



**CENTRO
STUDI
ODCEC
MILANO**



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DELL'INSUBRIA**

DIPARTIMENTO DI DIRITTO,
ECONOMIA E CULTURE - DiDEC

MLI e Trattati UE La disciplina anti-abuso

Alessandro Savorana

23 marzo 2022

Nel corso del tempo, sulla spinta del progetto BEPS, si è assistito a una rapida evoluzione fiscalità internazionale, con l'obiettivo di proteggere l'erosione della base imponibile degli Stati. Tra queste, in particolare, misure tese a prevenire i fenomeni di abuso/elusione finalizzati ad ottenere indebiti vantaggi fiscali contrari allo scopo dei trattati.

Misure che vanno dalla previsione di una norma generale antiabuso a norme specifiche anti-elusione.

Siamo nell'ambito del contrasto al *Treaty shopping* o *Treaty abuse*, cioè ad un uso improprio allo spirito dei trattati internazionali.

Tra questi l'utilizzo di società *conduit* detenute da enti/società residenti in Stati con regime fiscale preferenziale.

Il ***treaty shopping*** è una modalità di abuso delle convenzioni internazionali che prevede l'interposizione di una (o più) società veicolo, le cosiddette "conduit companies", strutture che non svolgono una reale attività sostanziale e interposte tra lo Stato in cui il reddito viene prodotto e il Paese dove è collocato il destinatario di tale reddito, "beneficiario (finale o ultimo) effettivo", al fine di ottenere un vantaggio fiscale (indebito). Quindi società utilizzate per trasferire redditi da Stati che prevedono una elevata imposizione fiscale a Stati a bassa tassazione.

Treaty abuse: situazioni in cui il risultato di una data operazione è in contrasto con il trattato medesimo, sebbene le condizioni per poterne usufruire siano rispettate solo formalmente.

Alla fine, comunque, si tratta di condotte che, anche nel rispetto formale delle clausole convenzionali, mirano ad ottenere vantaggi fiscali contrari allo spirito dei trattati: i trattati sono finalizzati ad eliminare o ridurre la doppia imposizione e, pertanto, ogni operazione/costruzione «artificiosa» che mira ad ottenere una doppia non imposizione, o una ridotta imposizione, rappresenta un abuso.

IL MLI

Il trattato multilaterale (nell'ambito delle raccomandazioni dell'Action 6 del progetto BEPS), interviene a modificare le convenzioni vigenti con due disposizioni «*minimum standard*» che, salvo che l'accordo fiscale coperto (CTA - *Covered Tax Agreement*) già non le preveda, operano di default.

Art. 6

La prima riguarda il titolo e i preamboli dei Trattati che devono ora esplicitare l'intenzione degli Stati contraenti di eliminare la doppia imposizione senza consentire o favorire pratiche elusive o aggressive (livello di protezione minimo)

L'art. 6 (scopo di un CTA) contiene, dunque, la modifica dei preamboli dei trattati prevedendo l'inclusione del seguente testo:

“Nell'intento di eliminare la doppia imposizione con riferimento alle imposte oggetto del presente accordo senza creare opportunità di non imposizione o di ridotta imposizione attraverso l'evasione o l'elusione fiscale (ivi compresi schemi di treaty-shopping arrangements finalizzati ad ottenere gli sgravi previsti dal presente accordo a beneficio indiretto di residenti di giurisdizioni terze)”.

Art. 6

L'art. 6 va messo in stretta correlazione con l'art.31 della Convenzione di Vienna che detta la regola generale d'interpretazione:

«Un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo.»

L'interpretazione a porta a considerare che uno Stato non può spingersi fino al punto di consentire un abuso della stessa convenzione (Cassazione sentenza n. 25281 del 16/12/2015).

Nel contesto del Multilateral Instrument, è stato osservato (Assonime Note e Studi n. 13/2020) che questa disposizione costituisce una sorta di clausola **subject to tax** che, tuttavia, non è indirizzata ai Paesi contraenti e non comporta una vera e propria deroga alla ripartizione convenzionale dei diritti impositivi. Quindi, una disposizione di valenza generale (e non limitata ai rapporti infragruppo) rivolta ai contribuenti e che persegue le stesse finalità della clausola subject to tax.

