

L'abuso del diritto dopo le "cause danesi": il riconoscimento di un principio generale del diritto UE

Quali conseguenze dopo la storica sentenza del 26 febbraio 2019 della CGUE?



Carmine Marrazzo
Dottore di ricerca in Diritto tributario europeo presso l'Università di Bologna

La CGUE, con le sentenze del 26 febbraio 2019 sulle cd. "cause danesi", si è pronunciata sulla nozione di "beneficiario effettivo" contenuta nella Direttiva interessi e canoni, sulla sua applicabilità alla Direttiva madre-figlia e sulla possibilità di invocare il principio dell'abuso del diritto di matrice comunitaria anche in assenza di una disposizione interna che lo preveda. Il presente contributo affronta in particolare la decisione riguardante la tassazione degli interessi e le relative conseguenze. Tale pronuncia, dai ricchi e variegati spunti, infatti, rischia di impattare in modo significativo non solo da un punto di vista teorico, ma anche da un punto di vista pratico, come nelle pianificazioni dei gruppi multinazionali, i quali, talvolta, hanno utilizzato il diritto europeo per le loro strategie di ottimizzazione fiscale. Questa sentenza rappresenta, forse, un tentativo di reazione dell'ordinamento europeo, ma basterà?

I. Introduzione.....481
II. Il beneficiario effettivo ai fini della Direttiva interessi e canoni482
III. Il principio generale di abuso del diritto: profili sostanziali e procedurali482
IV. Il coinvolgimento del sostituto d'imposta nell'applicazione di una ritenuta per redditi transfrontalieri484
V. Conclusioni.....484

I. Introduzione

Esiste un principio generale di abuso del diritto nell'ordinamento europeo valevole anche per le imposte dirette? In assenza di una normativa nazionale specifica, può l'Amministrazione finanziaria contestare una pratica abusiva? E, soprattutto, qual è il rapporto tra l'abuso del diritto e le libertà fondamentali previste dai trattati dell'Unione europea (UE)?

Sono questi, in estrema sintesi, i principali quesiti che emergono dalla lettura delle tanto attese sentenze, emesse dalla

Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'UE (CGUE) che, riunendo le "cause danesi"^[1], una sugli interessi e l'altra sui dividendi, ha pubblicato le proprie decisioni relative alla tassazione delle ritenute in uscita.

Tali sentenze, sconfessando apertamente le conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott, rappresentano una significativa svolta nella declinazione dell'abuso del diritto, elevato ormai a principio generale dell'ordinamento europeo, da parte del massimo organo giurisdizionale dell'UE.

Una pronuncia che rischia di ripercuotersi in modo significativo sull'attività delle multinazionali che, in passato, hanno utilizzato largamente il diritto europeo per attuare strategie di ottimizzazione fiscale^[2], ma che, oggi, alla luce di questa decisione, rischiano di dover rivedere le strutture societarie già costruite.

Da segnalare, però, sono anche le indicazioni fornite dalla Corte in merito alla concreta individuazione delle situazioni di pratica abusiva e, soprattutto, alla collocazione dell'abuso del diritto nel diritto euro-unitario, oltre che, anche se solo parzialmente e sempre in ottica antielusiva, nella identificazione in concreto dell'istituto del beneficiario effettivo.

Proprio quest'ultima tematica è stata la causa prossima da cui sono iniziate le controversie in oggetto. Infatti, malgrado la complessità e le peculiarità dei singoli casi, le fattispecie riguardavano essenzialmente la posizione fiscale di alcune *sub-holding*, partecipate da fondi di investimento e da società situate in Stati *extra-europei*, che detenevano partecipazioni in società operative danesi.

[1] I temi affrontati nelle due sentenze sono praticamente identici, riguardando l'una il pagamento di dividendi (quella relativa alle cause riunite C-116/16 e C-117/16) e l'altra quello di interessi (quella relativa alle cause riunite C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16).

[2] Si pensi alle imprese digitali cfr. ΝΟΑΗ ΓΑΟΥΑ, Taxation of the digital economy: French reflections, in: European Taxation, 2014, n. 1, p. 10.

Tali entità richiedevano di poter fruire dei benefici previsti dalla Direttiva interessi e canoni[3] e dalla Direttiva madrefiglia[4], ossia l'esenzione da ritenuta per i redditi percepiti da controllate residenti.

