

La nuova definizione OCSE di effettivo beneficiario

di Gabriele Escalar (*)

La **spettanza** dei **benefici convenzionali** può essere **negata** al diretto **percipiente** di **dividendi**, **interessi** e **canoni**, se **non** ne sia **effettivo beneficiario** in quanto abbia assunto l'obbligazione di retrocedere i predetti proventi a terzi allo stesso titolo e nella misura in cui li abbia percepiti, ovvero se, pur essendone effettivo beneficiario, possa essergli contestato un abuso del diritto fiscale sulla base di specifiche norme antielusive convenzionali o nazionali.

L'OCSE, nella versione del 15 luglio 2014 del Commentario agli artt. 10, 11 e 12 del Modello di Convenzione fiscale ("Commentario 2014"), dopo aver raccolto i commenti degli operatori, ha fornito nuovi chiarimenti sul significato della clausola di effettivo beneficiario a cui tali disposizioni subordinano la fruizione dei benefici convenzionali sui dividendi, interessi e canoni dopo quasi quaranta anni dalla sua introduzione nel Modello di Convenzione fiscale del 1977. In questa sede si intendono analizzare questi nuovi chiarimenti per verificare se consentono di superare i dubbi generati dagli orientamenti contrastanti assunti in merito dall'A.F. in sede interpretativa (1) e di controllo (2).

L'individuazione della nozione di effettivo beneficiario sulla base del contesto e dello scopo delle Convenzioni fiscali

Nel Commentario 2014 l'OCSE ha chiarito che, poiché la nozione di effettivo beneficiario è stata introdotta per superare le potenziali difficoltà derivanti dall'uso dell'espressione "pagati... ad un residente", deve essere interpretata in tale contesto. Pertanto, a suo avviso, tale nozio-

ne non dovrebbe essere intesa nel significato tecnico ristretto che potrebbe essergli attribuito dalla normativa dello Stato che applica la Convenzione, bensì nel contesto in cui è utilizzata ed alla luce dell'obbiettivo e scopo della Convenzione stessa e cioè evitare la doppia tassazione e prevenire l'evasione e l'elusione.

Stando ai chiarimenti così forniti, l'OCSE ha dunque ritenuto che, per l'interpretazione della nozione di effettivo beneficiario, non dovrebbe osservarsi la regola speciale d'interpretazione delle espressioni non definite sancita dal par. 2 dell'art. 3 del Modello di Convenzione fiscale, secondo cui a tali espressioni deve essere attribuito il significato desumibile dalla normativa dello Stato contraente che applica la Convenzione in quanto sarebbe integrata la deroga prevista da questa medesima norma per l'ipotesi in cui il contesto ne richieda una diversa interpretazione, essendo tale espressione stata introdotta proprio per chiarire il significato dell'espressione "pagati... ad un residente". Da ciò ne consegue che la nozione di effettivo beneficiario costituirebbe una nozione autonoma convenzionale e dovrebbe quindi essere interpretata nel

(*) *Avvocato in Roma e Milano - Docente presso l'Università LUISS di Roma*

(1) L'Amministrazione finanziaria ha sostenuto che è "beneficiario effettivo" agli effetti della normativa fiscale nazionale e convenzionale "il soggetto cui il reddito è fiscalmente imputabile" (così C.M. 23 dicembre 1996, n. 306/E, per quanto attiene al regime di esenzione degli interessi e altri proventi di obbligazioni e titoli similari corrisposti a non residenti di cui all'art. 6 del D.Lgs. 1° aprile 1996, n. 239, nonché le risoluzioni n. 104/E del 6 maggio 1997 e n. 167/E del 21 aprile 2008, per quanto attiene ai benefici convenzionali). Peraltro essa agli effetti del regime di esenzione degli interessi e canoni di cui alla

Direttiva 2003/49/CE ne ha fornito una definizione difforme, avendo sostenuto che assume rilevanza, per le società, "la titolarità, nonché la disponibilità del reddito percepito", mentre, per le stabili organizzazioni, l'"effettiva connessione dei redditi corrisposti all'attività della stabile organizzazione" e "l'effettiva tassazione degli interessi e dei canoni nello Stato membro in cui essa è situata" (così circolare 2 novembre 2005, n. 47/E).