II PPT – Art. 7

L'art.7 (Prevenzione dell'abuso dei trattati) è anch'essa disposizione che opera di *default*, e che introduce il **Principal purpose test (PPT)**. Nello specifico il PPT consiste nel disconoscimento di un beneficio convenzionale in relazione ad un elemento di reddito o di patrimonio *“...se è ragionevole concludere, tenuto conto di tutti i fatti e le circostanze pertinenti, che l'ottenimento di tale beneficio era uno degli scopi principali di qualsiasi intesa o transazione che ha portato direttamente o indirettamente a tale beneficio, a meno che venga stabilito che la concessione di tale beneficio in dette circostanze sarebbe conforme all'oggetto e allo scopo delle pertinenti disposizioni dell'Accordo fiscale coperto “.*

Art. 7

L'OECD ritiene che il PPT fosse già parte del diritto internazionale generale a prescindere dalla sua concretizzazione in uno o più trattati, (si veda par. 14 del Final Report concernente l'action 6 del progetto BEPS).

Ad ogni modo, la finalità del PPT è quella di contrastare azioni che tra gli obiettivi principali abbiano la ricerca di un beneficio fiscale che può consistere in un'imposizione ridotta in termini di aliquota o nessuna imposizione da parte di uno Stato contraente.

Ai fini della valutazione vanno comunque prese in considerazione:

- le ragioni fiscali e non fiscali che ne sono alla base (test soggettivo);
- il profilo di contrasto tra il beneficio convenzionale perseguito e l'oggetto o lo scopo della Convenzione (test oggettivo).

IL MLI - II PPT – Art. 7

Sono previsti solo due casi in cui non può essere applicata:

- 1) Il CTA già prevede una clausola PPT;
- 2) gli Stati optano di applicare una clausola **dettagliata** di *Limitation on Benefits*, che includa un meccanismo di contrasto alle società conduit.

Il MLI non introduce una disposizione sulla clausola LOB dettagliata in quanto questa dovrebbe essere il risultato di una negoziazione bilaterale tra Stati molto particolareggiata che non sarebbe potuta avvenire nel contesto multilaterale.

Resta il principio che tutte le convenzioni coperte devono essere dotate di un efficace presidio contro gli abusi, lasciando gli Stati arbitri del modo con cui garantire, nei casi concreti, il minimum standard.

Art. 7 - Le S-LOB

I paragrafi da 8 a 13 recano delle linee guida in relazione alle disposizioni “semplificate” di *Limitation On Benefit* (c.d. clausole S-LOB).

Si tratta di disposizioni di carattere opzionale che trovano applicazione solo ove entrambi gli Stati abbiamo effettuato l'*opt-in*.

In sostanza un CTA può avere una *PPT rule* e una o più *S-LOB*.

Le clausole LOB circoscrivono i benefici convenzionali in base alle caratteristiche soggettive dei beneficiari del reddito (*qualified residents*), limitando pertanto l'applicazione alle attività produttive di *business income*.

Art. 7 - Le S-LOB

L'art.7 detta le linee guida prevedendo che le S-LOB concedano i benefici di un CTA a determinati soggetti considerati in automatico «*qualified person*» e precisamente:

- a) una persona fisica;
- b) uno Stato e sue articolazioni pubbliche o enti economici
- c) società con azioni negoziate in una o più borse riconosciute;
- d) un soggetto, diverso da una persona fisica, che:
 - è un'organizzazione non avente scopo di lucro; o
 - è un'entità istituita e gestito esclusivamente o quasi esclusivamente per amministrare o fornire prestazioni pensionistiche e benefici ausiliari o accessori alle persone fisiche, compresi i fondi;
- e) un soggetto diverso da una persona fisica, le cui azioni sono detenute, per un periodo non inferiore a sei mesi, almeno per il 50 per cento da uno dei soggetti qualificati.

Art. 7 - Le S-LOB

Diversamente, i benefici spettano soltanto se il soggetto richiedente svolga un'attività economica effettiva nello Stato di residenza e il reddito di fonte estera è legato a tale attività economica.

Sono però espressamente escluse dalla nozione di attività economica effettiva le attività (para 10 a):

- svolte dalle Holding;
- di supervisione o amministrazione generale di un gruppo di imprese;
- le attività di finanziamento di gruppo (group financing), incluso il cash pooling;
- l'effettuazione o gestione di investimenti, salvo che tali attività siano esercitate da una banca, una impresa di assicurazioni o un intermediario mobiliare autorizzato nel normale svolgimento della sua attività economica in quanto tale.

Infine, i benefici di un CTA possono essere concessi se il soggetto è partecipato per almeno il 75% da beneficiari equivalenti.

Le S-LOB

Gli artt. da 8 a 11 elencano le disposizioni “semplificate” di Limitation On Benefit (c.d. clausole S-LOB).