In tale contesto, dopo il procedimento amministrativo e giurisdizionale, in cui i contribuenti chiedevano vanamente l'applicazione del beneficio, il giudice del rinvio, investito della controversia, s'interrogava sulla definizione e sull'applicabilità indiretta del divieto di abuso sancito dal diritto dell'UE, nonché sulle modalità di determinazione del beneficiario effettivo dei dividendi.

Cercando di ricostruire la risoluzione della controversia, metteremo in rilievo tre tematiche: (i) la nozione di beneficiario effettivo; (ii) le caratteristiche costitutive dell'abuso e, ancora, (iii) il ruolo della sostituzione d'imposta nella tassazione dei redditi transfrontalieri.

II. Il beneficiario effettivo ai fini della Direttiva interessi e canoni

Sebbene le controversie abbiano avuto principalmente origine riguardo all'interpretazione della definizione di beneficiario effettivo, in realtà, tale questione è rimasta, sostanzialmente, ai margini della discussione orale[5] e, forse, la risoluzione delle altre questioni ne ha parzialmente offuscato la rilevanza. Tuttavia, almeno nelle cause riguardanti la tassazione degli interessi, il relatore ha dedicato ampio spazio alla ricostruzione giuridica dell'istituto. Preliminarmente, sembra opportuno premettere che, diversamente dalla Direttiva sulle società madri e figlie, la Direttiva interessi e canoni fa esplicito riferimento alla nozione di "beneficiario effettivo". Proprio per tale motivo, la CGUE, *in limine*, rileva che la nozione di beneficiario effettivo degli interessi è da considerarsi autonoma del diritto unionale, poiché contenuta nella Direttiva interessi e canoni e, pertanto, non può essere interpretata con i parametri nazionali. D'altra parte, considerando che lo scopo di questa Direttiva è quello di eliminare le doppie imposizioni *intra*-UE in occasione del pagamento di interessi e canoni e, che, la normativa europea prevede la tassazione nello Stato in cui sia situato il beneficiario effettivo, bisogna domandarsi quali siano le caratteristiche fondamentali affinché un soggetto sia definibile come tale.

Ricostruendo lo scopo della normativa, il giudice rileva che il legislatore europeo si sia concretamente ispirato al Modello OCSE di Convenzione fiscale (M-OCSE) e, pertanto, l'interpretazione della norma del diritto unionale possa e debba tener conto anche dei lavori convenzionali.

Anche alla luce del Commentario del M-OCSE, secondo il relatore, il beneficiario degli interessi può essere definito come l'entità che beneficia realmente degli interessi corrisposti, ossia li percepisce per conto proprio e non quale

rappresentante (si pensi al caso del *trust* o dell'utilizzo di una società fiduciaria).

Per tale ragione, dopo un'esegesi anche linguistica delle diverse versioni della Direttiva[6], la CGUE conclude, stabilendo che il termine "beneficiario" riguarda non un beneficiario individuato formalmente, in ipotesi il soggetto che riscuote il reddito, bensì l'entità che beneficia economicamente degli interessi percepiti e disponga, pertanto, della facoltà di disporre liberamente la destinazione. In altre parole, il beneficiario è il soggetto, stabilito nell'UE, che ha il diritto di godere e disporre dei redditi erogati in modo pieno ed esclusivo, in quanto pieno proprietario del reddito, potendone deciderne la destinazione economica, senza cioè essere costretto, per vincoli contrattuali, a retrocedere questa somma ad altri.

Tale interpretazione pretoria sarebbe confermata anche dal fatto che la nozione di beneficiario effettivo non sarebbe unicamente destinata allo scopo di permettere ai soggetti percipienti un reddito derivante da interesse transfrontaliero di non subire la doppia imposizione, ma anche di prevenire e lottare l'evasione fiscale[7].

Insomma, ne risulta un'interpretazione economicistica di beneficiario effettivo, la quale dovrebbe essere idonea a squarciare il velo giuridico al fine di imputare i redditi prodotti al soggetto realmente beneficiario, garantendo la neutralità impositiva ai soli soggetti titolati ai sensi del diritto derivato, in un'ottica, implicitamente, antielusiva, tesa a impedire a taluni soggetti, meramente interposti, di poter beneficiare del regime agevolato, in assenza dei presupposti previsti dalla Direttiva.