(2) Taluni Uffici locali dell'Agenzia delle entrate hanno contestato alle società percipienti di dividendi, interessi e canoni di non esserne effettive beneficiarie nel caso in cui abbiano distribuito alla propria controllante non residente l'utile alimentato da tali proventi.

Fiscalità internazionale

contesto e alla luce dell'obbiettivo e scopo della Convenzione fiscale.

La nuova definizione di effettivo beneficiario fornita dall'OCSE nel Commentario 2014

Anche nel Commentario 2014 l'OCSE ha continuato a definire la nozione di effettivo beneficiario in senso giuridico e non economico, pur privilegiando la sostanza giuridica rispetto alla forma giuridica.

In particolare, tale ente, sebbene abbia sottolineato che gli artt. 10, 11 e 12 del Modello di Convenzione fiscale fanno riferimento all'effettivo beneficiario dei dividendi, interessi e canoni, invece che al proprietario dei beni da cui tali proventi trovano fonte e cioè le azioni, i crediti e i beni immateriali, ha continuato a riconoscere tale qualità al loro diretto percipiente al ricorrere di due presupposti e cioè a condizione che i proventi medesimi siano a lui fiscalmente imputabili nel suo Stato di residenza, escludendo quindi che possieda la qualità di effettivo beneficiario chi agisca come *nominee* o mandatario, e a condizione che egli disponga del potere di impiego e godimento dei proventi medesimi, escludendo quindi che possiedano tale qualità le società *conduit* e cioè le società che dispongono di poteri così ridotti da renderle mere fiduciarie od amministratrici per conto altrui. Tuttavia nel Commentario 2014, l'OCSE ha specificato che, perché sia integrato questo secondo presupposto, occorre che l'esercizio di tali

IL PARERE DELL'OCSE

Nozione di effettivo beneficiario

L'OCSE, nel Commentario 2014 al Modello di Convenzione fiscale, sebbene abbia sottolineato che gli artt. 10, 11 e 12 del Modello fanno riferimento all'**effettivo beneficiario** dei dividendi, interessi e canoni, invece che al proprietario dei beni da cui tali proventi trovano fonte, e cioè le azioni, i crediti e i beni immateriali, ha continuato a riconoscere tale qualità al loro **diretto percipiente** al ricorrere di due presupposti, e cioè a condizione che i **proventi** medesimi siano a lui fiscalmente **imputabili** nel suo **Stato di residenza**, escludendo quindi che possieda la qualità di effettivo beneficiario chi agisca come *nominee* o mandatario, e a condizione che egli disponga del **potere di impiego e godimento** dei proventi medesimi, escludendo quindi che possiedano tale qualità le società *conduit*, e cioè le società che dispongono di poteri così ridotti da renderle mere fiduciarie o amministratrici per conto altrui.

poteri sia vincolato da obbligazioni legali o contrattuali di retrocedere il relativo controvalore economico ad un altro soggetto desumibili non solo da documenti legali, e cioè da atti di organi societari o contratti, ma anche da circostanze di fatto inequivocche, e cioè da condotte conclusive. Inoltre, tale ente ha precisato che non è configurabile un'obbligazione contrattuale o legale di trasferire ad un'altra persona i dividendi, interessi e canoni percepiti nel caso in cui tale obbligazione non è "dipendente" dall'effettiva percezione di tali proventi, quali le obbligazioni assunte dal diretto percipiente di dividendi, interessi e canoni

come parte di una transazione finanziaria ovvero le obbligazioni relative alla distribuzione di proventi gravanti a carico dei fondi pensione o degli OICR in quanto, in tal caso, l'obbligazione di pagamento è svincolata dalla loro percezione. Pertanto, ad avviso dell'OCSE, il diretto percipiente di dividendi, interessi e canoni non può esserne considerato come effettivo beneficiario allorché rivesta il ruolo di *conduit*, perché sia vincolato dall'obbligazione di retrocedere tali proventi se e nella misura in cui li abbia percepiti (3).

