

La persona interessata in qualità di beneficiario effettivo



Sibilla G. Cretti

Dr., avvocato, TEP, LL. M. Tax
SGC Avocat, Neuchâtel
sibilla.cretti@sgc-avocat.com

I “nuovi accordi fiscali” con la Germania e la Gran Bretagna

1.

Introduzione [1]

Nel 2011 la Svizzera ha firmato con la Repubblica federale di Germania[2] e con il Regno Unito della Gran Bretagna e dell'Irlanda del Nord[3] degli accordi di cooperazione in ambito fiscale.

Secondo il preambolo dei due accordi essi rispondono alla preoccupazione degli Stati di:

- rafforzare la loro cooperazione in materia di fiscalità e di prestazioni transfrontaliere di servizi finanziari;
- raggiungere un livello di cooperazione il cui effetto sia dupolvemente equivalente a quello di uno scambio automatico di informazioni in materia di fiscalità dei redditi e degli utili realizzati sugli averi definiti negli accordi sottoscritti.

Tali accordi completano le convenzioni fiscali concluse in passato fra i rispettivi Stati. Gli accordi si pongono l'obiettivo di conciliare una duplice ambizione:

- rispettare la protezione della sfera privata dei clienti delle banche svizzere;
- garantire il soddisfacimento delle pretese della Repubblica federale di Germania, rispettivamente del Regno Unito della Gran Bretagna e dell'Irlanda del Nord in ambito fiscale.

Si noti che, finora, nessuno dei due accordi è stato ratificato dai competenti organi politici e che la loro entrata in vigore, prevista per il 1. gennaio 2013, non è di conseguenza ancora stata confermata.

2.

La persona interessata

Si tratta di una persona fisica fiscalmente residente in Germania o nel Regno Unito. Gli accordi presumono una doppia identità della persona coinvolta, essendo essa:

- sia il *partner* contrattuale di un agente pagatore svizzero e,

a tale riguardo, titolare e beneficiario effettivo degli averi (conto o deposito), identificato per mezzo del formulario A, rispettivamente del Formulario T[4];

- sia il beneficiario effettivo degli averi detenuti da una società di sede (in particolare persone giuridiche, società, stabilimenti, fondazioni, *trusts*, società fiduciarie o formazioni analoghe che non esercitano attività commerciali, di fabbricazione o altre attività gestite secondo criteri commerciali), o una società d'assicurazioni in relazione con un mantello assicurativo, o un'altra persona fisica per mezzo di un conto o di un deposito presso un agente pagatore svizzero.

Gli Stati firmatari riconoscono che una persona residente in Germania o nel Regno Unito non è considerata come persona interessata per gli averi di associazioni di persone, di entità patrimoniali, di *trusts* o di fondazioni se il beneficiario effettivo di questi averi non può essere stabilito in maniera definitiva (testo tedesco), per esempio in ragione del carattere discrezionale dell'arrangiamento considerato (testo inglese).



Quale criterio alternativo e “preliminare”, gli Stati firmatari hanno introdotto nel testo dell'accordo il criterio dell'assoggettamento fiscale dell'entità interposta, come pure il carattere opaco/trasparente della struttura interposta, giudicati sulla base del diritto applicabile nello Stato contraente. Quando l'uno o l'altro di questi criteri (assoggettamento fiscale – opacità della struttura) è realizzato, l'agente pagatore non deve procedere al prelievo “dell'imposta liberatoria”.