In siffatto contesto, dunque, al fine di contestare una mera interposizione non sarebbe neanche necessario scomodare l'abuso del diritto, considerando che si potrebbe *sic et simpliciter* negare l'esenzione al soggetto, ritenendolo non "beneficiario effettivo" del reddito.

III. Il principio generale di abuso del diritto: profili sostanziali e procedurali

Come già detto, il vero cuore della sentenza è però rappresentato dal tema dell'abuso del diritto. Tale istituto, nato nell'ambito del diritto doganale[8], si è progressivamente

[6] CGUE, sentenza del 27 ottobre 1977, causa C-30/77, *Regina*.

[7] Questo risultato pare riecheggiare o, quantomeno, ricordare quanto stabilito dal legislatore italiano nell'art. 37 del Decreto del Presidente della Repubblica (D.P.R.) n. 600/1973 in cui si sancisce l'imputabilità al contribuente dei redditi di cui appaiono titolari altri soggetti quando sia dimostrato, anche sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti, che egli ne sia l'effettivo possessore per interposta persona. Tuttavia, sembra opportuno segnalare che quest'ultima disciplina da taluni (cfr. ANDREA CARINCI/THOMAS TASSANI, *Manuale di Diritto tributario*, Torino 2018, p. 222) è ritenuta antievasiva e non antielusiva, poiché, in verità, si tratta di un'ipotesi di interposizione fittizia, realizzata attraverso la stipula di un contratto simulato, che intesta fittiziamente una fonte di reddito ad un soggetto, il quale, tuttavia ne è titolare solo apparente. Portando alle estreme conseguenze tale ragionamento, l'abuso del diritto non sembra perfettamente sovrapponibile al concetto di elusione fiscale, poiché, per alcuni aspetti, sembra esondare anche nel campo dell'evasione, inglobando fattispecie in cui non vi è solo un aggiramento della norma, ma una vera e propria violazione di norme.

[8] CGUE, sentenza dell'11 ottobre 1977, causa C-125/76, *Cremer*.

[3] Direttiva n. 2003/49/CE.

[4] Direttiva n. 2011/96/UE.

[5] CLAUDIO VALZ/DARIO SENCAR, *Il beneficiario effettivo tra abuso e libertà fondamentali*, 12 ottobre 2017, in: *Sole 24 Ore*.

affermando anche nella disciplina dell'IVA e, poi, nel settore della fiscalità diretta. Tutto questo, però, con una specifica diversità funzionale: mentre nell'IVA ha avuto origine dal contrasto all'indebita detrazione d'imposta da parte di un soggetto non titolato e che, all'uopo, aveva creato uno schermo societario per sfruttare indebitamente la neutralità fiscale^[9]; dall'altro lato, l'abuso del diritto nelle imposte dirette nasceva come parametro di giudizio per valutare la compatibilità con il diritto comunitario delle legislazioni antielusive, come la *Controlled Foreign Companies* (CFC)^[10].

Tuttavia, nel corso del tempo, l'abuso del diritto si è evoluto attraverso l'opera d'interpretazione della CGUE, fino a innanziarlo nel caso di specie a principio generale, "immanente" nell'ordinamento comunitario.

Portando alle estreme conseguenze tale impostazione, nella sentenza in commento la CGUE afferma che tale principio sia applicabile anche nel caso in cui non sia espressamente codificato nella normativa nazionale. In altre parole, da un lato, i singoli non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente (a rigore sarebbe da qualificare come evasione fiscale) delle norme del diritto dell'UE; dall'altro lato, i benefici previsti dal diritto dell'UE non possono essere riconosciuti in occasione di operazioni effettuate, non nell'ambito di normali operazioni commerciali, ma esclusivamente allo scopo di beneficiare dei vantaggi previsti dalla norma europea.

Così facendo, la CGUE supera^[11] il precedente orientamento espresso nella sentenza Kofoed ^[12]. In quest'ultima decisione i giudici di Lussemburgo, tra le altre cose, avevano statuito che "il principio della certezza del diritto osta a che le direttive possano, di per sé stesse, creare obblighi in capo ai singoli in quanto le direttive non possono [...] essere fatte valere in quanto tali dallo Stato membro contro singoli"^[13].