Le condizioni per il disconoscimento della qualità di effettivo beneficiario del percipiente dei proventi

Stando alle precisazioni così fornite, secondo l'OCSE, perché possa esser negata la qualità di

(3) Si consideri il caso di una società che abbia ottenuto un conferimento di capitale, un finanziamento o una licenza d'uso di un bene immateriale da altra società con il vincolo a concedere un conferimento di capitale, un finanziamento o una licenza d'uso speculare ad altra società ed abbia assunto l'obbligazione di retrocedere alla propria conferente, mutuante o licenziante i dividendi, interessi e canoni percepiti dalla propria conferitaria, mutuataria o licenziataria. In tal caso tale società

non è effettiva beneficiaria di tali proventi in quanto l'obbligazione di pagarli a monte dipende dalla loro percezione a valle. Per contro, la società medesima è tale nel caso in cui abbia autonomamente deciso di concedere il conferimento di capitale, il finanziamento o la licenza d'uso del bene immateriale e pertanto si sia obbligata a pagare a monte i dividendi, gli interessi ed i canoni, anche se non li abbia percepiti a valle.

effettivo beneficiario del diretto percipiente di dividendi, interessi e canoni, in quanto rivesta il ruolo di *conduit*, devono ricorrere due distinte condizioni, e cioè tanto la condizione che costui sia vincolato dall'obbligazione di trasferire il relativo controvalore economico ad un terzo, quanto la condizione che tale obbligazione sia "dipendente" dalla percezione di tali proventi nel senso che la sua sussistenza sia condizionata nell'*an* e nel *quantum* alla loro percezione (4). Con la conseguenza che deve essere riconosciuta la predetta qualità al diretto percipiente di dividendi, interessi e canoni, nel caso in cui sia obbligato ad eseguire il pagamento di tali proventi anche se non li percepisca perché non sia più titolare del diritto a percepirli (5) ovvero il debitore sia inadempiente (6).

Senonché l'OCSE non ha specificato quando il nesso di dipendenza così individuato sia integrato. Pertanto, la definizione della nozione di effettivo beneficiario rimane almeno parzialmente indeterminata.

Peraltro, ritengo che il predetto nesso di dipendenza debba investire anche il profilo cau-

IL PARERE DELL'OCSE

Disconoscimento della qualità di effettivo beneficiario del percipiente dei proventi

Secondo l'OCSE, perché possa esser negata la qualità di effettivo beneficiario del diretto percipiente di dividendi, interessi e canoni, in quanto rivesta il ruolo di **conduit**, devono ricorrere due distinte condizioni, e cioè tanto la condizione che costui sia vincolato dall'**obbligazione di trasferire** il relativo **controvalore** economico ad un **terzo**, quanto la condizione che tale obbligazione sia "**dipendente**" dalla **percezione** di tali **proventi**, nel senso che la sua sussistenza sia condizionata nell'*an* e nel *quantum* alla loro percezione. Con la conseguenza che deve essere **riconosciuta** la predetta **qualità** al diretto **percipiente di dividendi, interessi e canoni**, nel caso in cui sia obbligato ad eseguire il pagamento di tali proventi anche se non li percepisca perché non sia più titolare del diritto a percepirli o il debitore sia inadempiente.

sale nel senso che, cioè, un'obbligazione di retrocessione dei pagamenti ricevuti a titolo di dividendi, interessi o canoni può ritenersi configurabile soltanto se il diretto percipiente sia vincolato a retrocedere tali pagamenti al medesimo titolo a cui li abbia ricevuti ovvero sia a titolo di dividendi, interessi o canoni. Ed infatti, poiché sono qualificabili come tali in forza del par. 3 degli artt. 10 e 11 e del par. 2 dell'art. 12 del Modello di Convenzione fiscale soltanto i redditi che trovino fonte, rispettivamente, nella titolarità di partecipazioni, crediti o diritti su beni immateriali,

la retrocessione del controvalore economico di pagamenti effettuati a titolo di dividendi, interessi o canoni può comportarne il trasferimento soltanto se sia eseguita a questo medesimo titolo e, quindi, trovi fonte nella titolarità da parte del percipiente di partecipazioni, crediti o diritti su beni immateriali (7).

È possibile dunque concludere che può esser negata la qualità di effettivo beneficiario del diretto percipiente di pagamenti a titolo di dividendi, interessi e canoni soltanto se costui rivesta il ruolo di *conduit* perché sia vincolato dall'obbliga-

(4) Pertanto la qualità di effettivo beneficiario dell'ente che sia diretto percipiente di dividendi, interessi o canoni non può essere negata per il fatto che tale ente abbia distribuito alla propria controllante l'utile alimentato da tali proventi.