- l'art. 8 riguarda la distribuzione di dividendi e subordina il beneficio della ritenuta convenzionale ad un periodo minimo di detenzione della partecipazione di 365 giorni;
- l'art. 9 disciplina il realizzo di plusvalenze da cessione di partecipazioni in entità il cui valore deriva principalmente da beni immobili;
- l'art. 10 contiene una clausola anti-abuso per le stabili organizzazioni situate in Paesi terzi;
- l'art. 11 contiene una sorta di clausola di salvaguardia volta, a determinate condizioni, a non pregiudicare in capo ad uno Stato contraente la potestà impositiva nei confronti dei propri residenti.

L'accertamento dell'abuso

Nasce però un tema in relazione a due aspetti, tra loro collegati, in ordine alla portata dell'art.7:

1. il riferimento a «uno degli scopi principali», per cui il beneficio convenzionale non deve essere l'obiettivo unico o dominante, per cui appare sufficiente che almeno uno dei principali scopi sia quello di conseguire un vantaggio fiscale (quasi analoga all'art. 6 Atad);
2. tenuto conto di tutti i fatti e le circostanze pertinenti, le AF sembra non siano tenute a ricercare una prova effettiva, quanto effettuare un giudizio di ragionevolezza (*reasonable test*), riducendo in maniera incisiva il proprio onere probatorio.

La Clausola antiabuso e le norme unionali

La Corte di giustizia UE ha recentemente riaffermato che:

- nel diritto dell'Unione vige il **principio generale di diritto** secondo cui i singoli non possono avvalersi abusivamente delle norme del diritto dell'Unione;
- l'applicazione delle norme dell'Unione non può essere estesa sino a comprendere pratiche abusive, ossia operazioni effettuate non nell'ambito di normali operazioni commerciali, ma unicamente allo scopo di beneficiare abusivamente dei vantaggi previsti dal diritto dell'Unione;
- da tale principio discende quindi che uno Stato membro deve negare il beneficio di disposizioni di diritto dell'Unione laddove queste vengano invocate non al fine di realizzare le finalità delle disposizioni medesime, bensì al fine di godere di un vantaggio derivante dal diritto dell'Unione **sebbene le condizioni per poterne godere siano rispettate solo formalmente**;
- alla luce del principio generale del diritto dell'Unione di divieto di pratiche abusive e della necessità di far rispettare tale principio nell'ambito dell'attuazione del diritto dell'Unione, l'assenza di disposizioni anti-abuso, nazionali o convenzionali, è irrilevante rispetto all'obbligo, per le autorità nazionali, di negare il beneficio dei diritti previsti dalle disposizioni unionali, invocati abusivamente.

La situazione unionale.

Oltre alle sentenze della CGUE (da ultimo le cause «danesi» 26 febbraio 2019 C-115/16, C-116/16, C-117/16, C-118/16, C -119/16, C-299/16), la **Direttiva ATAD I** (2016/1164 del 12/07/2016) prevede una clausola antiabuso generale (art. 6):

1. Ai fini del calcolo dell'imposta dovuta sulle società, gli Stati membri ignorano una costruzione o una serie di costruzioni che, essendo stata posta in essere **allo scopo principale o a uno degli scopi principali di ottenere un vantaggio fiscale** che è in contrasto con l'oggetto o la finalità del diritto fiscale applicabile, non è genuina avendo riguardo a tutti i fatti e le circostanze pertinenti. Una costruzione può comprendere più di una fase o parte.

2. Ai fini del paragrafo 1, una costruzione o una serie di costruzioni è considerata **non genuina** nella misura in cui **non sia stata posta in essere per valide ragioni commerciali che rispecchiano la realtà economica**.

3. Quando le costruzioni o una serie di costruzioni sono ignorate a norma del paragrafo 1, l'imposta dovuta è calcolata in conformità del diritto nazionale.

La situazione unionale.

Alla GAAR UE (*general anti-abuse rule*), si affiancano le norme antielusione previste dalle direttive:

- madri-figlie (2011/96/UE, art. 1 para 2),
- interessi e royalties (2003/49/CE, art. 5)
- fusioni (2009/133/CE art. 15)
- e dalla stessa ATAD (art.3) che, peraltro, *«non pregiudica l'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali intese a salvaguardare un livello di protezione più elevato delle basi imponibili nazionali per l'imposta sulle società.»*

L'accertamento dell'abuso

La questione non è di poco conto.

