparmio fiscale.

Si tratta di una strada spesso percorsa dalla giurisprudenza dei paesi di *civil law*, che però non fornisce un significativo apporto alla definizione dei problemi concettuali qui in esame.

Considerazioni più approfondite sono invece necessarie in merito alla sentenza dei giudici inglesi sul caso *Indofood*,⁶⁸ su cui si è sviluppato un acceso dibattito

⁶⁸ *Court of Appeal*, 2 marzo 2006, *Indofood International Finance Ltd. vs. JP Morgan Chase Bank N.A., London branch 2006*, EWCA Civ. 158.

dottrinale. In tale circostanza la Corte di Appello inglese – non un giudice tributario – non ha riconosciuto ad un soggetto intermediario residente nei Paesi Bassi la qualifica di *beneficial owner* degli interessi pagati dall'emittente di un prestito obbligazionario.

In particolare, una società indonesiana, la *Indofood*, aveva emesso un prestito obbligazionario garantito per mezzo di una sua controllata residente nelle Mauritius.

L'emissione del prestito era stata effettuata per mezzo della società (veicolo) controllata, con il solo scopo di poter fruire della minore ritenuta sugli interessi passivi prevista dalla Convenzione contro la doppia imposizione vigente tra l'Indonesia e le Mauritius. A conferma di ciò depone il fatto che nel regolamento di emissione era stata posta una clausola in base alla quale il prestito sarebbe stato rimborsato anticipatamente, nel caso in cui la ritenuta sugli interessi passivi fosse variata.⁶⁹ In aggiunta ed in alternativa alla possibilità di rimborsare anticipatamente le obbligazioni, la clausola citata prevedeva la possibilità per la società emittente di poter rimediare mediante l'adozione di misure ragionevoli.⁷⁰

Trascorsi due anni dall'emissione del prestito obbligazionario, il governo indonesiano decise di interrompere l'applicazione del Trattato e, come conseguenza di ciò, venne sospesa l'applicazione dell'aliquota convenzionale del dieci per cento e, contestualmente, gli interessi passivi corrisposti dall'emittente furono assoggettati all'aliquota ordinaria vigente, pari al venti per cento.

Date le circostanze, la società emittente si trovava nella situazione di poter decidere alternativamente se estinguere anticipatamente il proprio debito o, come previsto dalla succitata clausola, ricorrere all'adozione di misure ragionevoli al fine di remunerare ugualmente il capitale concesso in prestito dai sottoscrittori delle obbligazioni.

Il *trustee*, nonché agente pagatore dei creditori obbligazionisti, propose alla *Indofood* di non ricorrere al rimborso anticipato delle obbligazioni emesse. In

⁶⁹ Per un commento si veda R. FRASER – J.D. OLIVER, *Beneficial Ownership: HMRC's draft guidance on interpretation of the Indofood decision*, in *British Tax Review* n. 39, 2007.

⁷⁰ Come si legge nella letteratura tributaria italiana riguardante il caso in esame, l'espressione "misure ragionevoli" corrisponde alla traduzione della locuzione inserita in lingua inglese nella versione originale del Trattato stipulato tra l'Indonesia e le Mauritius: "reasonable measures".

alternativa all'estinzione, infatti, il *trustee* propose la costituzione di una società veicolo di diritto olandese attraverso cui far transitare gli interessi passivi da corrispondere ai creditori obbligazionisti.

Così facendo, secondo quanto sostenuto dal *board* dei creditori, avrebbe trovato applicazione l'articolo 11 del Trattato in materia fiscale stipulato tra Indonesia e Paesi Bassi, in forza del quale gli interessi passivi sarebbero stati assoggettati ad una ritenuta del dieci per cento.

La soluzione proposta dal *trustee* non venne condivisa dalla *Indofood*, la quale riteneva che, invece, la clausola convenzionale del *beneficial owner* avrebbe impedito l'applicazione della suddetta Convenzione contro la doppia imposizione.

Il caso venne portato dinanzi alla *High Court (Civil Division)*, la quale concluse in favore dell'ipotesi avanzata dal *trustee*.

In fase di gravame, la sezione civile della Corte di Appello inglese ribaltò la sentenza formulata dalla *High Court*, sancendo che la soluzione proposta dal *trustee* non sarebbe stata conciliabile con il significato attribuibile all'espressione *beneficial owner*, così come essa deve intendersi ai fini del Trattato e, pertanto, non sarebbe stata sufficiente a garantire l'applicazione della ritenuta agevolata del dieci per cento, prevista dall'articolo 11 della Convenzione contro la doppia imposizione in vigore tra Paesi Bassi ed Indonesia.

Coerentemente con quanto sostenuto al riguardo dalla precedente giurisprudenza internazionale e dalla dottrina tributaria internazionale,⁷¹ la Corte di Appello inglese ritenne che la società veicolo olandese non potesse qualificarsi quale *beneficial owner* degli interessi corrisposti dalla *Indofood*, non avendo alcun diritto a disporre liberamente degli stessi e non traendone alcun beneficio, se non quello relativo all'applicazione della ritenuta convenzionale.

Ciò che rileva, ad avviso di chi scrive, è che la Corte abbia sostenuto la necessità di interpretare il significato attribuibile al paradigma del *beneficial owner*

⁷¹ Sul punto si veda A. BALLANCIN, supra note 4, 437, *Riflessioni a margine di alcuni contrastanti episodi giurisprudenziali di Corti straniere in tema di "beneficiario effettivo"*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, 2009, nella quale si cita il seguente autore: P. BAKER, *Double Taxation Conventions: a Manual on the OECD Model Tax Convention on Income and Capital*, London, Sweet&Maxwellm, 3rd edition.

in modo svincolato dal significato che lo stesso assume all'interno delle singole normative nazionali, affermando, invece, la rilevanza di un'accezione fiscale internazionale della locuzione stessa. Che poi la Corte abbia correttamente interpretato tale accezione è una questione più complessa, tuttora accesamente dibattuta in dottrina.⁷²

In particolare, la questione rimane aperta in merito alla conformità di questa sentenza con l'oggetto e lo scopo delle Convenzioni internazionali contro la doppia imposizione, pur esplicitamente richiamate dalla sentenza stessa.

Con tale decisione i giudici inglesi hanno giustamente evidenziato la necessità di un rinvio ad una nozione fiscale internazionale della locuzione in esame, autonoma dal punto di vista interpretativo, e che risultasse coerente con l'oggetto e lo scopo delle Convenzioni contro la doppia imposizione.

L'analisi dei casi sopra citati, e quanto in merito ad essi è stato in questa sede argomentato, racchiude un forte potenziale che la giurisprudenza internazionale dovrebbe cogliere nel senso individuato dalla Corte inglese, ponendo, ancora una volta, l'attenzione sull'effettivo ambito applicativo della clausola del *beneficial owner* in tema di Trattati in materia fiscale.

Ci si chiede quanto ciò sia possibile e, soprattutto, entro quanto.

2.5 – Note minime a margine di una sentenza canadese in tema di beneficial owner: il caso Prévost Car.

Le sentenze esaminate nel precedente paragrafo offrono una panoramica della giurisprudenza internazionale formatasi, nel corso di circa un decennio,⁷³ sul tema del cd. beneficiario effettivo.

Come evidenziato dalle argomentazioni testè esposte, il criterio adottato dalle

⁷² Sul punto si veda C. PERRONE, *Brevi note sul significato convenzionale del concetto di beneficiario effettivo*, in *Rass. trib.*, n. 1/2003, 161.

⁷³ Ci si riferisce agli anni trascorsi tra il primo caso inerente la *Royal Dutch Shell*, risalente al 1994, sino alle recenti decisioni relative ai casi *Indofood* e *Bank of Scotland*, risalenti al 2006.

diverse Corti dei diversi Stati segue un approccio di tipo sostanziale e, in armonia con le linee guida tracciate dall'Ocse, consente di attribuire la qualifica di *beneficial owner* ai soggetti che non si limitano allo svolgimento di una mera attività di intermediazione finalizzata, in modo esclusivo, ad abusare dei benefici convenzionali.

A ben vedere, questo criterio di sostanzialità, pur nella sua imprecisione, sembrerebbe essere il fattore che accomuna le sentenze finora considerate, ancorché il vero traguardo raggiunto dalla giurisprudenza nel corso di questi anni sia il ricorso ad una nozione autonoma del concetto espresso in ambito convenzionale dalla clausola del *beneficial owner*.

Tuttavia, nel corso degli ultimi anni, una sentenza canadese ha particolarmente destato l'attenzione della dottrina internazional-tributaria per la sua diversa interpretazione fornita sull'applicazione delle Convenzioni contro la doppia imposizione sul tema del *beneficial owner*: la sentenza riguarda il caso *Prévost Car*.

Da un'attenta analisi di tale sentenza, ad avviso di chi scrive, è possibile cogliere i diversi approcci adottati dai giudici nazionali dei diversi Stati nella risoluzione delle controversie che implicano l'applicazione di un Trattato in materia fiscale.⁷⁴

Il caso *Prévost Car* riguarda una società residente nei Paesi Bassi, la *Prévost Holding*, la quale era stata costituita dalla svedese *Volvo Bussar* e dal gruppo inglese *Henlys*, al fine di poter governare un progetto comune riguardante lo sviluppo del mercato nordamericano, verso cui entrambe le società avevano dimostrato interesse⁷⁵.

In origine *Volvo* deteneva il cento per cento delle azioni di *Prévost Car*. Successivamente, *Volvo* trasferì la totalità delle proprie azioni nella *Holding* olandese, cedendone una quota pari al quarantanove per cento del capitale sociale al gruppo *Henlys*.

⁷⁴ In particolare, confrontando la sentenza in parola con la sentenza della Corte di Cassazione che sarà commentata nel paragrafo successivo, emerge la diversa visione gerarchica della norma interna e di quella convenzionale espressa dalle due Corti.

⁷⁵ *Amplius C. SNOWDON, Canadian tax court issues Prevost ruling on beneficial ownership*, June 2008, in *International Tax Review*.

In sintesi, la olandese *Prévost Holding*, partecipata al cinquantuno per cento da *Volvo* ed al quarantanove per cento *Henlys*, aveva il controllo totalitario della società canadese *Prévost Car*.

Dal 1996 al 2001, *Prévost Car* distribuiva ben dodici volte dividendi, per un totale di novanta milioni di dollari, in forza di un accordo parasociale siglato tra i soci della *holding* che obbligava a distribuire almeno l'ottanta per cento degli utili della società operativa *Prévost Car* ai soci della *holding*: *Volvo* e *Henlys*.

Su tali dividendi *Prévost Car* applicò la ritenuta agevolata del cinque per cento prevista dalla Convenzione siglata tra Paesi Bassi e Canada nel 1987.⁷⁶

L'Amministrazione finanziaria canadese, dissentendo sull'applicazione del Trattato, richiedeva alla società *Prévost Car* il versamento del maggior tributo dovuto, liquidando l'imposta sulla base delle ritenute previste dalle Convenzioni in materia fiscale stipulate dal Canada con la Svezia⁷⁷ e con la Gran Bretagna,⁷⁸ in proporzione alla quota di dividendi imputabile a ciascun socio.

La pretesa avanzata dall'Amministrazione canadese si fondava sulla constatazione che la *holding* di diritto olandese altro non fosse che una società veicolo e non il *beneficial owner* dei dividendi prodotti in capo alla canadese *Prévost Car*. Pertanto, in forza dell'accordo parasociale che obbligava la *holding* a distribuire tali dividendi alla svedese *Volvo* ed all'inglese *Henlys*, l'Amministrazione canadese riteneva inapplicabile la ritenuta con aliquota agevolata del cinque per cento prevista dall'articolo 10, comma 2, lettera a), del Trattato in materia fiscale vigente tra Paesi Bassi e Canada.

Non sembra di scarsa rilevanza il fatto che la *Prévost Holding* fosse una *holding* pura. Essa, infatti, non aveva dipendenti in forza, era domiciliata presso una *trust company* e non svolgeva alcuna attività (produttiva) se non quella di detenere la

⁷⁶ Tale previsione è contenuta nell'articolo 10, comma 2, lettera a), della Convenzione contro la doppia imposizione stipulata tra Canada e Paesi Bassi: "However, such dividends may also be taxed in the State of which the company paying the dividends is a resident, and according to the laws of that State, but if the recipient is the beneficial owner of the dividends 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), that holds directly or indirectly at least 25 per cent of the capital or at least 10 per cent of the voting power of the company paying the dividends [...]".

⁷⁷ In tal caso, la Convenzione in questione prevede una ritenuta alla fonte del quindici per cento.

⁷⁸ In tal caso, la Convenzione in questione prevede una ritenuta alla fonte del dieci per cento.

partecipazione di controllo della canadese *Prévost Car*.

La questione è stata decisa dai giudici canadesi in favore di *Prévost Car* sia in primo grado⁷⁹ che della Corte di Appello Federale canadese⁸⁰.

Come si legge nella letteratura canadese relativa al caso *Prévost Car*⁸¹, la sentenza ad esso relativa rappresenta una chiara indicazione del fatto che il fenomeno del *treaty shopping* è semplicemente una forma di pianificazione fiscale che coinvolge le Convenzioni internazionali contro la doppia imposizione e, pertanto, conferma la tesi sostenuta dal Canada secondo cui il contribuente è legittimato a beneficiare delle Convenzioni in materia fiscale per ottenere un risparmio d'imposta senza che, però, questa pianificazione si trasformi in abuso.

Secondo il parere espresso dai giudici della Corte di Appello, il significato convenzionale attribuibile alla nozione di *beneficial owner* deve racchiudere il soggetto che riceve i dividendi potendone disporre liberamente e sopportando il rischio su di essi gravante. In aggiunta la Corte evidenzia che il *beneficial owner* sia identificabile come il soggetto che, ricevendo i dividendi, ne acquisisce la titolarità e la disponibilità.⁸²

In questa sede non si analizzeranno approfonditamente le argomentazioni già oggetto della sentenza di primo grado,⁸³ largamente recepite in quella della Corte di

⁷⁹ *Prévost Car Inc. v. Her Majesty the Queen*, Court of Appeal, Toronto, Canada. Court files n. 2004-2006(IT)G and 2004-4226(IT)G, Citation: 2008TCC231.

⁸⁰ *Prévost Car Inc. v. Her Majesty the Queen*, Federal Court of Appeal, Ottawa, Canada. Docket: A-252-08, February 26, 2009; Citation: 2009FCA57.

⁸¹ Cfr. N. BOIDMAN e M. KANDEV, *News Analysis: Canadian Taxpayer Wins Prévost Appeal*, in *Tax Notes International*, marzo 2009, volume 53, 10, 863.

⁸² *Prévost Car Inc. v. Her Majesty the Queen*, Federal Court of Appeal, Ottawa, Canada. Court files n. 2004-2006(IT)G and 2004-4226(IT)G, Citation: 2008TCC231. §100 [...] “*beneficial owner of dividends is the person who receives the dividends for his or her own use and enjoyment and assumes the risk and control of the dividend he or she received. The person who is beneficial owner of the dividend is the person who enjoys and assumes all the attributes of ownership. In short the dividend is for the owner's own benefit and this person is not accountable to anyone for how he or she deals with the dividend income*” [...].

⁸³ Sul punto si veda il contenuto della sentenza sul caso *Prévost Car Inc. v. Her Majesty the Queen*, Federal Court of Appeal, Ottawa, Canada. Court files n. 2004-2006(IT)G and 2004-4226(IT)G, Citation: 2008TCC231. In essa spicca in particolar modo il contributo di tre esponenti della dottrina tributaria internazionale:

§43: Based on the Hoge Raad's interpretation, Professor van Weeghel concluded that: “*a clear and simple rule emerges. A person is the beneficial owner of a dividend if i) he is the owner of the dividend coupon, ii) he can freely avail of the coupon, and iii) he can freely avail of the monies distributed. One could read the formulation of this rule by the Court so as to leave*

Appello Federale. Tuttavia, sembra importante soffermarsi sul modo in cui i giudici d'Appello abbiano argomentato l'applicabilità del Commentario Ocse alle Convenzioni bilaterali canadesi, analizzando altresì i limiti emergenti nel caso in cui le modifiche al Commentario fossero successive alla data di conclusione della Convenzione bilaterale.

In particolare, pur riconoscendo una qualche perplessità alla possibilità di utilizzare il Commentario per ricostruire la volontà delle parti contraenti di una Convenzione conclusa in data anteriore alle modifiche apportate al Commentario stesso, la Corte di Appello ha ritenuto che la valenza del Commentario, ai fini dell'interpretazione ed applicazione delle Convenzioni, non potesse essere esclusa, menzionando in tal senso la sentenza *Crown Forest*⁸⁴ e la relativa opinione dottrinale.

Questa affermazione dimostra la costruttiva disponibilità dei giudici canadesi a pervenire alla costituzione di un concetto internazionale di *beneficial owner* per le Convenzioni contro la doppia imposizione.

Inoltre, sembra particolarmente interessante il fatto di aver superato la tradizionale bipartizione tra teoria statica e dinamica in merito al valore del

open the question whether the freedom to avail of the coupon or of the distribution must exist in law or in fact, or both. The reference to the wording pertaining to the "zaakwaarnemer" and the "lasthebber", however, seems to require a narrow reading of the ruling, i.e., one in which the freedom must exist in law. The addition of these terms cannot be read as a further condition, because a zaarkwaarnemer and a lasthebber by definition cannot freely avail of the dividend. Thus the addition must be seen as a clarification of the conditions of free avail and the zaakwaarnemer and the lasthebber both lack that freedom in law".

§49: *In respect of the impact of the dividend policy in the Shareholders' Agreement on the powers of PHB.V. Professor Raad concluded that:*

(a) *"the dividend policy in the Shareholders' Agreement does not provide for a limitation of the powers of the Board of Directors of PHB.V. that is uncommon in a Netherlands law context. A considerable influence of shareholders on the dividend policy of a Dutch B.V. is very common; and*
(b) *unlike the default scenario or where annual profits are at the disposal of the general meeting of PHB.V.'s shareholders, the Board of Directors had the discretion under PHB.V.'s Articles of Association and the dividend policy to decide the adequacy of the working capital requirements, before dividends were paid".*

§58: *Mr. Lüthi referred to the CFA Report of 1987, Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies:*

" [...]According to Article 4 of the OECD Model Convention a conduit company, in order to be entitled to claim treaty benefits, must be liable to tax in its residence country on the basis of its domicile, place of management etc. In addition, the assets and rights giving rise to the income must have effectively been transferred to the conduit company. If this is the case, the conduit company cannot be considered to act as a mere agent or nominee with respect to the income received".

⁸⁴ *Crown Forest Industries Ltd v. Canada* (1995), 2 S.C.R. 802.

Commentario, ammettendone la rilevanza per le Convenzioni concluse anteriormente alle modifiche apportate al Commentario stesso, ma solo nella misura in cui queste ultime non siano in conflitto con la formulazione del Commentario all'epoca in cui la Convenzione era stata conclusa e, comunque, rappresentino una "giusta" interpretazione della formulazione letterale del Modello Ocse.

In questo senso, chi scrive ritiene altresì che i giudici di Appello canadesi abbiano indirettamente sensibilizzato l'attenzione dell'Ocse relativamente a modifiche che dovrebbero avere una funzione chiarificatrice, rimanendo dunque nell'ambito proprio della funzione del Commentario, ed invece finiscono per modificare l'ambito applicativo di una determinata clausola convenzionale.

La sentenza della Corte Federale tiene inoltre presente sia il termine in lingua inglese "*beneficial owner*", sia quello in lingua francese "*bénéficiaire effectif*", essendo entrambe lingue ufficiali nelle Convenzioni concluse dal Canada. Nessuna distinzione viene ritenuta esistente tra le due versioni, pur se, a ben vedere, quella in lingua francese potrebbe presentare alcune sfumature di carattere sostanziale relative all'utilizzo dell'aggettivo "*effectif*". Una soluzione a tale problema potrebbe rivelarsi importante anche ai fini della ricostruzione dell'ambito proprio dell'istituto del "beneficiario effettivo" nel diritto tributario italiano.

In ragione di tali affermazioni, la sentenza in esame esclude che la *Prévost Holding* possa considerarsi un mero intermediario,⁸⁵ perché in nessun modo essa è obbligata a distribuire ai propri soci i dividendi ricevuti dalla controllata canadese dal momento che la stessa non risulta essere direttamente coinvolta nell'accordo parasociale siglato tra la svedese *Volvo* e l'inglese *Henlys*.

Questa sentenza, secondo il parere di alcuni esponenti della dottrina tributaria internazionale, rappresenta un ritorno alla tradizionale nozione di *beneficial owner*,

⁸⁵ *Prévost Car Inc. v. Her Majesty the Queen*, Federal Court of Appeal, Ottawa, Canada. Court files n. 2004-2006(IT)G and 2004-4226(IT)G, Citation: 2008TCC231. §100 [...] "*the corporation is a conduit for another person and has absolutely no discretion as to the use or application of funds put through it as conduit, or has agreed to act on someone else's behalf pursuant to that person's instructions without any right to do other than what that person instructs it, for example, a stockbroker who is the registered owner of the shares it holds for clients. This is not the relationship between PHB.V. and its shareholders*".

essendo caratterizzata da un approccio di tipo formalistico.⁸⁶

Ad avviso di chi scrive, però, la sentenza de qua rappresenta l'applicazione estrema dell'approccio sostanziale. La Corte canadese, infatti, non manca di sottolineare come nella sostanza dei fatti la *holding* non fosse in alcun modo vincolata alla distribuzione dei dividendi nei confronti dei soci, evidenziando anche che il patto parasociale stipulato tra *Volvo* e *Henlys* non avrebbe potuto, in sostanza, obbligare la società olandese a rimettere ai soci i dividendi pagati dalla *Prévost Car*.

Ciò dimostra quanto possa essere fuorviante l'esasperata ricerca di un dualismo tra contenuto sostanziale e contenuto formale di una fattispecie e, pertanto, denota l'imprecisione e l'insufficienza dell'approccio fondato sul paradigma sostanziale/formale.

2.6 – La sentenza della Suprema Corte di Cassazione sul caso *Government Pension Investment Fund*.

Sempre in tema di *beneficial owner* si è espressa di recente anche la Corte di Cassazione italiana.⁸⁷

Dopo aver illustrato brevemente i fatti e le argomentazioni contenute in tale sentenza, si procederà ad un'analisi comparata con quella delle Corti canadesi sul caso *Prévost*.

Il caso riguarda il mancato riconoscimento dei benefici previsti dall'articolo 10 della Convenzione contro la doppia imposizione vigente tra Italia e Giappone in relazione ad un Fondo d'investimento giapponese che percepiva reddito di fonte italiana per il tramite di una *partnership* statunitense.

La fattispecie in esame riguarda il *Government Pension Investment Fund*,⁸⁸ in qualità di successore universale *ex lege* di *The National Welfare Public Service*

⁸⁶ Cfr. A. BALLANCIN, *Riflessioni a margine di alcuni contrastanti episodi giurisprudenziali di Corti straniere in tema di "beneficiario effettivo"*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, 2009, 436.

⁸⁷ Cassazione Civile, Sezione tributaria, del 26 febbraio 2009, n. 4600.

⁸⁸ Di seguito Fondo.

Corporation, la quale è stata parte nel giudizio d'appello. Tale *Government Pension Investment Fund* è un fondo previdenziale che ha affidato la gestione del proprio patrimonio ad una banca giapponese: la *Nippon Trust Bank*.

Come si legge dai fatti introduttivi alla sentenza, in esecuzione del mandato gestorio ricevuto, la *Nippon Trust Bank* aveva assunto una partecipazione maggioritaria in *The Milton Gate*, una società residente negli Stati Uniti avente forma legale corrispondente alla società in accomandita semplice italiana, divenendone quindi socio con responsabilità limitata al capitale conferito.

La controllata statunitense, quindi, aveva investito il proprio patrimonio in strumenti finanziari emessi da società italiane ricevendo da esse, tra il 1997 ed il 1998, dei dividendi che, all'atto del pagamento, erano stati sottoposti ad una ritenuta ordinaria del 32,4 per cento.

La *National Welfare Public Service Corporation*, sostenendo l'applicabilità del Trattato italo-giapponese contro la doppia imposizione, presentava all'Agenzia delle Entrate un'istanza di rimborso richiedendo, contestualmente, che la ritenuta fosse liquidata applicando l'aliquota del quindici per cento prevista dall'articolo 10 del suddetto Trattato.

A seguito del diniego rifiuto dell'Amministrazione italiana, la *National Welfare Public Service Corporation* presentò ricorso presso la Commissione Tributaria Provinciale di Milano.

Il giudizio di primo grado vide l'accoglimento del ricorso, tuttavia, in appello la Commissione Regionale della Lombardia riformulò la precedente sentenza accogliendo la tesi sostenuta dall'Amministrazione.

In data 18 novembre 2008 la Corte di Cassazione ha espresso il proprio giudizio di legittimità rigettando l'azione proposta dal Fondo,⁸⁹ con sentenza depositata in data 26 febbraio 2009.

Le motivazioni addotte a sostegno della suddetta decisione possono sintetizzarsi in due questioni di rilievo:

⁸⁹ Che nel frattempo era stato nominato successore universale *ex lege* di *The National Welfare Public Service Corporation*.

1. L'inapplicabilità dell'articolo 10, comma 2, della Convenzione italo-giapponese. L'articolo in parola sancisce l'applicazione della ritenuta agevolata quando il dividendo è pagato da un soggetto residente in uno Stato contraente nei confronti di un beneficiario residente nell'altro Stato contraente. Il fatto che il soggetto percettore sia un'entità di diritto statunitense determina, ad avviso dei giudici di legittimità, l'inapplicabilità dell'accordo bilaterale contro la doppia imposizione stipulato tra Italia e Giappone;

2. L'inapplicabilità della Convenzione in parola, sebbene i dividendi distribuiti dalle società italiane fossero effettivamente imputabili ad un soggetto di diritto giapponese, sia pure per mezzo di un intermediario fiscalmente trasparente, residente negli Stati Uniti.

Come si legge dal testo della sentenza, ad avviso del Fondo, i dividendi distribuiti dalle società italiane sono stati percepiti dal Fondo giapponese per il tramite di una società statunitense sottoposta ad un regime fiscale equivalente a quello previsto per le società di persone, pertanto, il reddito della *partnership* statunitense sarebbe tassabile in capo ai soci. Tale circostanza motiverebbe il riconoscimento del Fondo giapponese quale beneficiario effettivo dei dividendi, *ergo*, l'applicazione della ritenuta del quindici per cento prevista dall'articolo 10, comma 2, della Convenzione italo-giapponese.

La sentenza in esame sembrerebbe accogliere un approccio formalistico, rigettando la richiesta del contribuente in base al fatto che il soggetto al quale formalmente sono pagati i dividendi sia un soggetto residente in un Paese diverso dagli Stati contraenti della Convenzione contro la doppia imposizione di cui si richiede l'applicazione; dunque, non prestando alcuna rilevanza al fatto che gli stessi dividendi fossero imputati in capo ai soci della *Milton Gate*, sia sotto il profilo fiscale che sostanziale.

Deve comunque considerarsi il fatto che, come nella sentenza *Prévost Car* precedentemente esaminata, *Milton Gate* risulta a tutti gli effetti un soggetto autonomo nell'adottare le proprie decisioni e, in ragione di ciò, nei suoi confronti non persiste, in sostanza, alcun obbligo verso il Fondo di distribuire i dividendi provenienti dalle partecipazioni in società situate nello Stato della fonte.

Prima di svolgere una comparazione con il caso *Prévost Car*, occorre soffermarsi su alcune considerazioni che incidono notevolmente sulla fattispecie in esame, eppure non sono state considerate all'interno della sentenza della Corte di Cassazione.

In primo luogo, la Convenzione Italia-Giappone è stata conclusa in data anteriore alle modifiche apportate al Modello Ocse nel 1977. Probabilmente è questa la ragione per cui l'articolo 10, paragrafo 2, della Convenzione in parola è formulato in modo da contenere un riferimento al termine "beneficiario" dei dividendi, presentando un tenore letterale diverso sia dal Modello Ocse del 1963, sia da quello che a partire dal 1977 ha incluso un riferimento esplicito al termine "*beneficial owner*".