(5) Il par. 3.2.5. dell'IFRS 9 (già par. 19 dello IAS 39) nega la qualità di effettivo titolare di un'attività finanziaria a colui che, pur mantenendo "i diritti contrattuali a ricevere i flussi finanziari dell'attività finanziaria (l'attività originaria)" abbia assunto "l'obbligazione contrattuale a pagare quei flussi finanziari a una o più entità (i 'beneficiari finali')" a condizione che, oltre ad essere obbligato a "corrispondere importi ai beneficiari finali" nella misura in cui "incassi importi equivalenti dall'attività originaria", sia privo della facoltà di "vendere o ... impegnare l'attività originaria".

(6) L'Agenzia delle entrate nella circolare n. 6/E del 30 marzo 2016 ha ritenuto che, per stabilire se le società non residenti che in operazioni di MLBO concedano finanziamenti alle società veicolo acquirenti, siano effettive beneficiarie dei relativi

interessi occorre stabilire se tali finanziamenti siano *back to back* sulla base della verifica non solo dei relativi importi, condizioni, tassi e termini di pagamento, ma anche della previsione di clausole di *non-recourse* e cioè di clausole di esonero da garanzie.

(7) Si consideri il caso di una società che abbia acquistato da terzi partecipazioni o diritti su beni immateriali, procurandosi una quota del capitale necessario mediante la conclusione di un mutuo con altra società nei cui confronti abbia assunto l'obbligazione di pagare interessi commisurati ai dividendi o canoni percepiti. In tal caso il pagamento degli interessi non può dar luogo alla retrocessione dei dividendi o canoni al mutuatante in quanto, sebbene comporti l'assunzione di un'obbligazione di retrocessione del relativo controvalore economico e l'obbligazione medesima dipenda dall'incasso dei predetti proventi, tale retrocessione non trova fonte nella titolarità di partecipazioni o diritti su beni immateriali.

Fiscalità internazionale

zione di retrocedere i predetti pagamenti a terzi allo stesso titolo e nella misura in cui li abbia ricevuti.

Una valutazione della nuova definizione OCSE di effettivo beneficiario

La nuova definizione della nozione di effettivo beneficiario del Commentario 2014 risulta sicuramente più chiara e precisa di quella del precedente Commentario. Tuttavia è dubbio che il contesto legittimi una definizione convenzionale autonoma di tale nozione.

Innanzitutto non è chiaro se, per quanto attiene all'espressione di effettivo beneficiario, sia integrata la deroga prevista dal par. 2 dell'art. 3 per l'ipotesi in cui il contesto richieda un'interpretazione diversa da quella desumibile dalla normativa dello Stato contraente che applica la Convenzione. Il fatto che tale espressione sia stata introdotta per chiarire il significato dell'espressione di "pagati... ad un residente" può consentire di concludere che, in tal caso, il contesto richieda un'interpretazione convenzionale della prima espressione soltanto se richieda un'interpretazione convenzionale anche della seconda. Sarebbe infatti illogico desumere dal contesto il significato di un'espressione che è stata introdotta per chiarire il significato di un'espressione che deve essere interpretata sulla base della normativa dello Stato che applica la Convenzione.

Inoltre, è da escludere che il Commentario 2014 costituisca "contesto" ai sensi del par. 2 dell'art. 31 della Convenzione di Vienna, laddove considera tale, oltre al testo, preambolo ed allegati, gli accordi e gli strumenti che siano conclusi o condivisi dalle parti in occasione della conclusione del trattato. L'approvazione di tale Commentario da parte del Comitato Affari Fiscali e del Consiglio dell'OCSE è successiva alla conclusione della maggior parte delle Convenzioni stipulate dall'Italia e l'adozione da parte dell'OCSE del Commentario non sembra

equiparabile ad un accordo concluso fra le parti contraenti posto che il predetto Comitato è composto dai soli rappresentanti delle amministrazioni fiscali degli Stati contraenti e il Consiglio dell'OCSE non rappresenta tali Stati (8).

