

Focus Team Contenzioso tributario



Focus Team Leader

Andrea Silvestri, *partner*Andrea.Manzitti@belex.com

Tel.: 02-771131

Autore

Andrea Manzitti

Andrea.Manzitti@belex.com

Tel: 02-771131

Beneficiario Effettivo e Abuso del diritto

La Grande Sezione della Corte di Giustizia ha emesso due importanti ed attesissime sentenze in tema di “**beneficiario effettivo**” e **abuso del diritto comunitario**.

La prima riguarda l’applicazione della **direttiva interessi e royalty** (la “direttiva IRD”) agli interessi pagati da una società danese ad altra società comunitaria che, a sua volta, trasferiva a vario titolo i flussi ad altre entità collegate che non avrebbero potuto beneficiare della direttiva IRD.

La seconda riguarda l’applicazione della **direttiva madri-figlie** (la “direttiva PSD”) ai dividendi distribuiti da una società danese ad altra società comunitaria posseduta da società che non avrebbe potuto beneficiare della direttiva PSD.

Nei casi esaminati dalla prima sentenza, l’amministrazione finanziaria danese aveva negato l’applicazione della direttiva in base al rilievo che la società destinataria degli interessi era interposta e non era il beneficiario effettivo degli interessi stessi.

Nei casi esaminati dalla seconda sentenza, la non applicabilità della direttiva PSD era stata affermata anche sulla base dell’esistenza di una costruzione abusiva.

Le Corti danesi hanno rivolto alla Corte di Giustizia numerosi quesiti volti a chiarire le fondamentali nozioni di “beneficiario effettivo” e di “abuso del diritto comunitario”.

Le Sentenze offrono molteplici spunti di riflessione e sono destinate ad avere **significative ripercussioni sulle strutture societarie dei gruppi multinazionali**.

I. Nozione di “beneficiario effettivo” degli interessi

Per la Corte di Giustizia il beneficiario effettivo è colui che beneficia effettivamente, sotto il profilo economico e non soltanto in senso formale, degli interessi percepiti e può deciderne liberamente la destinazione. La nozione impiegata nelle convenzioni contro le doppie imposizioni, definita nel Commentario, è rilevante anche nell’interpretare il diritto unionale, poiché la direttiva IRD persegue lo stesso obiettivo delle convenzioni. Sono rilevanti o a fini interpretativi anche le modifiche alla Convenzione ed al Commentario successive alla approvazione della norma unionale.

La Corte ha anche stabilito che un'autorità nazionale può negare ad una società il riconoscimento dello status di beneficiario effettivo degli interessi, oppure accertare la sussistenza di un abuso, **senza essere parallelamente tenuta** ad individuare l'entità che consideri beneficiaria effettiva degli interessi medesimi.

L'avvocato generale Kokott aveva in realtà espresso una posizione diversa in relazione all'identificazione del beneficiario effettivo, affermando in particolare che:

- (a) il “beneficiario effettivo” è il soggetto che, sulla base del diritto civile, ha il diritto di **reclamare gli interessi, a proprio nome e per proprio conto**. Le società che nei casi esaminati avevano percepito gli interessi erano, almeno in via di principio, le beneficiarie effettive degli stessi, a meno che il giudice nazionale non avesse accertato l'esistenza di un rapporto di agenzia (*hidden trust relationship*) con un terzo. In questo caso, il beneficiario effettivo sarebbe stato il terzo.
- (b) il Modello OCSE ed il suo Commentario non hanno rilevanza per interpretare il diritto unionale; e
- (c) lo Stato della fonte deve identificare chi è il “beneficiario effettivo” ed il contribuente ha l'onere di collaborare.

II. **Nozione di abuso e sua rilevanza nella direttiva IRD**

Per la Corte, il principio generale secondo cui nessuno può avvalersi fraudolentemente o abusivamente del diritto unionale fa sì che, in caso di frode o abuso, i benefici della IRD **devono essere negati senza necessità di una norma interna espressa**.

Per accertare l'esistenza dell'abuso è però necessario che sia stata data prova, sulla base di un insieme di circostanze oggettive (a) di un **elemento oggettivo**, ossia che l'obiettivo perseguito dalle norme unionali (che gli interessi e le royalties siano assoggettate **una sola volta** ad imposizione in un unico Stato Membro) non sia stato conseguito, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalle medesime norme e (b) di un **elemento soggettivo**, ossia della volontà di ottenere un vantaggio previsto dalle norme stesse mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento.