In questo senso sembra, in linea di principio, difficile sostenere la rilevanza dell'attuale articolo 10, paragrafo 2, del Modello di Convenzione Ocse e della sua interpretazione contenuta nel Commentario ufficiale.

Inoltre, sembra ragionevole escludere la necessaria coincidenza tra i termini "beneficiario" e "beneficiario effettivo" giacché quest'ultimo è stato introdotto per adeguare le Convenzioni italiane alle modifiche apportate al Modello Ocse, mentre il primo deve intendersi dotato di una funzione di sostituto del mero termine di "perceutore", onde consentire una logica sostanzialistica che negasse l'applicazione dei benefici convenzionali nei confronti di quei soggetti che pur ricevendo il pagamento di dividendi non potessero beneficiare degli stessi.

Si scorge, dunque, un avvicinamento al concetto di "beneficiario effettivo" senza, però, quella maggiore precisione concettuale che caratterizza quest'ultima figura, ritenendosi, pertanto, ben possibile che in una fattispecie quale quella in esame alla Corte di Cassazione, la tesi proposta dal contribuente avrebbe potuto in teoria essere accolta.

Per ottenere ciò, però – e qui il secondo punto – il Fondo avrebbe dovuto essere considerato una persona ai sensi della Convenzione richiamata.

A questo proposito, l'articolo 3, paragrafo 1, lettera *e*, della Convenzione Italia-Giappone, corrispondente all'articolo 3, paragrafo 1, lettera *a*, del Modello Ocse,

descrive come persona “le società ed ogni altra associazione di persone”, seguendo la formulazione standard delle Convenzioni italiane che, in questo modo, intendo esprimere il riferimento a “*company and any other body of persons*” in lingua inglese.

Ciò potrebbe far sorgere alcuni dubbi in merito all’applicazione della Convenzione Italia-Giappone nei confronti di entità, come i fondi d’investimento, non rientranti nel concetto di società nella misura in cui esse non siano “*body of persons*”.

Tuttavia, l’imponibilità dei proventi del Fondo in Giappone, alla luce della formulazione dell’articolo 3, paragrafo 1, lettera *f*, della succitata Convenzione (corrispondente all’articolo 3, paragrafo 1, lettera *g*, del Modello Ocse) sembra eliminare ogni dubbio, rafforzando quindi la convinzione che nel caso di specie sarebbe stato possibile accogliere la tesi del contribuente, sia pure a seguito della diversa formulazione della Convenzione italo-giapponese rispetto al Modello Ocse.

Come nell’analisi del caso *Prévost Car*, anche in questo caso si potrebbe ipotizzare che l’approccio seguito dalla Corte italiana sia sostanzialistico;⁹⁰ tuttavia, a differenza del caso precedentemente discusso, la sentenza in questione riguarda l’individuazione del beneficiario dei dividendi nelle ipotesi in cui questi siano percepiti da una società di persone o da un soggetto giuridicamente (e fiscalmente) equivalente. Ai sensi della normativa tributaria interna degli Stati contraenti ciò, come è noto, comporta l’applicazione di un regime di trasparenza fiscale che rende il reddito prodotto dalla società imputabile fiscalmente in capo ai soci,⁹¹ ma in Italia questo regime è applicabile solo alle società di persone residenti.

Le Convenzioni contro la doppia imposizione generalmente non forniscono chiarimenti su quale sia la connessione giuridica rilevante, ai fini del Trattato,

⁹⁰ Cfr. R. SUCCIO, *A Curious Italian Supreme Court Decision on Cross-Border Dividend Distributions*, in *Tax Notes International*, 15 giugno 2009, volume 54, 11, 952.

⁹¹ Questa disciplina sussiste sia per le società di persone di diritto italiano, sia per le partnership americane. Tuttavia questa considerazione avrebbe scarso valore ai fini in esame in quanto ai sensi della disciplina convenzionale la partnership statunitense sarà considerata come trasparente in quanto non body corporate, ma mera pass-through entity ai sensi della legislazione tributaria americana. In questo senso la partnership sarà opaca per l’applicazione della normativa tributaria italiana di fonte interna, ma dovrà esser considerata trasparente ai fini convenzionali in virtù della normativa statunitense applicabile.

individuabile tra un dato reddito ed il suo possessore, ancorché l'articolo 3, paragrafo 2, del Modello di convenzione Ocse attribuisce a ciascuno Stato contraente il diritto di far riferimento alla propria normativa interna per chiarire il significato di termini ivi non definiti.⁹²

È notorio che nell'ordinamento tributario italiano non è rinvenibile una definizione esaustiva del termine "*beneficial owner*", tanto meno si ritrovano chiarimenti circa il significato attribuibile alla sua probabile traduzione con l'espressione "beneficiario effettivo", ai fini delle Convenzioni in materia fiscale.

La questione del significato attribuibile alla locuzione *beneficial owner* ha assunto una rilevanza assai differente in ciascuno dei casi trattati nel paragrafo precedente.

Nella sentenza sul caso *Prévost Car*, i giudici della Corte di Appello canadese ritengono applicabile la ritenuta agevolata prevista dalla Convenzione fiscale vigente tra Canada e Paesi Bassi perché individuano la *holding* olandese quale *beneficial owner* dei dividendi distribuiti, potendo quest'ultima disporre liberamente degli stessi e sopportando il rischio su di essi gravante.

Nella sentenza della Corte di Cassazione, i giudici della sezione tributaria hanno ritenuto inapplicabile la Convenzione italo-giapponese contro la doppia imposizione, sostenendo che la *partnership* americana, soggetto percipiente, precludesse al Fondo l'applicazione dell'articolo 10 della Convenzione in parola, e che, pertanto, il Fondo non fosse ammesso a godere dei benefici previsti dalla suddetta Convenzione, in ragione del fatto che il pagamento dei dividendi fosse riferito alla *partnership* statunitense, non residente in nessuno dei due Stati contraenti.

Diversamente da quanto sancito per il caso *Prévost Car*, i giudici della Corte di Cassazione, pur ritenendo che il Fondo fosse il beneficiario effettivo dei dividendi in

⁹² OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital (*condensed version*), Parigi 2008. Article 3(2): 2. "As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State".

questione, hanno escluso l'applicazione della Convenzione per un difetto di legittimazione, ossia, per la mancanza del requisito della residenza del soggetto percipiente in uno degli Stati contraenti.

In merito, si ricorda che il concetto di residenza ai fini della richiamata Convenzione contro la doppia imposizione internazionale è definito all'articolo 4.

Il Commentario al Modello di Convenzione Ocse ha chiarito l'applicazione dell'articolo in parola nelle ipotesi in cui uno Stato contraente non tenga conto dell'esistenza ai fini fiscali di una società di persone (o altra entità giuridica equivalente), applicando ad essa il regime di trasparenza fiscale.⁹³

Secondo il Commentario al Modello Ocse, nei casi in cui il reddito di una società trasparente è fiscalmente imputabile ai soci in virtù della normativa interna, i soci di detta entità trasparente sono le persone assoggettate ad imposta sul reddito in questione e, pertanto, possono richiedere di beneficiare delle Convenzioni concluse tra gli Stati ove essi sono residenti.

Dalle argomentazioni proposte si evince la diversità più rilevante che contraddistingue il giudicato della sentenza italiana rispetto a quella canadese e sottolinea le persistenti difficoltà riscontrate nella individuazione del cd. beneficiario effettivo nella giurisprudenza tributaria italiana.

Orbene, bisogna ammettere che in relazione al caso *Milton Gate* le diversità tra la Convenzione Italia-Giappone ed il Modello Ocse potrebbero rendere difficile una comparazione con le altre sentenze in tema di *beneficial owner*.

Inoltre, un ulteriore problema potrebbe essere rappresentato dalla tradizionale avversione della giurisprudenza tributaria italiana per le teorie dinamiche

⁹³ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, Parigi 2008. Commentary on article 4, paragraph 1, 8.7, pag. 74: "Where a State disregards a partnership for tax purposes and treats it as fiscally transparent, taxing the partners on their share of the partnership income, the partnership itself is not liable to tax and may not, therefore, be considered to be a resident of that State. In such a case, since the income of the partnership "flows through" to the partners under the domestic law of that State, the partners are the persons who are liable to tax on that income and are thus the appropriate persons to claim the benefits of the conventions concluded by the States of which they are residents. This latter result will be achieved even if, under the domestic law of the State of source, the income is attributed to a partnership which is treated as a separate taxable entity. For States which could not agree with this interpretation of the Article, it would be possible to provide for this result in a special provision which would avoid the resulting potential double taxation where the income of the partnership is differently allocated by the two States".

sull'interpretazione delle Convenzioni internazionali, ed in generale per la scarsa rilevanza riconosciuta al Commentario del Modello Ocse.

Tuttavia, anche a voler considerare ciò, si ritiene che in chiave evolutiva la sentenza *Prévost Car* possa rappresentare un importante elemento per la ricostruzione concettuale del *beneficial owner* nel linguaggio fiscale internazionale sviluppatosi intorno al Modello Ocse ed anche per l'interpretazione e l'applicazione delle Convenzioni italiane basate su tale Modello.

Un altro aspetto rilevante nella decisione della Cassazione italiana riguarda la corretta interpretazione della nozione di *beneficial owner* rispetto allo scopo della Convenzione. Nella sentenza *de qua* emerge la difficoltà riscontrata dai giudici di legittimità nell'individuare il *beneficial owner* data la mancanza di un'espressione equivalente, in grado di tradurre in lingua italiana la locuzione in parola, senza divergere dal significato ad essa attribuibile in ragione dello scopo perseguito dalla Convenzione.

Alla luce di quanto argomentato sarebbe auspicabile che le Convenzioni internazionali in materia fiscale quantomeno esplicitassero la necessità di attribuire una nozione autonoma di *beneficial ownership*, al fine di poter “fornire un quadro normativo certo ed in grado di vincolare entrambi gli Stati, riducendo il potenziale per interpretazioni difformi, anche se non completamente eliminando i problemi che possono sorgere in relazione alla figura del *beneficial owner*, o beneficiario effettivo”.⁹⁴

Se ciò accadesse sarebbe importante che l'Italia considerasse attentamente le argomentazioni fondate sulla forte somiglianza letterale con l'espressione francese “*bénéficiaire effectif*” contenuta nel Modello di Convenzione Ocse.

In questo senso, nella misura in cui l'Ocse non ritenesse sussistente alcuna diversità tra le due espressioni in lingua inglese e francese, ai giudici italiani rimarrebbe comunque la libertà di verificare se, in assenza di una chiara e precisa definizione di *beneficial owner* nel testo delle Convenzioni internazionali sia possibile sviluppare, in forza dell'articolo 3, paragrafo 2, del Modello di

⁹⁴ Cfr. P. PISTONE, *L'abuso nel Diritto Tributario Internazionale*, cit., 872.

Convenzione Ocse, una diversa interpretazione fondata sul diritto tributario (o extratributario) di fonte interna.

Di certo in questo contesto potrebbero emergere interessanti considerazioni e problematiche relative alle figure dei *trust* e dei fondi d'investimento.

2.7 – Verso un corretta e condivisibile interpretazione della locuzione *beneficial ownership*.

A più di trenta anni dalla sua introduzione nel modello di Convenzione Ocse, vi è ancora molta incertezza riguardante l'interpretazione della *beneficial ownership*, nonostante l'importanza che tale locuzione assume nell'applicazione dei Trattati internazionali in riferimento alla tassazione dei dividendi, interessi e canoni.⁹⁵

Quanto sarà argomentato nelle pagine che seguono si propone l'obiettivo di individuare un corretta e condivisibile interpretazione della locuzione *beneficial ownership*, quale concetto appartenente al modello di Convenzione Ocse. Focalizzando l'indagine su problematiche metodologiche piuttosto che ricercare una (quanto mai) possibile definizione di “*beneficial owner*”. Per questo, il punto di partenza della seguente analisi sarà definire, innanzitutto, la natura giuridica che tale sintagma assume nelle Convenzioni contro la doppia imposizione, partendo dallo studio delle ragioni per cui la locuzione “*beneficial owner*” fu introdotta nel modello di Convenzione e, inoltre, chiarirne l'interpretazione ai fini dell'applicazione dei Trattati ad alcuni casi pratici verificatisi di recente.

⁹⁵ Tale ambiguità riguarda non solo la certezza dei diritti dei contribuenti ma anche l'omogeneità delle Sentenze emanate dalle Corti di diversi Paesi le cui decisioni sembrano ispirarsi a diversi criteri di corretta applicazione degli articoli 10, 11 e 12 delle Convenzioni internazionali che si rifanno al modello Ocse ed in cui è presente la clausola del *beneficial owner*. Per un'ulteriore analisi della problematica citata si vedano le diverse decisioni adottate dalle Corti di diversi Stati: i.e. *Royal Dutch Shell, (Hoge Raad) The Netherlands Supreme Court decision n. 28.638, 6 April 1994, BNB 1994/217c*; *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie v. Société Bank of Scotland, Conseil d'Etat, 29 December 2006, n. 283314*; *Indofood International Finance Ltd. vs. JP Morgan Chase Bank N.A., London branch, Court of Appeal, 2 March 2006, EWCA Civ. 158*; *Prévost Car Inc. v. Her Majesty the Queen, Federal Court of Appeal, Ottawa, Canada. Docket: A-252-08, 26 February 2009; Citation: 2009FCA57*.

2.7.1 – *L'introduzione della beneficial ownership nel modello di Convenzione Ocse: un punto di partenza per individuare una corretta metodologia interpretativa.*

Sia la prima bozza del Modello di Convenzione Ocse risalente al 1963 (*Oecd draft Convention*) che il primo vero modello di Convenzione pubblicato dall'Ocse nel 1977, includevano all'interno del titolo un riferimento esplicito all'eliminazione della doppia imposizione. Tuttavia, siccome il Modello di Convenzione in parola non è rivolto in via esclusiva all'eliminazione della doppia imposizione ma è finalizzato anche alla risoluzione di ulteriori problematiche di natura fiscale quali, ad esempio, combattere l'evasione fiscale, i fenomeni elusivi e la non discriminazione, successivamente, si decise di elidere dal titolo il riferimento esplicito all'eliminazione della doppia imposizione.⁹⁶

Quanto affermato rende chiaro l'ambito generale di applicazione e l'intento perseguito delle Convenzioni internazionali contro la doppia imposizione che, principalmente, attraverso l'eliminazione della doppia imposizione, si propongono di favorire non solo lo scambio di beni e servizi e la libera circolazione dei capitali e delle persone, ma ambiscono anche a prevenire l'elusione e l'evasione fiscale.⁹⁷ Per questo motivo, le Convenzioni internazionali contro la doppia imposizione prevedono diverse disposizioni finalizzate ad evitarne un uso improprio.

Al fine di poter accedere ai benefici convenzionali, l'articolo 1 del modello Ocse identifica i soggetti ai quali si applica la Convenzione: i residenti di uno o entrambi gli Stati contraenti.

Dall'anno di pubblicazione del primo modello di Convenzione Ocse (1977) ad oggi, la disposizione in parola⁹⁸ è stata ritenuta insufficiente al fine di garantire un corretto utilizzo delle Convenzioni contro la doppia imposizione, perciò, sono stati introdotti nel modello Ocse ulteriori requisiti volti a raggiungere tale obiettivo: tra

⁹⁶ OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, Introduction, *title of the model Convention*, para. 16, p. 10, Parigi 2008.

⁹⁷ OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, Commentario all'art. 1, *Improper use of the Convention*, para. 7, p. 48, Parigi 2008: “*to prevent tax avoidance and evasion*”.

⁹⁸ La previsione di cui all'art. 1 del modello Ocse deve leggersi congiuntamente all'art. 4 e all'art. 3 del modello stesso; in questi articoli si chiarisce il concetto di residenza ai fini delle Convenzioni internazionali.

questi la cd. *beneficial ownership*.

Come desumibile dal commentario ufficiale allegato al modello di Convenzione Ocse, il requisito del *beneficial owner* venne introdotto negli articoli 10, 11 e 12 della versione del modello pubblicata nel 1977 al fine di prevenire l'utilizzo improprio delle Convenzioni in materia fiscale, pertanto, con l'obiettivo di fornire maggiore chiarezza all'espressione presente nei suddetti articoli del modello: “*paid... to a resident*”.⁹⁹

A ben vedere, l'espressione in esame era già presente in alcune Convenzioni bilaterali in materia fiscale.¹⁰⁰ Ad esempio, nelle note esplicative allegate al protocollo aggiuntivo del Trattato vigente tra Regno Unito e Stati Uniti si affermava che i benefici convenzionali applicabili nello Stato della fonte in tema di tassazione di dividendi, interessi e canoni, sarebbero stati riconosciuti solo se il percettore, ai fini della Convenzione, potesse considerarsi residente dell'altro Stato contraente.¹⁰¹

Dal 1977 ad oggi, l'Ocse non ha ancora fornito alcuna definizione di tipo generale della locuzione in esame, né attraverso una generica previsione inclusa nell'articolo 3, paragrafo 1, del Modello, tanto meno attraverso una disposizione specifica in grado di chiarirne il significato applicativo ai sensi degli articoli 10, 11 e 12. Pertanto, la tematica del *beneficial owner* si ritiene debba imprescindibilmente partire da una corretta definizione dell'approccio interpretativo da adottare.

Ci si chiede, dunque, se l'interpretazione della locuzione in esame debba attenersi strettamente a quanto stabilito dall'articolo 3, paragrafo 2, delle Convenzioni (che riproducono lo schema del Modello Ocse) il che, principalmente, implica l'interpretazione del requisito di *beneficial ownership* in accordo con il significato che ad esso è attribuibile dalle norme tributarie degli Stati contraenti,

⁹⁹ OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, Commentario all'art. 10, para. 12, p. 151, Parigi 2008.

¹⁰⁰ Vi sono anche altri Accordi internazionali da prendere in considerazione, ad esempio, la Convenzione Australia – Giappone del 1969, quella tra Regno Unito e Spagna del 1975, quella tra Irlanda e Francia del 1968, inoltre, il protocollo emanato per emendare il Trattato del 1947 tra Regno Unito e Antigua. Sul punto si veda C. DU TOIT, *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*, IBFD, Amsterdam 1999, p. 180.

¹⁰¹ Si seguito si riporta il testo del citato documento: “*Relief from tax on dividends, interest and royalties... in the country of origin will no longer depend on whether the recipient is subject to tax in the other country, but will depend on the income being beneficially owned by a resident of the other country*”.

oppure, se nell'eventualità in cui il contesto richiedesse una diversa interpretazione,¹⁰² a tale requisito debba attribuirsi un significato autonomo ai fini delle Convenzioni internazionali contro la doppia imposizione.

In base alle ricerche svolte, non sembra ci siano molte informazioni di carattere storico tali da consentire una ricostruzione dettagliata delle ragioni che ispirarono i Paesi Ocse ad introdurre la clausola del *beneficial owner* nel testo del Modello di Convenzione. Tanto meno sussistono documenti o altri indizi tali da poter ricostruire il preciso significato che gli Stati vollero attribuire a tale sintagma.

Al riguardo vi sono pochi dati che possono considerarsi certi. Su tali dati si ritiene sia possibile fondare una valida teoria circa la corretta interpretazione della *beneficial ownership*: i) il concetto di *beneficial owner* era già conosciuto nei sistemi giuridici di *common law* in quanto già presente nella disciplina domestica e convenzionale di questi Stati; ii) diversi Paesi che adottano sistemi giuridici di *common law* erano rappresentati nel comitato Ocse che si occupò di includere l'espressione "*beneficial owner*" nel Modello di Convenzione.

In ragione di tali argomentazioni, il primo interrogativo a cui è indispensabile fornire una risposta è se il significato attribuibile al requisito in esame ai fini convenzionali sia lo stesso che l'espressione "*beneficial owner*" assume nella normativa domestica dei sistemi giuridici di *common law* o se, invece, sia più idoneo attribuire a tale espressione il significato che ad essa assumeva nei preesistenti accordi internazionali in materia fiscale, come ad esempio, nel summenzionato allegato al Trattato vigente tra Regno Unito e Stati Uniti. Oppure, tra i probabili significati attribuibili alla locuzione "*beneficial owner*", si potrebbe considerare la possibilità di attribuirgli un significato del tutto autonomo, tale da riflettere lo scopo per cui tale locuzione fu inserita nel Modello di Convenzione.

Per scoprire quale sia il corretto approccio interpretativo da adottare al fine di decifrare il concetto racchiuso dalla locuzione "*beneficial owner*", si ritiene che

¹⁰² OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, Parigi 2008, Art. 3(2), : "*As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State*".

l'indagine debba condursi partendo dal significato che l'espressione in esame assumeva originariamente nei sistemi giuridici di *common law*.

Come già ampiamente illustrato nei paragrafi precedenti del presente capitolo, l'espressione “*beneficial owner*” trae origine dalla normativa di alcuni Paesi di *common law*; pertanto, sembra doveroso non sottovalutare il significato ad essa attribuito in tali Paesi. Si ritiene sia condiviso da tutti che il concetto in esame è largamente conosciuto ed utilizzato in tali Stati, come ad esempio nel Regno Unito.

Inoltre, a fini della presente trattazione, non ci si può astenere dal prendere in considerazione il fatto che l'espressione “*beneficial owner*” fosse già presente in alcuni Trattati internazionali stipulati dal Regno Unito e che quest'ultimo era rappresentato nel comitato dei Paesi Ocse che lavorarono alla pubblicazione del Modello di Convezione del 1977, in cui l'espressione in esame è stata ricompresa per la prima volta.¹⁰³

Nei sistemi giuridici di *common law* il concetto di “*beneficial ownership*” si contrappone a quello di “*legal ownership*”. In particolare, tale contrapposizione risulta con maggiore evidenza se si prende in esame un istituto peculiare dei Paesi di *common law*: il *trust*.

A tal proposito, è opportuno citare una sentenza inglese che, meglio di ogni altra, descrive la struttura dell'istituto del *trust* chiarendo, appunto, la figura peculiare del *beneficial owner* ai fini della normativa domestica britannica:

<<*The legal ownership of the trust property is in the trustee, but he holds it not for his own benefit but for the benefit of the ‘cestuis que trustent’ or beneficiaries. On the creation of a trust in the strict sense as it was developed by equity the full ownership in the trust property was split into two constituent elements, which became vested in different persons: the “legal ownership” in the trustee, and what came to be called the “beneficial ownership” in the ‘cestui que trust’>>.¹⁰⁴*

¹⁰³ C. DU TOIT, *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*, IBFD, Amsterdam 1999, p. 99.

¹⁰⁴ *Ayerst (Inspector of Taxes) v. C&K (Construction) Ltd.*, H.L. [1975] S.T.C. 345. Cfr. S. VAN WEEGHEL, *The Improper Use of Tax Treaties – With Particular Reference to the Netherlands and United States*, Series on International Taxation: 19, Kluwer Law International, 1998, p. 65.

Anche facendo riferimento ad altre sentenze concernenti il medesimo istituto,¹⁰⁵ diversi autori ritengono che la dicotomia tra “*beneficial ownership*” e “*legal ownership*” emerge dalla distinzione esistente tra “*legal property*” e “*equitable property*”, peculiare dei sistemi giuridici di *common law*¹⁰⁶ in cui il diritto di proprietà è visto come un insieme di diritti, ciascuno dei quali è dotato di una propria autonoma imputabilità.¹⁰⁷ A tal riguardo, la “*ownership*”, considerato il più importante dei diritti facenti parte del suddetto insieme che compongono il diritto di proprietà,¹⁰⁸ può contemporaneamente appartenere a due soggetti distinti: l'uno titolare della cd. *legal ownership* e l'altro titolare della cd. *beneficial ownership* del diritto di proprietà.¹⁰⁹

Le argomentazioni riportate evidenziano la distinzione esistente nei Paesi di *common law* tra titolarità formale e titolarità sostanziale del diritto di proprietà.

A tal proposito è lecito domandarsi se la suddetta distinzione tra titolarità formale e sostanziale del diritto di proprietà è da considerarsi rilevante anche ai fini dell'applicazione dei Trattati firmati dal Regno Unito prima del 1977. Per rispondere a tale quesito si può partire dall'esame nelle note esplicative allegate al summenzionato Trattato siglato dal Regno Unito nel 1966. In esso si chiarisce che i benefici convenzionali riferibili alla tassazione dei dividendi, interessi e canoni, sono applicabili nello Stato della fonte non più a condizione che il percettore sia soggetto ad imposizione nell'altro Stato contraente ma, per espressa previsione, tali benefici sono riconoscibili solo se il percettore è il “*beneficial owner*” dei suddetti pagamenti. Proprio tale disposizione sembra confermare che l'intenzione del Regno Unito fosse quella di sfruttare questa dicotomia, tipica del diritto di proprietà, tra *legal* e *beneficial ownership*, introducendola anche negli accordi internazionali con gli altri Stati, al fine di contrastare un utilizzo improprio di tali accordi ottenibile, ad

¹⁰⁵ I.e. *Sainsbury J. plc. v. O'Connor (Inspector of Taxes)*, Ch. (1990) in S.T.C. 516, C.A. (1991) 18 in S.T.C. 318.

¹⁰⁶ A. P. BELL, *Modern Law of Personal Property in England and Ireland*, Butterwoths, London 1989, p. 67.

¹⁰⁷ P. PISTONE, *L'abuso nel Diritto Tributario Internazionale*, in *Diritto Tributario Internazionale* (a cura di V. Uckmar), CEDAM 2005, pp. 813.

¹⁰⁸ A. P. BELL, *Modern Law of Personal Property in England and Ireland*, Butterwoths, London 1989, p. 66.

¹⁰⁹ Si veda la sentenza “*Ayerst (Inspector of Taxes) v. C&K (Construction) Ltd.*”, H.L. [1975] S.T.C.

esempio, attraverso la costituzione artificiosa di un *trust*.

In ragione di quanto sopra argomentato, si potrebbe concludere che la decisione di introdurre nel Modello di Convenzione dell'Ocse un requisito ulteriore, quale la clausola del *beneficial owner*, sia stata ispirata dall'esperienza maturata dal Regno Unito in ambito di contrasto all'utilizzo improprio delle Convenzioni in materia fiscale. Pertanto, appare verosimile sostenere che il Comitato Ocse che nel 1977 integrò il Modello di Convenzione introducendo la locuzione in esame, agì in tal senso al fine di dotarsi di una capacità di poter fronteggiare situazioni in cui la frammentazione del diritto di proprietà era ricercata artificialmente al solo fine di poter usufruire (impropriamente) dei benefici convenzionali.¹¹⁰

Ipotizzando che all'atto dell'introduzione della *beneficial ownership* nel Modello di Convenzione Ocse, l'intento del Regno Unito fosse quello di riproporre il concetto di titolarità formale del diritto di proprietà – il cui significato era già noto nei sistemi giuridici anglosassoni – all'interno della propria disciplina internazionale contenuta nei Trattati contro la doppia imposizione, al fine di evitarne un utilizzo improprio da parte di coloro che, attraverso l'interposizione di un mero titolare formale dei pagamenti, miravano a godere impropriamente dei benefici fiscali previsti dal Trattato, ci si deve ora domandare se il significato di tale espressione sia cambiato dopo la sua inclusione negli articoli 10, 11 e 12 del Modello di Convenzione Ocse.

Volendo fare un raffronto tra il Modello di Convenzione Ocse del 1977 e le precedenti esperienze dei Paesi anglosassoni in ambito di convenzioni internazionali contro la doppia imposizione, ipotizzando (com'è verosimile) che tali Stati introdussero la *beneficial ownership* quale requisito ulteriore da soddisfare al fine di poter accedere ai benefici previsti delle Convenzioni, ciò che sembra esser cambiato non è il significato in sé dell'espressione, tanto meno il fine che ha ispirato la sua introduzione, ma, piuttosto, ciò che è sicuramente cambiato è il contesto.

Dal momento in cui il requisito di “*beneficial ownership*” non rimanda più solo

¹¹⁰ Si veda, A. DE PISAPIA, *Beneficial owner, Beneficiario e Beneficiario Effettivo: diverse espressioni in cerca di un significato unitario nelle Convenzioni contro la doppia imposizione*, in *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, n. 04-2010, Giuffrè, Milano.

ed unicamente all'istituto del *trust*, tanto meno riguarda esclusivamente Paesi di *common law*, la sua interpretazione deve cambiare in modo da risultare conforme allo scopo della sua introduzione senza contrastare con il contesto economico e giuridico.

