

Il Revised discussion draft dell'OCSE

Proposte di modifica alla clausola del beneficiario effettivo

Il 19 ottobre 2012, l'OCSE ha pubblicato un discussion draft avente ad oggetto "Clarification of the meaning of beneficial owner in the OECD Model Tax Convention". Il discussion draft recepisce i commenti forniti dai rappresentanti del settore privato al precedente draft pubblicato dall'OCSE il 29 aprile 2011. L'obiettivo è quello di delineare la nozione di beneficiario effettivo divenuta negli ultimi anni oggetto di diverse controversie fiscali a causa delle differenti interpretazioni da parte delle Amministrazioni finanziarie.

di Piergiorgio Valente - Presidente del Comitato Tecnico Fiscale dell'ANDAF - Valente Associati GEB Partners

Il concetto di beneficial owner

Nel contesto dei meccanismi antiabuso previsti dal Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni assume rilevante importanza la clausola del beneficial owner. L'obiettivo di tale clausola è quello di impedire che i soggetti destinatari di una determinata componente reddituale interpongano, tra sé ed il soggetto erogante il reddito, soggetti terzi al solo fine di godere di un trattamento favorevole concesso da una convenzione contro le doppie imposizioni o, in alcuni casi, di "agevolare" l'applicazione di una data convenzione (cd. fenomeno del treaty shopping). Per approfondimenti in materia di convenzioni contro le doppie imposizioni, cfr. Valente P., "[Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni](#)", Milano, Ipsoa, 2012

La clausola del beneficial owner, di derivazione anglosassone, è stata inizialmente introdotta in alcuni trattati stipulati dal Regno Unito anteriormente al Modello OCSE del 1992, quale misura alternativa all'approccio subject to tax. Successivamente, la clausola del beneficial owner è stata recepita nei paragrafi 2 e 4 degli artt. 10 e 11 e nei paragrafi 1 e 3 dell'art. 12 del Modello OCSE, limitatamente alla disciplina di dividendi, interessi e royalties.

Nel Modello OCSE non si rinviene una definizione compiuta di beneficial owner, così come non consta un adeguato approfondimento del concetto di beneficiario effettivo nel Commentario al Modello OCSE.

Le proposte di modifica al Modello OCSE

Il concetto di beneficiario effettivo ha dato adito, nel corso degli ultimi anni, a diverse interpretazioni da parte delle Amministrazioni finanziarie e della giurisprudenza dei diversi Stati, accrescendo in tal modo il grado di incertezza e il rischio di doppia imposizione (e di doppia non imposizione).

Il paragrafo 2 dell'art. 10 del Modello OCSE stabilisce che i dividendi che, per regola generale, sono soggetti a tassazione nello Stato del percipiente, possono essere assoggettati a ritenuta nello Stato della fonte, con applicazione di un'aliquota ridotta (5% o 15%) se il soggetto che percepisce i dividendi ne è (anche) il beneficiario effettivo.

Secondo il paragrafo 12 del Commentario all'art. 10, il requisito del beneficiario effettivo è stato introdotto nel paragrafo 2 dell'art. 10 per chiarire il significato dell'espressione "pagati (...) a un residente", utilizzata nel paragrafo 1.

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

Il 29 ottobre 2012, a seguito dei commenti dei rappresentanti del settore privato al discussion draft pubblicato il 29 aprile 2011, l'OCSE ha pubblicato un revised discussion draft che recepisce i suddetti commenti.

In particolare, si evidenzia la necessità di attribuire al concetto di beneficial owner un significato autonomo, interpretandolo nel contesto di riferimento, a prescindere dal significato tecnico che esso potrebbe avere secondo la legislazione nazionale. A tal proposito, i commenti pervenuti suggeriscono di eliminare, nel paragrafo 12.1 del Commentario all'art. 10 del Modello OCSE, il riferimento alla rilevanza della nozione di beneficial owner prevista dalla legislazione nazionale, in quanto potenzialmente in grado di generare confusione sul "significato autonomo" del concetto di "beneficiario effettivo".

Secondo i commenti ricevuti, è meritevole di specifici approfondimenti il "full right to use and enjoy the dividends" - previsto al paragrafo 12.4 del Commentario all'art. 10 del Modello OCSE ai fini

dell'identificazione del beneficiario effettivo - ritenuto, nell'attuale versione, "overly broad". Sarebbe opportuno, invece, individuare specifiche situazioni nelle quali il suddetto concetto deve essere ben delineato, tra le quali, ad esempio:

- la distribuzione di dividendi dalla società controllata alla parent company;
- le attività di banche e istituti finanziari (in particolare, tali istituti dovrebbero essere considerati beneficiari effettivi nei casi in cui "no other party has the ability to constrain the rights of that financial institution and where the financial institution is taking risk and is actively hedging/managing/trading that risk as part of its normal business activities");
- l'utilizzo di holding companies (con riferimento a tale tipologia di società, i rappresentanti del settore privato richiedono specifici chiarimenti sottolineando che le stesse dovrebbero essere trattate come beneficiarie effettive del reddito "unless demonstrated that is serving as a conduit company merely for tax motivated reasons as described in 1987 Report and suggested in both the current Commentary and Discussion Draft");
- l'utilizzo di trust.