Del resto, il Commentario non potrebbe legittimare un'interpretazione delle espressioni non definite diversa da quella desumibile dalla normativa dello Stato che applica la Convenzione, nel caso in cui il testo, il preambolo, gli allegati e gli accordi fra le parti contraenti coevi alla conclusione della Convenzione non richiedessero una siffatta interpretazione in quanto i predetti strumenti, costituendo diretta espressione della volontà originaria delle parti contraenti, non potrebbero essere derogati dal Commentario (9).

Comunque, laddove il contesto richiedesse un'interpretazione della nozione di effettivo beneficiario diversa da quella desumibile dalla normativa dello Stato contraente che applica la Convenzione, tale interpretazione non potrebbe che essere ricostruita mediante i mezzi d'interpretazione individuati dagli artt. 31 e 32 della Convenzione di Vienna e, quindi, anche le norme pertinenti di diritto internazionale applicabili alle relazioni fra le parti richiamate dal par. 3 del primo di tali articoli. Pertanto, per l'interpretazione di tale espressione per gli Stati membri della UE, dovrebbe tenersi conto della definizione comunitaria contenuta nei parr. 4 e 5 dell'art. 1 della Direttiva 3 giugno 2003, n. 2003/49/CE sugli interessi e canoni in quanto tali norme sembrano configurabili come norme pertinenti di diritto internazionale applicabili alle relazioni fra le parti (10).

Senonché tale definizione risulta difforme da quella del Commentario 2014 in quanto riecheggia la definizione di effettivo beneficiario del Commentario 1977, che escludeva la qualità di effettivo beneficiario solo dei *trustee* e mandatari e non anche delle società *conduit* (11) per il fatto che essa richiede, per le

(8) L'OCSE ha emesso la raccomandazione del 23 ottobre 1997 proprio per raccomandare agli Stati aderenti di seguire il Commentario per l'interpretazione delle Convenzioni fiscali.

(9) Diversamente il Commentario acquisirebbe una valenza normativa e non più solo interpretativa poiché potrebbe derogare la regola speciale d'interpretazione delle espressioni non definite dettata dal par. 2 dell'art. 3 delle Convenzioni fiscali,

fornendo una definizione espressa di tali termini.

(10) Il 30 dicembre 2016, causa C-682/16, BEI aps, un giudice danese ha posto alla Corte di Giustizia, fra l'altro, il seguente quesito "se la nozione di 'beneficiario effettivo' ... debba essere interpretata conformemente alla nozione corrispondente di cui all'art. 11 del Modello di Convenzione fiscale dell'OCSE del 1977".

società, che riscuotano i relativi pagamenti in qualità di beneficiarie finali e non di intermediarie, quali agenti, delegati o fiduciari di un'altra persona, e per le stabili organizzazioni, che i beni produttivi degli interessi e canoni siano ad esse collegati e tali redditi siano assoggettati ad imposta a loro carico.

La Cassazione, pur non avendo finora affrontato le questioni esposte, si è mostrata dell'avviso che la nozione di effettivo beneficiario deve essere desunta dal Commentario OCSE in quanto ha rilevato che tale nozione è comparsa "per la prima volta nel Modello di Convenzione del 1977 negli artt. 10 e 11" e che "... si può quindi qualificare come una clausola generale dell'ordinamento fiscale internazionale" (12).

Senonché il giudice di legittimità ha poi fornito una definizione di tale nozione che non è in linea con quella del Commentario 2014 in quanto ha sostenuto che sarebbe effettivo beneficiario colui che ha "la disponibilità economica e giuridica del provento formalmente percepito" (13), sebbene, come si è visto, secondo tale Commentario la mera retrocessione del controvalore economico di dividendi, interessi e canoni non è sufficiente ad escludere la qualità di effettivo beneficiario del diretto percipiente, richiedendosi infatti che tale retrocessione sia anche "dipendente" dalla percezione di tali proventi. Soltanto in una sentenza più recente la Cassazione è sembrata riprendere la definizione di tale Commentario, ove ha precisato che deve considerarsi tale "il soggetto al quale sia attribuito l'uso ed il godimento dei dividendi oggetto di tassazione, in relazione ai quali esso si ponga come destinatario finale

LA GIURISPRUDENZA

Definizione di effettivo beneficiario

La Corte di cassazione, riprendendo la definizione del Commentario OCSE 2014, ha precisato che deve considerarsi effettivo beneficiario il **soggetto** al quale sia attribuito l'uso ed il godimento dei dividendi oggetto di tassazione, in relazione ai quali esso si ponga come **destinatario finale** (owner, dominus), e non come semplice intermediario, agente o fiduciario.