Struttura		Persona interessata
liable to tax	Nello Stato d'incorporazione? Sì	Non bisogna definire la persona interessata secondo l'accordo fiscale
	Nello Stato della direzione effettiva? Sì	Non bisogna definire la persona interessata secondo l'accordo fiscale
secondo il diritto fiscale del Regno Unito/ della Germania	Opaca? Sì	Non bisogna definire la persona interessata secondo l'accordo fiscale
	Trasparente? Sì	Bisogna definire la persona interessata secondo l'accordo fiscale
entità discrezionale	Il beneficiario effettivo degli averi non può essere stabilito in maniera definitiva (Germania)? Sì	Non bisogna definire la persona interessata secondo l'accordo fiscale
	Il beneficiario effettivo degli averi non può essere stabilito in maniera definitiva per esempio in ragione del carattere discrezionale dell'entità (Regno Unito)? Sì	Non bisogna definire la persona interessata secondo l'accordo fiscale

Quando nessuno di questi criteri alternativi è realizzato, spetta all'agente pagatore di determinare il beneficiario effettivo degli averi bancari detenuti per il tramite di un'entità terza, fondandosi su tutti gli elementi di fatto portati a sua conoscenza, tra l'altro in adempimento dei suoi obblighi di diligenza ed ispirandosi alla prassi ed alla giurisprudenza sviluppatasi attorno alla nozione di beneficiario effettivo.

3. La nozione di "beneficiario effettivo"

Gli accordi utilizzano il termine di beneficiario effettivo senza definirlo. In assenza di una definizione convenzionale, la nozione dev'essere interpretata in modo autonomo, in funzione delle regole generali contenute agli articoli 31 e seguenti della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969 (di seguito CV).

Secondo i principi contenuti nella Convenzione di Vienna, il testo è il punto di partenza dell'interpretazione. Esso va interpretato in base al senso comune da attribuire ai termini, nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo (articolo 31 capoverso 1 CV). Il contesto comprende il preambolo, gli allegati del trattato nonché tutti gli accordi o strumenti accettati dalle parti in occasione della conclusione del trattato (articolo 31 capoverso 2 CV). L'oggetto e lo scopo si riferiscono al suo obiettivo^[5].

Secondo quanto rilevato dal Tribunale amministrativo federale nella sua sentenza del 23 marzo 2011 (A-6903/2010), gli accordi sulla fiscalità non hanno lo scopo primario di evitare le doppie imposizioni ma di "rafforzare la cooperazione in materia di fiscalità" e, secondo il preambolo dei due accordi, di "rafforzare la cooperazione in materia di prestazioni transfrontaliere di servizi finanziari e di raggiungere un livello di cooperazione il cui effetto sia

durevolmente equivalente a quello di uno scambio automatico di informazioni in materia di fiscalità dei redditi e degli utili realizzati sugli averi definiti negli accordi sottoscritti".

Lo scopo dello scambio automatico di informazioni in materia di fiscalità è la lotta contro la frode e l'evasione fiscale, per inciso uno degli scopi del diritto fiscale internazionale e, in particolare, delle convenzioni fiscali.

Nella citata sentenza del 23 marzo 2011 il Tribunale amministrativo federale, citando una giurisprudenza anteriore, annotava che la nozione di beneficiario effettivo utilizzata nel quadro di un accordo avente per scopo lo scambio di informazioni in materia di fiscalità doveva assumere un'accezione autonoma ma che, indipendentemente da tale definizione autonoma, la nozione copre primariamente una realtà economica e serve ad illustrare l'intensità delle relazioni fra un soggetto fiscale ed un oggetto fiscale da un punto di vista economico, in particolare per rapporto all'estensione del potere di disporre dell'oggetto in discussione da parte del soggetto fiscale interessato, ignorando ogni costruzione fiduciaria.

Così definito, il concetto di beneficiario effettivo si allinea con la nozione contenuta nelle regole distributive del Modello OCSE di convenzione fiscale e delle convenzioni fiscali concluse dalla Svizzera con il Regno Unito e con la Germania in materia di imposte sul reddito e sulla sostanza.

Nella pratica sarà quindi utile far riferimento ai recenti lavori del Comitato degli affari fiscali dell'OCSE in vista di un chiarimento della nozione di beneficiario effettivo^[6].

Il Commentario OCSE è uno strumento d'interpretazione delle convenzioni fiscali^[7].