Sostenere che il sintagma in esame sia stato introdotto nel Modello di Convenzione del 1977 al fine di emulare l'esperienza di alcuni Paesi anglosassoni nel contrasto a fenomeni di utilizzo improprio degli accordi internazionali in materia fiscale, non deve necessariamente condurre ad un'interpretazione di tale requisito che sia legata al significato ad esso attribuito nella normativa nazionale di tali Paesi, tanto meno, l'interpretazione dell'espressione "*beneficial ownership*" deve fondarsi sul significato assunto nei preesistenti accordi in materia fiscale.

A parere di chi scrive, la questione principale che deve essere affrontata riguarda, non tanto il significato in sé della locuzione in esame, ma l'individuazione di un criterio di interpretazione comune dell'espressione "*beneficial owner*" ai fini delle Convenzioni contro la doppia imposizione.

2.8 – *L'interpretazione secondo le disposizioni di cui all'articolo 3, paragrafo 2, del Modello di Convenzione Ocse.*

Il nodo principale da sciogliere al fine di ricercare una corretta interpretazione del concetto di "*beneficial ownership*" contenuto nelle Convenzioni in materia fiscale, riguarda il punto di partenza da cui cominciare il percorso d'indagine. In sintesi, la scelta può restringersi a due opzioni: i) interpretare il requisito del "*beneficial owner*" attribuendogli il significato che esso assume nella normativa fiscale degli Stati contraenti; ii) interpretare l'espressione in parola attribuendogli un significato autonomo riconducibile ad un linguaggio internazionale, comunemente riconosciuto ai fini dell'applicazione delle Convenzioni contro la doppia imposizione.

Prima di iniziare la disamina, si ritiene utile ricordare che l'espressione "*beneficial owner*" non è definita all'interno del Modello di Convenzione dell'Ocse. Pertanto, è bene premettere che le argomentazioni di seguito riportate devono

ritenersi valide solo ai fini dell'interpretazione di quelle Convenzioni che, ricopiando la struttura del Modello Ocse, non dispongono di una definizione della locuzione in esame.

Deve inoltre premettersi che per sistematicità dell'esposizione, le argomentazioni che seguono prendono in considerazione le disposizioni contenute negli articoli del Modello Ocse e, pertanto, ogni riferimento agli articoli del Modello deve ritenersi ascrivibile solo alle Convenzioni contro la doppia imposizione che ne ricopiano integralmente la struttura.

L'interpretazione dell'espressione in esame è causata dalla mancanza di una sua definizione generale tra le disposizioni di cui all'articolo 3, paragrafo 1, del Modello. Di conseguenza, per giungere alla soluzione del problema il Modello rimanda alla lettura del successivo paragrafo del medesimo articolo. Ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, ai fini dell'applicazione delle Convenzioni, a meno che il contesto non richieda una diversa interpretazione, le espressioni non ivi definite hanno il significato che ad esse è attribuito in quel momento dalla legislazione degli Stati contraenti relativamente alle imposte cui la Convenzione si applica, prevalendo ogni significato attribuito dalle leggi fiscali di detto Stato sul significato dato al termine nell'ambito di altre leggi di detto Stato.

Questo paragrafo stabilisce una regola generale di interpretazione per i termini utilizzati nella Convenzioni ma non ivi definiti.¹¹¹ Laddove la disposizione premette “*unless the context otherwise requires*”, si ritiene che il paragrafo in esame voglia specificare che termini ed espressioni non definiti dalla Convenzione possono essere interpretati in conformità con la legge degli Stati contraenti,¹¹² solo se il contesto non

¹¹¹ Si veda, OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, *Commentary on Article 3 concerning general definitions*, para. 11, p. 70, Parigi, 2008.

¹¹² Il paragrafo 2 fu modificato nel 1995 al fine di rendere la sua formulazione più aderente all'interpretazione diffusa e condivisa dagli Stati membri. Ai sensi del paragrafo 2, il significato di termini o espressioni non definiti nella Convenzione può essere determinato facendo riferimento a tutte le disposizioni applicabili di diritto interno di uno Stato contraente, che si tratti o meno di disposizioni tributarie. Tuttavia, allorchè leggi differenti di uno Stato contraente forniscono definizioni diverse di un termine o di una espressione, il significato che detto termine o espressione assume nella legislazione fiscale di detto Stato contraente in relazione alle imposte cui si applica la Convenzione prevale sulle altre disposizioni, ivi incluse quelle riscontrabili nelle altre disposizioni tributarie. Gli Stati che sono in grado di concludere accordi attraverso la costatazione amichevole (in virtù delle disposizioni contenute al paragrafo 3 dell'art. 25) in materia di interpretazione di termini o espressioni non definiti nella Convenzione, dovranno tenere conto di

richieda un'interpretazione alternativa.¹¹³

Non è del tutto superfluo notare che anche lo stesso articolo 3, paragrafo 2, del Modello Ocse, deve essere interpretato in buona fede, in conformità al senso comune da attribuire ai termini del Trattato nel loro contesto ed alla luce dell'oggetto e dello scopo del Trattato.¹¹⁴ In tal senso, alcuni autori hanno sostenuto che l'espressione “*unless the context otherwise requires*” mira ad incorporare i principi generali d'interpretazione previsti dagli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, rappresentando un'eccezione rispetto alla regola generale di cui all'articolo 3, paragrafo 2. secondo la quale ogni termine o espressione utilizzati nel Trattato ed ivi non definiti dovrebbero essere interpretati alla luce del significato attribuito a detti termini o espressioni delle leggi degli Stati contraenti.¹¹⁵ Ragionevolmente, il motivo per cui tale regola speciale è stata introdotta nell'articolo 3 del Modello Ocse risponde allo scopo di rendere il Trattato applicabile sia in conformità con il contesto che con la effettiva volontà degli Stati contraenti al momento della stipula del Trattato stesso.¹¹⁶

Tuttavia, vi sono altri autori che non condividono la tesi succitata. Secondo questi, quando un termine o un'espressione non sono definiti dalla stessa Convenzione, il tenore letterale del secondo paragrafo, articolo 3, impone di utilizzare una definizione tratta dalla normativa interna degli Stati contraenti, attribuendo al termine indefinito il significato che esso assume ai sensi della normativa vigente nello Stato della fonte del reddito.¹¹⁷

A tal proposito, chi scrive ritiene sia molto importante far notare che il tenore

detti accordi nell'interpretazione di detti termini e espressioni. OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, Introduction, *Commentary on Article 3 concerning general definitions*, para. 13.1, p. 71, Parigi 2008.

¹¹³ OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, Introduction, *Commentary on Article 3 concerning general definitions*, para. 12, p. 70, Parigi 2008.

¹¹⁴ Art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, Vienna, 1969.

¹¹⁵ F. ENGELEN, *Interpretation of Tax Treaties under International law*, IBFD, Amsterdam, 2004, p. 480.

¹¹⁶ Tale affermazione è supportata dal fatto che l'espressione “*unless the context otherwise requires*” è presente anche nell'art. 3, paragrafo 1, e precede un'elencazione di diverse definizioni generali riferibili a termini ed espressioni utilizzate nella Convenzione.

¹¹⁷ Si veda C. DU TOIT, *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*, IBFD, Amsterdam 1999, p. 175, in cui si riporta quanto sostenuto da un membro Statunitense del Comitato IFA, nel corso del Convegno annuale tenutosi a Londra nel 1998.

letterale dell'articolo 3, paragrafo 2, fa esplicito riferimento alle leggi di entrambi gli Stati contraenti e,¹¹⁸ per di più, l'articolo in parola non presenta alcun riferimento specifico alla normativa di applicazione domestica dei suddetti Stati ma, invece, si riferisce in maniera generale alle leggi di degli Stati contraenti. In tal senso, in base all'articolo 3 del Modello Ocse, nel tentativo di ricercare una idonea interpretazione di un termine non definito dal Trattato, chi scrive ritiene più corretto far riferimento non solo alla normativa domestica degli Stati contraenti ma, come ragionevolmente si può intuire, ricercare il significato del termine indefinito anche in altri accordi internazionali stipulati dagli Stati contraenti.

Ad ogni modo, una tale lettura dell'articolo 3, secondo paragrafo, volta a dar rilevanza alla normativa interna dello Stato della fonte del reddito, pur se non sempre condurrebbe ad una errata applicazione (o non applicazione) del Trattato, in alcune situazioni causa certamente una rilevante incertezza dei diritti per i contribuenti di entrambi gli Stati contraenti.

Se si aderisse alla summenzionata interpretazione dell'articolo 3, accettando di sopperire alla carenza di definizione di alcune espressioni contenute nelle Convenzioni facendo riferimento alla normativa interna dello Stato della fonte, qualora detto Stato non applicasse le disposizione contenute nel Trattato, ed esempio perchè esso ritiene che il percettore dei dividendi, ai sensi della propria disciplina interna, non si qualifichi “*beneficial owner*” di tale reddito, dunque, supponendo invece che l'altro Stato contraente non concordi con il primo Stato sull'interpretazione dell'espressione “*beneficial owner*”, si verificherebbe un'applicazione non conforme del Trattato da parte degli Stati contraenti. Pertanto, anche se entrambe gli Stati applicano la Convenzione, a causa della diversa interpretazione dell'espressione in esame, non vi sarà conformità tra quanto posto in essere dagli

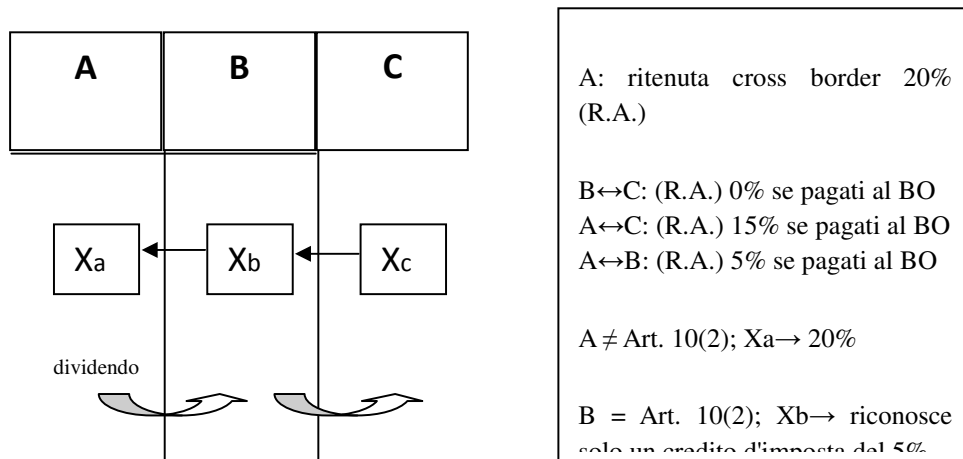
¹¹⁸ Di seguito si riporta il testo originale del Commentario all'art. 3 del Modello di Convenzione: [...] tuttavia, emerge la questione relativa alla legislazione alla quale si deve fare riferimento per determinare il significato di termini non definiti nella Convenzione, tenuto conto che le alternative sono da un lato la legislazione in forza nel momento in cui la Convenzione è stata firmata e dall'altro la legislazione in vigore nel momento in cui la Convenzione viene applicata, cioè nel momento in cui le imposte sono prelevate. Il Comitato affari fiscali è giunto alla conclusione che quest'ultima interpretazione dovrebbe prevalere e nel 1995 modificò il Modello al fine di esplicitare tale interpretazione. OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, Introduction, *Commentary on Article 3 concerning general definitions*, para. 11, p. 70, Parigi 2008.

Stati rispetto al Trattato.

Un'esemplificazione renderà più chiaro quanto argomentato.

Si ipotizzi una fattispecie che coinvolge tre Paesi: lo Stato A; lo Stato B e lo Stato C. Il contribuente Xa è un'entità residente nello Stato A che distribuisce dividendi ad un'altra entità, Xb, residente nello stato B; quest'ultima ritrasmette i dividendi percepiti ad Xc, un'entità residente nello Stato C.

Ai sensi dell'art. 10, paragrafo 2, del Trattato vigente tra lo Stato A e lo Stato B, come prescritto dal Modello di Convenzione Ocse, se il percettore dei dividendi si qualifica “*beneficial owner*” degli stessi, si applica una ritenuta alla fonte del cinque per cento.



Nell'esempio riportato, lo Stato A applica la convenzione vigente con lo Stato B, tuttavia, sostiene che la ritenuta convenzionale del cinque per cento, prevista dall'articolo 10 della Convenzione, non sia applicabile alla distribuzione di dividendi posta in essere da Xa in quanto il percettore di tali dividendi, Xb, ai sensi della normativa interna dello Stato A, non si può considerare “*beneficial owner*” dei dividendi distribuiti. Nella fattispecie ipotizzata, dunque, lo Stato A applica la ritenuta ordinaria prevista per i dividendi distribuiti ai non residenti, che ipotizziamo pari al venti per cento. Al contrario, lo Stato B identifica l'entità Xb come “*beneficial owner*” dei dividendi distribuiti e, pertanto, in considerazione dei benefici previsti dalla Convenzione vigente tra gli Stati A e B, non riconosce all'entità Xb un credito

d'imposta pieno per la ritenuta del venti per cento subita nello Stato A. In sintesi, l'entità Xb, in quanto residente dello Stato B, pagherà le imposte sul reddito prodotto su scala mondiale e potrà beneficiare di un credito d'imposta del cinque per cento così come previsto dalla Convenzione con lo Stato A, a fronte di una ritenuta del venti per cento subita in detto ultimo Stato.

Nel caso illustrato sia lo Stato A che lo Stato B applicano il Trattato vigente ma, come risulta evidente, non vi sarà conformità in termini di risultati. Entrambi gli Stati, infatti, adempiono alle obbligazioni assunte con la stipula del Trattato, tuttavia lo Stato B non è obbligato ad interpretare l'espressione "*beneficial owner*" – non definita dal Trattato – attribuendole il medesimo significato assunto dall'altro Stato contraente (lo Stato A).

Anche se si prende in considerazione il chiarimento fornito dal Commentario ufficiale Ocse all'articolo 23, non aggiunge ulteriore certezza. Secondo il paragrafo 32.3, del Commentario all'articolo 23, allo scopo di risolvere problemi di qualificazione, l'Ocse suggerisce di applicare le disposizioni del Trattato in conformità alle interpretazioni fornite dallo Stato della fonte. Tale indirizzo, tuttavia, non si ritiene possa accrescere il grado di tutela della certezza dei diritti del contribuente, posto il gravoso rischio di incorrere in una lunga e complessa procedura di composizione amichevole.

L'esemplificazione illustrata pone in evidenza come un tale approccio, fondato sull'interpretazione dell'espressione "*beneficial owner*" che rinvia alla disciplina interna degli Stati contraenti, non è in grado di garantire un sufficiente grado di certezza dei diritti per i contribuenti e, in alcuni casi, può condurre a situazioni di doppia imposizione che, in maniera evidente, contrastano con lo scopo stesso dei Trattati in materia fiscale.

Vi sono, poi, ulteriori considerazioni, provenienti dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che si ritiene, per completezza, vadano brevemente illustrate ai fini della presente trattazione.

Alcuni autori ed alcune Corti hanno argomentato che l'espressione "*beneficial owner*" non è un termine al quale si ritiene possa applicarsi l'articolo 3, paragrafo 2,

delle Convenzioni.¹¹⁹ Tale considerazione non si ritiene sia condivisibile.

La suddetta tesi è infatti fondata sull'opinione che taluni concetti, come appunto quello in commento, non corrispondono ad alcuna definizione all'interno di alcuni sistemi giuridici o, ancorché vi fosse un significato plausibilmente attribuibile all'espressione in commento, questo non è tale da ritenersi rilevante ai fini dell'applicazione delle Convenzioni contro la doppia imposizione.

In ragione di quanto si è argomentato, la tesi in esame non è ritenuta pienamente condivisibile. Deve ritenersi che, secondo le argomentazioni proposte, sarebbe stato più corretto affermare che la regola generale d'interpretazione contenuta nell'articolo 3, secondo paragrafo, del Modello Ocse, non può applicarsi a talune espressioni – quali il “*beneficial owner*” – nella misura in cui con tale applicazione si intende far riferimento alla disciplina domestica degli Stati contraenti, in quanto tale approccio, come dimostrato in precedenza, non sempre è in grado di garantire un'interpretazione condivisa. Al contrario, deve invece ritenersi applicabile la regola speciale d'interpretazione contenuta nel medesimo articolo 3, paragrafo 2, delle Convenzioni, laddove precisando “*unless the context otherwise requires*”, la disposizione in parola suggerisce di far riferimento ad un diverso approccio interpretativo, rimandando all'applicazione degli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati.

In ragione di quanto argomentato, può concludersi che il secondo paragrafo, articolo 3, delle Convenzioni che si rifanno al Modello Ocse, può considerarsi rilevante solo in taluni casi, sebbene l'applicazione dei Trattati in materia fiscale è sempre governata dalle regole d'interpretazione codificate dalla Convenzione di Vienna che, come sostenuto in precedenza, essenzialmente condurrebbe ai medesimi risultati ottenibili con una corretta applicazione del suddetto articolo 3, paragrafo secondo.¹²⁰

In conclusione, la disposizione dell'articolo 3, paragrafo 2, riguardante

¹¹⁹ C. DU TOIT, *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*, IBFD, Amsterdam 1999, p. 177. Inoltre sul punto si veda anche la sentenza australiana sul caso *Thiel v. Federal Commissioner of Taxation* (1990) 21 ATR 531, at 532-533.

¹²⁰ F. ENGELEN, *Interpretation of Tax Treaties under International law*, IBFD, Amsterdam, 2004, p. 481.

l'interpretazione dei termini e delle espressioni non definiti dalle Convenzioni in conformità alla normativa domestica degli Stati contraenti sarebbe applicabile solo in taluni casi in cui le seguenti condizioni risultano contestualmente soddisfatte: i) il termine (o l'espressione) da sottoporre ad interpretazione non è definito né dall'art. 3 del Trattato, né da qualsiasi altro articolo o documento supplementare appartenente al Trattato stesso; ii) il termine (o l'espressione) da interpretare corrisponde ad un concetto giuridico di cui gli ordinamenti di entrambi gli Stati contraenti dispongono già di una definizione propria identica; iii) il contesto non richiede un'interpretazione alternativa.¹²¹

Per quanto le argomentazioni proposte possono considerarsi valide ai fini di una corretta interpretazione del concetto di *beneficial ownership* al fine della sua applicazione in ambito convenzionale, si deve concordare sul fatto che un tale approccio risulta compatibile con lo scopo delle Convenzioni di evitare la doppia imposizione e contrastare fenomeni evasivi solo in (davvero) pochi casi, ossia nelle circostanze in cui l'applicazione del Trattato coinvolge Paesi che adottano sistemi giuridici di *common law* in cui l'espressione “*beneficial owner*” è già definita, in maniera identica, dagli stessi ordinamenti coinvolti nell'applicazione del Trattato.

2.9 – Interpretazione dell'espressione “*beneficial owner*” in ambito internazionale in conformità alle disposizioni della Convenzione di Vienna.

Numerosi autori sostengono che la principale ragione per cui l'espressione in commento non possa essere interpretata prendendo spunto unicamente dalla normativa interna degli Stati contraenti è che nessuno degli ordinamenti fiscali degli Stati coinvolti dispone di una definizione dettagliata dei termini “*beneficial owner*” “*bénéficiaire effectif*” o “*nutzungsberechtigter*”.¹²² Una tale interpretazione che

¹²¹ Per ulteriori chiarimenti sulla definizione del contesto si rimanda al Commentario dell'Ocse: [...] il contesto è determinato in particolare dalle intenzioni degli Stati contraenti al momento della firma della Convenzione, nonché dal significato attribuito allo specifico termine in questione dalla legislazione dell'altro Stato contraente (un riferimento implicito al principio di reciprocità sul quale si fonda la Convenzione). La formulazione dell'articolo permette quindi alle autorità competenti una certa libertà.

¹²² K. VOGEL, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Third edition, Kluwer Law International,

prende spunto unicamente dalla normativa interna degli Stati, potrebbe compromettere l'applicazione delle disposizioni dei Trattati e, in alcuni casi, condurre alla totale inapplicabilità dei Trattati.¹²³

Le argomentazioni esposte, inducono a sostenere che, ai fini convenzionali, l'espressione “*beneficial owner*” dovrebbe essere interpretata seguendo un approccio tale da condurre verso l'attribuzione di un significato comunemente condiviso in ambito internazionale.

L'espressione in commento, pertanto, deve essere interpretata con riferimento al contesto del Trattato e, in particolar modo, in conformità degli scopi perseguiti dal Trattato.¹²⁴ Tali argomentazioni rimandano inequivocabilmente all'utilizzo delle regole di interpretazione dei Trattati previste dagli Articoli 31, 32 e 33 della Convenzione di Vienna.

2.9.1 – Le regole generali per l'interpretazioni previste dall'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati.

L'articolo 31 della Convenzione di Vienna contiene tre differenti regole che concretizzano l'approccio testuale all'interpretazione dei Trattati:¹²⁵ i) i Trattati devono essere interpretati in buona fede;¹²⁶ ii) i termini del Trattato devono essere interpretati secondo il significato ordinario attribuito a ciascuno di essi; iii) un termine assume un significato specifico solo se le parti del Trattato hanno comunemente ed esplicitamente inteso in tal senso.

1997, p. 562, § 8.

¹²³ Si veda C. DU TOIT, *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*, IBFD, Amsterdam 1999, p. 175, in cui si riporta quanto sostenuto da un membro Svizzero del Comitato IFA, nel corso del Convegno annuale tenutosi a Londra nel 1998.

¹²⁴ K. VOGEL, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Third edition, Kluwer Law International, 1997, p. 562, § 8.

¹²⁵ F. ENGELEN, *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, IBFD, Amsterdam, 2004, p. 111.

¹²⁶ Come evidenziato nell'annuario denominato *Yearbook of the International Law Commission (YBILC)*, l'interpretazione in buona fede discende in maniera diretta dal principio generale '*pacta sunt servanda*', 1966-II, p. 221.

Il primo paragrafo dell'articolo 31, della Convenzione di Vienna, afferma che:

“Un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo”.

In riferimento al principio generale di buona fede, ai fini della presente disamina, si ritiene sufficiente ricordare che esso trae origine dal principio di Diritto Romano di *bona fides*. Da tale principio di carattere generale discendono numerosi altri principi, altrettanto importanti, che governano l'intero sistema di norme internazionali, come, ad esempio, il principio *pacta sunt servanda*. Il dizionario giuridico *online* di diritto tributario internazionale, pubblicato dall'*International Bureau of Fiscal Documentation* definisce il principio di buona fede come:

Espressione solitamente presente nel contesto di misure antielusive come requisito per verificare l'onestà e la genuinità delle motivazioni o delle intenzioni di una persona.¹²⁷

Se si procede ad interpretare l'espressione “*beneficial owner*” secondo i criteri dettati dalla Convenzione di Vienna, ai sensi dell'articolo 31 di detta Convenzione, l'attenzione si sposta sul significato ordinario di tale espressione.

Numerosi autori sostengono che il significato ordinario di un termine non sempre corrisponde con il significato che lo stesso assume nel linguaggio quotidiano.¹²⁸ Pertanto, l'interpretazione dei Trattati ed il significato dei termini in esso inclusi dipende maggiormente dal contesto e, in maniera più specifica, dallo scopo per cui alcuni termini sono stati introdotti ed in conformità con l'oggetto e le finalità del Trattato stesso. Tale affermazione è in particolar modo condivisa in riferimento a quei termini ed espressioni che appartengono ad uno specifico linguaggio tecnico, come appunto quello del diritto tributario, e nei casi in cui termini ed espressioni fanno parte di un linguaggio internazionale che, in quanto tale,

¹²⁷ “*expression sometimes found in the context of anti-avoidance measures as a standard by which to test the honesty or genuineness of a person’s motivation or beliefs*”. *International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD), International Tax Glossary*, www.ibfd.org.

¹²⁸ Sul punto si veda, K. VOGEL, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Terza edizione, Kluwer Law International, 1997, p. 37, § 70; C. DU TOIT, *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*, IBFD, Amsterdam 1999, p. 194.

mira ad una comprensione riconosciuta comunemente.¹²⁹

Come argomentato nei precedenti paragrafi, la finalità delle Convenzioni in materia fiscale non riguarda solo l'eliminazione della doppia imposizione economica e giuridica ma comprende anche il contrasto di fenomeni elusivi ed evasivi. Pertanto, allo scopo di prevenire utilizzi impropri dei Trattati, nel 1977 l'Ocse decise di introdurre l'espressione "*beneficial owner*" quale requisito ulteriore da soddisfare al per poter accedere ai benefici convenzionali degli articoli 10,11 e 12.

In conformità a quanto si è appena detto in merito alle finalità dei Trattati in materia fiscale, si può affermare che il Comitato Ocse decise di introdurre tale ulteriore requisito al fine perseguire con maggior efficacia le finalità prefissate dai Trattati. Quanto detto pone in evidenza come vi sia pieno sincronismo tra le finalità dei Trattati e le finalità per cui l'espressione "*beneficial owner*" è stata introdotta nel Modello di Convenzione dell'Ocse.

In conclusione, nel 1977 il Comitato Ocse incaricato di revisionare il Modello di Convenzione era alla ricerca di una misura che restringesse l'applicazione dei benefici convenzionali, allo scopo di prevenire un utilizzo improprio dei Trattati in materia fiscale. In base a tale premessa, sarebbe lecito domandarsi perchè il Comitato Ocse decise di introdurre negli articoli 10, 11 e 12 del Modello l'espressione "*paid to... the beneficial owner*", anziché disporre in maniera inequivocabile che i benefici convenzionali non sarebbero stati applicabili a quelle entità costituite al solo proposito di poter godere dei benefici convenzionali.¹³⁰ Probabilmente, la risposta più semplice a tale quesito potrebbe essere anche la più corretta: il Comitato Ocse considerava che l'introduzione del requisito del "*beneficial owner*" sarebbe stata una misura sufficientemente adeguata per il raggiungimento dello scopo prefissato, ossia

¹²⁹ Anche se, come è stato evidenziato da alcune Corti ed alcuni autori, non vi sono disposizioni all'interno dell'art. 31 della Convenzione di Vienna che vietano ad un giudice – o a qualsiasi interprete di un Trattato – di sostenere che se il tenore letterale di una disposizione del Trattato è ragionevolmente comprensibile essa deve applicarsi anche senza alcun riferimento al contesto e allo scopo del Trattato (si veda B. J. ARNOLD, *The Interpretation of Tax Treaties: Myth and Reality*, Bulletin for International Taxation, gennaio 2010, p. 6), si sostiene fermamente che una tale approccio interpretativo potrebbe indurre in errore qualora conducesse ad una conclusione in netto contrasto con le finalità del Trattato.

¹³⁰ Sul punto si veda anche C. DU TOIT, *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*, IBFD, Amsterdam 1999, p. 210.

prevenire l'utilizzo improprio delle Convenzioni contro la doppia imposizione.

Il significato ordinario dell'espressione in esame, così come previsto dall'articolo 31 della Convenzione di Vienna, impone un'interpretazione che sia conforme, non solo con l'oggetto e la finalità del Trattato, ma anche rispetto al contesto. Come disposto dall'articolo 31 della Convenzione di Vienna, paragrafo 2, il contesto si identifica con l'intero testo del Trattato, includendo preambolo ed eventuali allegati o appendici. Inoltre il contesto comprende anche qualsiasi accordo relativo al Trattato che è stato stabilito dalle parti in riferimento al Trattato concluso ed, ancora, ogni altra appendice o documento predisposto da una o più parti e successivamente ratificato dalle altre parti e riconosciuto come tale.¹³¹

A tali disposizioni si aggiunge anche quella contenuta nel paragrafo 3, articolo 31, della Convenzione di Vienna, in base alla quale, oltre al contesto devono considerarsi anche i seguenti elementi d'interpretazione: i) ogni accordo ulteriore intervenuto tra le parti circa l'interpretazione del trattato o l'attuazione delle disposizioni in esso contenute; ii) ogni ulteriore pratica seguita nell'applicazione del trattato con la quale venga accertato l'accordo delle parti relativamente all'interpretazione del trattato; iii) ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti.