Ad esempio l'art. 10-bis della Legge 212/2000 prevede delle specifiche garanzie, tra le quali l'onere per l'amministrazione finanziaria di **dimostrare** la sussistenza (concreta) della condotta abusiva.

Allo stesso modo, l'indirizzo della CGCE che, secondo un consolidato orientamento, ha sancito nel caso in cui l'amministrazione finanziaria di uno SM intendesse, per un motivo attinente all'esistenza di una pratica abusiva, negare il beneficio di una norma unionale, spetterà alla medesima **dimostrare** la sussistenza di elementi costitutivi di una pratica di tal genere, tenendo conto di tutti gli elementi pertinenti (cfr. sentenze danesi).

La CGUE, peraltro, sanziona soltanto quelle operazioni che, sebbene le condizioni per poterne godere siano rispettate solo formalmente, sono artificiose e costruite allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale (fin dalla sentenza C-196/04 Cadbury Schweppes plc), mentre un cittadino comunitario, persona fisica o giuridica, non può essere privato della possibilità di avvalersi delle disposizioni del Trattato solo perché ha inteso approfittare dei vantaggi fiscali offerti dalle norme in vigore in uno Stato membro diverso da quello in cui risiede, beninteso se esercita un'attività economica effettiva (su questo punto, ricordiamoci sempre la sentenza **Eurofood IFSC Ltd.**, C-341/04 del 02/05/2006 e la definizione di COMI).

Si pone pertanto un **disallineamento** (una sorta di corto circuito) tra norma interna e le disposizioni unionali con il MLI in tema di onere della prova, che non è facile risolvere trattandosi nella sostanza di un conflitto tra norme dispositive di trattati internazionali.

Mi preme solo segnalare che laddove la circostanza interessi due SM dell'Unione, in forza della sentenza della Corte di giustizia UE (C-3/91 del 10 novembre 1992 - Exportur SA): *“Le disposizioni di una convenzione, stipulata successivamente al 1 gennaio 1958 da uno Stato membro con un altro Stato membro, **non possono**, a partire dall'adesione di questo secondo Stato alla Comunità economica europea, **applicarsi nei rapporti fra gli stessi Stati qualora risultino in contrasto con le norme del Trattato**”*.

Tale principio si ricava anche dall'art. 351 TFUE, che fa salvi, a determinate condizioni, i diritti e gli obblighi derivanti da trattati conclusi **anteriamente** alla conclusione dei Trattati UE.

Questa massima si ritrova anche nella sentenza sul caso **Matteucci** (causa C-235/97 del 27 settembre 1988). La Corte dichiarò che, se l'applicazione di una disposizione di diritto comunitario rischia di essere ostacolata da un provvedimento adottato in occasione dell'attuazione di una convenzione bilaterale, sia pure stipulata fuori dal campo d'applicazione del Trattato, **gli Stati membri sono obbligati ad agevolare l'applicazione di detta disposizione e di assistere a tale scopo ogni altro Stato membro al quale il diritto comunitario imponga un obbligo.**

Diversamente laddove la circostanza interessi uno stato dell'Unione e un Paese terzo con il quale sia stata conclusa una convenzione bilaterale, interviene la sentenza della CGUE sul caso **Gottardo** (C-55/00 del 15 gennaio 2002), ove la Corte ha precisato che «....nel mettere in pratica gli impegni assunti in virtù di convenzioni internazionali, indipendentemente dal fatto che si tratti di una convenzione tra Stati membri ovvero tra uno Stato membro e uno o più paesi terzi, **gli Stati membri,devono rispettare gli obblighi loro incombenti in virtù del diritto comunitario**. Il fatto che i paesi terzi, dal canto loro, non siano tenuti al rispetto di alcun obbligo derivante dal diritto comunitario è irrilevante a questo proposito».

La questione rimane complessa, e sicuramente sarà oggetto di approfondimenti. Il fatto però è che, ad oggi, si è giunti a un sostanziale equilibrio nella ripartizione dell'onere della prova in tema di abuso: da un lato l'AF che deve dimostrare che si è in presenza di un'elusione, dall'altro il contribuente che deve fornire le ragioni extrafiscali del veicolo utilizzato o dell'operazione.

Bisognerà capire se l'UE invertirà la rotta sull'onere della prova, che avrà diretta conseguenza anche in ambito nazionale, ma in tal caso dovrà necessariamente rivedere la propria legislazione, perché, come noto, le sentenze della CGUE sono fonti del diritto comunitario.

Grazie per l'attenzione.

Alessandro Savorana