Con riguardo alla richiesta di alcuni commentatori di fornire una definizione generale di beneficial owner (sia ai fini delle convenzioni contro le doppie imposizioni, sia ai fini di altri "instruments", come ad esempio le cd. FATF Recommendations, "Financial Action Task Force, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation"), è stata sottolineata la difficoltà di definire universalmente la clausola del beneficiario effettivo, prescindendo dal contesto nel quale essa viene utilizzata.

La clausola del beneficial owner: la sentenza "Velcro Canada"

Il 24 febbraio 2012, la "Tax Court of Canada" (di seguito anche "Corte canadese") si è espressa in merito alla controversia Velcro Canada Inc. v. Majesty Queen, fornendo chiarimenti relativamente all'applicazione della withholding tax canadese in caso di pagamento cross-border di royalties nell'ambito di un gruppo multinazionale.

Il Canada Income Tax Act prevede l'applicazione di una ritenuta alla fonte pari al 25% delle royalties pagate ad un soggetto non residente.

Il Canada ha stipulato numerose convenzioni contro le doppie imposizioni che prevedono l'applicazione di una ritenuta alla fonte pari al 10% o la sua completa eliminazione, a condizione che il soggetto destinatario delle royalties (le medesime disposizioni valgono anche per dividendi e interessi) si qualifichi come "beneficial owner".

Velcro Canada Inc. (di seguito, "Velcro Canada") è una società appartenente al gruppo Velcro, operante nella produzione e vendita di prodotti di fissaggio, principalmente per l'industria automobilistica.

La società Velcro Canada paga royalties alla related party olandese Velcro Industries BV per l'utilizzo della tecnologia e dei brands Velcro, in forza di apposito "Licence Agreement", ed applica su tale pagamento, ai sensi della Convenzione contro le doppie imposizioni Canada-Paesi Bassi, una ritenuta alla fonte pari al 10% (diventa, a partire dal dicembre 1998, pari allo 0%).

Il 26 ottobre 1995, la società Velcro Industries BV trasferisce la propria sede legale dai Paesi Bassi alle Antille Olandesi, Stato con il quale il Canada non ha sottoscritto alcun trattato contro le doppie imposizioni. A seguito di tale trasferimento, la società olandese non potrebbe beneficiare della riduzione della ritenuta convenzionale al 10%, ma sarebbe soggetta ad un'imposizione pari al 25% delle royalties pagate dalla società canadese.

Il 27 ottobre 1995, la società Velcro Industries BV cede diritti ed obbligazioni ad una società controllata olandese, Velcro Holdings, mediante un apposito "Assignment Agreement". Pertanto, Velcro Canada paga royalties alla società olandese Velcro Holdings, la quale versa una percentuale dei canoni ricevuti (circa il 90%) a Velcro Industries BV.

L'Amministrazione finanziaria canadese qualifica come effettivo beneficial owner la società Velcro Industries BV (residente nelle Antille Olandesi) e contesta il mancato pagamento della ritenuta alla fonte del 25% prevista dalla legislazione canadese. In particolare, l'Amministrazione finanziaria ritiene che la società Velcro Holdings, non essendo effettivo beneficial owner delle royalties in quanto "did not have the possession, use, risk or control of amounts that it received from Velcro Canada", deve essere qualificata come mero soggetto conduit.

Secondo la società Velcro Canada, l'entità olandese detiene un sufficiente grado di autonomia con riguardo ai canoni ricevuti, così da soddisfare il cd. "beneficial ownership test", delineato nella sentenza cd. "Prevost" e basato sui seguenti quattro criteri: possesso; uso; controllo; rischio.

Per la Corte canadese il contribuente ha efficacemente soddisfatto i quattro requisiti precedentemente elencati dimostrando che l'entità olandese Velcro Holdings:

- ha il diritto di ricevere pagamenti di royalties a seguito di apposito contratto;
- non trasferisce automaticamente i canoni ricevuti alla società Velcro Industries BV;
- riceve i pagamenti dei canoni su un conto corrente bancario a sua esclusiva disposizione, utilizzato dalla stessa anche per scopi differenti dal ricevimento delle suddette royalties;
- sostiene il rischio di cambio, essendo i canoni pagati in valuta canadese;
- trasferisce alla società Velcro Industries BV una determinata percentuale dei canoni ricevuti (circa il 90%).

Pertanto, sulla base di quanto affermato nella precedente giurisprudenza (sentenza "Prevost"), la Corte canadese conclude che "the beneficial ownership of the royalties" è in capo alla società olandese Velcro Holdings (e non alla società residente nelle Antille Olandesi).

Copyright © - Riproduzione riservata