La Corte ha anche fornito una serie di **indizi** della presenza di un abuso, tra cui:

- (a) il rtrasferimento degli interessi, integralmente o quasi ed entro

un lasso di tempo molto breve, ad un soggetto che non avrebbe potuto beneficiare della IRD;

- (b) il pagamento degli interessi a società interposte prive di un'effettiva attività economica, situazione verificata avendo riguardo al suo bilancio d'esercizio, alla struttura dei suoi costi ed ai costi realmente sostenuti, al personale impiegato nonché ai locali ed alle attrezzature di cui dispone;
- (c) che la società che percepisce gli interessi, pur in assenza di un obbligo contrattuale o legale, «fondamentalmente» non disponga del diritto di utilizzare dette somme e di goderne.

Anche su questo punto l'AG Kokott aveva espresso una opinione alquanto diversa, affermando in particolare che:

- (a) l'abuso esiste sempre nel caso di costruzioni di puro artificio che non riflettono la realtà economica;
- (b) al di fuori dei casi di cui sopra, non esiste abuso se la società che percepisce gli interessi a sua volta paga interessi a terzi in misura tale che il suo margine è ridottissimo, poiché la direttiva IRD non prescrive una tassazione effettiva minima nello Stato di residenza;
- (c) l'abuso potrebbe invece esistere se la struttura prescelta è strumentale a beneficiare della inesistenza di norme sullo scambio di informazioni al fine di prevenire la tassazione degli interessi in capo ai percettori finali.

III. Abuso della direttiva PSD

A differenza della direttiva IRD, **la direttiva PSD non subordina l'esenzione di ritenute alla fonte, nello Stato della fonte, alla circostanza che la società "madre" sia la beneficiaria effettiva dei dividendi.**

Nella sentenza della Corte di Giustizia relativa alla Direttiva PSD, la Corte non si è soffermata a valutare la rilevanza di questa scelta legislativa.

L'AG Kokott, invece, ha rilevato la differenza tra le due direttive e l'ha definita "senz'altro sensata" poiché i dividendi, diversamente dagli interessi e dalle royalties, non sono deducibili per la società che li eroga ed è "difficilmente ipotizzabile" che la società madre agisca non per conto proprio, ma per conto altrui. È per questo che, secondo la Kokott, **l'esenzione da ritenuta per i dividendi può essere negata solo in caso di abuso.**

Come detto nella sentenza relativa alla direttiva IRD, secondo la Corte la prova di una pratica abusiva richiede (a) **un insieme di circostanze oggettive** dalle quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa dell'Unione, l'obiettivo perseguito dalla normativa medesima non sia stato conseguito e (b) un **elemento soggettivo**, consistente nella volontà di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa dell'Unione mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento.

L'AG e la Corte concordano che **una costruzione artificiosa volta a beneficiare indebitamente dell'esenzione da ritenuta alla fonte sui dividendi può costituire abuso** e legittima lo Stato Membro a negare l'esenzione.

Le posizioni però divergono leggermente sui criteri da utilizzare per identificare la costruzione artificiosa e, soprattutto sullo scopo della PSD, che deve risultare frustrato perché esista abuso.

Pe l'AG Kokott può essere considerata costruzione **artificiosa** una società talmente "passiva" che qualsiasi ipotizzabile partecipazione ai propri rapporti giuridici avviene al massimo tramite terzi. Per la Corte, invece, gli indizi di una costruzione artificiosa sono sostanzialmente gli stessi da essa identificati nella prima sentenza, relativa alla direttiva IRD: una società holding "pura", senza dipendenti e senza locali, amministrata da fiduciari rappresenta per entrambi una costruzione di puro artificio.

La divergenza è assai marcata sull'identificazione dello scopo della direttiva PSD.

Per l'AG Kokott la direttiva PSD è volta ad eliminare la doppia imposizione economica e giuridica sugli utili societari all'interno dell'UE e l'esenzione da ritenuta dalla stessa prevista non dipende dalla residenza degli azionisti posti al vertice della catena societaria. Pertanto, l'abuso può sussistere non tanto nel caso di un controllo ultimo esercitato da parte di una società extra-UE, bensì nel caso di una struttura societaria che prevede l'utilizzo di enti localizzati in Paesi terzi che, non scambiando informazioni con lo Stato di residenza degli investitori finali, consentono a questi ultimi di sfuggire all'imposizione.