Partendo da questa considerazione, nella sentenza in commento, invece, il relatore ribalta i termini del discorso, ponendo l'accento sul fatto che il singolo non possa beneficiare dei diritti derivanti da una normativa, eludendo la lettera e lo spirito della norma. Insomma, non è l'Amministrazione finanziaria a contestare la pratica abusiva, quanto è il contribuente che mira abusivamente ad ottenere un vantaggio che, altrimenti, non avrebbe ottenuto.

Tra l'altro, pare opportuno ricordare che, nel caso da cui ha avuto origine la controversia, i contribuenti avevano presentato un *ruling* per ottenere dall'Amministrazione finanziaria una risposta vincolante sull'applicabilità dei benefici previsti dalle Direttive. Dunque, erano proprio i contribuenti a voler beneficiare di un regime di cui, astrattamente, non potevano

fruire e non era l'Ufficio delle Entrate danese a contestare la realizzazione di una pratica abusiva. In altre parole, i contribuenti avevano costruito una struttura societaria articolata allo scopo di usufruire di un beneficio fiscale di cui, però, non avevano diritto.

Per quanto riguarda, invece, la definizione di pratiche abusive, la CGUE individua come tali quelle "operazioni puramente formali o artificiose prive di qualsiasi giustificazione economica e commerciale [poste in essere] essenzialmente al fine di beneficiare di un indebito vantaggio". In piena consonanza con altre *General Anti-Abuse Rule* (GAAR), un'operazione è abusiva se:

- a) si realizza un vantaggio fiscale indebito. L'indebito dev'essere valutato alla luce della *ratio* delle norme o dei principi dell'ordinamento;
- b) non vi sia sostanza economica e, dunque, l'operazione si risolva in un atto ovvero in una concatenazione di atti inidonei a produrre effetti diversi dal vantaggio fiscale;
- c) l'essenzialità del vantaggio fiscale, ossia il fatto che l'unico o principale obiettivo dell'operazione sia di natura fiscale;
- d) vi è volontà di ottenere un vantaggio indebito (elemento soggettivo).

Ciò considerato, passando, invece, agli aspetti procedurali, pur ribadendo che la sussistenza dell'abuso deve essere valutata caso per caso dai giudici di merito, la sentenza fornisce un'elencazione di "indizi" da cui desumere l'esistenza di abuso. Una costruzione abusiva può, ad esempio, ravvisarsi dei seguenti elementi:

- in un gruppo di società caratterizzato da una struttura puramente formale e che non riflette la realtà economica, nell'ambito del quale è collocata una "entità interposta" tra la società che eroga i dividendi (o gli interessi) e la società che ne è la beneficiaria;
- gli interessi (o i dividendi) sono ritrasferiti, integralmente o quasi, entro un breve lasso di tempo, dalla società percettrice a una entità che non potrebbe beneficiare della Direttiva interessi e canoni (ovvero della Direttiva madre-figlia);
- la società interposta deve ritrasferire gli interessi a un soggetto terzo, con la conseguenza che essa realizza unicamente un utile imponibile insignificante;
- la società interposta non svolge un'effettiva attività economica, che vada al di là della mera percezione di dividendi (o interessi) e del loro ritrasferimento ad altre entità del gruppo;
- vi è una "finanziarizzazione" del gruppo, ossia la presenza di contratti intra-gruppo che regolano questi flussi finanziari tra le varie entità;
- la società percettrice non risulta avere – non solo a causa di obblighi legali o contrattuali, ma anche solo di fatto – un effettivo potere di utilizzare i dividendi o gli interessi ricevuti.

Insomma, così facendo, la CGUE offre un percorso guidato all'interprete che si dovesse trovare a decidere un caso di potenziale pratica abusiva. La CGUE apparentemente rimette al giudice nazionale la valutazione circa la sussistenza di un abuso, ma sulla base di elementi dettagliati elencati.

[9] CGUE, sentenza del 21 febbraio 2006, causa C-255/02, *Halifax*.

[10] CGUE, sentenza del 12 settembre 2006, causa C 196/04, *Cadbury Schweppes*.