(owner, dominus), e non come semplice intermediario, agente o fiduciario" (14).

Non resta dunque che auspicare che, laddove si intenda desumere la nozione di effettivo beneficiario dal Commentario OCSE, sia poi fornita una definizione di tale nozione in linea con quella del Com-

mentario 2014 per superare le incertezze interpretative esistenti.

Il rapporto fra la clausola di effettivo beneficiario e le norme antielusive convenzionali ed interne

L'OCSE, sempre nel Commentario 2014, ha chiarito che la fruizione dei benefici fiscali accordati dagli artt. 10, 11 e 12 delle Convenzioni fiscali può essere disconosciuta ai diretti percipienti di dividendi, interessi e canoni, anche se costoro ne siano effettivi beneficiari, allorché la loro fruizione comporti un abuso di tali norme. Ed infatti, a suo avviso, tale requisito è stato introdotto esclusivamente per colpire la condotta elusiva di chi percepisca dividendi, interessi e canoni con l'obbligazione di retrocederli a terzi e non si estende anche alle condotte elusive attuate con altre modalità che sono colpite con altri mezzi. Pertanto, tale ente ha implicitamente riconosciuto non solo che l'assunzione della qualità di effettivo beneficiario non esclude la possibilità di contestare un abuso della Convenzione fiscale, ma anche che, all'inverso, tale possibilità non esclude l'assunzione della predetta qualità, essendo sufficiente che il diretto percipiente di dividendi, interessi e canoni non abbia assunto l'obbligazione di retrocedere tali proventi ad altri con le modalità di cui si è detto.

(11) Il giudice danese ha chiesto alla Corte di Giustizia anche se "detta nozione debba essere interpretata esclusivamente alla luce dei commentari all'art. 11 del Modello di Convenzione fiscale del 1977 (par. 8), o se nell'interpretazione si possa tenere conto dei commentari successivi, comprese le aggiunte effettuate nel 2003 relativamente alle 'società interposte' (par. 8.1, ora par. 10.1), nonché le aggiunte effettuate nel 2014 relativamente alle 'obbligazioni contrattuali o legali' (par. 10.2)" e

se rilevi che il percipiente "abbia un obbligo contrattuale o legale di trasferirli a un altro soggetto" e che il trasferimento "abbia luogo a titolo di pagamento di interessi".

(12) Cass. 16 dicembre 2015, n. 25281 e 25 maggio 2016, n.10792.

(13) Cass., nota 13.

(14) Cass. 28 dicembre 2016, n. 27113.

Fiscalità internazionale

Ma se così è, vuol dire allora che l'Agenzia delle entrate, nel caso in cui con un proprio atto impositivo contesti la qualità di effettivo beneficiario di tale diretto percipiente, non può poi commutarla in giudizio in una contestazione di abuso del diritto fiscale non solo per il principio secondo cui la motivazione dell'atto impositivo delimita l'oggetto della pretesa fiscale, ma anche per il divieto di rilevanza d'ufficio di tale abuso sancito dal comma 9 dell'art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente in quanto le due contestazioni così individuate richiedono l'integrazione di diversi presupposti.

Senonché il disconoscimento dei benefici convenzionali spettanti al diretto percipiente che ne sia effettivo beneficiario ai sensi degli artt. 10, 11 e 12 delle Convenzioni fiscali può ritenersi ammissibile soltanto se sia integrata una specifica norma antielusiva convenzionale. La regola generale d'interpretazione dei trattati dettata dall'art. 31 della Convenzione di Vienna non può consentire di subordinare la spettanza dei benefici convenzionali all'assenza di un abuso del diritto fiscale (15). Tale disposizione non è volta ad elevare il principio di buona fede e l'obbiettivo e lo scopo dei trattati ad autonomi mezzi di interpretazione di tali trattati in quanto richiama il principio di buona fede (16) in connessione con il vincolo a privilegiare il senso ordinario dei termini ivi utilizzati e configura lo scopo e l'oggetto del trattato come mero strumento per l'individuazione del senso ordinario di tali termini (17).