Pur concordando che l'obiettivo della direttiva PSD è l'eliminazione della doppia imposizione in senso generale, la Corte ritiene invece che il suo scopo non sia raggiunto nel caso in cui il "beneficiario effettivo" dei dividendi sia una società avente residenza fiscale al di fuori dell'Unione. Questo perché in tal caso l'esenzione dalla ritenuta alla fonte dei dividendi medesimi nello Stato membro dal quale sono stati versati rischia-

rebbe di sottrarre detti dividendi a qualsiasi effettiva tassazione nell'Unione. In realtà non è chiaro se, per la Corte, il termine “beneficiario effettivo” dei dividendi sia lo stesso valido per la direttiva IRD nonostante, come richiamato, la direttiva PSD non lo utilizzi. Soprattutto, la finalità di garantire una effettiva tassazione dei dividendi all'interno dell'Unione non sembra affatto rientrare tra gli obiettivi della medesima direttiva.

IV. Ritenute alla fonte e libertà fondamentali

La Corte ha poi ribadito il principio secondo cui in caso di abuso il contribuente non ha alcun diritto di invocare l'applicazione delle norme unionali facendo valere una violazione a suo danno di una delle libertà fondamentali.

Al di fuori dei casi di abuso, le norme interne con cui è data attuazione alle direttive devono rispettare le libertà fondamentali, salvo deroghe giustificate.

Vale la pena notare che nella prima sentenza la Corte ha ribadito che, eccezion fatta per i casi di abuso, qualora uno Stato membro pretenda l'applicazione di ritenute alla fonte su interessi pagati ad una società non residente, deve consentire la deducibilità degli oneri finanziari sostenuti dalla società che li ha percepiti se questi sono direttamente connessi all'operazione di finanziamento. Ciò a condizione che la normativa interna dello Stato della fonte preveda tale deducibilità per le società ivi residenti.

V. Commento

Le sentenze della Corte si inseriscono nella posizione di contrasto all'utilizzo di società “intermedie” attraverso le quali transitano flussi di “*passive income*” allo scopo di minimizzare il carico fiscale complessivamente gravante sui flussi medesimi. **Il fenomeno è assai frequente nei gruppi d'impresa e nelle strutture di investimento.**

L'enorme cantiere di proposte normative denominato **BEPS** (*Base Erosion and Profit Shifting*), cui hanno fatto seguito – tra l'altro - rilevanti modifiche alle convenzioni bilaterali e le direttive cd. “ATAD”, ha posto in risalto la frequenza con cui norme destinate ad eliminare la doppia imposizione internazionale consentono di ottenere effetti di “non-tassazione”, totale o parziale, se opportunamente combinate con norme interne o prassi amministrative di singoli ordinamenti.

L'applicazione congiunta di norme interne e direttive europee sui flussi intracomunitari di “*passive income*” non erano state sino ad ora oggetto di attenzione specifica, se non da parte dei tribunali di singoli ordinamenti. Trattandosi di norme dell'Unione, si avvertiva una forte esigenza di una interpretazione comune.

Nel fornirla, la Corte di Giustizia è stata probabilmente influenzata dalla grande attenzione al fenomeno della doppia “non tassazione”. La sua interpretazione è anche figlia dell'attuale contesto. Ma, se da un lato le nuove regole nate dal cantiere BEPS sono (a) frutto di approfondimenti, dibattito e compromessi tipici di ogni processo legislativo e (b) destinate a valere solo per il futuro, dall'altro lato l'altrettanto importante “soft law” costituita dalle sentenze della Corte di giustizia che detta regole attuative di norme del 1990 (PSD) o del 2003 (IRD) non costituisce l'esito di un vero e proprio processo normativo.

Nulla di nuovo: gli interventi nomofilattici delle Alte Corti sono eventi comuni e del tutto legittimi.

Il diritto tributario, si sa, è materia delicata, specialmente nei rapporti internazionali ove la corsa ad accaparrarsi le basi imponibili spesso confligge con l'obiettivo della neutralità. La rapidità imposta al processo di revisione delle regole potrebbe aver penalizzato *a priori* e pregiudizialmente l'utilizzo di società intermedie, trascurando una visione olistica. Nelle sentenze in commento si avverte una sorta di pregiudizio secondo cui le società intermedie nascondano sempre un abuso.

La Corte ha infatti bollato come “costruzioni artificiose” (dunque automaticamente abusive e non idonee a consentire l'applicabilità delle citate direttive) tutte le società senza “struttura”, senza domandarsi se l'articolazione societaria, contrattuale o finanziaria in cui è stata inserita la società intermedia abbia effettivamente fatto sì che la *ratio* sottesa alla specifica direttiva sia stata frustrata. Esiste finalmente accordo sulla circostanza che l'essenza dell'abuso sta nella contrarietà dell'effetto della condotta complessiva del contribuente con la *ratio* delle norme o i principi generali.