Se si considera che l'espressione in commento è stata introdotta nel Modello di Convenzione nel 1977, non solo a causa del corso del tempo, è logico ritenere che tale locuzione sia ormai parte del linguaggio internazionale comune riguardante le Convenzioni contro la doppia imposizione, si può dunque sostenere che la sua interpretazione debba essere ricompresa nel significato ordinario dei termini utilizzati dai Trattati.

Tuttavia, si deve considerare che, in fase di negoziazione di un Trattato, gli Stati contraenti potrebbero decidere di attribuire un significato specifico ad un termine non definito nell'ambito del Modello di Convenzione dell'Ocse o, ancora, decidere di attribuire ad un termine un significato diverso rispetto a quello che si potrebbe ricavare dal Commentario ufficiale. In tali casi, ai sensi dell'articolo 31,

¹³¹ Articolo 31, paragrafo 2, della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, Vienna, 1969.

paragrafo 4, della Convenzione di Vienna, l'interpretazione del termine ed il suo significato ai fini del Trattato sarebbe molto più semplice da ricavare in quanto gli si conferisce il senso che le parti hanno esplicitamente deciso di attribuirgli.

A tal proposito si ritiene utile, ai fini della presente trattazione, rimarcare il pensiero di numerosi autori i quali hanno posto in evidenza l'importanza del Commentario ufficiale dell'Ocse ai fini dell'interpretazione delle disposizioni contenute nei Trattati. Alcuni di essi ritengono che il Commentario sia uno strumento indispensabile per la corretta interpretazione delle disposizioni contenute nei Trattati, considerando il Commentario stesso come “ogni accordo relativo al trattato e che sia intervenuto tra tutte le parti in occasione della sua conclusione” di cui all'articolo 31, paragrafo 2, lettera *a*, della Convenzione di Vienna.¹³² Altri autori, invece, hanno evidenziato l'importanza del Commentario Ocse in chiave diversa, attribuendogli rilevanza ai fini dell'articolo 31, paragrafo 4, della Convenzione di Vienna, qualificandolo come un importante strumento d'interpretazione dal quale ricavare significati specifici da attribuire ai termini ricompresi nel Trattato ogni qualvolta gli Stati decidano di apporre riserve ufficiali in riferimento al contenuto degli articoli del Modello di Convenzione.¹³³

Le argomentazioni riportate dimostrano come la dottrina e la giurisprudenza siano d'accordo nel sostenere l'utilizzo del Commentario, quale indispensabile strumento d'interpretazione dei termini ricompresi nei Trattati in materia fiscale; la maggior parte di essi considera il Commentario come parte del “contesto” ai fini della regola generale di interpretazione di cui all'articolo 31 della Convenzione di Vienna.¹³⁴ Tuttavia, a tal riguardo, si ritiene doveroso evidenziare che secondo alcuni autori, nell'utilizzare il Commentario Ocse ai fini interpretativi delle Convenzioni, si

¹³² K. VAN RAAD, *Interpretatie van belastingsferdragen*, Maandblad Belsting Beschouwingen, 1978, p. 55, *apud* M. CERRATO, *La rilevanza del Commentario Ocse ai fini interpretativi: analisi critica dei più recenti indirizzi giurisprudenziali (nota a Cass., sez. trib. n. 388/2008)*, in *Rivista di Diritto Tributario*, n. 1, gennaio 2009, p.17.

¹³³ M. J. ELLIS, *The Influence of the OECD Commentaries on the Treaty Interpretation – Response to Prof. Dr Klaus Vogel*, *Bulletin for International Tax Law*, n. 12, December 2000, p. 617.

¹³⁴ Non sempre però la giurisprudenza utilizza il Commentario Ocse per interpretare le Convezioni contro la doppia imposizione (i.e., si veda Corte di Cassazione, sez. Trib., sentenza n. 4600 of 26.02.2009, in cui la suprema Corte di Cassazione non ha fatto alcun riferimento al Commentario nel giudicare in merito all'applicabilità dei benefici convenzionali).

deve tener in considerazione che i due testi in questione (Commentario e Trattato) potrebbero appartenere a contesti temporali ben diversi. Si pensi ad esempio all'utilizzo del Commentario Ocse, recentemente revisionato nel 2010, per interpretare il contenuto di un Trattato concluso nel 1980 e mai revisionato dagli Stati contraenti. A tal riguardo, parte della dottrina di diritto tributario internazionale sostiene che il Commentario assuma una rilevanza marginale ai fini interpretativi, soprattutto per quanto riguarda il nuovo contenuto introdotto a seguito degli interventi di revisione.

Chi scrive è dell'opinione opposta. Diversi autori, infatti, sostengono che se la Convenzione conclusa tra i due Stati, in termini di contenuti e struttura, riprende il Modello di Convenzione dell'Ocse e gli Stati contraenti non hanno inteso adottare alcuna riserva particolare agli articoli del Modello, dunque, si deve ritenere che le parti hanno implicitamente accettato anche le interpretazioni e le osservazioni riportate nel Commentario.¹³⁵

A tal proposito ci si domanda quale sia l'impatto di una revisione del Commentario sull'utilizzabilità dello stesso ai fini dell'interpretazione del contenuto dei Trattati. La risposta a tale quesito chiama inevitabilmente in causa il dibattito sul cd. ruolo statico o dinamico del Commentario.¹³⁶ Logicamente, se si considera ciò che si è precedentemente argomentato in riferimento all'accettazione implicita da parte degli Stati contraenti del contenuto del Commentario in riferimento all'interpretazione del Trattato stipulato, si deve ammettere che ogni modifica apportata successivamente, riguardante sia il Modello di Convenzione che il Commentario, deve considerarsi come non conoscibile da parte degli Stati al momento della stipula del Trattato.

Pertanto, è logico sostenere che un emendamento del Commentario, successivo rispetto alla stipula di un Trattato, non può retroattivamente istituire un significato

¹³⁵ Sul punto si veda anche: M. CERRATO, *La rilevanza del Commentario Ocse ai fini interpretativi: analisi critica dei più recenti indirizzi giurisprudenziali (nota a Cass., sez. trib. N. 388/2008)*, Rivista di Diritto Tributario, n. 1, gennaio 2009, p.18; F. ENGELEN, *Interpretation of Tax Treaties under International law*, IBFD, Amsterdam, 2004, p. 463 e 466.

¹³⁶ In considerazione del fatto che lo scopo della presente trattazione riguarda in maniera specifica l'interpretazione dell'espressione “*beneficial owner*” ai fini delle Convenzioni contro la doppia imposizione, il dibattito riguardante il cd. ruolo del Commentario nell'interpretazione dei Trattati sarà affrontato in maniera breve.

ordinario di un termine o di un espressione presente nella Convenzione sin dalla stipula della stessa.¹³⁷ Pertanto, ai sensi dell'articolo 31, paragrafo 4, della Convenzione di Vienna, quando interviene una modifica del Commentario che impatta sull'interpretazione di un termine del Trattato, introducendo un significato specifico di un termine che non confligge con lo scopo del Trattato e, tanto meno, con le altre intenzioni esplicitate dagli Stati contraenti, tale modifica deve ritenersi utile ai fini dell'interpretazione del Trattato. Diversamente, il solo caso in cui un emendamento del Commentario non può considerarsi certamente utile ai fini dell'interpretazione è quando l'emendamento stesso non integra una precedente interpretazione fornita dal Commentario ma, invece, si sostituisce a quest'ultima affermando un'interpretazione contraria.

2.9.2 – I mezzi complementari d'interpretazione ai sensi dell'articolo 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati.

In ogni caso, anche se si potrebbe non concordare sul fatto che, ai sensi dell'articolo 31 della Convenzione di Vienna, il Commentario Ocse rappresenta un indispensabile strumento d'interpretazione, lo si deve comunque considerare come uno strumento complementare utile ai fini dell'interpretazione dei Trattati.

A tal riguardo, l'articolo 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati dispone quanto segue:

“Si potrà ricorrere a mezzi complementari d'interpretazione, ed in particolare ai lavori preparatori ed alle circostanze nelle quali il trattato è stato concluso, allo scopo, sia di confermare il significato risultante dall'applicazione dell'articolo 31, che di definire un significato quando l'interpretazione data in base all'articolo 31: i) lasci il significato ambiguo od oscuro o; ii) porti ad un risultato chiaramente assurdo o non ragionevole”.

A ben vedere, la disposizione di cui all'articolo 32 è più verosimilmente una

¹³⁷ K. VOGEL, *The Influence of the OECD Commentaries on the Treaty Interpretation*, Bulletin for International Tax Law, n. 12, dicembre 2000, p. 615.

regola speciale di interpretazione che può essere utilizzata solo per confermare il significato determinato ai sensi dell'articolo 31 della Convenzione di Vienna, oppure, solo nel caso in cui tale significato dovesse risultare in contrasto con lo scopo del Trattato o con il principio di buona fede. In particolare, il citato articolo 32 si applica nei casi in cui il significato di un termine individuato ai sensi dell'articolo 31, risulta “ambiguo”, “oscuro”, “assurdo” o “non ragionevole”.

A tal proposito, è dibattuto se considerare taluni documenti, come ad esempio il Commentario Ocse, dei mezzi complementari di interpretazione anche se essi siano parte del contesto, oppure se tali documenti devono considerarsi parte integrante del contesto del Trattato – ai sensi dell'articolo 31, paragrafo 3 – oppure se vadano considerati in tutt'altra maniera.¹³⁸

2.10 – La rilevanza dell'espressione “beneficial owner” negli articoli 10, 11 e 12 del Modello di Convenzione Ocse e gli effetti della sua inclusione nel Modello.

Prima di riflettere su quale potrebbe essere una probabile definizione attribuibile all'espressione “*beneficial owner*” ai fini di una corretta applicazione dei Trattati, si ritiene doveroso chiarire la rilevanza che tale espressione ha acquisito con la sua introduzione negli articoli 10, 11 e 12 del Modello di Convenzione Ocse.

Nella prima parte di questa analisi si procederà ad una comparazione delle caratteristiche dell'espressione in commento nell'ambito dei tre diversi articoli del Modello in cui tale locuzione è presente; successivamente si ragionerà sulla natura di tale espressione al fine di comprendere se tale requisito abbia un preminente carattere economico o, invece, rappresenti un requisito giuridico; infine si ragionerà sulla rilevanza del requisito in esame quale probabile clausola antielusiva.

In ragione del fatto che il sintagma “*beneficial owner*” è stato introdotto negli articoli 10, 11 e 12 del Modello, riguardanti, rispettivamente, dividendi, interessi e canoni, sembra logico domandarsi se l'espressione in esame assume il medesimo

¹³⁸ Si veda C. DU TOIT, *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*, IBFD, Amsterdam 1999, p. 212.

significato ed è finalizzata a perseguire il medesimo scopo in tutti e tre gli articoli richiamati. Per rispondere a tale quesito si deve partir dall'analisi della struttura degli articoli in questione e dai chiarimenti forniti dal Commentario.

Da una prima analisi risulta con evidenza che l'espressione in esame figura nel secondo paragrafo degli articoli 10 e 11, mentre, per quanto concerne l'articolo 12 sulla tassazione dei canoni, il *beneficial owner* è presente già nel primo paragrafo:

“I canoni provenienti da uno Stato contraente e il cui beneficiario effettivo è un residente dell'altro Stato contraente sono imponibili solo in detto altro Stato”

Questo paragrafo si fonda sul principio generale di tassazione esclusiva dei canoni nello Stato in cui il beneficiario effettivo è residente. Tuttavia, a seguito dell'introduzione dell'espressione “beneficiario effettivo”, lo Stato della fonte non è obbligato a rinunciare alla propria potestà impositiva sui canoni soltanto perché tali redditi sono stati percepiti direttamente da un residente dell'altro Stato contraente.¹³⁹

Diversamente, negli articoli 10 e 11 del Modello Ocse, riguardanti la tassazione dei dividendi e degli interessi, l'espressione “beneficiario effettivo” è presente solo dal secondo paragrafo.

Secondo quanto riportato dal Commentario ufficiale dell'Ocse, in riferimento ad entrambi gli articoli in esame, il requisito del beneficiario effettivo fu introdotto al fine di chiarire il significato dell'espressione “pagati... ad un residente”, presente nel primo paragrafo degli articoli 10 ed 11:

“I dividendi pagati da una società residente di uno Stato contraente ad un residente dell'altro Stato contraente sono imponibili in detto altro Stato”.

“Gli interessi provenienti da uno Stato contraente e pagati ad un residente dell'altro Stato contraente sono imponibili in detto altro Stato”.

L'introduzione dell'espressione “beneficiario effettivo” era finalizzata a chiarire che lo Stato della fonte non è obbligato a rinunciare alla propria potestà impositiva sui redditi costituiti da dividendi soltanto perchè tali redditi sono stati percepiti direttamente da un residente di uno Stato con cui lo Stato della fonte ha concluso un

¹³⁹ OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, *Commentary on Article 12 concerning the taxation of royalties*, paragrafi. 3 e 4, p. 182, Parigi 2008.

Trattato in materia fiscale.¹⁴⁰

Se si raffronta il contenuto del Commentario con riferimento ai tre articoli coinvolti nell'analisi di cui sopra, si giunge chiaramente alla conclusione che l'introduzione del requisito del beneficiario effettivo ha avuto nei tre articoli considerati – 10, 11 e 12 – lo stesso impatto sull'allocazione del diritto d'imposizione degli Stati contraenti.

Come specificato dal Commentario all'articolo 12, il requisito del beneficiario effettivo è stato introdotto nel primo paragrafo di questo articolo per mettere in luce che lo stesso si applica in relazione ai pagamenti effettuati a intermediari. Pertanto, nei casi in cui i canoni sono pagati ad un residente di uno Stato contraente che opera in qualità di mero agente o fiduciario, sarebbe 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 è residente dell'altro Stato. In tale situazione, l'immediato percettore del reddito si qualifica come residente ma, in conseguenza della situazione descritta, non sorge alcun rischio di doppia imposizione perchè il percettore non è considerato possessore del reddito ai fini dell'imposizione nello Stato di residenza. Secondo la medesima logica, sarebbe ugualmente contrario allo scopo ed alle finalità del Trattato 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 come intermediario per un'altra persona che di fatto è beneficiaria del reddito in oggetto.¹⁴¹

Le medesime motivazioni sono riportate con parole identiche nei chiarimenti forniti dal Commentario agli articoli 10 e 11, con cui si illustra l'impatto dell'espressione “beneficiario effettivo” sull'applicazione degli articoli di cui sopra.

In conclusione, sembra pacifico affermare che l'inclusione dell'espressione “beneficiario effettivo” nell'ambito del Modello di Convenzione ambiva a perseguire

¹⁴⁰ OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, *Commentary on Article 10 and 11 concerning the taxation of dividends and interests*, paragrafi 12 e 9, p. 151 e p. 174, Parigi 2008.

¹⁴¹ OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, *Commentary on Article 12 concerning the taxation of royalties*, paras. 4.1, p. 182, Parigi 2008.

le medesime finalità e a determinare il medesimo impatto sull'applicazione delle disposizioni contenute negli articoli 10, 11 e 12 delle Convenzioni contro la doppia imposizione.

A parere di chi scrive, infatti, in ragione di quanto sopra argomentato, si deve ritenere che l'inclusione dell'espressione “beneficiario effettivo” negli articoli 10, 11 e 12, non ha ristretto l'ambito soggettivo di applicazione degli articoli in parola, ma, in concreto, ha introdotto un requisito ulteriore nella principale regola distributiva, da soddisfare al fine di poter beneficiare degli specifici benefici convenzionali previsti dai rispettivi articoli in questione. Secondo tale interpretazione solo il beneficiario effettivo del reddito è legittimato a beneficiare della limitazione prescritta dal Trattato alla potestà impositiva dello Stato della fonte, ai sensi degli articoli 10, 11 e 12. Tuttavia, se la persona che riceve il pagamento non si qualifica come beneficiario effettivo del reddito corrisposto, la transazione in esame ricade, pur sempre, nell'ambito di applicazione di uno dei tre articoli di cui sopra – in relazione alla natura del reddito corrisposto – ma non vi sarà alcuna limitazione al diritto d'imposizione nello Stato della fonte.

Il motivo per cui il requisito in commento è stato incorporato nel primo o nel secondo paragrafo degli articoli di cui sopra, dipende unicamente dalla struttura dei suddetti articoli e dalle disposizioni con cui questi allocavano la potestà impositiva tra gli Stati contraenti. Per cui, mentre prima del 1977 gli articoli 10 e 11 disponevano una limitazione del diritto impositivo allo Stato della fonte dei dividendi e degli interessi, l'articolo 12 non prevedeva una disposizione in tal senso. Tuttavia, con l'introduzione del requisito in commento, la struttura degli articoli 10, 11 e 12 è cambia. I tre articoli in questione attribuiscono piena potestà impositiva allo Stato della fonte nei casi in cui il pagamento (di dividendi, interessi o canoni) non è indirizzato direttamente al suo beneficiario effettivo.

2.11 – Il beneficiario effettivo: requisito giuridico, o mero concetto economico?

Quando si discute della rilevanza dell'espressione “beneficiario effettivo” in

ambito convenzionale è molto importante definire se il concetto evocato da tale espressione rimanda ad una qualificazione giuridica o, invece, si riferisce ad un fatto economico.

Dal 2003 l'Ocse ha modificato il Commentario al Modello di Convenzione precisando che l'espressione "beneficiario effettivo" non è utilizzata in un'accezione tecnica e restrittiva, ma piuttosto, deve essere intesa nel suo contesto e alla luce dello scopo e delle finalità della Convenzione.¹⁴² Secondo tale chiarimento, il concetto di beneficiario effettivo tende ad essere interpretato seguendo un approccio di tipo sostanziale, potenzialmente libero dal significato giuridico attribuibile al termine o da altre accezioni ristrette appartenenti a linguaggi tecnici: In tal senso si giudica rilevante l'aspetto economico inerente la transazione.

Tuttavia, se si considera rilevante il solo aspetto economico delle transazioni in esame (dividendi, interessi e canoni) l'ipotetico scenario da prendere in considerazione ai fini della presente trattazione subisce una forte estensione.¹⁴³ Infatti, se ai fini dell'individuazione del beneficiario effettivo, si considera un approccio di tipo puramente economico, l'identificazione del soggetto che effettivamente trae benefici economici da una specifica transazione diviene alquanto complicata. Un tale approccio estenderebbe in modo eccessivo l'ambito soggettivo d'indagine, dovendosi considerare potenziali beneficiari effettivi tutti i soggetti che intervengono nel flusso economico, dal titolare formale del pagamento sino al più remoto beneficiario di tale reddito.

A ben vedere, l'osservazione della dicotomia in esame (rilevanza economica vs. rilevanza giuridica) non giova in maniera sensibile alla soluzione del problema.¹⁴⁴ Essa infatti crea una barriera immaginaria che in realtà non esiste (o quanto meno

¹⁴² OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, *Commentary on Article 10 concerning the taxation of dividends*, para. 12, p. 151, Parigi 2008. Le identiche argomentazioni sono riportate anche nel Commentario agli articoli 11 and 12.

¹⁴³ A. M. JIMÉNEZ, *Beneficial Ownership: Current Trends*, World Tax Journal, febbraio 2010, p. 52, IBFD, Amsterdam.

¹⁴⁴ Si veda anche D. A. WARD, *Access to Tax Treaty Benefits*, Rapporto di ricerca predisposto per l'*Advisory Panel* sul sistema canadese di fiscalità internazionale, settembre 2008: [...] si suggerisce che il significato ordinario dell'espressione "beneficiario effettivo" debba essere interpretato senza l'applicazione di un criterio di prevalenza della sostanza sulla forma, tanto meno seguendo un approccio economico [...].

non esiste in maniera così definita). Verosimilmente, tale approccio paradigmatico deriva da un dualismo che notoriamente ha caratterizzato numerose sentenze riguardanti l'interpretazione del “beneficiario effettivo”,¹⁴⁵ fondato su un criterio (personalmente non condiviso) di prevalenza della sostanza sulla forma.¹⁴⁶

2.12 – Il requisito del “beneficiario effettivo” come regola antielusiva. Note a margine di una recente risoluzione dell'autorità fiscale indiana.

Un ulteriore aspetto di cui discutere, in riferimento alle argomentazioni proposte circa la natura del requisito in commento, è rappresentato dalla finalità antielusiva del “beneficiario effettivo”.

Come argomentato in precedenza, la locuzione “beneficiario effettivo” fu introdotta negli articoli 10, 11 e 12 del Modello di Convenzione con lo scopo di chiarire il significato dell'espressione “pagati a” e, in tal modo, contrastare l'utilizzo improprio delle Convenzioni. In pratica, con l'introduzione del requisito in commento si perseguiva il fine di negare i benefici convenzionali di cui agli articoli 10, 11 e 12 a coloro che, anche avendo un titolo legale che li legittimasse a percepire il reddito in questione, non mostravano una stretta connessione con lo stesso reddito percepito, in quanto meri intermediari.¹⁴⁷

Se si considera che, come è noto, l'espressione “beneficiario effettivo” fu introdotta nel Modello al fine di contrastare l'utilizzo improprio delle Convenzioni, prevedendo il soddisfacimento di un requisito ulteriore al fine di poter beneficiare dell'aliquota convenzionale ridotta di cui agli articoli 10, 11 e 12, ci si imbatte in un ennesimo dubbio sulla natura di tale sintagma. A tal riguardo ci si domanda se il

¹⁴⁵ Ad esempio, le sentenze della Suprema Corte dei Paesi Bassi, *Hogeraad*, n. 28.638, 6 aprile 1994, BNB 1994/217c e BNB2001/196c; *Conseil d'Etat*, 29 dicembre 2006, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie v. Société Bank of Scotland*, n. 283314; *Court of Appeal*, 2 marzo 2006, *Indofood International Finance Ltd. vs. JP Morgan Chase Bank N.A., London branch* 2006, EWCA Civ. 158; *Prévost Car Inc. v. Her Majesty the Queen, Federal Court of Appeal*, Ottawa, Canada. *Docket*: A-252-08, 26 febbraio, 2009; *Citation*: 2009FCA57.

¹⁴⁶ Si veda, A. DE PISAPIA, *Beneficial owner, Beneficiario e Beneficiario Effettivo: diverse espressioni in cerca di un significato unitario nelle Convenzioni contro la doppia imposizione*, in *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, n. 04-2010, p. 19, Giuffrè Editore, Milano.

¹⁴⁷ A. M. JIMÉNEZ, *Beneficial Ownership: Current Trends*, *World Tax Journal*, febbraio 2010, p. 53, IBFD, Amsterdam.

concetto di “beneficiario effettivo” rappresenti una regola antielusiva o se, semplicemente, rappresenti una regola di attribuzione del reddito.

In tal senso il Commentario Ocse all'articolo 1,¹⁴⁸ nel chiarire cosa si intenda per utilizzo improprio dei Trattati, afferma che talune forme di elusione fiscale sono già state espressamente disciplinate dalla Convenzione, ad esempio attraverso l'introduzione della nozione di “beneficiario effettivo” negli articoli 10, 11 e 12. Tuttavia, a parere di chi scrive, in base a tale chiarimento non si può concludere imprescindibilmente affermando che il requisito in commento rappresenti una clausola antielusiva. Diversamente da come avviene per le regole antielusive, infatti, nell'identificazione del beneficiario effettivo le finalità perseguite dalle parti non rappresentano un elemento rilevante per l'attribuzione della qualifica di beneficiario effettivo. Ai fini convenzionali, tale requisito, dunque, riguarda solo l'attribuzione del reddito (dividendi, interessi o canoni) ad una soggetto ben identificato.¹⁴⁹ Per di più, numerosi autori concordano nel definire il requisito del “beneficiario effettivo” come una regola di attribuzione del reddito.¹⁵⁰ Tale conclusione trova conferma nel *Partnership Report* dell'Ocse in cui, pur se in un diverso contesto di analisi, si pone a raffronto la nozione di “beneficiario effettivo” in relazione alle espressioni “pagato a” e “ricevuto da”.¹⁵¹

Ai fini della presente trattazione, si ritiene possa giovare un confronto di tale interpretazione – con cui si rifiuta l'ipotesi che il requisito del “beneficiario effettivo” sia classificabile come clausola antielusiva – con il chiarimento fornito in una recente

¹⁴⁸ OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, *Commentary on Article 1 concerning the persons covered by the Convention*, paragrafo 10, p. 50, Parigi 2008.

¹⁴⁹ A. M. JIMÉNEZ, *Beneficial Ownership: Current Trends*, World Tax Journal, febbraio 2010, p. 54, IBFD, Amsterdam.

¹⁵⁰ Si veda B. J. ARNOLD, *Tax treaties and tax avoidance: the 2003 revisions to the Commentary to the OECD Model*, Bulletin for International Taxation, giugno 2004, vol. 58, p. 248, IBFD, Amsterdam. In tale contributo l'autore sostiene che anche se il Modello Ocse contiene diverse disposizioni aventi a che fare con l'elusione fiscale, alcune di esse (come le disposizioni speciali di cui agli articoli 11, paragrafo 6, e 12, paragrafo 4) sono molto rigide, altre, invece (come il “beneficiario effettivo” di cui agli articoli 10, 11 e 12) sono senza dubbio delle importanti regole di attribuzione del reddito, piuttosto che norme antielusive. In tal senso si veda anche J. WHEELER, *The Attribution of Income to a Person for Tax Treaty Purposes*, Bulletin for International Taxation, novembre 2005, p. 477, IBFD, Amsterdam.

¹⁵¹ OECD, *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*, paragrafi 48,61 e 71, 1999, Parigi.

risoluzione pubblicata dall'autorità fiscale indiana.¹⁵²

La risoluzione in commento riguarda una società tedesca la quale possedeva la totalità delle partecipazioni di una società controllata indiana, *Pierburg India*. Tali partecipazioni erano state trasferite dalla società tedesca ad una *holding* olandese. Dopo aver acquisito la totalità delle partecipazioni di *Pierburg India*, la *holding* olandese aveva investito diciassette milioni di Euro nella società indiana. In tali circostanze la *holding* decise di interpellare l'autorità fiscale indiana.

Secondo l'interpretazione proposta dal contribuente, il riacquisto delle partecipazioni di *Pierburg India* da parte della società tedesca non avrebbe determinato la tassazione del *capital gain*, ai sensi dell'articolo 13 della Convenzione vigente tra India e Paesi Bassi. Secondo il paragrafo 5 di tale articolo, se una società olandese trasferisce almeno il dieci per cento delle partecipazioni al capitale di una società indiana, è soggetta ad imposizione in India solo se le partecipazioni sono state trasferite ad un'entità residente in India.¹⁵³

Le autorità fiscali indiane hanno argomentato che il beneficiario effettivo della transazione, a ben vedere, era la società tedesca e, pertanto, hanno concluso che la disposizione di cui all'articolo 13, paragrafo 5, del Trattato India-Paesi Bassi non era applicabile. Inoltre, l'autorità fiscale indiana ha affermato che il trasferimento delle partecipazioni di *Pierburg India* dalla società tedesca a quella olandese si configurava come un'operazione facente parte di un complesso schema elusivo. Secondo tale interpretazione, dunque, ogni plusvalenza derivante dalla cessione di partecipazioni sarebbe soggetta ad imposizione in India, ancorché le partecipazioni siano trasferite ad un soggetto non residente in India.

La risoluzione indiana ha posto in evidenza che il concetto di “beneficiario

¹⁵² *KSPG Netherlands Holdings BV v. Director of Income Tax*, Mumbai AAR No. 181/2009 (25 febbraio, 2010).