[11] MASSIMO ANTONINI/RAUL-ANGELO PAPOTTI/SIMONE S. SCHIAVINI, I chiarimenti circa l'abuso del diritto nella Direttiva Madre-Figlia, in: *Corriere Tributario*, n. 6/2019, p. 543.

[12] Sentenza della CGUE del 5 luglio 2007, causa C-321/05, *Kofoed*.

[13] Cfr. il punto 42 della summenzionata decisione.

Quanto all'onere della prova, la pronuncia rileva che lo stesso grava sui contribuenti ai fini della dimostrazione dell'esistenza dei requisiti per fruire dell'esenzione, mentre grava sull'Amministrazione finanziaria l'onere di dimostrare la sussistenza di una pratica abusiva.

D'altra parte, la CGUE segnala che, quando l'Amministrazione finanziaria nega l'applicabilità dell'esenzione a una società qualificata come interposta, essa non ha anche l'onere di identificare l'effettivo beneficiario dei pagamenti, poiché potrebbe risolversi una *probatio diabolica*.

La conseguenza naturale dell'accertamento di un'eventuale costruzione abusiva è data dall'inapplicabilità dei benefici previsti dalle Direttive e delle libertà fondamentali garantite dal Trattato sul funzionamento dell'UE (TFUE). La CGUE, invece, non si pronuncia sull'applicabilità di sanzioni di natura amministrativa, sebbene, comunque, già in passato l'avesse esclusa^[14].

IV. Il coinvolgimento del sostituto d'imposta nell'applicazione di una ritenuta per redditi transfrontalieri

La decisione in oggetto, da ultimo, si occupa anche della tematica della sostituzione d'imposta sui proventi di cui è beneficiario un soggetto estero, valutando, in particolare, la compatibilità del regime di ritenuta alla fonte rispetto alla libertà di circolazione dei capitali.

Tale questione, in ogni caso, è da determinare solo in relazione a ipotesi fisiologiche, dunque non di frode o abuso, in cui si applica una ritenuta sul pagamento degli interessi. In questo senso, alla luce della sentenza, potrebbe ritenersi incompatibile, poiché restrittivo della libera circolazione dei capitali, un regime di sostituzione d'imposta che, in caso di tardivo assolvimento di tale ritenuta, preveda interessi di mora ad un tasso più elevato rispetto a quello applicabile in caso di ritardato pagamento dell'imposta sulle società, gravante, segnatamente, sugli interessi percepiti da una società residente da parte di altra società residente; oppure, ancora, che escluda la deducibilità, a titolo di costi d'esercizio, degli oneri finanziari sostenuti dalla medesima e direttamente connessi all'operazione di finanziamento *de qua*, mentre, in base alla normativa stessa, tali oneri finanziari sono deducibili ai fini della determinazione del reddito imponibile di una società residente che percepisca interessi da altra società residente; o, comunque, nei casi in cui vi sia una disparità di trattamento tra interessi corrisposti tra società residenti ovvero tra società non residente e una residente.

Tuttavia, al di là dell'incompatibilità del singolo regime di ritenuta alla fonte, ciò che potrebbe rilevare ai nostri fini è il caso in cui l'Amministrazione finanziaria voglia contestare

l'omessa o errata applicazione della ritenuta, nei confronti del sostituto, quando non ritiene che siano applicabili le esenzioni previste dalla legge interna, dal diritto europeo o dalle Convenzioni contro le doppie imposizioni (CDI).

Da un punto di vista operativo, sembra chiaro che il sostituto d'imposta, prima di applicare il beneficio previsto dalla Direttiva, si debba premurare di munirsi di documentazione idonea a provare la sussistenza dei requisiti per la spettanza del beneficio. Questa documentazione, peraltro, non dovrebbe solo confermare la residenza fiscale di un soggetto percettore di un reddito, ma anche che questo soggetto ne sia il beneficiario effettivo. Ma questa autocertificazione non contiene alcuna attestazione riguardo al fatto che la società estera che percepisce il reddito non faccia parte di una costruzione di puro artificio.

Ciò detto, il pericolo è l'applicazione di sanzioni nei confronti del sostituto che, per i motivi sopradetti, potrebbe non essere in grado di discernere casi fisiologici o di abuso. Ne sarebbe tantomeno suo onere svolgere questo compito. Peraltro, per gli intermediari finanziari, non potrebbe neanche compiutamente applicarsi la normativa "antiriciclaggio", la quale, per natura, è orientata a individuare il "titolare effettivo", soggetto che potrebbero anche non coincidere con il beneficiario effettivo.

