

L'applicazione della direttiva madre figlia alla luce della sentenza Corte giustizia europea 07.09.2017 (Causa C – 6/16)

di Ennio Vial

Introduzione

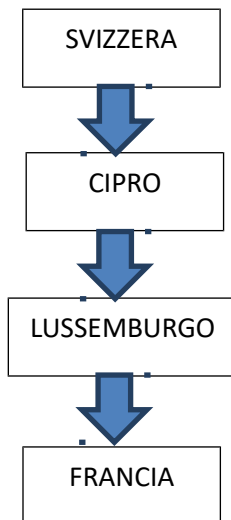
La sentenza della Corte di Giustizia europea del 7 settembre 2017, causa C-6/16 ha affrontato il delicato tema della compatibilità con i principi fondamentali del Trattato istitutivo della CEE, di una disciplina come quella francese che esclude l'applicazione della direttiva madre figlia qualora la società partecipante cui vengono distribuiti i dividendi, pur essendo localizzata nella UE, sia a sua volta controllata da soggetti extra UE.

La normativa francese, infatti, esclude l'esenzione quando i dividendi distribuiti vanno a beneficio di una persona giuridica controllata direttamente o indirettamente da uno o più soggetti residenti in Stati che non sono membri dell'Unione Europea, a meno che tale persona giuridica non dimostri che la catena di partecipazioni non abbia come fine principale, o fra i propri fini principali, quello di trarre vantaggio dall'esenzione.

In sostanza, la presenza di un socio ultimo extracomunitario non determina automaticamente la disapplicazione della direttiva madre figlia, ben potendo questi dimostrare che la struttura non è finalizzata a trarre beneficio dalla direttiva.

Il caso oggetto della sentenza può essere rappresentato nella successiva figura n. 1.

Figura n. 1



Come si evince dalla rappresentazione, al vertice della catena di controllo vi è una società elvetica.

La normativa francese risulta alquanto restrittiva in quanto pone l'onere della prova a carico del contribuente.

La stessa troverebbe il proprio fondamento nell'art. 1 par. 2 della Direttiva 30 novembre 2011, n. 2011/96/UE (c.d. direttiva madre figlia) in base al quale *“Gli Stati membri non applicano i benefici della presente direttiva a una costruzione o a 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 della presente direttiva, non è genuina avendo riguardo a tutti i fatti e le circostanze pertinenti”*.

Quello che in realtà la direttiva non prevede è l'onere della prova a carico del contribuente.

Le conclusioni della Sentenza

La Corte di Giustizia ha statuito che l'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva sulle società madri e figlie riflette il principio generale del diritto dell'Unione secondo il quale nessuno può beneficiare abusivamente o fraudolentemente dei diritti derivanti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, tuttavia, esso dev'essere interpretato restrittivamente in quanto costituisce una deroga alle norme tributarie sancite dalla direttiva di cui trattasi.

La Corte evidenzia, inoltre, che affinché una norma di uno Stato membro venga considerata come diretta ad evitare le frodi e gli abusi, il suo scopo

specifico dev'essere quello di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica e finalizzate a fruire indebitamente di un'agevolazione fiscale¹.

Secondo la Corte, per verificare se un'operazione persegue un obiettivo di frode e di abuso, le autorità nazionali competenti non possono limitarsi ad applicare criteri generali predeterminati, ma devono procedere, caso per caso, a un esame complessivo dell'operazione interessata.

Da ciò consegue che l'introduzione di un provvedimento fiscale di portata generale che escluda automaticamente talune categorie di contribuenti dall'agevolazione fiscale, senza che l'amministrazione finanziaria sia tenuta a fornire il benché minimo principio di prova o di indizio di frode e abuso, eccederebbe quanto necessario per evitare le frodi e gli abusi.