D'altro canto, ben poche Convenzioni fiscali vigenti hanno ad oggi come scopo anche quello di prevenire la doppia non imposizione e l'evasione fiscale (18). Tant'è vero che l'art. 6 della Convenzione multilaterale predisposta

dall'OCSE per "l'attuazione di misure relative alle Convenzioni fiscali finalizzate a prevenire l'erosione della base imponibile e lo spostamento dei profitti" ha posto a carico degli Stati contraenti l'obbligo di modificare il preambolo delle Convenzioni fiscali per identificare il loro scopo proprio in quello "di eliminare la doppia imposizione con riferimento alle imposte oggetto" dell'accordo "senza creare opportunità di non imposizione o di ridotta imposizione attraverso l'evasione o l'elusione fiscale (ivi compresi schemi di *treaty-shopping* finalizzati ad ottenere gli sgravi previsti dal presente accordo a beneficio indiretto di residenti di giurisdizioni terze)", laddove già non lo identifichino in tali termini.

Infine, se l'applicazione delle norme convenzionali dovesse già ritenersi implicitamente subordinata all'assenza di un abuso del diritto fiscale, non si comprenderebbe non solo perché gli Stati contraenti hanno introdotto nelle Convenzioni fiscali norme generali antielusive in materia di *Limitation of benefits* (19), ma anche perché l'art. 7 della Convenzione multilaterale OCSE prevede l'introduzione di apposite norme generali antielusive per la "prevenzione dell'abuso dei trattati".

Da ciò ne consegue che, qualora le norme convenzionali interpretate in buona fede secondo il senso ordinario dei termini siano inequivocamente nel riconoscere la spettanza dei benefici convenzionali su dividendi, interessi e canoni al loro diretto percipiente che ne sia effettivo beneficiario, la spettanza di tali benefici non può essere negata per l'esistenza di un abuso del diritto fiscale.

Inoltre, nel caso dell'Italia, è da escludere che i benefici convenzionali spettanti al diretto percipiente di dividendi, interessi e canoni che

(15) L'OCSE nel par. 9.3. del Commentario ha rilevato che taluni Stati reputano che le Convenzioni fiscali consentirebbero loro di disconoscere le transazioni abusive al pari di quelle concluse con l'obbiettivo di ottenere benefici da esse non previsti e che tale tesi troverebbe fondamento nello scopo e nell'oggetto delle Convenzioni, nonché nell'obbligo di interpretarle in buona fede.

(16) L'art. 26 della Convenzione di Vienna impone l'esecuzione in buona fede dei trattati.

(17) L'International Law Commission dell'ONU nel par. 11 del Commentario all'articolo poi trasfuso nell'art. 31 della Convenzione di Vienna ha affermato che tale articolo "si fonda sul-

l'assunto secondo cui il tenore letterale delle norme deve presumersi essere l'espressione autentica dell'intenzione delle parti, e che, di conseguenza, il punto di partenza dell'interpretazione è il chiarimento del significato letterale del testo, non l'investigazione sin dall'inizio dell'intenzione delle parti contraenti".

(18) Nel caso dell'Italia le Convenzioni con Venezuela e Cile.

(19) Nel caso dell'Italia le Convenzioni con Kazakistan (art. 29), Israele (art. 30), Stati Uniti (prot. art. 2), Mongolia (art. 29), Qatar (art. 29), Azerbaigian (art. 30), Islanda (Prot.), Libano (art. 29), Kuwait (Prot.), Lettonia (art. 30), Estonia (art. 28), Lituania (art. 30) e Cile (art. 27).

ne sia effettivo beneficiario possano essere riconosciuti sulla base delle norme antielusive nazionali non solo per il principio *pacta sunt servanda* ed il divieto di invocare il diritto interno per sottrarsi all'esecuzione di un trattato sanciti dagli artt. 26 e 27 della Convenzione di Vienna, ma anche per il principio di specialità delle norme convenzionali rispetto alle norme nazionali e quello di salvezza degli accordi internazionali sancito dall'art. 75 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 e dall'art. 117 Cost., nonché per il suo corollario sancito dall'art. 169 del T.U.I.R. secondo cui le norme del T.U.I.R. derogano le norme convenzionali solo se più favorevoli (20). Tant'è vero che l'Italia, proprio per far salva l'applicazione delle norme nazionali antielusive, ha introdotto nelle Convenzioni fiscali più recenti un'espressa clausola di salvezza, talora, di tutte le norme antielusive nazionali rispetto a tutte le norme convenzionali (21) ovvero rispetto al solo principio di non discriminazione (22), nonché, talora, delle sole norme antielusive nazionali relative alla deducibilità delle spese derivanti da transazioni fra imprese dei due Stati contraenti rispetto a tutte le norme convenzionali (23). Comunque, è da escludere che la prevalenza delle norme nazionali antielusive sulle norme convenzionali, in mancanza di una norma che la preveda, possa esser legittimata dall'OCSE