In accordo con il Tribunale federale^[8], bisogna ammettere che quando una nozione convenzionale è oggetto di uno sviluppo nel tempo, i relativi commenti, in particolare le modifiche del Commentario OCSE, anche se successivi alle convenzioni fiscali concluse o soggette ad interpretazione, possono e devono servire quali strumenti d'interpretazione nella misura in cui non si tratti di modificare volontariamente il contenuto delle disposizioni che esistevano già precedentemente.



Nel suo contributo, Robert Danon ricorda i termini e la definizione di beneficiario effettivo così come contenuti nel progetto di modifica del Commentario del Modello OCSE di convenzione fiscale:

“il beneficiario di un reddito convenzionale ne è pure beneficiario effettivo a condizione di poterlo utilizzare e di goderne pienamente senza essere tenuto, per obbligo contrattuale o legale, a trasferire il pagamento ricevuto ad una terza persona. Un tale obbligo può ugualmente risultare da documenti giuridici pertinenti, ma può anche scaturire da fatti e da circostanze che attestano come, in sostanza, il beneficiario non disponga, in tutta evidenza, del pieno diritto di utilizzare il dividendo e di goderne; conviene inoltre distinguere l'utilizzazione ed il godimento di un dividendo dalla proprietà legale come pure dall'utilizzazione e dal godimento delle azioni dalle quali deriva il dividendo pagato”^[9].

Come notato da Robert Danon, la definizione dell'OCSE si concentra attorno agli “attributi” di proprietà del beneficiario senza riguardo al fatto di sapere se quest'ultimo sia assoggettato o meno alle imposte.

Ciò che è, e deve essere, determinante è il “*potere reale di controllare l'attribuzione ulteriore del reddito*” al di là del godimento economico che non deve essere una finalità in sé^[10].

La nozione di beneficiario effettivo si distingue pure dalla nozione di avente diritto economico^[11].

Riguardo al settore specifico dei trusts, le proposte di modifica del Commentario OCSE si basano su di una definizione convenzionale, autonoma, indipendente dalla nozione di “*beneficial ownership*”, fondata sul criterio “*dell'autonomia decisionale*”, con la conseguenza che il trustee di un trust discrezionale può esserne riconosciuto quale beneficiario effettivo ogni qualvolta egli, invece di procedere alla distribuzione ai beneficiari del trust, ad esempio dei dividendi ricevuti durante un periodo, decide di trattenerli.

È pure interessante leggere che, malgrado ciò che è già stato stipulato negli accordi sulla fiscalità con la Germania ed il Regno Unito, il “*nuovo Commentario OCSE*” attribuisce la qualità di beneficiario effettivo al trust ogni qualvolta esso è un soggetto fiscale distinto.

Infine, come ricordato da Robert Danon^[12], le proposte di modifica del Commentario OCSE precisano che la nozione di beneficiario effettivo dev'essere distinta dalla nozione di beneficiario ultimo “*ultimate beneficial owner*” che si riferisce alla persona che esercita il controllo ultimo sulle entità o attivi; in altri termini “*l'apprezzamento della qualità di beneficiario economico non permette comunque di ragionare per trasparenza e di ignorare qualsiasi proprietario intermedio*”^[13]. Ciò detto, il contrario può essere vero quando il beneficiario ultimo si rivela essere il beneficiario effettivo poiché decide sull'attribuzione ultima dei redditi convenzionali (questo termine viene qui inteso in senso ampio come riferito ai redditi di cui parla la relativa convenzione fiscale).

4. Conclusioni

Spetterà all'agente pagatore, una volta individuati ed analizzati i criteri alternativi legati alla tipicità della struttura utilizzata, di esaminare tutte le circostanze di fatto per determinare l'estensione dei poteri di disporre e di controllo degli averi bancari attribuiti alla persona interessata, che potenzialmente ne è il beneficiario effettivo.