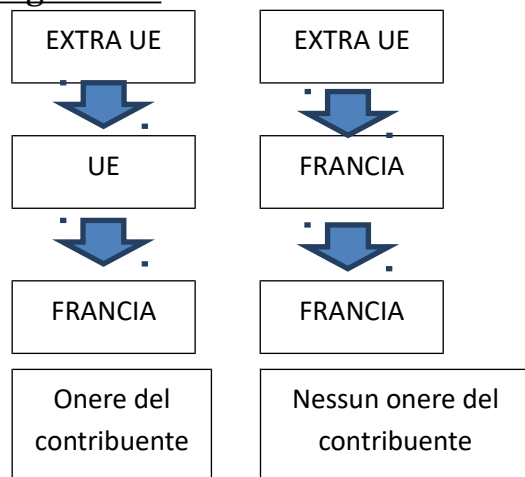
Infatti, l'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva sulle società madri e figlie deve essere interpretato nel senso che è contrario ad una normativa tributaria nazionale, come quella francese, che subordina la concessione dell'esenzione dalla ritenuta alla fonte degli utili distribuiti da una società figlia residente a una società madre non residente, qualora detta società madre sia controllata direttamente o indirettamente da uno o più soggetti residenti di Stati extracomunitari, alla condizione che essa dimostri che la catena di partecipazioni non abbia come fine principale, o fra i propri fini principali, quello di trarre vantaggio da tale esenzione.

La libertà di stabilimento all'interno della UE di cui gode la società madre della francese non può essere condizionato dal fatto che i soci siano extracomunitari.

Il punto 55 della sentenza, infine, evidenzia anche un comportamento discriminatorio della normativa francese in quanto, se una società figlia francese distribuisce utili a una società madre residente, anch'essa controllata direttamente o indirettamente da uno o più soggetti residenti in Stati terzi, la società madre residente di cui trattasi può fruire di detta esenzione senza che questa sia subordinata ad alcun onere probatorio.

¹ La sentenza cita la storica sentenza del 12 settembre 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas.

Figura n. 2



Nel punto 56 la Corte conclude evidenziando come una tale disparità di trattamento può dissuadere una società madre non residente dall'esercitare in Francia un'attività tramite una società figlia stabilita in tale Stato membro e costituisce, di conseguenza, un ostacolo alla libertà di stabilimento.

La disciplina italiana

A questo punto è interessante esaminare la normativa italiana per valutarne la compatibilità con i dettami comunitari. Al riguardo si segnala che anche la disciplina domestica si poneva in linea con quella francese in quanto imponeva un onere della prova in capo al contribuente. L'art. 27 bis co. 5 DPR 600/1973, infatti, stabiliva che *“Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano alle società di cui al comma 1 che risultano controllate direttamente o indirettamente da uno o più soggetti non residenti in Stati della Comunità europea a condizione che dimostrino di non detenere la partecipazione allo scopo esclusivo o principale di beneficiare del regime in esame. A tal fine per l'assunzione delle prove si applicano le procedure di cui ai commi 12 e 13 dell'art. 11 della legge 30 dicembre 1991, n. 413”*.

Successivamente il comma è stato sostituito dall'art. 26, c. 2, lett. b, L. 7 luglio 2016, n. 122.

La norma ora prevede che *“La direttiva (UE) 2015/121 del Consiglio, del 27 gennaio 2015, è attuata dall'ordinamento nazionale mediante l'applicazione dell'articolo 10-bis della legge 27 luglio 2000, n. 212”*².

² Ai sensi di quanto disposto dal medesimo art. 26, c. 3, Legge n. 122/2016 tale ultima disposizione si applica alle remunerazioni corrisposte dall'1 gennaio 2016.

In sostanza, il problema è stato risolto in quanto, in attuazione della Direttiva 2015/121/UE che richiedeva agli Stati membri di inserire una clausola generale antiabuso obbligatoria, il comma 5 è stato modificato richiamando la norma antielusiva generale contenuta nell'art. 10-bis dello Statuto del contribuente.

Viene, quindi, eliminato l'onere da parte del contribuente.

Il caso delle clausole LOB della convenzione con gli Stati Uniti

Introduzione

Abbiamo avuto modo di illustrare come norme interne, che escludono l'agevolazione della direttiva se il contribuente non procede a dimostrare l'assenza di intento elusivo, sono incompatibili con la disciplina comunitaria. Il medesimo ragionamento può valere per le c.d. "clausole predeterminate" previste dalle convenzioni internazionali.

Vogliamo in questa sede proporre un caso di clausole predeterminate previste convenzionalmente che, se riferite ad un Paese comunitario, subirebbero la censura europea.

Un esempio di previsione che regola in modo rigido una fattispecie, senza particolari oneri in capo all'Amministrazione, si rinviene nella Convenzione con gli Stati Uniti d'America del 25 agosto 1999, ratificata in Italia con L. n. 20/2009.

Infatti, l'articolo 2 del protocollo riserva l'applicazione della Convenzione solamente ai soggetti che rispettano determinati requisiti.

Il comma 2 prevede i requisiti che in prima battuta devono essere soddisfatti per poter applicare la convenzione.