¹⁵³ Di seguito si riporta il testo originale del Trattato vigente tra India e Paesi Bassi, articolo 13, paragrafo 5: “*Gains from the alienation of any property, other than that referred to in paragraphs 1, 2, 3 and 4, shall be taxable only in the State of which the alienator is a resident. However, gains from the alienation of shares issued by a company resident in the other State which shares form part of at least a 10 per cent interest in the capital stock of that company, may be taxed in that other State if the alienation takes place to a resident of that other State. However such gains shall remain taxable only in the State of which the alienator is a resident if such gains are realized in the course of a corporate organization, reorganization, amalgamation, division or similar transaction, and the buyer or the seller owns at least 10 per cent of the capital of the other*”.

effettivo” non era espressamente incluso nell'articolo 13 della Convenzione con i Paesi Bassi. Come alcuni autori eccepiscono, tuttavia, anche ipotizzando la presenza dell'espressione “beneficiario effettivo” nel succitato articolo 13, la società tedesca non sarebbe stata considerata il beneficiario effettivo delle partecipazioni di *Pierburg India*, in quanto, ai fini convenzionali, il beneficiario effettivo sarebbe stato l'immediato percettore del trasferimento di partecipazioni, ossia, la *holding* olandese. Tale conclusione trova conferma nella circostanza che la società olandese, entità giuridica autonoma, aveva sopportato un'ingente investimento nella controllata indiana.¹⁵⁴ Alla luce di tali considerazioni, l'autorità fiscale indiana, attraverso tale risoluzione, ha affermato che non esiste alcuna ragione o fondamento logico per cui la transazione in esame non debba qualificarsi come un mero tentativo di eludere l'imposizione della plusvalenza in India.

Secondo l'interpretazione elaborata dall'autorità indiana, il concetto di beneficiario effettivo incorpora un principio basilare dell'imposizione sui redditi: il beneficiario effettivo di un reddito corrisponde alla persona soggetta ad imposizione sul medesimo reddito. Da tale considerazione si deduce che il principio generale di tassazione dei redditi incorpora il concetto di beneficiario effettivo che, pertanto, deve considerarsi un criterio immanente del diritto tributario, implicitamente incluso in tutte le regole distributive delle Convenzioni in materia fiscale. *Mutati mutandis*, il riferimento esplicito al beneficiario effettivo presente negli articoli 10, 11 e 12 del Modello Ocse non aggiunge nulla di nuovo.¹⁵⁵

In conclusione, la risoluzione in commento dimostra che la nozione di “beneficiario effettivo” - così come è stata introdotta nel modello di Convenzione del 1977 - non rappresenta uno strumento efficace di contrasto ai fenomeno di abuso delle Convenzioni contro la doppia imposizione.¹⁵⁶

Tuttavia, non si può non considerare l'impatto applicativo che l'introduzione di

¹⁵⁴ B.J. ARNOLD, *Tax Treaty News*, Bulletin for International Taxation, maggio 2010, vol. 64, n. 6, p. 308, IBFD, Amsterdam.

¹⁵⁵ B.J. ARNOLD, *Tax Treaty News*, Bulletin for International Taxation, maggio 2010, vol. 64, n. 6, p. 308, IBFD, Amsterdam.

¹⁵⁶ B.J. ARNOLD, *Tax Treaty News*, Bulletin for International Taxation, maggio 2010, vol. 64, n. 6, p. 308, IBFD, Amsterdam.

tale requisito ha avuto sull'implementazione di strutture transnazionali finalizzate ad ottenere un illecito risparmio d'imposta. D'altro canto, volendo riconsiderare la soluzione interpretativa proposta dall'autorità fiscale indiana, l'attribuzione della qualifica (implicita) di beneficiario effettivo all'entità percettrice del reddito e soggetta ad imposizione deve ritenersi una sterile soluzione al problema che, in molti casi, rischia di condurre a situazioni inconsistenti. Tale potrebbe essere la circostanza in cui l'attribuzione della qualifica di beneficiario effettivo riguarda la distribuzione di dividendi ad un'entità residente in uno Stato in cui vige un regime di esenzione delle partecipazioni (cd. p.ex.).¹⁵⁷

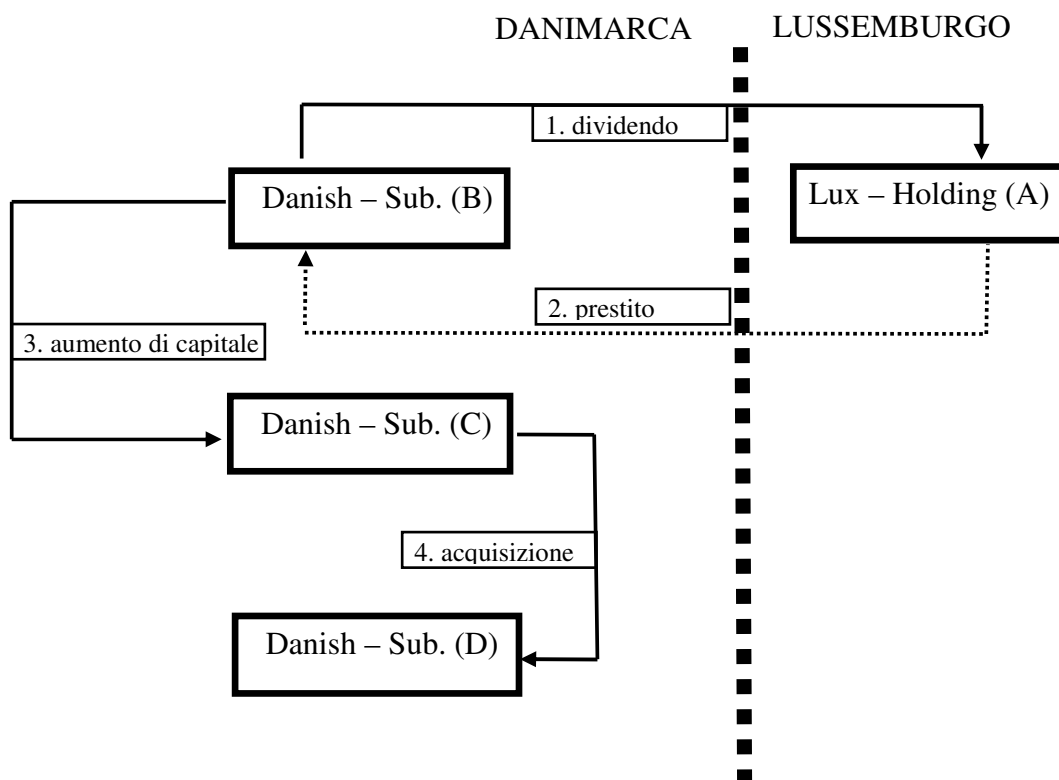
2.13 – Alcune riflessioni su di una recente sentenza danese in tema di beneficiario effettivo.

La mancanza di una chiara definizione di cosa si intenda con l'espressione “beneficiario effettivo”, ai fini dell'applicazione dei Trattati, di certo non contribuisce in modo rilevante a contrastare l'implementazione di schemi societari fittizi, finalizzati unicamente a ridurre il carico fiscale che grava su determinati redditi. Tuttavia, sembra non si possa escludere del tutto che anche le autorità fiscali provano ad approfittare di questa “zona grigia”, ossia dell'incertezza che orbita attorno al concetto di “beneficiario effettivo” nell'ambito dei Trattati internazionali contro la doppia imposizione. Il fine delle autorità fiscali, ovviamente, è provare ad incrementare le entrate erariali derivanti dalla tassazione delle società *holding*, attraverso la negazione di un beneficio convenzionale o, nel caso di specie, disconoscendo la qualifica di beneficiario effettivo di un dato reddito.

Il 16 aprile 2010, il tribunale fiscale di Stato danese ha pubblicato una sentenza riguardante il disconoscimento della qualifica di beneficiario effettivo, ai fini del riconoscimento dei benefici convenzionali, in merito ad una transazione di dividendi

¹⁵⁷ In tal caso il soggetto percettore dei dividendi si vedrebbe negata la qualifica di beneficiario effettivo per il solo fatto che, ai sensi del regime di esenzione delle partecipazioni – volto ad evitare una doppia imposizione sui dividendi – tali redditi non sono soggetti ad imposizione. Tali conclusioni sono confermate anche dall'Ocse nel *Report* riguardante le *conduit company*, paragrafo 34, 1987, Parigi.

pagati da una società danese ad una *holding* residente in Lussemburgo.¹⁵⁸ Anche se la sentenza ha visto soccombere l'amministrazione finanziaria danese, dalla descrizione del caso riportata nella sentenza, emerge chiaramente che l'autorità fiscale danese aveva fondato la propria pretesa sul semplice fatto che la società Lussemburghese, percettrice dei dividendi, in quanto *holding* pura, in realtà era una vera e propria società veicolo.



¹⁵⁸ Danish National Tax Tribunal, “*Landsskatteretten*”, sentenza n. SKM2010.268.LSR, 16 aprile, 2010.

Il caso può riassumersi come segue: una società controllata residente in Danimarca (B) aveva distribuito dividendi alla sua controllante residente in Lussemburgo (A). Contestualmente, una simile somma di danaro era stata prestata dalla *holding* lussemburghese (A) alla società controllata danese (B). Nello stesso giorno, la società danese (B) aveva utilizzato la somma di danaro fornitagli in prestito per partecipare ad un aumento di capitale con emissione di nuove azioni in una società residente in Danimarca (C). Tale ultima società, a sua volta, aveva utilizzato la somma di danaro circolata per acquistare una ulteriore società operativa e residente in Danimarca (D).

L'autorità fiscale danese aveva argomentato che la controllante lussemburghese (A) non poteva qualificarsi come beneficiario effettivo dei dividendi pagati dalla società controllata danese (B), in quanto la stessa società lussemburghese (A) non svolgeva alcuna attività concreta se non la detenzione di partecipazioni nella società danese (B), ed inoltre, perchè i soci azionisti della stessa *holding* lussemburghese (A) avevano deliberato, prima ancora di ricevere i dividendi, le modalità di investimento degli stessi.

In riferimento al caso descritto, il tribunale fiscale danese ha deciso in favore del contribuente, richiamando il contenuto dei paragrafi 12, 12.1 e 22 del Commentario Ocse sull'articolo 10, riguardante i dividendi. I suddetti paragrafi del Commentario argomentano che, normalmente, una società veicolo non può assumere la qualifica di beneficiario effettivo se, quale titolare formale del reddito, dispone di un potere limitato esercitabile sul reddito percepito tale da renderla un mero agente intermediario o fiduciario che agisce per conto di un terzo; tuttavia, come sostiene la Corte danese, l'assenza di una massiccia struttura produttiva e l'esercizio di un potere limitato sui dividendi percepiti non può ritenersi sufficiente per privare la società veicolo lussemburghese della qualifica di beneficiario effettivo.

Infatti, posto che la *holding* lussemburghese (A) non aveva redistribuito i dividendi alla controllata danese (B), ma aveva utilizzato tali dividendi per garantire un prestito di valore equivalente in favore della controllata danese, i giudici scandinavi hanno ritenuto che la transazione in esame potesse beneficiare

dell'aliquota ridotta prevista dalla convenzione vigente tra Danimarca e Lussemburgo, ritenendo, con ciò, che la controllata danese non aveva violato la normativa domestica sulle ritenute da applicare ai dividendi transfrontalieri.¹⁵⁹

In conclusione, l'evidenza posta dai giudici danesi sul contenuto del Commentario Ocse suggerisce che eventuali ulteriori casi, riguardanti il beneficiario effettivo, che saranno sottoposti al giudizio della Corte danese, saranno decisi non solo in ragione dello schema societario adoperato dalle parti ma, soprattutto, valutando in concreto il potere di cui dispone il soggetto percettore di un pagamento in relazione al reddito trasferitogli.

2.14 – Osservazioni ed auspici sul beneficiario effettivo nel diritto tributario di fonte convenzionale.

La problematica affrontata dalla presente indagine riguarda, principalmente, la ricerca di un criterio comune d'interpretazione dell'espressione “beneficiario effettivo” ai fini dell'applicazione delle Convenzioni contro la doppia imposizione. Essenzialmente, nell'interpretare l'espressione di cui sopra, il primo dubbio da sciogliere attiene la scelta dell'approccio da adoperare:

a) interpretare l'espressione “beneficiario effettivo” ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, del Modello di Convenzione Ocse, in conformità al significato che tale espressione assume nella normativa interna degli Stati contraenti, oppure;

b) interpretare l'espressione “beneficiario effettivo” attribuendogli un significato autonomo appartenente ad un linguaggio di diritto tributario internazionale, comunemente riconosciuto ai fini dell'interpretazione dei Trattati in materia fiscale.

¹⁵⁹ Inoltre, posto che l'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva madre-figlia dispone che le norme antielusive applicabili siano quelle interne degli Stati membri e che la Danimarca non prevede alcuna specifica disposizione antielusiva riguardante il concetto di “beneficiario effettivo”, l'autorità fiscale danese aveva sostenuto che alla fattispecie in esame andasse applicato una norma antielusiva generale, fondata sul criterio della prevalenza della sostanza sulla forma. A tal proposito i giudici danesi hanno ritenuto che l'amministrazione finanziaria danese non potesse negare al contribuente l'applicazione dei principi di cui alla direttiva madre-figlia, perchè le condizioni per l'applicazione della regola antielusiva generale fondata sul criterio di prevalenza della sostanza sulla forma non erano state soddisfatte secondo quanto previsto dalla normativa danese.

L'indagine svolta ha messo in evidenza che l'espressione “a meno che il contesto non richieda una diversa interpretazione”, presente nel paragrafo 2, dell'articolo 3, del Modello Ocse, è finalizzata ad incorporare il principio generale d'interpretazione previsto dagli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati. Come si è potuto notare, il tenore letterale dell'articolo 3, paragrafo 2, Modello Ocse, non fa alcun riferimento specifico alla normativa interna degli Stati contraenti ma, in modo generico, esprime un riferimento alla normativa di detti Stati. Tali considerazioni forniscono evidenza del fatto che la ricerca del significato di un'espressione utilizzata nel Trattato, ma ivi non definita, come ad esempio la nozione di beneficiario effettivo, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, del Modello di Convenzione Ocse, deve essere svolta facendo opportuni riferimenti, non tanto alla sola normativa interna degli Stati contraenti ma, in maniera ragionevole, guardando al significato che l'espressione in analisi assume in altre Convenzioni eventualmente stipulate da detti Stati.

Pertanto, è possibile affermare che la disposizione contenuta nell'articolo 3, paragrafo 2, in riferimento al significato attribuibile all'espressione “beneficiario effettivo” può considerarsi applicabile solo in taluni casi in cui le seguenti condizioni risultano contestualmente soddisfatte:

- i) l'espressione da sottoporre ad interpretazione non è definita né dall'articolo 3 del Trattato, né da qualsiasi altro articolo o documento supplementare appartenente al Trattato stesso;
- ii) l'espressione da interpretare corrisponde ad un concetto giuridico di cui gli ordinamenti di entrambi gli Stati contraenti dispongono già di una definizione propria identica;
- iii) il contesto non richiede un'interpretazione alternativa.

Per quanto le argomentazioni proposte possono considerarsi valide ai fini di una corretta interpretazione del concetto di “beneficiario effettivo”, la sua interpretazione in conformità alla normativa interna degli Stati contraenti, risulta compatibile con lo scopo delle Convenzioni di evitare la doppia imposizione e contrastare fenomeni evasivi solo in (davvero) pochi casi, ossia nelle circostanze in

cui l'applicazione del Trattato coinvolge Paesi che adottano sistemi giuridici di *common law* in cui l'espressione “beneficiario effettivo” è già definita, in maniera identica, dagli stessi ordinamenti coinvolti nell'applicazione del Trattato.

Come si è affermato nei paragrafi precedenti, l'obiettivo perseguito dalle Convenzioni contro la doppia imposizione non consiste solo nell'eliminazione della doppia imposizione, ma anche il contrasto a fenomeni elusivi e di occultazione di materia imponibile. Pertanto, al fine di prevenire l'utilizzo improprio dei Trattati, l'Ocse, nel 1977, introdusse nel Modello di Convenzione la nozione di “beneficiario effettivo”. In ragione di quanto detto, si può sostenere che il Comitato Ocse decise l'introduzione del requisito in esame proprio al fine di poter perseguire con maggiore efficacia gli obiettivi sopra descritti. Quanto argomentato conferma che la finalità riconducibile all'espressione “beneficiario effettivo” e quelle proprie dei Trattati sono in piena sintonia.

Se, dunque, nel 1977 il Comitato Ocse incaricato di revisionare il Modello di Convenzione era alla ricerca di una misura che restringesse l'applicazione dei benefici convenzionali, allo scopo di prevenire un utilizzo improprio dei Trattati, è lecito domandarsi perchè il Comitato Ocse decise di introdurre negli articoli 10, 11 e 12 del Modello l'espressione “*paid to... the beneficial owner*”, anziché disporre in maniera inequivocabile che i benefici convenzionali non sarebbero stati applicabili a quelle entità costituite al solo proposito di poter godere dei benefici convenzionali. Probabilmente, la risposta più semplice a tale quesito potrebbe essere anche la più idonea: il Comitato Ocse considerava che l'introduzione del requisito del “beneficiario effettivo” sarebbe stata una misura sufficientemente adeguata per il perseguimento dello scopo prefissato, ossia prevenire l'utilizzo improprio delle Convenzioni contro la doppia imposizione.

La classificazione dell'espressione “beneficiario effettivo” quale requisito introdotto nel Modello Ocse al fine di prevenire utilizzi impropri dei Trattati in materia fiscale e non come clausola antielusiva, appare comprensibile se si considerano i chiarimenti forniti dal Commentario sull'articolo 1, in cui l'Ocse si

esprime sul fenomeno dell'utilizzo improprio dei Trattati:¹⁶⁰ laddove si identifichino delle specifiche tecniche elusive, o qualora l'utilizzo di tali tecniche ponga problemi particolari, senza escludere la possibilità di applicare le norme generali antiabuso, l'Ocse suggerisce di includere nei Trattati clausole mirate a contrastare la specifica tecnica elusiva, come ad esempio, l'introduzione del requisito del “beneficiario effettivo”.

L'indagine fin qui condotta, induce a sostenere che il Comitato affari fiscali dell'Ocse, nel 1977, ricorse all'introduzione dell'espressione “beneficiario effettivo”, la cui nozione era già conosciuta nei sistemi giuridici di *common law*, tuttavia, attribuendo a tale espressione una diversa finalità – rispetto a quella finora attribuita dall'espressione – ed inserendola in un diverso contesto, composto anche da sistemi giuridici di diritto civile che, prima d'ora, non prevedevano all'interno dei propri ordinamenti la nozione in commento. Pertanto, si ritiene che l'interpretazione dei Trattati e dei termini in essi contenuti debbano riferirsi al contesto e, soprattutto, allo scopo ed alle finalità attribuiti a tali termini in conformità con quelli (scopo e finalità) perseguiti dai Trattati stessi.

In conclusione, ciò che sembra rilevare ai fini dell'identificazione del “beneficiario effettivo” è la dimostrazione che la persona percettrice di un dato reddito dispone di un adeguato grado di autonomia nella gestione del flusso di ricchezza in questione. In quasi trentacinque anni di dibattiti riguardanti l'interpretazione dell'espressione “beneficiario effettivo”, la dottrina e la giurisprudenza hanno contribuito ampiamente alla determinazione del significato ordinario attribuibile a tale locuzione, proponendo diversi approcci e *tests* utili all'identificazione del beneficiario effettivo:

- a) non può considerarsi beneficiario effettivo di un reddito la persona che agisce per conto altrui, in qualità di mero agente o fiduciario;
- b) un'entità trasparente non può qualificarsi beneficiario effettivo di un dato reddito in quanto non è un soggetto passivo d'imposta;
- c) non può considerarsi beneficiario effettivo di un reddito una persona o

¹⁶⁰ Si veda OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, *Commentary on Article 1 concerning the persons covered by the convention*, paragrafi 9.6 e 10, p. 59-60, Parigi 2008.

un'entità che non sopporta alcun rischio in relazione al reddito ricevuto;

- d) il beneficiario effettivo deve essere un soggetto residente in uno degli Stati contraenti, ed essere assoggettabile ad imposizione ai sensi della normativa interna vigente in uno di detti Stati (anche se può beneficiare di uno speciale regime d'imposizione);
- e) il beneficiario effettivo deve risultare non tanto il titolare formale del reddito, piuttosto, deve poter disporre liberamente del reddito in questione;
- f) per qualificarsi “beneficiario effettivo” di un reddito non basta esserne il titolare formale ma è rilevante essere il soggetto che ne trae i maggiori benefici economici;
- g) senza considerare la struttura partecipativa di cui è parte l'entità che percepisce il reddito, al fine di identificare il beneficiario effettivo di una transazione, è rilevante che il percettore del reddito disponga di un potere effettivo e concreto sul reddito che gli viene imputato;
- h) lo schermo societario non può essere violato allo scopo di delegittimare un'entità della qualifica di beneficiario effettivo, qualora sussiste una qualsiasi ragione che giustifica una tale struttura di partecipazioni societarie in base alla quale si attribuiscono specifici benefici convenzionali.

Qualora l'Ocse, nel tentativo di convergere verso una interpretazione comunemente condivisa della nozione di beneficiario effettivo, introducesse nell'articolo 3, paragrafo 1, del Modello di Convenzione, una definizione attribuibile all'espressione in commento, si può ritenere che l'applicazione dei benefici convenzionali risulterebbe semplificata? Oppure, anche il tentativo di introdurre una definizione ufficiale dell'espressione “beneficiario effettivo” rappresenterebbe una manovra insufficiente rispetto alla risoluzione della problematica in esame?

In ragione di quanto argomentato nei paragrafi che precedono, si deve osservare che l'espressione “beneficiario effettivo” non può considerarsi una efficiente regola antielusiva, perciò, l'introduzione di una sua definizione nell'articolo 3 del Modello non risolverebbe affatto il problema riguardante l'applicazione delle disposizioni di cui agli articoli 10, 11 e 12 delle Convenzioni, poichè difficilmente

tale definizione sarebbe in grado di garantire risultati efficaci in termini di prevenzione all'utilizzo improprio dei Trattati.

Sulla base delle considerazioni fin qui esposte, a giudizio di chi scrive, si trovano ragioni ulteriori per sostenere l'importanza dell'introduzione di una nozione di *beneficial owner* all'interno delle Convenzioni internazionali, anche non limitandola ai soli articoli 10, 11 e 12, ma pensandola in modo da riflettere l'oggetto e lo scopo delle Convenzioni stesse. Tale auspicio riflette, al tempo stesso, l'importanza di sviluppare un linguaggio internazionale coerente e che tenga dovuto conto delle opinioni dottrinali e giurisprudenziali espresse in merito a termini e materie che coinvolgono l'applicazione delle Convenzioni contro la doppia imposizione.

3. L'IMPATTO DELLA DISCIPLINA UE SULLA NORMATIVA CONVENZIONALE E SU QUELLA DI FONTE DOMESTICA.

3.1 – Brevi cenni sulla ripartizione delle competenze tra l'Unione Europea e gli Stati membri.

Il rapporto tra diritto dell'Unione Europea (UE) e ordinamenti nazionali rappresenta un tema molto complesso ma, al tempo stesso, affascinante e di forte attualità poiché si innesta a pieno titolo nel dibattito attualmente in corso sull'adozione della Costituzione europea.

Al fine di introdurre il contenuto del presente capitolo, riguardante l'impatto della disciplina dell'UE sugli ordinamenti degli Stati membri, si ritiene necessario fornire brevi cenni sulla ripartizione delle competenze all'interno dell'UE e sul principio del primato delle norme sancite dall'UE.

Prima di illustrare la ripartizione delle competenze all'interno dell'Unione, è di fondamentale importanza precisare che l'esercizio di tali competenze da parte dell'Unione è vincolato da tre principi fondamentali, enunciati nell'articolo 5 del Trattato di Lisbona. La delimitazione delle competenze dell'UE facilita considerevolmente la buona applicazione di tali principi:

i) il principio di attribuzione: l'Unione dispone soltanto delle competenze che le sono attribuite dai Trattati;

ii) il principio di proporzionalità: l'esercizio delle competenze dell'UE si limita a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati;

iii) il principio di sussidiarietà: nel caso delle competenze concorrenti, l'UE può intervenire solamente se è in grado di agire in modo più efficace rispetto agli Stati membri;

I previgenti Trattati non prevedevano in maniera esplicita e diretta una divisione di competenze tra l'allora "Comunità" ed i suoi Stati membri, tuttavia, tale ripartizione era ricavabile attraverso le norme materiali che indirettamente attribuivano alla "Comunità" diverse competenze, in base al settore da esse disciplinato.¹⁶¹ Tale criterio di ripartizione non definita, che aveva senza dubbio creato qualche attrito all'interno dell'Unione, è stato sostituito da un intervento ispirato ad una maggiore trasparenza. Il Trattato di Lisbona chiarisce la ripartizione delle competenze tra l'UE e gli Stati membri e lo fa introducendo, per la prima volta nei trattati istitutivi europei, nella parte I del titolo I, una classificazione precisa che distingue tre competenze principali: le competenze esclusive, le competenze concorrenti e le competenze di sostegno.

L'intervento di cui sopra ha avuto un impatto solo di tipo formale, non comportando alcun rilevante trasferimento di competenze, ma solo una riforma del

¹⁶¹ Così G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, VI edizione, Cedam, 2010, p. 99.

Trattato, importante e necessaria per il buon funzionamento dell'UE. Nel passato, infatti, si erano spesso verificati attriti riguardanti l'attribuzione di competenze tra l'UE e gli Stati membri. Oggi i confini tra le competenze di ciascuno sono stabiliti con chiarezza, inoltre, l'incremento di trasparenza ha facilitato l'applicazione dei principi fondamentali relativi al controllo e all'esercizio di tali competenze.

Le modifiche più rilevanti che sono emerse dall'emanazione del Trattato di Lisbona riguardano l'eliminazione della struttura a tre "pilastri" dell'UE. Prima del nuovo Trattato istitutivo dell'Unione, infatti, la politica comune si fondava su tre "pilastri": i) Comunità europea; ii) politica estera e di sicurezza comune; iii) cooperazione di polizia e cooperazione giudiziaria in materia penale. All'interno di tale struttura si sovrapponevano vari tipi di competenze. Gli atti adottati nell'ambito della Comunità dovevano essere conformi alle procedure legislative dell'UE, mentre in ambito di politica estera, sicurezza e materia penale doveva esservi una cooperazione intergovernativa tra gli Stati membri.¹⁶² Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la Comunità europea scompare e viene sostituita dall'UE la quale dispone di procedure legislative che le permettono di esercitare pienamente le competenze assegnate.

Ai sensi dell'articolo 2 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) le competenze dell'Unione si distinguono, anzitutto, in esclusive e concorrenti. Accanto a queste due categorie tradizionali, però, si devono considerare anche l'attribuzione di competenze rivolte a sostenere, completare o coordinare l'azione degli Stati membri – di cui agli articoli 5 e 6 del TFUE – l'importante competenza di definizione ed attuazione della politica estera e della sicurezza comune, di cui al titolo V del Trattato sull'Unione Europea (TUE).¹⁶³

Le competenze esclusive attribuite all'UE sono elencate nell'articolo 3 del TFUE. Solo l'UE può legiferare e adottare atti vincolanti in questi settori, il ruolo degli Stati membri è quindi soltanto quello di dare applicazione a questi atti, a meno che l'Unione non li autorizzi ad adottare autonomamente taluni provvedimenti. L'UE

¹⁶² Per un ulteriore raffronto sulla ripartizione delle competenze all'interno della Comunità e dell'Unione Europea si veda P. BILANCIA, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2009.

¹⁶³ Così G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, VI edizione, Cedam, 2010, p. 102.

ha competenza esclusiva nei seguenti settori:

- a)* unione doganale;
- b)* definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno;
- c)* politica monetaria per gli Stati membri la cui moneta è l'euro;
- d)* conservazione delle risorse biologiche del mare nel quadro della politica comune della pesca;
- e)* politica commerciale comune.

Inoltre, l'Unione ha inoltre competenza esclusiva per la conclusione di accordi internazionali allorché tale conclusione è prevista in un atto legislativo dell'Unione o è necessaria per consentirle di esercitare le sue competenze a livello interno o nella misura in cui può incidere su norme comuni o modificarne la portata.