SOLUZIONI OPERATIVE

Negazione dei benefici convenzionali all'effettivo beneficiario

La negazione dei benefici convenzionali al diretto percipiente di dividendi, interessi e canoni che ne sia effettivo beneficiario sembra ammissibile soltanto sulla base di specifiche **norme convenzionali antielusive** ovvero sulla base di norme **nazionali antielusive**, ma, in questo secondo caso, solo se possano legittimare il **disconoscimento** della sua **qualità di diretto percipiente** di tali proventi.

nel Commentario, anche a voler prescindere dalla portata della sua valenza interpretativa, per il fatto che la legittimazione di una siffatta prevalenza esorbita dall'interpretazione delle Convenzioni, investendo le norme sulla gerarchia delle fonti (24). I benefici convenzionali potrebbero essere riconosciuti soltanto nel caso in cui le norme nazionali an-

tielusive, rendendo inopponibili all'Agenzia delle entrate le condotte elusive, consentissero di disconoscere la qualità di diretto percipiente dei dividendi, interessi e canoni di colui che ne abbia invocato l'applicazione in quanto per la verifica della sussistenza di tale qualità debba farsi rinvio alla normativa dello Stato che applica la Convenzione. In tal caso, infatti, non sarebbero più integrati i presupposti di applicabilità dell'imposta nei suoi confronti e quindi anche i presupposti applicabilità di tali benefici (25).

In conclusione, la negazione dei benefici convenzionali al diretto percipiente di dividendi, interessi e canoni che ne sia effettivo beneficiario sembra ammissibile soltanto sulla base di specifiche norme convenzionali antielusive ovvero sulla base di norme nazionali antielusive, ma, in questo secondo caso, solo se possano legittimare il disconoscimento della sua qualità di diretto percipiente di tali proventi.

(20) L'OCSE nel rapporto del 27 novembre 1986 sulle "Convenzioni contro le doppie imposizioni e l'utilizzo di società *conduit*" aveva rilevato che, nel caso in cui uno Stato contraente facesse ricorso alle norme nazionali per disconoscere i benefici convenzionali in caso di abuso del diritto "si pone la questione se in tal caso il disconoscimento delle riduzioni d'imposta convenzionali è compatibile con le obbligazioni derivanti dalla Convenzione" in quanto "questo si correla con il tema della priorità accordata al diritto internazionale rispetto al diritto nazionale, tema in relazione a cui le opinioni degli Stati divergono, essendo alcuni dell'opinione che se il beneficiario del reddito soddisfa le condizioni previste dalla Convenzione (effettivo beneficiario, residenza) le disposizioni della Convenzione dovrebbero applicarsi, nonostante le disposizioni nazionali dello Stato della fonte, ed altri di opinione contraria".

(21) Convenzioni con Romania, Hong Kong, San Marino,

Qatar, Arabia Saudita, Azerbaigian, Giordania, Ghana, Mongolia, Islanda, Libano.

(22) Convenzioni con Moldova, Uzbekistan, Georgia, Uganda, Croazia, Oman, Etiopia, Ucraina, Macedonia, Vietnam, Russia, Emirati Arabi Uniti, Bielorussia.

(23) Convenzioni con Kuwait, Estonia, Lettonia, Lituania.

(24) G. Melis, *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003, pag. 628, nega valenza interpretativa alle indicazioni del Commentario sulla rilevanza dell'abuso.

(25) L'OCSE nel par. 9.2. del Commentario all'art. 1 del Modello di Convenzione ha sostenuto che le norme antielusive interne, facendo parte delle regole base previste dalle norme nazionali per individuare i fatti generatori dell'imposta non sono considerate dalle Convenzioni fiscali e perciò non sono da esse influenzate.