L'analisi di questo fondamentale elemento non può pertanto essere obliterata.

La ricerca della *ratio legis* è però tutt'altro che agevole. Che l'obiettivo della direttiva PSD sia stato quello di eliminare la doppia imposizione sugli utili societari nei loro trasferimenti tra società comunitarie è piuttosto scontato. Così si faceva nel 1990 nei rapporti puramente domestici e così si doveva fare anche nei rapporti intracomunitari. Tuttavia,

da quando le aliquote sui redditi societari sono scesi parecchio al di sotto delle aliquote marginali massime dell'imposta personale sui redditi, l'eliminazione totale della doppia imposizione mediante la *participation exemption* si è dovuta fermare ai rapporti tra società di capitali. Quando l'utile finiva nelle tasche del socio ultimo (persona fisica o investitore istituzionale) quasi ovunque si applicava un supplemento di imposta. Nel 1990 il legislatore europeo si era fermato a considerare la tassazione sui dividendi pagati da una società di capitali ad altra società di capitali, stabilendo che l'imposta era dovuta una volta sola sull'utile imponibile realizzato dalla società-figlia. Da questo punto di vista, era del tutto irrilevante che la società madre fosse o meno una società dotata di una propria struttura organizzativa. Il punto è che su quei dividendi la società madre non doveva più pagare imposte, perché lo aveva già fatto la società figlia. Quale dovesse essere il regime fiscale degli azionisti posti all'apice della catena societaria non era materia della direttiva PSD. Se questo è vero, l'affermazione della Corte di giustizia nella seconda sentenza secondo cui la concessione dell'esenzione agli azionisti extra-UE rischierebbe di sottrarre i dividendi a qualsiasi effettiva tassazione nell'Unione appare assai poco giustificata.

Neppure le conclusioni della Corte nella prima sentenza (quella avente ad oggetto la direttiva IRD) sono del tutto appaganti. La Corte identifica l'obiettivo nella esigenza della direttiva di eliminare le doppie imposizioni mediante la soppressione di ogni imposizione nello Stato membro della fonte e riservando la tassazione allo Stato membro di residenza del percettore. In questo modo – dice la Corte - si assicura la parità di trattamento tra operazioni nazionali e operazioni transfrontaliere. Il punto è che il capitale di debito di una impresa non arriva mai direttamente all'impresa da chi alimenta, in ultima analisi, il mercato del credito, cioè dai risparmiatori. A maggior ragione questo non avviene nei rapporti tra società dello stesso gruppo in cui una società finanzia una consociata utilizzando fondi che, a sua volta, raccoglie sul mercato dei capitali (facendosi prestare dalle banche, emettendo obbligazioni, ecc.). In tutti questi casi, l'interesse attivo lordo ha un suo "costo" specifico, pari al costo medio sopportato dalla società creditrice per finanziare e tenere in piedi la propria raccolta di capitale di debito. Salvo il caso (alquanto raro) di società che finanzia i crediti concessi alle consociate esclusivamente con capitale proprio, la tassazione nello Stato membro della società che percepisce gli interessi è dunque limitata al margine di intermediazione, che è una grandezza assai minore dell'interesse lordo. Se la direttiva IRD avesse voluto subordinare la propria applicazione al fatto che l'interesse lordo dedotto dalla società che lo sostiene fosse uguale all'interesse netto

**Contatti del Focus Team
Contenzioso tributario**

Andrea Silvestri
Andrea.Silvestri@belex.com

Stefano Brunello
Stefano.Brunello@belex.com

Andrea Manzitti
Andrea.Manzitti@belex.com

Laura Salvaneschi
Laura.Salvaneschi@belex.com

Francesco Sbisà
Francesco.Sbisà@belex.com

Matteo Fanni
Matteo.Fanni@belex.com

Giulio Mazzotti
Giulio.Mazzotti@belex.com

Gianmarco Tortora
Gianmarco.Tortora@belex.com

sul quale la società che lo percepisce paga le tasse, avrebbe potuto dirlo. Ma così facendo avrebbe inserito un meccanismo discriminatorio rispetto ai finanziamenti puramente domestici, ove questa simmetria impositiva da “farmacista” non è richiesta.

Il punto era stato ben colto dall’AG Kokott, ma la Corte non lo ha ripreso. In mancanza di una idea forte sulla ratio della direttiva, l’identificazione dei confini del suo abuso diventa assai difficile. La criminalizzazione *tout court* delle società intermedie non è un esito appagante.