I settori in cui l'UE dispone di competenza concorrente sono elencati dall'articolo 4 del TFUE. L'UE e gli Stati membri possono adottare atti vincolanti in tali settori. Tuttavia gli Stati membri possono esercitare la loro competenza soltanto nella misura in cui l'UE non ha o ha deciso di non esercitare la propria. L'Unione ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri nei principali seguenti settori:

- a)* mercato interno;
- b)* politica sociale, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel presente trattato;
- c)* coesione economica, sociale e territoriale;
- d)* agricoltura e pesca, tranne la conservazione delle risorse biologiche del mare;
- e)* ambiente;
- f)* protezione dei consumatori;
- g)* trasporti;
- h)* reti transeuropee;
- i)* energia;

j) spazio di libertà, sicurezza e giustizia;

k) problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica.

Tale elencazione deve comunque ritenersi esemplificativa, ossia, si deve ritenere che tale elenco sia suscettibile di essere integrato o modificato alla luce di nuove e diverse esigenze da parte dell'Unione;¹⁶⁴ infatti, ai sensi del comma 1, del suddetto articolo 4, l'UE ha competenza concorrente con quella degli Stati membri quando i Trattati le attribuiscono una competenza che non rientra nei settori di cui agli articoli 3 e 6. Inoltre, in alcuni settori, quali ricerca, sviluppo tecnologico, aiuti umanitari e spazio, l'Unione ha competenza per condurre azioni e una politica comune, senza che l'esercizio di tale competenza possa avere per effetto di impedire agli Stati membri di esercitare la loro.

Oltre alle competenze sopra descritte, il Trattato di Lisbona conferisce all'UE una competenza *cd.* di sostegno. In base all'articolo 6 del TFUE l'Unione può solamente sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri in materia di:

a) tutela e miglioramento della salute umana;

b) industria;

c) cultura;

d) turismo;

e) istruzione, formazione professionale, gioventù e sport;

f) protezione civile;

g) cooperazione amministrativa.

L'Unione, pertanto, non dispone di potere legislativo in questi settori e non può interferire nell'esercizio delle competenze riservate agli Stati membri, tuttavia, può intervenire a sostegno di essi.

Accanto alle competenze di cui sopra, l'UE dispone anche di ulteriori

¹⁶⁴ L'attuale ripartizione delle competenze tra l'UE e gli Stati membri non è fissa, ma la riduzione o l'ampliamento delle competenze dell'UE è un tema delicato che richiede l'accordo di tutti gli Stati membri e una revisione dei Trattati.

competenze specifiche riguardanti alcuni settori. In particolare rientrano nelle competenze dell'Unione: i) il coordinamento delle politiche economiche e occupazionali; ii) politica estera e sicurezza comune (PESC).

In base all'articolo 5 del TFUE, l'Unione adotta misure per assicurare il coordinamento in materia di politiche occupazionali e politiche sociali degli Stati membri e, in alcuni casi, definisce gli orientamenti per dette politi. Invece, in materia di politica economica e monetaria, il Trattato dispone che l'Unione può adottare misure in tali settori, in particolare, dettare gli indirizzi di massima per dette politiche ordinando agli Stati membri di coordinarsi tra loro in conformità degli indirizzi politici individuati dall'UE. Per quanto riguarda la cd. PESC, in base all'articolo 24 TUE, l'Unione dispone di una competenza relativa a tutti i settori collegati alla politica estera ed alla sicurezza comune. In particolare tale attribuzione riconosce all'Unione la possibilità di definire e attuare detta politica anche per il tramite del presidente del Consiglio europeo e dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, i cui rispettivi ruoli e *status* sono riconosciuti dal trattato di Lisbona. Ciò nonostante l'UE non può in nessun caso adottare atti legislativi in questo settore, tanto meno, la Corte Europea di Giustizia ha la competenza per deliberare in questo settore.

Infine, il quadro delle competenze all'interno dell'UE è potenziato dalla previsione della cd. clausola di flessibilità (articolo 352 del TFUE): questa clausola permette all'UE di andare al di là del potere d'azione che le è attribuito dai Trattati, se necessario per raggiungere l'obiettivo prefissato. Tuttavia, tale clausola è regolata da una procedura rigida e da talune restrizioni relative alla sua applicazione.

3.2 – Il primato del diritto dell'Unione Europea sulle norme in materia fiscale di fonte interna e di fonte convenzionale.

Il principio del primato del diritto dell'Unione Europea sancisce la superiorità del diritto dell'Unione rispetto ai diritti nazionali degli Stati membri ed è uno dei principi cardine del diritto europeo. Esso è un principio riconosciuto da tutti gli Stati

membri ed è vincolante per detti Stati che, pertanto, non possono applicare una norma nazionale contraria al diritto europeo. Garantendo il valore superiore del diritto europeo rispetto al diritto nazionale, il principio del primato assicura una protezione uniforme dei cittadini da parte del diritto europeo su tutto il territorio dell'UE.

Il principio del primato delle norme dell'Unione, è strettamente correlato al principio di efficacia diretta che consente ai destinatari della disciplina comune di far valere i propri diritti senza necessità di alcun atto di recepimento e che, in ambito processuale, si traduce nel potere del singolo di far valere direttamente, dinanzi al giudice nazionale, la situazione giuridica soggettiva vantata in base alla norma europea.

Il principio del primato, analogamente al principio dell'efficacia diretta, non è non è stato imposto dai Trattati ma è stato introdotto dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE).

Come sarà ampiamente illustrato nel corso dei paragrafi successivi, la giurisprudenza ha colmato una lacuna del diritto positivo, affermandosi come fonte non scritta del diritto dell'UE e facendo in modo che gli ordinamenti degli Stati membri fossero sempre più il risultato di una attività di integrazione negativa, soprattutto ad opera della Corte di Giustizia europea che, sempre più spesso, si è dovuta pronunciare su questioni di diritto tributario.

L'organo incaricato di vigilare sul rispetto del principio del primato da parte degli Stati membri è la Corte di Giustizia. Questa, esercitando il diritto di declaratoria di legittimità e di compatibilità della normativa statale con il diritto dell'Unione, controlla la corretta applicazione di detto principio condannando gli Stati membri che non lo rispettano con decisioni rese in base ai ricorsi previsti dai Trattati istitutivi.¹⁶⁵ La Corte di Giustizia, dunque, con proprie sentenze dichiarative, interpreta il significato della normativa comune e ne determina la concreta applicazione anche in contrasto con la normativa di ciascun Stato membro, senza creare, tuttavia, nuove norme, ma solamente illustrando il significato delle norme

¹⁶⁵ In particolare ci si riferisce ricorso per inadempimento.

controverse, definendone il contenuto ed indicando eventuali possibilità applicative.

Anche il giudice nazionale è tenuto a far rispettare il primato del diritto dell'UE e, in caso di dubbio, può presentare un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia.¹⁶⁶

In generale, si può dunque affermare che il giudice nazionale ha l'obbligo di non applicare le norme domestiche che contrastano con quelle stabilite dall'Unione cd. direttamente applicabili, cioè quelle contenute nei Trattati e nei regolamenti. Tuttavia, come sostenuto da autorevole dottrina, in base al principio di leale cooperazione, contenuto nell'articolo 4 del Trattato di Lisbona, l'obbligo del giudice nazionale di non applicare la norma interna ricomprende anche le ipotesi di contrasto della norma interna con quelle non direttamente applicabili dell'Unione. In particolare, il giudice nazionale disapplica, non solo le norme interne in conflitto con le norme dell'Unione a efficacia diretta, ossia le cd. direttive *self-executing*,¹⁶⁷ ma l'obbligo di non applicazione si estende anche ai conflitti con norme europee non direttamente applicabili.¹⁶⁸ Pertanto, il primato del diritto europeo sui diritti nazionali è assoluto, dunque, ne beneficiano tutti gli atti europei di natura vincolante, appartenenti sia al diritto primario che derivato.

L'affermarsi del primato del diritto europeo su quello interno ha comportato un ridimensionamento del principio di sovranità nazionale dei singoli Stati nelle materie di competenza dell'Unione Europea. Tale affermazione si rafforza attraverso la lettura dei principi costituzionali contenuti negli articoli 10 ed 11 della Costituzione

¹⁶⁶ Nella sentenza "*Factortame*" del 19 giugno 1990, causa C 213/89, la Corte di giustizia ha stabilito che il giudice nazionale, nell'ambito di una questione pregiudiziale sulla validità di una norma nazionale, deve sospendere immediatamente l'applicazione della norma in questione fino al momento in cui si pronuncia in esito alla soluzione fornita dalla Corte.

¹⁶⁷ In ambito tributario quanto affermato trova conferma a patto che le direttive in questione siano idonee a stabilire posizioni giuridiche attive dei contribuenti verso lo Stato (cd. *efficacia verticale*) e abbiano contenuto sufficientemente preciso e incondizionato.

¹⁶⁸ A tal proposito si deve rilevare che anche la giurisprudenza italiana concorda nell'affermare che, in osservanza del principio di leale cooperazione, occorre estendere l'obbligo di non applicazione del diritto interno anche al caso in cui esso sia confligente con norme dell'Unione europea non direttamente applicabili. C. MELILLO, *Il primato del diritto Comunitario sul diritto interno e sugli strumenti a disposizione del giudice (tributario) nazionale per la risoluzione delle antinomie tra norme (tributarie) nazionali e norme Comunitarie*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, n. 1, 2009, Cedam.

italiana;¹⁶⁹ in base ad essi *l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciuto* (art. 10 Cost.) e *consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni* (art. 11 Cost.).

Premesso quanto esposto in precedenza, si passa ora ad esaminare con maggior dettaglio il principio del primato del diritto dell'Unione Europea in materia fiscale.

Benché l'ordinamento dell'Unione non dispone di una norma che attribuisce al legislatore europeo poteri specifici nel settore delle imposte dirette, leggendo l'articolo 115 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), con il disposto combinato di cui all'articolo 352 TFUE, è possibile desumere la legittimazione dell'UE ad intervenire, anche in materia di fiscalità diretta. In base al cd. "principio di sussidiarietà",¹⁷⁰ il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può infatti decidere di adottare le disposizioni più opportune per raggiungere i fini che l'UE si prefigge, tuttavia, senza che tale misura ecceda quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del trattato (cd. "principio di proporzionalità").¹⁷¹

A tal proposito sembra doveroso ricordare che nel previgente Trattato istitutivo della Comunità Europea (TCE), la competenza del legislatore europeo in materia di imposte dirette e, quindi, la possibilità di ricorrere al principio di sussidiarietà per l'eliminazione della doppia imposizione (diretta) all'interno del territorio europeo, sembrava essere disattesa dall'articolo 293 del TCE, secondo il quale gli Stati membri *avvieranno fra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini [...] l'eliminazione della doppia imposizione fiscale all'interno della comunità* attraverso l'adozione di *Convenzioni multilaterali*. Si noti,

¹⁶⁹ Per ulteriori approfondimenti si rimanda a G. BIZIOLI, *Il processo di integrazione dei principi tributari nel rapporto fra ordinamento costituzionale, comunitario e diritto internazionale*, Cedam, Torino, 2008.

¹⁷⁰ Ci si riferisce al cosiddetto *principio di sussidiarietà*, di cui all'articolo 5 del Trattato sull'Unione Europea (TUE) in base al quale, laddove non sia prevista una specifica ed esclusiva potestà normativa degli organi legislativi dell'Unione, questi possono intervenire solo se questo si renda necessario per raggiungere gli scopi stabiliti dal Trattato. Tale principio rappresenta un criterio guida di tipo politico, introdotto con il fine di preservare le caratteristiche politiche, giuridiche, culturali e sociali nazionali e per avvicinare il più possibile il livello decisionale ai cittadini.

¹⁷¹ Si veda G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, VI edizione, Cedam, 2010.

altresì che, se si interpreta l'articolo 10 del TCE in relazione al contesto degli accordi internazionali – articolo attraverso cui il Trattato imponeva l'obbligo di lealtà federale – le Convenzioni bilaterali stipulate tra Stati membri o con altri Stati terzi non dovevano essere in contrasto con il diritto comunitario.¹⁷² Tuttavia, con l'introduzione del nuovo Trattato di Lisbona, istitutivo dell'Unione Europea (TUE), e l'abolizione del vecchio Trattato Comunitario, sono intervenuti alcuni cambiamenti che hanno rafforzato l'opinione prevalente sull'argomento in esame. In base al vigente articolo 4 del TUE, paragrafo 3, in virtù del principio di leale cooperazione, *gli Stati membri [...] si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione*. In tal senso, detti Stati si obbligano, nei confronti dell'Unione, ad eliminare ogni disposizione contenuta nei Trattati bilaterali conclusi con Stati membri o Paesi terzi, riguardanti anche la materia delle imposte dirette, laddove tali disposizioni possano, anche solo potenzialmente, rappresentare un ostacolo al perseguimento degli obiettivi dell'Unione.

La Corte di Giustizia ha sancito il principio del primato nel 1964, con la sentenza *Costa contro Enel*.¹⁷³ In questa sentenza la Corte dichiara che il diritto scaturito dalle istituzioni europee si integra negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, i quali sono tenuti a rispettarlo. I giudici hanno argomentato tale conclusione sostenendo che la preminenza del diritto dell'Unione trova conferma nell'articolo 249 del TCE (ora riscritto all'interno dell'articolo 288 del TFUE). In base a tale articolo, *per esercitare le competenze dell'Unione, le istituzioni adottano regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri*. A ben vedere, se non si ammettesse il primato del diritto dell'Unione europea, la suddetta disposizione sarebbe priva di significato, poiché uno Stato potrebbe unilateralmente annullarne gli effetti con un provvedimento nazionale che prevalga sulla disciplina comune.

In sintesi, il diritto europeo ha il primato sui diritti nazionali. Ne consegue che

¹⁷² Tale principio è stato affermato anche dalla Corte di Giustizia Europea ed, inoltre, è stato richiamato anche dalla Corte di Cassazione che, con la sentenza n. 5768, del 10 dicembre 1999, ha affermato che i *Trattati internazionali conclusi dagli Stati membri con Paesi terzi successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Roma devono conformarsi al diritto comunitario, primario e secondario*. Sul punto si veda P. PISTONE, *The impact of Community Law on Tax Treaties – Issues and solutions*, Vol. 4, Eucotax series on European Taxation, Kluwer Law International, 2002.

¹⁷³ Corte di Giustizia Sentenza dell'Unione Europea, causa C 6/64, sentenza del 15 luglio 1964.

se una norma nazionale è contraria a una disposizione europea le autorità degli Stati membri sono tenute ad applicare la disposizione europea. Il diritto nazionale non è né annullato né abrogato, ma la sua forza vincolante viene sospesa. Tale principio vale inoltre nei confronti di qualsiasi atto normativo nazionale di qualsiasi natura (legge, regolamento, decreto, ordinanza, circolare, ecc.) che sia stato emesso dal potere esecutivo o legislativo dello Stato membro. Anche il potere giudiziario dei singoli Stati soggiace al principio del primato. Il diritto da esso prodotto, ossia la giurisprudenza, deve pertanto rispettare il diritto dell'Unione, adeguandosi ad esso.

In ambito processuale, il giudice nazionale, compreso quello tributario, dispone di diversi strumenti volti alla risoluzione dei conflitti tra norma europea e norma interna: i) il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Giustizia; ii) l'interpretazione conforme della norma interna; iii) l'applicazione diretta del diritto europeo; iv) la non applicazione della norma interna con quella europea.¹⁷⁴

3.2.1 – Il rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia Europea.

Il rinvio pregiudiziale è una procedura esercitata dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) che consente alle giurisdizioni degli Stati aderenti di interrogare la Corte sull'interpretazione o sulla validità del diritto europeo, nell'ambito di una causa pendente. Il rinvio pregiudiziale mira all'attuazione del principio di leale cooperazione tra le giurisdizioni degli Stati membri e l'Unione Europea, nonché favorisce l'applicazione uniforme del diritto europeo in tutto il territorio UE.

A differenza delle altre procedure giurisdizionali, il rinvio pregiudiziale non è un ricorso contro un atto europeo o nazionale, bensì una richiesta di chiarimento sull'applicazione del diritto europeo. La giurisdizione di qualsiasi Stato membro, investita di una controversia in cui l'applicazione di una norma di diritto europeo

¹⁷⁴ Sugli strumenti a disposizione del giudice nazionale in tema di primato della norma europea si veda C. MELILLO, *Il primato del diritto Comunitario sul diritto interno e sugli strumenti a disposizione del giudice (tributario) nazionale per la risoluzione delle antinomie tra norme (tributarie) nazionali e norme Comunitarie*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, n. 1, 2009, Cedam.

solleva dei problemi applicativi, può decidere di rivolgersi alla Corte di Giustizia per risolverli. Esistono due tipi di rinvio pregiudiziale: i) il rinvio per l'interpretazione della norma europea; ii) il rinvio per l'esame di validità della norma europea.

Nel rinvio per interpretazione il giudice nazionale chiede alla Corte di formulare un parere per chiarire l'interpretazione del diritto europeo in riferimento ad una fattispecie descritta in modo da poter applicare correttamente la norma. Nel rinvio per esame di validità, invece, il giudice nazionale chiede alla Corte di verificare la validità di un atto di diritto europeo; in tal caso, laddove l'atto fosse dichiarato non valido, la sua invalidità si trasmetterebbe anche all'insieme degli atti adottati dagli Stati membri in sua attuazione (o recepimento).¹⁷⁵

Il rinvio pregiudiziale si può definire un rinvio "da giudice a giudice". Anche se può essere richiesto su impulso di una delle parti della controversia, spetta sempre alla giurisdizione nazionale prendere la decisione di rimettere la questione dinanzi alla Corte di giustizia.

L'articolo 267, comma 2, del Trattato sul funzionamento dell'UE stabilisce che, laddove una questione riguardante l'interpretazione dei Trattati o la validità di atti emanati da organi dell'Unione è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione che gli è stata sottoposta, qualora reputi necessaria una decisione su questo punto per emanare la sua sentenza (cd. rinvio facoltativo). Quando, invece, ai sensi del comma 3 del medesimo articolo, una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte (cd. rinvio obbligatorio).

La Corte di giustizia si pronuncia unicamente sugli elementi costitutivi del rinvio pregiudiziale dei quali è investita. Pertanto, si può affermare giurisdizione nazionale domina quindi la controversia principale, infatti, in via di principio, la Corte di Giustizia deve rispondere al quesito sollevato. La Corte non può rifiutarsi di

¹⁷⁵ In tal caso, in base al Trattato, spetta quindi alle istituzioni europee competenti adottare un nuovo atto per porre rimedio alla situazione.

rispondere giustificando tale rifiuto sostenendo che la risposta non sarebbe né pertinente né opportuna riguardo alla questione rinviatagli; può invece opporsi se il quesito non rientra nella sua sfera di competenza.

In ambito tributario, un aspetto problematico da esaminare riguarda la natura giurisdizionale dell'organo rinviante. In buona sostanza, si tratta di verificare se sia ammissibile, ai sensi dell'articolo 267 del TFUE, che tale procedura sia attivata da un organo giudicante speciale, che non appartiene ad alcuna magistratura, come le Commissioni Tributarie. Sul punto, un primo chiarimento importante è giunto dalla Corte di Giustizia che ha sancito l'irrilevanza della denominazione dell'organo giudicante, dovendosi, invece, prestare attenzione alla circostanza che la struttura operi nel contesto generale del dovere di agire in modo indipendente ed in conformità con il diritto, svolgendo una funzione giudiziaria, ossia, abbia il potere di emettere pronunce vincolanti per quanto attiene a diritti ed obblighi di individui.¹⁷⁶ Inoltre, il riconoscimento della natura giurisdizionale delle Commissioni Tributarie trova fondamento costituzionale nell'articolo 108, comma 2, della Costituzione, che assicura l'indipendenza di tutte le giurisdizioni speciali. Deve, pertanto, ritenersi ammissibile la possibilità di rinvio pregiudiziale facoltativo anche ad opera delle Commissioni Tributarie, sia Provinciali che Regionali.¹⁷⁷

In ultimo, va detto che la decisione della Corte di Giustizia è obbligatoria non solo per la giurisdizione nazionale che ha avviato il rinvio pregiudiziale ma anche per tutte le giurisdizioni nazionali degli Stati membri. Ad essa non è possibile opporsi dinanzi ad alcun organo.

3.2.2 – *L'interpretazione conforme della norma interna (metodo cd. teleologico).*

L'obbligo d'interpretazione conforme impone a tutti gli organi nazionali, ma in particolare ai giudici, l'interpretazione del proprio diritto interno in modo per quanto possibile compatibile con le prescrizioni del diritto dell'UE. Secondo la Corte di

¹⁷⁶ Corte di Giustizia Europea, C 14/86, 11 giugno 1987, *Pretore di Salò*, in Racc. 1987, I-2545.

¹⁷⁷ Per un maggiore approfondimento della questione si rimanda a C. ATTARDI, *Il ruolo della Corte Europea nel processo Tributario*, I edizione, Ipsoa 2008.

Giustizia, infatti, spetta al giudice nazionale interpretare il diritto interno quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva per conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi, pertanto, all'articolo 249, comma 3, del TFUE.¹⁷⁸ Pertanto, sebbene in una controversia il giudice nazionale non possa applicare direttamente una direttiva senza il preventivo atto di recepimento da parte dello Stato membro, nell'applicare le norme di diritto interno adottate al fine di attuare gli obblighi previsti da una direttiva, egli deve in ogni caso individuare, tra tutti i significati possibili della norma interna rilevante per il caso di specie, quello che appaia maggiormente conforme all'oggetto ed allo scopo della direttiva disciplinante in materia. In tale interpretazione della norma interna risiede il cd. metodo teleologico. Tale metodologia consente appunto di superare l'eventuale inadempimento del legislatore nazionale e realizzare un effetto orizzontale indiretto delle direttive. Tuttavia, sono stati individuati alcuni limiti all'applicazione del metodo in questione. Occorre infatti considerare con attenzione la circostanza che tale applicazione diretta della norma europea non crei contrasti con altri principi dell'ordinamento europeo, primo tra tutti, quello della certezza dei diritti.¹⁷⁹

3.2.3 – Applicazione ed “effetto diretto” della normativa europea.

Nel considerare il sistema di norme europee non si può non analizzare l'impatto che tali norme hanno sull'ordinamento degli Stati membri, in termini di effetti diretti ed applicabilità diretta. Per effetto diretto della norma europea si intende l'idoneità a creare diritti ed obblighi direttamente ed utilmente in capo ai singoli, senza che lo Stato si ponga quale filtro tra l'atto normativo europeo ed il proprio ordinamento. In termini pratici, tale effetto diretto, si traduce nella possibilità per il singolo di far valere direttamente dinanzi al giudice nazionale la propria posizione giuridica soggettiva derivante dalla norma europea.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Corte di Giustizia Europea, C 397/01 e C 403/01, *Pfeiffer*, 5 ottobre 2004, Racc. I-8835; C 106/89, *Marleasing*, 13 novembre 1990, in Racc. I-4135.

¹⁷⁹ Corte di Giustizia Europea, C 212/04, del 4 luglio 2006, *Adeneler*, Racc. I-6057.

¹⁸⁰ Vale la pena ricordare la distinzione posta dalla dottrina tra effetti diretti della norma europea in

L'applicazione diretta presenta, sul piano teorico, delle differenze rispetto all'effetto diretto della norma di diritto europeo. L'applicazione diretta, infatti, riguarda la qualità di alcuni atti, in particolare i regolamenti, le cui norme non richiedono, per produrre effetti, alcun provvedimento interno ulteriore. Tuttavia, deve notarsi che, secondo autorevole dottrina, la distinzione in commento non trova un riscontro reale nella giurisprudenza, la quale utilizza indifferentemente le due nozioni per designare le norme di diritto europeo che creano a favore dei singoli posizioni giuridiche soggettive tutelabili in giudizio.¹⁸¹

3.2.4 – La disapplicazione (o “non applicazione”) della norma interna.

La disapplicazione costituisce una delle forme mediante le quali opera l'invalidità, e più specificamente designa il potere di non applicare ad una singola fattispecie o per particolari effetti un atto, che per altre fattispecie o ad altri effetti rimane pienamente valido ed efficace; la disapplicazione si realizza nel caso in cui l'ordinamento giuridico limita le potestà dell'organo chiamato all'esame della validità di un atto, nel senso che gli inibisce l'annullamento del medesimo e gli rende possibile solo l'accertamento della non validità con la conseguente non applicazione alla fattispecie sottoposta al suo esame.¹⁸²

Il principio in esame viene sancito dalla CGUE con la sentenza *Simmenthal*.¹⁸³ In essa la Corte pone in evidenza l'obbligo di ciascun giudice nazionale di disapplicare la norma interna configgente con quella comune posto che le disposizioni comunitarie direttamente applicabili devono esplicare, a dispetto di qualsivoglia norma o prassi interna degli Stati membri, piena, integrale ed uniforme

sensu verticale ed effetti diretti in senso orizzontale. Mentre nel primo caso gli effetti della norma europea vengono invocati dal singolo nei confronti degli Stati membri, gli effetti diretti orizzontali della norma europea si ripercuotono nei rapporti privati tra i singoli.

¹⁸¹ Si veda G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, VI edizione, Cedam, 2010.

¹⁸² A tal riguardo si deve ricordare il tentativo di qualificazione in termini di “non applicazione” del primato delle norme europee, effettuata dalla Corte Costituzionale italiana nella sentenza n. 168 del 1991; sul punto si veda A. CELOTTO, *Dalla ‘non applicazione’ alla ‘disapplicazione’ del diritto interno incompatibile con il diritto comunitario*, in *Giurisprudenza Italiana*, Utet, 1995, I, p. 341 ss.

¹⁸³ Corte di Giustizia Europea, C 106/77, del 9 marzo 1978, *Simmenthal*.

efficacia negli ordinamenti di questi ultimi, anche al fine della garanzia delle situazioni giuridiche soggettive create in capo ai privati, se ne consegue che la portata di dette norme va intesa nel senso che eventuali disposizioni nazionali successive con esse contrastanti vanno immediatamente disapplicate senza che si debba attendere la loro rimozione ad opera dello stesso legislatore nazionale (abrogazione) o di altri organi costituzionali (dichiarazione di incostituzionalità), specie ove si considera, rispetto a questa seconda ipotesi, che fino a detta dichiarazione, permanendo la piena efficacia della legge nazionale, risulta impedita l'applicazione delle norme dell'Unione, e quindi non garantita la piena, integrale ed uniforme applicazione di queste e non protette le situazioni giuridiche create in capo ai privati.¹⁸⁴

Successivamente, questa impostazione è stata più volte ribadita dalla Corte di Giustizia. Ad esempio, nella sentenza *Factortame*, la Corte di Lussemburgo, dopo aver richiamato la sentenza *Simmenthal*, ha osservato che la piena efficacia del diritto dell'Unione sarebbe del pari ridotta se una norma di diritto nazionale potesse impedire al giudice chiamato a dirimere una controversia disciplinata dal diritto comunitario di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario e, quindi, il giudice nazionale chiamato a dirimere una controversia vertente sul diritto comunitario, qualora ritenga che una norma di diritto nazionale sia l'unico ostacolo che gli impedisce di pronunciare provvedimenti provvisori, deve disapplicare detta norma.¹⁸⁵

3.3 – I connotati del *beneficial owner* nella normativa nazionale di fonte europea: la trasposizione della direttiva sul risparmio ed il beneficiario effettivo.

Nel presente paragrafo si affronta la problematica relativa alla trasposizione

¹⁸⁴ Per maggiori approfondimenti si veda A. CELOTTO, *La prevalenza del diritto Comunitario sul diritto degli Stati: ambito e portata della disapplicazione*, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 8 – 2008, IIDPC.

¹⁸⁵ Corte di Giustizia Europea, causa C 213/89, del 19 giugno 1990, *Factortame*.

dell'espressione “*beneficial owner*”, presente nel diritto secondario europeo, all'interno della disciplina tributaria nazionale. Le argomentazioni che seguono necessitano di essere introdotte da una chiara illustrazione, seppure sintetica, riguardante, *lato sensu*, il contesto in cui la locuzione in esame è stata introdotta.

3.3.1 – L'espressione “*beneficial owner*” nel diritto secondario dell'Unione.