Elenco delle fonti fotografiche:

<http://postedeveille.typepad.com/a/6a01156fb0b420970c014e8bdc265f970d-800wi> [27.02.2012]

<http://www.kcs.com/newsletter/Dec09/Images/ForExL.jpg> [27.02.2012]

[1] Si ringrazia il signor Fernando Ghiringhelli, lic. oec. HSG, per la traduzione dal francese all'italiano.

[2] Accordo fra la Confederazione svizzera e la Repubblica federale di Germania concernente la cooperazione in materia di fiscalità e di mercati finanziari, firmato il 21 settembre 2011.

[3] Accordo fra la Confederazione svizzera e il Regno Unito della Gran Bretagna e dell'Irlanda del Nord concernente la cooperazione in materia di fiscalità e di mercati finanziari, firmato il 6 ottobre 2011.

[4] Secondo l'articolo 3 CDB 08 *"la banca è legittimata a presumere che il contraente sia identico all'avente diritto economico. Qualora il contraente non coincida con l'avente diritto economico o sussistano dubbi a riguardo, le banche devono esigere dal contraente una dichiarazione scritta, usando il formulario A, con la quale egli attesti chi sia l'avente diritto economico"*. Secondo l'articolo 4 CDB 08 *"le banche devono esigere dalle società di sede sia svizzere che straniere (il trust è reputato società di sede) un estratto del registro di commercio oppure un documento equivalente ai fini dell'identificazione e una dichiarazione del contraente mediante il formulario A o il formulario T, oppure un documento equipollente conforme alle cifre 31 o 43, da cui si evinca chi è l'avente diritto economico sui valori patrimoniali"*. Secondo la cifra 43 CDB 08 *"nel caso delle associazioni di persone o delle entità patrimoniali e delle fondazioni per cui non esiste un avente diritto economico determinato (ad esempio i discretionary trust), in luogo della determinazione dell'avente diritto economico da parte del contraente è necessario esigere una dichiarazione scritta che attesti questo stato di cose. La dichiarazione deve inoltre contenere indicazioni sui fondatori effettivi (e non quelli a titolo fiduciario) e, qualora fossero determinate, sulle persone abilitate a dare istruzioni al contraente o ai suoi organi, come pure sulla cerchia di persone che possono entrare in linea di conto quali beneficiarie (per categoria, ad esempio "membri della famiglia del fondatore")". Se esistono dei curatori, protettori eccetera, essi devono ugualmente figurare nella dichiarazione. Per questa dichiarazione è possibile utilizzare il formulario T, allegato alla convenzione di diligenza. Le banche hanno la facoltà di redigere propri formulari che soddisfino i loro particolari bisogni. Tali formulari devono presentare un contenuto equivalente al modello"*.

[5] Oberson Xavier, Précis de droit fiscal international, 3^e edizione, Berna 2009, nota 93.

[6] OCSE, Clarification of the meaning of "beneficial owner" in the OECD Model Tax Convention – discussion draft – 29 April 2011 to 15 July 2011, in: http://www.oecd.org/newsLetter/0,3535,en_2649_34897_47729013_1_1_1_1,00.html [27.02.2012].

Si veda anche: Danon Robert, Clarification de la notion de bénéficiaire effectif – Remarques sur le projet de modification du Commentaire OCDE d'avril 2011, in: Revue fiscale, 7-8, 2011, pagine 581-587.

[7] Oberson Xavier, op. cit., note 96-100.

[8] Sentenza n. 2A.416/2005; *contra*: Oberson Xavier, op. cit., nota 100.

[9] Citazione tradotta dal francese.

[10] Danon Robert, op. cit., pagina 585.

[11] Cretti Sibilla G., L'assistenza fiscale tra la Svizzera e gli Stati Uniti d'America, la nozione di avente diritto economico e la struttura del trust, in: RtiD II–2011, pagine 655-669.

[12] Danon Robert, op. cit., pagina 586.

[13] Ibi, pagina 587 (citazione tradotta dal francese).