V. Conclusioni

Al di là di quest'ultima tematica, la sentenza della CGUE è molto netta nello statuire il divieto generale di abusare del diritto dell'UE. Ripercorrendo quanto sopra detto, viene ribadito che nel diritto dell'UE vige il principio generale di diritto secondo cui i singoli non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente delle norme del diritto dell'UE.

Corollario di questo principio è che i benefici previsti dalle norme dell'UE non possano essere estesi sino a comprendere operazioni effettuate non nell'ambito di normali operazioni commerciali, ma unicamente allo scopo di beneficiare abusivamente dei vantaggi previsti dal diritto dell'UE.

Da questo deriva il fatto che un'Amministrazione finanziaria debba negare il beneficio di disposizioni di diritto dell'UE laddove queste vengano invocate, pur nel loro rispetto formale, non al fine di realizzare le finalità delle disposizioni medesime, bensì al fine di godere di un vantaggio derivante dal diritto dell'UE. Questo principio generale trova applicazione indipendentemente dalla questione se i diritti ed i vantaggi oggetto dell'abuso trovino il loro fondamento nel diritto primario o derivato.

All'applicazione di tale principio generale non può essere opposto il diritto dei singoli di trarre vantaggio dalla concorrenza che s'instaura tra gli Stati membri dell'UE per effetto della mancata armonizzazione della tassazione dei redditi per cui il contribuente non può beneficiare di un diritto o di un vantaggio riconosciuto dal diritto dell'UE mediante operazioni puramente artificiali sul piano economico e miranti ad aggirare la normativa di uno Stato membro dell'UE.

[14] Dalla sentenza *Halifax* (nota 9), sebbene, invece, la Direttiva ATAD consenta agli Stati di applicare sanzioni anche di natura penale (cfr. consid. 11 della Direttiva n. 2016/1164/UE). Resta, poi, da vedere come si giustifica una sanzione penale, per natura, ammissibile solo in ipotesi di violazione di norme, per un comportamento che non prevede mai la violazione diretta di norme (altrimenti sarebbe da considerarsi evasione fiscale), ma mero aggiramento delle stesse.

Sempre tenendo presente che la ricerca, da parte di un contribuente, del regime fiscale più vantaggioso per il medesimo non può, di per sé, legittimare una presunzione generale di frode o di abuso ed è comunque a carico dell'Amministrazione finanziaria la dimostrazione dell'esistenza la sussistenza degli elementi costitutivi di una pratica abusiva.

Tuttavia, trascendendo da alcune criticità, la sentenza in oggetto sembra segnare in generale un cambio di impostazione della CGUE, che in alcune recenti occasioni aveva manifestato un orientamento più favorevole ai contribuenti, censurando delle normative nazionali che limitavano l'applicabilità del diritto europeo e che, nondimeno, avevano favorito la realizzazione di grandi strutture societarie create allo scopo di massimizzare i benefici derivanti dal diritto unionale.

Insomma, la CGUE sta probabilmente cercando di adiuvare la politica europea nell'uscire dall'imbarazzo di essere nella morsa di Stati membri che accolgono, a colpi di benefici fiscali, le multinazionali affinché esse vi si stabiliscano, e altri Paesi che, invece, intendono recuperare gettito per mantenere il proprio sistema di *welfare*, con normative sempre più restrittive in un contesto in cui il tabù della concorrenza fiscale tra Stati^[15] sta lentamente cedendo. Un contesto in cui gli Stati, esclusi dal "mercato delle imposte"^[16], perché non in grado di sostenere un livello di concorrenza in *dumping*, poi, sono costretti ad adottare delle normative non coordinate che rischiano di ledere il mercato unico, il quale già soffre il precario equilibrio di assenza di armonizzazione fiscale nelle imposte dirette.

[15] SALVATORE BIASCO, I danni della concorrenza fiscale in: *Europa, Rass. Trib.*, 2015, p. 1.

[16] PIETRO BORIA, *Diritto tributario europeo*, Milano 2016, p. 24.