Nel diritto dell'UE, l'espressione *beneficial owner* ha iniziato ad attirare l'attenzione della dottrina tributaria a seguito dell'emanazione della Direttiva del Consiglio, 2003/48/CE, del 3 giugno 2003, avente ad oggetto la tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi. È bene ricordare che il processo di approvazione della Direttiva e il successivo recepimento da parte degli Stati ha richiesto tempo e considerevole impegno da parte dell'Europa (allora Comunità).

Nel contesto del Mercato unico, in cui, ai sensi dell'articolo 63 del TFUE, sono vietate tutte quelle misure idonee a scoraggiare investimenti o movimenti di capitale tra gli Stati, emergeva chiaramente la necessità di approvare una regolamentazione comune in materia di tassazione del risparmio, al fine di accordare uno stesso trattamento fiscale agli investitori provenienti dai diversi Stati, evitando abusi di legislazioni particolarmente favorevoli e garantendo l'integrazione economica europea.¹⁸⁶

È utile premettere che la Direttiva in commento ha dato attuazione al progetto originariamente approvato nell'ambito del cd. “pacchetto Monti”, varato dal Consiglio Ecofin nel perseguimento di un'azione coordinata a livello europeo di contrasto alla concorrenza fiscale dannosa.¹⁸⁷ La Direttiva in parola si propone lo

¹⁸⁶ F. AMATUCCI, *Norme antielusive, libero accesso al mercato e tassazione dei capitali in ambito UE*, in *Rivista di Diritto Tributario*, n. 2 – 2005, p. 103.

¹⁸⁷ Si ricorda che il cd. pacchetto Monti racchiude disposizioni di carattere programmatico, e prevede l'emanazione di un codice di condotta, il cui contenuto fissa alcune regole dirette a contenere fenomeni di concorrenza fiscale dannosa tra Stati. Ai fini della presente disamina, si ritiene utile precisare che il pacchetto Monti introduce un insieme di nuove misure in materia di imposizione diretta che, favorendo la localizzazione delle attività produttive in un territorio nazionale, contrasta l'implementazione di sistemi fiscali concorrenziali dannosi. A differenza del rapporto Ocse in materia di concorrenza fiscale dannosa, il codice di condotta europeo non è diretto tanto a

scopo di garantire un'imposizione minima sui redditi di capitale percepiti da persone fisiche e derivanti dal risparmio transfrontaliero all'interno del territorio europeo, eliminando fenomeni di evasione, o di elusione, riconducibili al carente o inefficace scambio di informazioni tra gli Stati. La Direttiva, invero, al fine di assicurare la tassazione effettiva degli interessi, intesi come redditi derivanti dal risparmio, prevede uno speciale sistema di scambio di informazioni che investe gli agenti pagatori stabiliti negli Stati membri e le competenti autorità nazionali. Gli obblighi di comunicazione, infatti, mirano ad evitare che vi siano trasferimenti di capitale all'estero volti ad occultare materia imponibile alle Amministrazioni finanziarie dei propri Stati di residenza.¹⁸⁸

Come si è chiarito in precedenza, la Direttiva affronta la questione della lotta all'evasione fiscale dei redditi derivanti dal risparmio, assicurando l'effettiva imposizione nello Stato della residenza della persona fisica che si qualifica come beneficiario effettivo degli interessi corrisposti da agenti pagatori, stabiliti in un diverso Stato membro. In sintesi, il perimetro di applicazione della direttiva pone come vertici i seguenti presupposti riferibili a tutti i pagamenti di interessi effettuati: *i)* all'interno dell'UE; *ii)* da un agente pagatore stabilito in uno Stato membro, a prescindere dal luogo di stabilimento del debitore; *iii)* a favore di una persona fisica che ne risulti il beneficiario effettivo e che sia residente ai fini fiscali in un altro Stato membro.¹⁸⁹

Ai fini della presente trattazione, l'attenzione è rivolta in particolar modo verso la decodifica dell'espressione "*beneficial owner*" ai sensi della Direttiva in esame, tuttavia, sembra utile illustrare, seppure in modo sintetico, anche gli altri presupposti che ne determinano l'ambito di applicazione. Pertanto, prima di soffermarsi su che cosa si intende per "beneficiario effettivo" si deve chiarire il significato

contrastare la delocalizzazione di attività finanziarie o commerciali suscettibili di determinare costi all'impresa, quanto piuttosto a frenare le logiche di ubicazione artificiale delle attività imprenditoriali nei paesi con regime fiscale più conveniente.

¹⁸⁸ Sulle finalità e le peculiarità operative della Direttiva sul risparmio, si veda anche S. GARUFI, *La tassazione dei cosiddetti "redditi da risparmio": problematiche interpretative ed operative*, il Fisco n. 30 – 2007.

¹⁸⁹ Per ulteriori approfondimenti sull'applicazione della Direttiva sul risparmio si rimanda a J.S. PASTORIZA VÀZQUEZ, *La nuova Direttiva sulla tassazione e del risparmio: applicabilità ed efficacia*, in *Rassegna Tributaria* n. 4 – 2005.

attribuibile all'espressione “agente pagatore” ai fini della Direttiva in esame.¹⁹⁰

Ai sensi dell'articolo 4, della Direttiva in esame, per “agente pagatore” si intende qualsiasi operatore economico che paga gli interessi al beneficiario effettivo, o attribuisce il pagamento degli interessi direttamente a favore del beneficiario effettivo, sia esso il debitore del credito che produce gli interessi o l'operatore incaricato dal debitore, o dal beneficiario effettivo, di pagare gli interessi o di attribuire il pagamento degli interessi.

L'altro elemento cardine della Direttiva sul risparmio è rappresentato dal “beneficiario effettivo”. Tale espressione è già stata oggetto di ampia e dettagliata analisi in codesta trattazione, laddove, nel capitolo precedente, si è osservato il significato attribuitole dalla giurisprudenza e dalla dottrina internazionale ai fini dell'applicazione delle Convenzioni contro la doppia imposizione. Tuttavia, deve precisarsi che la Direttiva in commento, diversamente rispetto al Modello Ocse, reca una definizione della locuzione in esame, stabilendo, ai sensi dell'articolo 2, che l'espressione “beneficiario effettivo” individua qualsiasi persona fisica che percepisce un pagamento di interessi o qualsiasi persona fisica a favore della quale è attribuito un pagamento di interessi, a meno che essa non possa dimostrare di non aver percepito il pagamento a proprio vantaggio o che non le sia stato attribuito, ossia agisce:

- a) in qualità di agente pagatore;
- b) per conto di una persona giuridica;¹⁹¹
- c) per conto di un'altra persona fisica che risulta il beneficiario effettivo.

Per comprendere appieno il significato dell'espressione in esame, sembra utile

¹⁹⁰ È bene precisare che l'espressione “beneficiario effettivo” corrisponde alla traduzione ufficiale dell'espressione “*beneficial owner*” che è presente nella versione in lingua inglese della Direttiva 2003/48/CE.

¹⁹¹ Si precisa che, ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera b, della Direttiva 2003/48/CE, in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi, il percettore degli interessi non può qualificarsi beneficiario effettivo degli stessi se agisce per conto di una persona giuridica, di un'entità i cui profitti sono soggetti ad imposta in base ai regimi generali di tassazione delle imprese, di un OICVM autorizzato ai sensi della direttiva 85/611/CEE o di un'entità di cui all'articolo 4, paragrafo 2 della presente direttiva e, in quest'ultimo caso, comunica denominazione e indirizzo di tale entità all'operatore economico che effettua il pagamento di interessi e quest'ultimo trasmette quindi tali informazioni all'autorità competente dello Stato membro in cui è stabilito;

analizzare il concetto di “beneficiario effettivo” in conformità dello scopo e delle finalità della Direttiva. In primo luogo, occorre considerare che l'obiettivo esplicitamente perseguito dalla norma in commento è quello di consentire che i redditi derivanti dal risparmio, corrisposti sotto forma di interessi pagati in uno Stato membro, siano soggetti ad imposizione secondo la legislazione di quest'ultimo Stato.

A tal proposito, l'articolo 1, comma 1, della Direttiva sulla tassazione del risparmio introduce una regola generale con cui esplicita che “l'obiettivo finale della presente Direttiva è permettere che i redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi corrisposti in uno Stato membro a beneficiari effettivi che siano persone fisiche, residenti ai fini fiscali in un altro Stato membro, siano soggetti a una effettiva imposizione secondo la legislazione di quest'ultimo Stato membro”. A ben vedere, tale regola risulta applicabile solo allorché il beneficiario effettivo degli interessi è una persona fisica, che non opera in qualità di intermediario, altrimenti, la tassazione degli interessi, ad esempio percepiti da una persona giuridica, segue altre regole e non opera l'obbligo di comunicazione per l'agente pagatore.

Rispetto alla regola generale di cui sopra, se la persona che percepisce gli interessi è a sua volta agente per un altro soggetto, anch'esso residente nell'UE, il primo percettore non deve considerarsi beneficiario effettivo degli interessi, ancorché deve assolvere gli obblighi di comunicazione che la Direttiva impone agli agenti pagatori. Se, invece, il destinatario del pagamento agisce come mero agente intermediario di una persona giuridica, tale destinatario non è certamente il beneficiario effettivo dei pagamenti e, tanto meno, deve assolvere all'obbligo di comunicazione in quanto, essendo il beneficiario effettivo della transazione una persona giuridica, la fattispecie deve considerarsi esclusa dal perimetro di applicazione della Direttiva.¹⁹²

A tal proposito, come è stato evidenziato dal Parlamento Europeo nel parere sulla proposta di Direttiva, l'ambito di applicazione della norma in commento appare alquanto limitato rispetto allo scopo e la finalità della stessa.¹⁹³ Inoltre, come si può

¹⁹² Si veda B. BAGNARDI, *Il concetto di “beneficiario effettivo” nella direttiva sulla tassazione del Risparmio*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale* n. 1 – 2003.

¹⁹³ *EU Parliament Report*, 26 febbraio 2002, A5-006/2002, in cui su iniziativa di Fernando Perez Royo si arriva a proporre l'applicazione della Direttiva anche alle persone giuridiche che siano i

notare, la normativa in esame risulta facilmente aggirabile da persone fisiche che investono risparmi di una certa rilevanza, attraverso l'interposizione di una società o di un *trust*. In tale ipotesi, infatti, pur subendo tali soggetti una ritenuta nello Stato della fonte, si garantirebbero l'anonimato nel proprio Stato di residenza, rispetto al reddito circolato attraverso l'intermediazione della società veicolo.

È bene ricordare che la nozione di “beneficiario effettivo” è presente anche nella Direttiva 2003/49/CE, del 3 giugno 2003, concernente il regime fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e di canoni fra società consociate di Stati membri diversi. In linea generale, tale Direttiva sopprime l'imposizione alla fonte di interessi e canoni, eliminando, così, ogni rischio di doppia imposizione; dunque, per effetto della Direttiva, interessi e canoni sono tassati una sola volta nello Stato di residenza del percettore. Una tale Direttiva necessitava di essere introdotta per il fatto che in un mercato unico, avente le caratteristiche di un mercato interno, le operazioni tra società di Stati membri diversi non devono essere assoggettate ad un trattamento fiscale meno favorevole di quello applicabile tra società residenti nello stesso Stato membro. In tal senso è corretto affermare che la presente Direttiva risulta strumentale all'abolizione di ogni limite alla libertà di stabilimento¹⁹⁴ ed alla libera circolazione dei capitali¹⁹⁵.

In breve, ai sensi della Direttiva riguardante interessi e canoni, per poter beneficiare del regime di esonero della ritenuta, le società che effettuano i pagamenti devono essere residenti, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato e devono essere

beneficiari effettivi dei pagamenti.

¹⁹⁴ La libertà di stabilimento è disciplinata dagli articoli 49, comma 2, e 54 del TFUE, secondo i quali le imprese ed i lavoratori autonomi possono stabilirsi ed operare in ogni Stato membro alle condizioni definite per i residenti. Distinguiamo la libertà di stabilimento primaria e la libertà di stabilimento secondaria: la prima comporta il diritto di ogni imprenditore di trasferirsi da uno Stato membro ad un altro, per esercitare un'attività economica in uno Stato membro diverso da quello di origine. La seconda, invece, consente ad ogni imprenditore di aprire filiali, agenzie o succursali in un altro Paese membro. La libertà di stabilimento deve essere poi tutelata sia dallo Stato di origine (divieto di *home State restriction*), sia dal Paese ospitante (divieto di *host State restriction*).

¹⁹⁵ Secondo quanto disciplinato dall'art. 63 del TFUE, è vietata ogni restrizione ai movimenti di capitali ed ai pagamenti tra Stati membri, nonché tra Stati membri e Paesi terzi. In base a tale norma, il principio di libera circolazione dei capitali implica che i Paesi membri non possono ostacolare gli investimenti provenienti da altri Stati con norme fiscali che possono avere effetti restrittivi della circolazione dei capitali o effetti discriminatori tra investitori residenti e non residenti.

assoggettabili, senza fruire di regimi di esonero, all'imposta sul reddito delle società.¹⁹⁶

Come nelle Direttive del 1990 (Direttiva “fusioni” e Direttiva “madre-figlia”), la norma europea in esame contiene una clausola antiabuso che consente alle Amministrazioni fiscali nazionali di non riconoscere il beneficio dell'esenzione previsto dalla Direttiva, qualora le transazioni in questione abbiano come solo principale obiettivo l'evasione o l'elusione delle imposte. Inoltre, la Direttiva trova applicazione solo se il soggetto che riceve gli interessi o canoni ne sia il “beneficiario effettivo”. Ai sensi, dell'articolo 1, commi 4 e 5, della disciplina in commento, una società di uno Stato membro è considerata beneficiario effettivo di interessi o canoni soltanto se riceve tali pagamenti in qualità di beneficiaria finale e non di intermediaria, quale agente, delegato o fiduciario di un'altra persona; se invece il percettore dei redditi in questione è una stabile organizzazione, questa è considerata beneficiario effettivo degli interessi o dei canoni percepiti nella misura in cui il credito, il diritto, l'utilizzo o l'informazione che generano i pagamenti degli interessi o dei canoni si ricolleghino effettivamente a tale stabile organizzazione e se i pagamenti sono assoggettati all'imposizione sui redditi, prevista dalla norma interna.

Se si raffronta la definizione di “beneficiario effettivo” contenuta nella Direttiva su risparmio con la definizione di “beneficiario effettivo” di cui alla Direttiva interessi e canoni, si nota come quest'ultima sia maggiormente in linea con la nozione convenzionale, poiché mira ad evitare che i benefici previsti dalla Direttiva siano accordati a società interposte, costituite al solo scopo di usufruire del trattamento più favorevole altrimenti non disponibile. A tal proposito, parte della dottrina ha messo in evidenza la stranezza dell'esistenza nel diritto dell'UE di due diverse definizioni attribuite all'espressione “beneficiario effettivo”; stranezza che secondo gli stessi autori potrebbe trovare una giustificazione nel fatto che i testi delle due Direttive raffrontate siano stati preparati da due diverse sezioni della

¹⁹⁶ Inoltre, per fruire dei benefici previsti dalla disciplina comune, ai sensi del rimando previsto dall'articolo 3, le società devono rivestire forme giuridiche specifiche previste nell'allegato alla Direttiva: società per azioni, società in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata, nonché enti pubblici e privati che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali, residenti in Italia.

Commissione.¹⁹⁷

Autorevole dottrina sostiene che siccome le due norme di diritto europeo illustrate non fanno alcun rimando al Modello Ocse in merito alla definizione di “*beneficial owner*”, non si può che ritenere che il concetto espresso dal diritto dell'Unione è indipendente dal significato che l'espressione in parola assume in ambito convenzionale.¹⁹⁸ Tuttavia, alcuni autori sottolineano che il concetto di “*beneficial owner*” espresso nella Direttiva sulla tassazione di interessi e canoni può considerarsi, nei suoi aspetti essenziali, coincidente con quello di cui al Modello Ocse.¹⁹⁹

L'analisi condotta dimostra l'importanza di interpretare in modo corretto il requisito soggettivo che le due Direttive richiedono per l'applicazione della disciplina comune. In particolare, con riferimento alla Direttiva sul risparmio, l'identificazione del beneficiario effettivo, a meno che il termine non sia più specificamente definito nelle disposizioni attuative degli Stati membri, potrebbe comportare il sorgere di controversie riguardanti l'interpretazione dell'espressione “beneficiario effettivo”.

3.3.2 – Il beneficiario effettivo e la trasposizione delle direttive europee nella normativa domestica.

L'Italia ha recepito le regole europee sulla tassazione del risparmio transfrontaliero, previste dalla Direttiva 2003/48/CE, con la pubblicazione del decreto legislativo n. 84, del 18 aprile 2005, nella Gazzetta Ufficiale n. 118, del 23 maggio 2005, e la conseguente notifica alla Commissione europea.

L'introduzione della nuova disciplina ha modificato il criterio di tassazione

¹⁹⁷ Sul punto si invita a consultare L. HINNEKENS, *European Commission introduces beneficial ownership in latest tax directives proposal adding to the confusion with regard to its meaning*, in *EC Tax Review*, n. 1- 2000.

¹⁹⁸ Così B. BAGNARDI, *Il concetto di “beneficiario effettivo” nella direttiva sulla tassazione del Risparmio*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale* n. 1 – 2003.

¹⁹⁹ Al riguardo si precisa che alcuni autori ammettono che vi sia coincidenza anche tra la nozione di “*beneficial owner*” prevista dalla direttiva sul risparmio e la nozione contenuta nel Modello Ocse. Così A.P. DOURADO, *The EC draft directive on Interest from savings from a prospective on International Tax Law*, in *EC Tax Review* n. 3 -2000.

degli interessi da risparmio transfrontaliero, percepiti da un residente (in Italia), al quale si riconosce il diritto di ottenere il totale rimborso, o la compensazione con altri tributi, delle ritenute subite da parte dello Stato erogatore degli interessi, purché il percettore risulti esserne l'effettivo beneficiario. Tale previsione è contenuta nell'articolo 10 del Dlgs 84/05.²⁰⁰

In particolare, ai sensi dell'articolo 1, del Decreto in commento, le persone fisiche che percepiscono gli interessi sono considerate beneficiarie effettive degli stessi se ricevono i pagamenti in qualità di beneficiario finale.²⁰¹

²⁰⁰ Sul punto si veda anche B. SANTACROCE, *Redditi esteri, rimborso pieno*, in *Sole 24 ore*, quotidiano del 25 maggio 2005. A tal proposito, la Direttiva 2003/48/CE sulla tassazione del risparmio obbligava il legislatore italiano a prevedere, nel caso in cui le regole interne – ossia l'articolo 165 del Tuir – non consentissero una copertura completa della ritenuta operata dall'ente erogatore, uno specifico meccanismo tale da consentire l'utilizzo dell'eventuale eccedenza tra quanto imputabile in termini di credito d'imposta e quanto subito in termini di ritenuta alla fonte.

A ben vedere, ai sensi dell'articolo 165 del Tuir, il contribuente italiano persona fisica può detrarre le imposte definitivamente pagate all'estero fino a concorrenza della quota d'imposta nazionale corrispondente al rapporto tra i redditi prodotti all'estero e il reddito complessivo. Sempre in riferimento alla persona fisica, lo stesso articolo esclude che, in caso di eccedenza dell'imposta estera pagata rispetto al precedente limite di detrazione, la stessa possa essere riportata in avanti. In base a quanto illustrato, quindi, se l'imposta definitivamente pagata all'estero risulta superiore rispetto al limite massimo nazionale, la stessa non può essere detratta e, tanto meno, può essere riportata a nuovo, ma deve considerarsi inutilizzabile. Tale circostanza, appunto, genera una problematica di doppia imposizione indiretta. In particolare, nell'ipotesi della tassazione del risparmio il fenomeno si verifica nei casi in cui il residente non abbia imposte da pagare in Italia, o abbia imposte in misura inferiore di quelle sufficienti a coprire il credito a lui imputabile. La soluzione adottata dal Dlgs 84/05 è contenuta nel secondo comma dell'articolo 10. Per ovviare a questa situazione l'articolo in parola prevede espressamente che la potenziale doppia imposizione causata dalla ritenuta subita nello Stato di erogazione dell'interesse è eliminata riconoscendo al beneficiario effettivo degli interessi un credito d'imposta pieno o, in alternativa, nel caso in cui la ritenuta subita risulti superiore al predetto credito d'imposta, ovvero nel caso in cui non sia addirittura applicabile la norma del citato articolo 165, il beneficiario effettivo potrà richiedere il rimborso dell'eccedenza o dell'intera ritenuta oppure potrà compensare l'ammontare con altri tributi o contributi ai sensi dell'articolo 17 del Dlgs 241/97.

²⁰¹ Ai fini della comunicazione a cui sono obbligati gli agenti pagatori, l'articolo 3, comma 2, del Dlgs 84/2005, statuisce che l'identità del beneficiario effettivo è determinata secondo i seguenti criteri:

a) per le relazioni contrattuali avviate anteriormente al 1° gennaio 2004, mediante la rilevazione del nome, cognome ed indirizzo. A tale fine sono utilizzate le informazioni acquisite ai sensi del decreto legge 3 maggio 1991, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 luglio 1991, n. 197;

b) per le relazioni contrattuali avviate o, in mancanza di relazioni contrattuali, per le transazioni effettuate a decorrere dal 1° gennaio 2004, mediante rilevazione del nome, cognome ed indirizzo e, nel caso in cui esista, del codice fiscale attribuito dallo Stato membro in cui ha la residenza fiscale, attraverso i dati del passaporto o della carta d'identità ufficiale presentati dal beneficiario effettivo. Se il passaporto o la carta d'identità ufficiale non precisano l'indirizzo, questo è determinato in base a qualsiasi altro documento probante presentato dal beneficiario effettivo. Se il codice fiscale non figura sul passaporto, sulla carta d'identità ufficiale o su qualsiasi altro documento d'identità probante, compreso, eventualmente, il certificato di residenza

Ci si domanda se l'espressione “beneficiario finale” sia quindi fungibile con l'espressione “beneficiario effettivo” e, in caso affermativo, quale delle due consenta un riscontro pratico più diretto nell'individuazione del soggetto a cui si fa riferimento nella Direttiva 2003/48/CE, ossia il “*beneficial owner*”.

Un ulteriore chiarimento in tal senso lo fornisce la Circolare del Ministero delle Finanze, n. 306, del 23 dicembre 1996, riguardante il regime fiscale degli interessi. In tale circostanza il Ministero si è espresso sul significato che tale espressione deve assumere ai sensi della disciplina domestica oggetto d'indagine, rilevando che il requisito in parola si ritiene attribuibile al soggetto percettore cui il reddito è fiscalmente imputabile; pertanto, facendo riferimento a quanto rilevato dallo stesso Commentario Ocse, nella fattispecie non si verifica il requisito in questione quando viene interposto un intermediario – come ad esempio un agente o “*nominee*” – tra il beneficiario ed il debitore del provento.

Al recepimento della Direttiva sulla tassazione del risparmio ha fatto seguito la trasposizione di un'altra Direttiva che prende in considerazione la medesima espressione – il “beneficiario effettivo” – ma attribuendole una finalità diversa.²⁰²

In seguito all'approvazione della Direttiva del Consiglio, 2003/49/CE, del 3 giugno 2003, avente ad oggetto la tassazione dei redditi percepiti sotto forma di interessi e canoni, il Governo Italiano – sulla base della delega contenuta nell'articolo 1, commi 1 e 2, della legge n. 306, del 31 ottobre 2003, recante disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea – ha dato attuazione alla stessa con il decreto legislativo 30 maggio 2005, n. 143, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 172 del 26 luglio 2005. Il Decreto contiene le norme di adeguamento dell'ordinamento italiano alle suddette norme europee dirette all'armonizzazione dei criteri di tassazione relativi ai trasferimenti degli interessi e dei canoni nell'ambito di alcuni raggruppamenti di società operanti negli Stati membri dell'Unione.

fiscale presentato dal beneficiario effettivo, l'identità è completata dall'indicazione della data e del luogo di nascita, stabiliti sulla base del passaporto o della carta d'identità ufficiale.

²⁰² Sulla diversità di significato attribuibile all'espressione “beneficiario effettivo” nell'ambito delle Direttive di cui trattasi, e sulla diversità di finalità e scopo perseguiti dalle stesse Direttive, si rimanda a quanto ampiamente argomentato nei paragrafi precedenti di questo capitolo.

In breve, il recepimento della suddetta Direttiva ha modificato l'ultimo comma dell'articolo 25, Dpr n. 600 del 1973, disponendo l'introduzione di una ritenuta del trenta per cento sui compensi corrisposti per l'uso, o la concessione in uso, di attrezzature industriali, commerciali o scientifiche localizzate sul territorio dello Stato. Inoltre, il Decreto di attuazione in parola, ha introdotto il trattamento fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e canoni fra società consociate tra Stati membri diversi; esso prevede l'esenzione degli interessi e dei canoni pagati da società ed enti residenti in Italia, nonché da stabili organizzazioni situate nel territorio dello Stato, a società ed enti appartenenti allo stesso gruppo e residenti in un altro Stato membro.

Più precisamente, per poter accedere alla disciplina comune sopra illustrata, in attuazione del contenuto specificamente previsto dalla Direttiva 2003/49/CE, il Decreto ha richiesto il soddisfacimento di un requisito soggettivo ulteriore. A norma della lettera c) del comma 4 dell'articolo 26 *quater* del Dpr n. 600 del 1973, si considerano beneficiarie effettive le società residenti in uno Stato membro e le stabili organizzazioni situate in un altro Stato membro appartenenti a società aventi i requisiti di cui al medesimo comma 4.²⁰³

In particolare, le società si considerano beneficiarie effettive “se ricevono i pagamenti in qualità di beneficiario finale e non di intermediario, quale agente, delegato o fiduciario di un'altra persona”.

L'espressione “beneficiario effettivo”, come chiarito dalla relazione di accompagnamento al Decreto, garantisce che, laddove tra il beneficiario ed il mandante del pagamento si interponga un intermediario, l'esenzione si applichi soltanto se l'effettivo beneficiario dei pagamenti di interessi o di canoni soddisfi i requisiti della Direttiva.

In sostanza, come chiarito dal Ministero nella Circolare n. 47, del 2 novembre 2005, “affinché il soggetto possa considerarsi beneficiario effettivo alla stregua di quanto disposto dalla Direttiva, occorre che la società che percepisce gli interessi o i canoni tragga un proprio beneficio economico dall'operazione posta in essere”.

²⁰³ Per ulteriori approfondimenti sui requisiti soggettivi previsti per accedere alla disciplina comune in parola si rimanda a quanto ampiamente argomentato nei paragrafi precedenti di questo capitolo.

Quanto argomentato dalla Circolare riportata può essere facilmente compreso se si analizza il significato che tale espressione assume nel contesto della Direttiva, avendo riguardo delle finalità perseguite della disposizione in commento. A ben vedere, il motivo per cui in ambito europeo si decise di introdurre il requisito noto come “*beneficial ownership*” è, senza dubbio, quello di evitare il ricorso all'utilizzo di soggetti interposti al solo scopo di godere dell'esenzione. Pertanto, in considerazione dell'effetto antielusivo della norma, il Ministero ha ritenuto che la società possa rivestire la qualifica di beneficiario effettivo “qualora abbia la titolarità, nonché la disponibilità del reddito percepito”.

Inoltre, ai sensi del succitato Decreto, laddove il beneficiario dei pagamenti sia una stabile organizzazione di società non residenti, è previsto che il credito, il diritto, l'utilizzo o l'informazione che generano i pagamenti degli interessi o dei canoni devono ricollegarsi effettivamente a tali stabili organizzazioni e che i suddetti interessi o canoni devono rappresentare redditi assoggettati nello Stato membro in cui sono situate ad una delle imposte elencate nell'allegato B del citato Decreto, ovvero, ad una imposta identica o sostanzialmente simile applicata in aggiunta o in sostituzione delle predette imposte.

In ragione di quanto argomentato, a giudizio di chi scrive e secondo i chiarimenti forniti dal Ministero, “il criterio discriminante per considerare beneficiarie effettive le stabili organizzazioni risiede, come specificato dalla relazione di accompagnamento al Decreto, sia nell'effettiva connessione dei redditi corrisposti all'attività della stabile organizzazione, sia nell'effettiva tassazione degli interessi e dei canoni nello Stato membro in cui essa è situata”.²⁰⁴

Il legislatore, pertanto, nel recepire le indicazioni contenute nel Commentario alla Direttiva 2003/49/CE, riguardante la tassazione di interessi e canoni, ha ritenuto che, qualora nello Stato membro di residenza della stabile organizzazione il flusso di reddito non sia assoggettato ad imposizione, o benefici di un regime di esenzione, non vi può in nessun caso essere una doppia imposizione. Pertanto, in una circostanza come quella descritta, lo Stato membro da cui provengono gli interessi o i

²⁰⁴ Ministero delle Finanze, Circolare n. 47 del 2 novembre 2004 – Direzione Centrale Normativa e Contenzioso.

canoni non può subire limitazioni in ordine alla propria potestà impositiva.

4. RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

4.1 – Verso un linguaggio tributario internazionale caratterizzato da una maggiore coerenza.

Il significato da attribuire all'espressione "beneficiario effettivo" – o nella sua versione originale "*beneficial owner*" – rappresenta una problematica alquanto dibattuta. Come argomentato nei capitoli che precedono, da ormai più di un trentennio dottrina e giurisprudenza tributaria internazionale non sono riusciti nell'intento di definirne i connotati. Malgrado ciò, le numerose sentenze delle diverse Corti internazionali e le argomentazioni dottrinali che hanno affrontato il tema in questione hanno fornito un prezioso contributo ai fini dell'interpretazione della locuzione in esame.

In ambito internazionale, sia la dottrina e che la giurisprudenza si sono divisi sulla metodologia interpretativa da adoperare nel tentativo di definire la figura complessa del beneficiario effettivo. Il nodo principale da sciogliere, per pervenire ad una corretta interpretazione del concetto di "*beneficial ownership*", ai fini delle Convenzioni in materia fiscale, riguarda il punto di partenza da cui cominciare il percorso d'indagine. In sintesi, la scelta può restringersi a due opzioni: i) interpretare il requisito del "*beneficial owner*" attribuendogli il significato che esso assume nella normativa fiscale degli Stati contraenti; ii) interpretare l'espressione in parola attribuendogli un significato autonomo riconducibile ad un linguaggio internazionale, comunemente riconosciuto ai fini dell'applicazione delle Convenzioni contro la doppia imposizione.

Al fine di comprendere appieno il risultato della ricerca illustrata nella presente

trattazione, è bene ricordare che, affinché si possa accedere alla disciplina convenzionale, è necessario che il reddito soggetto a tassazione sia imputabile – secondo le regole della Convenzione invocata – ad un soggetto residente in uno degli Stati contraenti. Secondo alcuni autori, l'articolo 3, paragrafo 2 delle Convenzioni che si rifanno al Modello Ocse, attribuisce agli Stati contraenti il diritto di interpretare le espressioni utilizzate nelle Convenzioni – e ivi non definite – in conformità con la propria normativa domestica. Come dimostrato nel corso dei capitoli che precedono, tale regola generale disposta dall'articolo 3, paragrafo 2, è suscettibile di condurre ad applicazioni divergenti della Convenzione da parte degli Stati contraenti: si pensi, ad esempio, al caso in cui la normativa interna degli Stati contraenti rimandi ad un significato contrastante della stessa espressione soggetta ad interpretazione. Al fine di evitare che gli Stati contraenti utilizzino la disciplina convenzionale in maniera difforme, lo stesso paragrafo 2, del citato articolo 3, dispone una regola speciale che consente di derogare al criterio interpretativo sopra illustrato, qualora il contesto richieda un approccio alternativo.

È bene ricordare che lo stesso articolo 3, paragrafo 2, del Modello Ocse, deve essere interpretato in buona fede, in conformità al senso comune da attribuire ai termini del Trattato nel loro contesto ed alla luce dell'oggetto e dello scopo del Trattato.²⁰⁵ In tal senso, alcuni autori hanno sostenuto che l'espressione “*unless the context otherwise requires*” mira ad incorporare i principi generali d'interpretazione previsti dagli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, rappresentando un'eccezione rispetto alla regola generale di cui all'articolo 3, paragrafo 2.

Ragionevolmente, il motivo per cui tale regola speciale è stata introdotta nell'articolo 3 del Modello Ocse risponde allo scopo di rendere il Trattato applicabile sia in conformità con il contesto che con la effettiva volontà degli Stati contraenti, al momento della stipula del Trattato stesso.²⁰⁶

Tali ultime considerazioni, a giudizio di chi scrive, rappresentano la ragione

²⁰⁵ Articolo 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, Vienna, 1969.

²⁰⁶ Tale affermazione è supportata dal fatto che l'espressione “*unless the context otherwise requires*” è presente anche nell'articolo 3, paragrafo 1, e precede un'elencazione di diverse definizioni generali riferibili a termini ed espressioni utilizzate nella Convenzione.

principale – ma di certo non l'unica – per sostenere l'importanza di introdurre di una nozione di "*beneficial owner*" all'interno delle Convenzioni internazionali, anche non limitandola ai soli articoli 10, 11 e 12, ma pensandola in modo da riflettere l'oggetto e lo scopo delle Convenzioni stesse. Tale auspicio riflette, al tempo stesso, l'importanza di sviluppare un linguaggio internazionale coerente e che tenga dovuto conto delle opinioni dottrinali e giurisprudenziali espresse in merito a termini e materie che coinvolgono l'applicazione delle Convenzioni contro la doppia imposizione.

4.2 – La figura del beneficial owner nel diritto tributario internazionale italiano in conformità le cd. internationally accepted tax practices: importanti considerazioni a margine di due recenti sentenze di merito riguardanti il "beneficirio effettivo" ai fini delle convenzioni stipulate dall'Italia.

Due recenti sentenze pronunciate dalla Commissione tributaria Provinciale di Torino hanno fornito l'occasione alla dottrina italiana per affrontare nuovamente la tematica sull'interpretazione dell'espressione “beneficiario effettivo”, ai fini delle Convenzioni contro la doppia imposizione stipulate dall'Italia, facendo riflettere sull'utilizzabilità in tal senso della normativa di fonte europea.²⁰⁷

Alla base del contenzioso in esame vi è una verifica fiscale nel corso della quale è emerso che, in forza di un contratto per la concessione in uso di un determinato marchio, la società verificata (italiana) aveva corrisposto dei canoni ad una società lussemburghese, totalmente partecipata da altra entità avente sede alle Bermuda. In fase di pagamento, tali canoni avevano subito la ritenuta agevolata del dieci per cento, prevista dall'articolo 12, della Convenzione vigente tra Italia e Lussemburgo. In forza di tale disposizione “i canoni provenienti da uno Stato contraente e pagati ad un residente dell'altro Stato contraente sono imponibili in detto altro Stato. Tuttavia tali canoni possono essere tassati nello Stato contraente dal quale essi provengono secondo la legislazione di detto Stato, ma se la persona che

²⁰⁷ Sentenza n. 124, del 19 ottobre 2010, Commissione Tributaria Provinciale di Torino, sez. VII; e sentenza n. 14, del 11 febbraio 2010, Commissione Tributaria Provinciale di Torino.

percepisce i canoni ne è il beneficiario effettivo, l'imposta così applicata non può eccedere il dieci per cento dell'ammontare lordo dei canoni”.

Come si legge nella sentenza in commento, l'Ufficio ha contestato alla società italiana l'applicazione della aliquota convenzionale, sostenendo che tale aliquota ridotta non fosse applicabile non essendo provato che la società lussemburghese fosse il beneficiario effettivo delle *royalties* percepite. In luogo di tale aliquota ridotta l'Ufficio richiedeva l'applicazione di un'aliquota del trenta per cento, prevista dall'articolo 25, comma 4, del Dpr 600/1973.

A tale richiesta la società italiana si opponeva proponendo ricorso in cui eccepiva: i) che fosse onere dell'Ufficio provare la mancanza della qualità di beneficiario effettivo in capo alla società lussemburghese; ii) che tale requisito risultava comunque soddisfatto in quanto la società lussemburghese, percipiente dei canoni, era titolare del marchio dato in uso – che era stato concesso alla società italiana in base a un contratto regolarmente stipulato e regolarmente registrato in Lussemburgo – ed i proventi dei canoni corrisposti risultavano correttamente iscritti nel bilancio della società.

La Commissione Tributaria Provinciale di Torino ha rigettato il ricorso proposto, ritenendo infondati entrambi i motivi addotti. In primo luogo, i giudici di prime cure hanno qualificato la norma prevista dall'articolo 12, comma secondo, della Convenzione Italia – Lussemburgo, come norma di natura agevolativa, in ragione del fatto che consente di assoggettare i canoni corrisposti ad una ritenuta inferiore, pari al 10 per cento, sostenendo, di conseguenza, che compete alla società erogante che intende avvalersi di tale agevolazione dimostrare che il destinatario dei canoni in uscita sia il beneficiario effettivo degli stessi. A ben vedere, tale affermazione, sembra rafforzare la conclusione a cui è giunta l'Agenzia delle Entrate nella Risoluzione n. 86 del 2006, in cui si sostiene che: “i sostituti d'imposta possono, sotto la propria responsabilità, applicare direttamente l'esenzione o le minori aliquote convenzionali previa presentazione da parte dei beneficiari del

reddito della documentazione idonea a dimostrare l'effettivo possesso di tutti i requisiti previsti dalla Convenzione per fruire dell'agevolazione".²⁰⁸

Ad avviso di chi scrive tale qualificazione non risponde ai canoni propri delle norme agevolative. È bene precisare che la disciplina in commento, pur riconoscendo l'applicazione di una ritenuta ridotta (dieci per cento) rispetto a quella ordinaria (trenta per cento), non persegue lo scopo di agevolare una determinata condotta o l'implementazione di determinate operazioni finanziarie ma, a ben vedere, si pone l'obiettivo di abbattere la doppia imposizione attraverso una equa ripartizione della potestà impositiva tra lo Stato della fonte del reddito e lo Stato di residenza del beneficiario effettivo. Tali argomentazioni inducono chi scrive a sostenere che l'inversione dell'onere della prova in capo al contribuente, in tale fattispecie, non può trovare giustificazione nelle argomentazioni proposte dai giudici torinesi.

Ciò chiarito, i giudici di prime cure – sostenendo la natura agevolativa della norma convenzionale e riconoscendo una finalità antielusiva alla base dell'introduzione del "beneficiario effettivo" nelle convenzioni internazionali – hanno ritenuto che le argomentazioni e la documentazione fornita dalla società italiana dimostravano semplicemente che l'entità lussemburghese fosse il percettore "formale" dei proventi in uscita, ma non consentivano di appurare che essa fosse il beneficiario finale di tali redditi. Anzi, come si legge nella sentenza in commento, tale circostanza era da escludere in quanto, dagli atti di causa, era emerso che la società lussemburghese: i) aveva acquisito gratuitamente – da altra società del gruppo – la titolarità del diritto all'uso e allo sfruttamento del marchio; ii) non possedeva alcun bene materiale; iii) disponeva di una ridottissima struttura operativa.

In conclusione, la Commissione Tributaria di Torino, valutata l'assenza di rischio di impresa e la limitata organizzazione operativa dell'entità lussemburghese, in ragione del fatto che la stessa società risultava essere totalmente partecipata da altra società avente sede alle Bermuda, rigettava il ricorso proposto dalla contribuente concludendo che la società lussemburghese avesse solo formalmente percepito i compensi in uscita senza esserne il beneficiario effettivo.

²⁰⁸ Tali considerazioni erano state espresse anche in altri documenti di prassi ministeriale: vedi risoluzioni 24 settembre 2003, n. 183; 24 maggio 2000, n. 68; 10 giugno 1999, n. 95.

La sentenza pronunciata dalla Ctp di Torino contiene importanti considerazioni in ordine alla applicazione da parte della giurisprudenza di merito italiana della clausola del beneficiario effettivo ai fini delle Convenzioni contro la doppia imposizione stipulate dall'Italia.

Ciò che emerge dall'analisi della sentenza è – da un lato – il consolidarsi dell'orientamento, già maggioritario in dottrina, in base al quale l'espressione “beneficiario effettivo” deve intendersi quale autonomo concetto ai fini convenzionali e, pertanto, non necessita di essere interpretato alla luce della normativa interna degli stati contraenti; dall'altro lato, tuttavia, non può non notarsi la somiglianza della nozione convenzionale con quella già presente nell'ordinamento italiano, di cui alla lettera c), comma 4, dell'articolo 26 *quater* del Dpr n. 600 del 1973, con cui l'ordinamento tributario italiano ha recepito la Direttiva 2003/49/CE riguardante la tassazione di interessi e *royalties*. In detta norma, l'espressione “beneficiario effettivo”, come chiarito dalla relazione di accompagnamento al Decreto di recepimento, garantisce che, qualora tra il beneficiario ed il mandante del pagamento si interponga un intermediario, l'esenzione si applichi soltanto se l'effettivo beneficiario dei pagamenti di interessi o di canoni soddisfi i requisiti della Direttiva. A tal proposito, è lo stesso Ministero a fornire ulteriori chiarimenti sulla nozione di “beneficiario effettivo” attraverso una Circolare nella quale vi sono numerosi rimandi alla disciplina contenuta nel Modello di Convenzione Ocse (ed al suo Commentario). In detta Circolare il Ministero afferma che “affinché il soggetto possa considerarsi beneficiario effettivo alla stregua di quanto disposto dalla Direttiva, occorre che la società che percepisce gli interessi o i canoni tragga un proprio beneficio economico dall'operazione posta in essere”; pertanto, in considerazione dell'effetto antielusivo della norma, il Ministero ha ritenuto che la società possa rivestire la qualifica di beneficiario effettivo solo “qualora abbia la titolarità, nonché la disponibilità del reddito percepito”.²⁰⁹

Invero, nell'individuare la corretta applicazione di tale clausola (il “beneficiario effettivo”), il Collegio di giudici torinesi ha affermato la necessità di

²⁰⁹ Ministero delle Finanze, Circolare n. 47 del 2 novembre 2004 – Direzione Centrale Normativa e Contenzioso.

conformarsi ai chiarimenti forniti nel Commentario al Modello Ocse. Gli stessi giudici, infatti, ne riportano parte del contenuto nella sentenza in commento, precisando che l'espressione "beneficiario effettivo" non è utilizzata nella Convenzione in un'accezione tecnica e restrittiva ma deve essere intesa nel suo contesto e alla luce dello scopo e delle finalità della Convenzione, in particolare quello di evitare la doppia imposizione e prevenire l'evasione e l'elusione fiscale, altresì evidenziando che sarebbe contrario allo scopo e alle finalità della Convenzione se lo Stato della fonte concedesse 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, agisse semplicemente come intermediario per altra persona che di fatto è beneficiaria del reddito in oggetto.

In base a quanto ragionato, pertanto, la Commissione Tributaria Provinciale di Torino ha escluso "che il destinatario del pagamento delle *royalties* debba considerarsi beneficiario effettivo per il solo fatto di essere il percettore formale dei proventi, ben potendo questi essere niente di più che un intermediario attraverso il quale si realizza l'interposizione di un diverso soggetto, al quale è sostanzialmente destinato il beneficio. A tal fine appare rilevante stabilire se la società che percepisce i canoni [...] abbia piena autonomia anche organizzativa nell'attività economica da cui derivano i proventi e se ne sia assunta i relativi rischi imprenditoriali oppure se non svolga una mera funzione di collettore di proventi in realtà destinati ad altri soggetti: circostanza quest'ultima che potrebbe risultare avvalorata dal fatto di essere controllata al cento per cento da un unico azionista".²¹⁰

4.2.1 – Il "beneficiario effettivo" nell'ordinamento tributario italiano: relazione tra norma interna, norma convenzionale e contesto interpretativo.

La nozione di "beneficiario effettivo" è contenuta in numerose Convenzioni contro la doppia imposizione concluse dall'Italia, tuttavia – eccezion fatta per la Convenzione stipulata con la Germania – nessuna di esse ne fornisce una definizione.

²¹⁰ Così, Sentenza n. 124, del 19 ottobre 2010, Commissione Tributaria Provinciale di Torino, sez. VII.

Volendo indagare sul significato attribuibile alla locuzione in esame secondo i criteri definiti nel primo paragrafo del presente capitolo, il nostro approccio deve partire dal significato che l'ordinamento italiano attribuisce all'espressione "beneficiario effettivo" per verificare l'applicabilità della regola generale di cui all'articolo 3, paragrafo 1, della Convenzione vigente tra Italia e Lussemburgo.

È bene notare che l'ordinamento italiano, da diversi anni, ha introdotto al suo interno il concetto di "beneficiario effettivo" in sede di recepimento di due Direttive dell'Unione Europea. Come ampiamente chiarito nel capitolo precedente, le due Direttive – riguardanti la tassazione del risparmio e la tassazione di interessi e *royalties* – perseguono finalità e scopi differenti.

La Direttiva sulla tassazione del risparmio è stata emanata (e recepita dagli Stati membri) al fine di contrastare l'evasione derivante dalla mancata dichiarazione nello Stato di residenza dei redditi percepiti sotto forma di interessi su patrimoni liquidi giacenti all'estero. A tal riguardo la Direttiva ha previsto l'istituzione di un sistema di comunicazioni tra gli agenti pagatori e gli Stati membri e, contestualmente, ha introdotto il diritto di ottenere il totale rimborso, o la compensazione con altri tributi, delle ritenute subite da parte dello Stato erogatore degli interessi, purché il percettore risulti esserne l'effettivo beneficiario. Tale previsione è contenuta nell'ordinamento italiano all'articolo 10 del Dlgs 84/05. In particolare, ai sensi dell'articolo 1, del Decreto, le persone fisiche che percepiscono gli interessi sono considerate beneficiarie effettive degli stessi se ricevono i pagamenti in qualità di beneficiario finale. Sul significato attribuibile a tale ultima locuzione (beneficiario finale) erà già intervenuta la Circolare del Ministero delle Finanze, n. 306, del 23 dicembre 1996, riguardante il regime fiscale degli interessi. In tale circostanza il Ministero si era espresso sul significato che tale espressione deve assumere ai sensi della disciplina domestica oggetto d'indagine, rilevando che il requisito in parola si ritiene attribuibile al soggetto percettore cui il reddito è fiscalmente imputabile.

A ben vedere, se la nozione di "beneficiario effettivo", ai fini convenzionali, dovesse interpretarsi in conformità con la nozione sopra illustrata, l'applicazione della disciplina convenzionale finirebbe per perdere la propria efficacia nel contrasto

all'utilizzo improprio dei Trattati in materia fiscale. Basterebbe, infatti, interporre un'entità – società o *trust* – nel pagamento di dividendi, interessi o canoni al quale i suddetti elementi di reddito risultino fiscalmente imputabili per poter fruire (impropriamente) dei benefici convenzionali.

Al recepimento della Direttiva sulla tassazione del risparmio ha fatto seguito la trasposizione della Direttiva del Consiglio, 2003/49/CE, avente ad oggetto la tassazione dei redditi percepiti sotto forma di interessi e canoni. In breve, il Decreto di attuazione della Direttiva in esame, ha introdotto la disciplina fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e canoni fra società consociate residenti in Stati membri diversi, in base alla quale è prevista l'esenzione degli interessi e dei canoni pagati da società ed enti residenti in Italia, nonché da stabili organizzazioni situate nel territorio dello Stato, a società ed enti appartenenti allo stesso gruppo e residenti in un altro Stato membro.

In pratica, per poter accedere alla disciplina comune sopra illustrata, in attuazione del contenuto specificamente previsto dalla Direttiva 2003/49/CE, il Decreto ha richiesto il soddisfacimento di un requisito soggettivo ulteriore. Più precisamente, a norma della lettera c) del comma 4 dell'articolo 26 *quater* del Dpr n. 600 del 1973, si considerano beneficiarie effettive le società residenti in uno Stato membro “se ricevono i pagamenti in qualità di beneficiario finale e non di intermediario, quale agente, delegato o fiduciario di un'altra persona”. Come chiarito dalla relazione di accompagnamento al Decreto, l'espressione “beneficiario effettivo”, garantisce che, laddove tra il beneficiario ed il mandante del pagamento si interponga un intermediario, l'esenzione si applichi soltanto se l'effettivo beneficiario dei pagamenti di interessi o di canoni soddisfa i requisiti della Direttiva.

Come evidenziato nel terzo capitolo della presente trattazione, se si raffronta la definizione di “beneficiario effettivo” contenuta nella Direttiva su risparmio con la definizione di “beneficiario effettivo” di cui alla Direttiva interessi e canoni, si nota come quest'ultima sia maggiormente in linea con la nozione convenzionale, poiché mira ad evitare che i benefici previsti dalla Direttiva siano accordati a società interposte, costituite al solo scopo di usufruire del trattamento più favorevole altrimenti non disponibile.

In conclusione, le nozioni di "beneficiario effettivo" presenti nell'ordinamento tributario italiano rispondono a finalità diverse e pertanto, ai fini applicativi, vanno interpretate attribuendo ad esse un diverso significato. Quanto affermato, si ritiene sufficiente per escludere l'applicabilità della regola generale di cui all'articolo 3, paragrafo 2, della Convenzione vigente tra Italia e Lussemburgo. È evidente, infatti, che la definizione di "beneficiario finale" derivante dalla trasposizione della Direttiva sul risparmio potrebbe rilevarsi non adeguata per far fronte ad utilizzi impropri delle Convenzioni contro la doppia imposizione.

4.2.2 – Interpretazione in conformità al senso comune da attribuire ai termini del Trattato nel loro contesto ed alla luce dell'oggetto e dello scopo del Trattato.

Esclusa la possibilità di interpretare l'espressione in commento ai sensi della regola generale prevista dall'articolo 3, paragrafo 2, delle Convenzioni conformi al Modello Ocse, si deve individuare un'interpretazione alternativa che non contrasti con il senso comune da attribuire al concetto di "beneficiario effettivo" all'interno del Trattato e che sia conforme al contesto, alla luce dell'oggetto e dello scopo del Trattato stesso.

Come argomentato nel secondo capitolo della presente trattazione, quanto affermato rimanda all'utilizzo delle regole d'interpretazione dei Trattati, previste dagli articoli 31 e 32 della Convenzione di Vienna.

La corretta interpretazione della nozione di "beneficiario effettivo", dunque, non può prescindere dalla comprensione del suo significato ordinario nel contesto di riferimento in cui tale locuzione è presente, ed in ragione delle finalità per cui è prevista. Pertanto, si deve innanzitutto chiarire cosa si intenda per contesto di riferimento.

Certamente una parte rilevante del contesto è costituita dai chiarimenti forniti dal Commentario al Modello di Convenzione, in riferimento alla nozione di "beneficiario effettivo"; allo stesso modo non possono escludersi dal contesto le decisioni adottate dalle diverse Corti dei diversi Stati che, susseguendosi, hanno certamente contribuito a migliorare l'identificabilità del beneficiario effettivo,

definendone, di volta in volta, nuovi connotati. Infine, tenuto conto del principio del primato del diritto dell'Unione che garantisce la prevalenza dei diritti di fonte europea sulle disposizioni dei singoli Stati – siano tali disposizioni di fonte interna e/o convenzionale – si deve riconoscere la dovuta considerazione anche delle summenzionate Direttive in cui è presente la nozione di "beneficiario effettivo".

Dopo aver definito il contesto, la lettura combinata dell'articolo 31 della Convenzione di Vienna con il principio del primato del diritto dell'UE, impongono di ricercare un'interpretazione che risulti conforme con il contesto individuato e con le finalità perseguite dalle Convenzioni in materia fiscale e, contestualmente, che non risulti in contrasto con il perseguimento degli obiettivi stabiliti dall'Unione Europea.

È bene ricordare, che le finalità perseguite dalle Convenzioni contro la doppia imposizione non consistono solo nell'eliminazione della doppia imposizione, ma anche nel contrasto a fenomeni elusivi e di occultazione di materia imponibile. L'Ocse, nel 1977, introdusse nel Modello di Convenzione la nozione di “beneficiario effettivo” proprio al fine di poter perseguire con maggiore efficacia gli obiettivi sopra descritti.

Alla luce delle considerazioni svolte, la lettura delle motivazioni proposte dai Giudici della Commissione Tributaria di Torino appaiono alquanto fondate e rispondenti ai vincoli interpretativi di cui sopra. Il Collegio giudicante, valutata l'assenza di rischio di impresa e la limitata organizzazione operativa dell'entità lussemburghese, in ragione del fatto che la stessa società risultava essere totalmente partecipata da altra società avente sede alle Bermuda, rigettava il ricorso proposto dalla contribuente concludendo che la società lussemburghese avesse solo formalmente percepito i compensi in uscita senza esserne il beneficiario effettivo.

4.3 – Conclusioni.

La sentenza pronunciata dalla Ctp di Torino contiene importanti considerazioni in ordine alla applicazione da parte della giurisprudenza di merito italiana della clausola del beneficiario effettivo, ai fini delle Convenzioni contro la doppia imposizione stipulate dall'Italia.

È bene ribadire che, come notato in precedenza, dall'analisi della sentenza emerge – da un lato – il consolidarsi dell'orientamento, già maggioritario in dottrina, in base al quale l'espressione “beneficiario effettivo” deve intendersi quale autonomo concetto ai fini convenzionali; dall'altro lato, tuttavia, non può non notarsi la conformità del significato attribuito alla nozione convenzionale di "beneficiario effettivo" con quella già presente nell'ordinamento italiano, di cui alla lettera c), comma 4, dell'articolo 26 *quater* del Dpr n. 600 del 1973, con cui l'ordinamento tributario italiano ha recepito la Direttiva 2003/49/CE riguardante la tassazione di interessi e *royalties*. In detta norma, l'espressione “beneficiario effettivo”, come chiarito dalla relazione di accompagnamento al Decreto di recepimento, garantisce che, qualora tra il beneficiario ed il mandante del pagamento si interponga un intermediario, l'esenzione si applichi soltanto se l'effettivo beneficiario dei pagamenti di interessi o di canoni soddisfa i requisiti della Direttiva. A tal proposito, è lo stesso Ministero a fornire ulteriori chiarimenti sulla nozione di “beneficiario effettivo” attraverso la Circolare n. 47 del 2004. In detta Circolare il Ministero, rifacendosi a quanto contenuto nel Commentario Ocse, afferma che “affinché il soggetto possa considerarsi beneficiario effettivo alla stregua di quanto disposto dalla Direttiva, occorre che la società che percepisce gli interessi o i canoni tragga un proprio beneficio economico dall'operazione posta in essere”; pertanto, in considerazione dell'effetto antielusivo della norma, il Ministero ha ritenuto che la società possa rivestire la qualifica di beneficiario effettivo solo “qualora abbia la titolarità, nonché la disponibilità del reddito percepito”.

Invero, nell'individuare la corretta applicazione di tale clausola (il “beneficiario effettivo”), il Collegio di giudici torinesi ha affermato la necessità di conformarsi ai chiarimenti forniti nel Commentario al Modello Ocse. Gli stessi giudici, infatti, ne riportano parte del contenuto nella sentenza in commento, precisando che l'espressione “beneficiario effettivo” non è utilizzata nella Convenzione in un'accezione tecnica e restrittiva ma deve essere intesa nel suo contesto e alla luce dello scopo e delle finalità della Convenzione, in particolare quello di evitare la doppia imposizione e prevenire l'evasione e l'elusione fiscale, altresì evidenziando che sarebbe contrario allo scopo e alle finalità della

Convenzione se lo Stato della fonte concedesse 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, agisse semplicemente come intermediario per altra persona che di fatto è beneficiaria del reddito in oggetto.

Sulla base delle considerazioni fin qui esposte, a giudizio di chi scrive, si trovano ragioni ulteriori per sostenere l'importanza dell'introduzione di una nozione di *beneficial owner* all'interno delle Convenzioni internazionali, anche non limitandola ai soli articoli 10, 11 e 12, ma pensandola in modo da riflettere l'oggetto e lo scopo delle Convenzioni stesse. Tale auspicio riflette, al tempo stesso, l'importanza di sviluppare un linguaggio internazionale coerente e che tenga dovuto conto delle opinioni dottrinali e giurisprudenziali espresse in merito a termini e materie che coinvolgono l'applicazione delle Convenzioni contro la doppia imposizione.