Se un soggetto non risulta beneficiario in base al comma 2, si può tentare a cascata il test del comma 3 e del comma 4. Si veda la seguente figura 3.

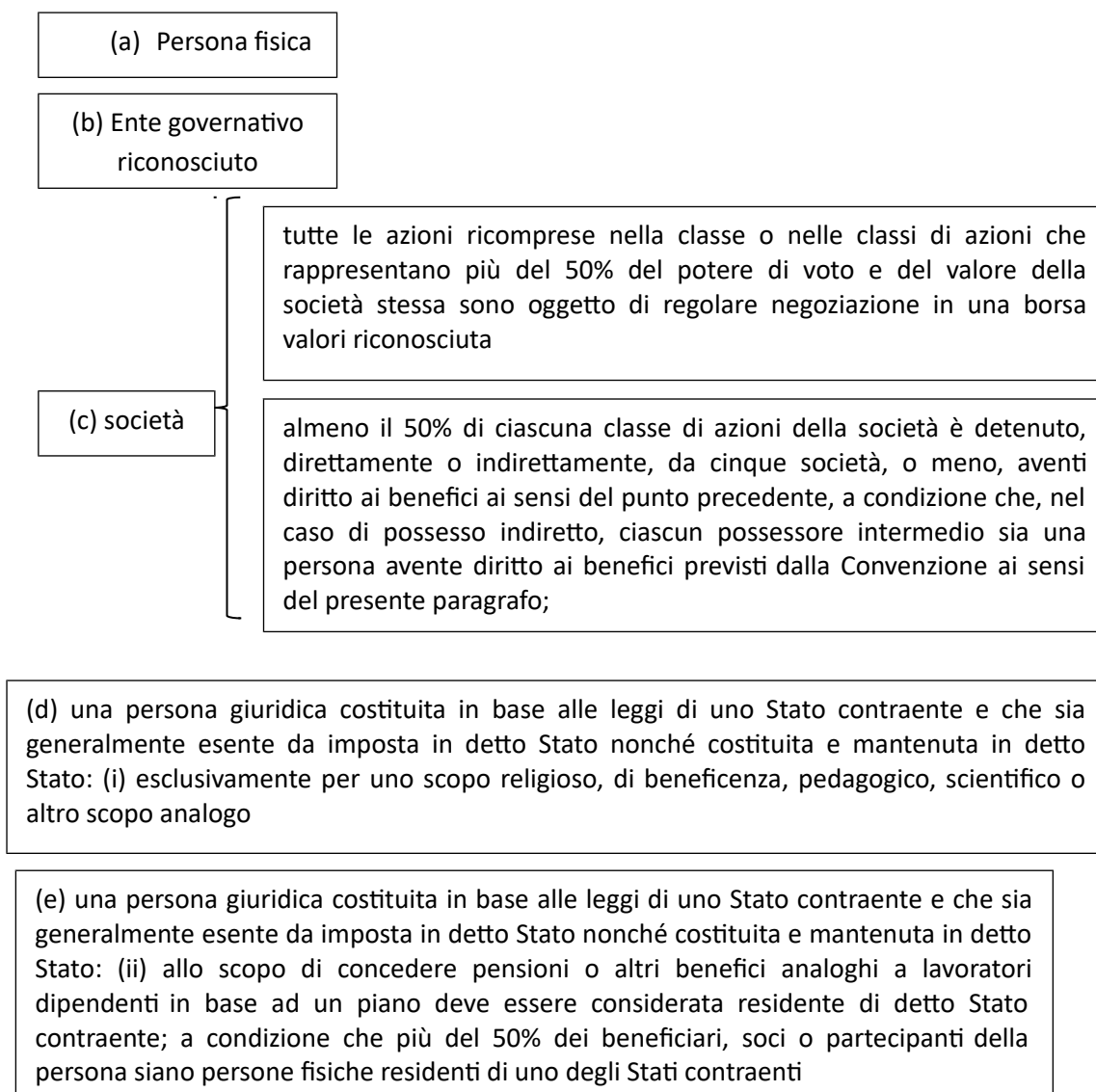
Figura n. 3 – le tie break rule per la valutazione dei benefici della convenzione USA - ITA

Comma 2	Test della Residenza dei soci o della quotazione in Borsa
Comma 3	Test dello svolgimento di attività commerciale
Comma 4	Concessione delle autorità competenti

I benefici convenzionali legati ai soci (comma 2)

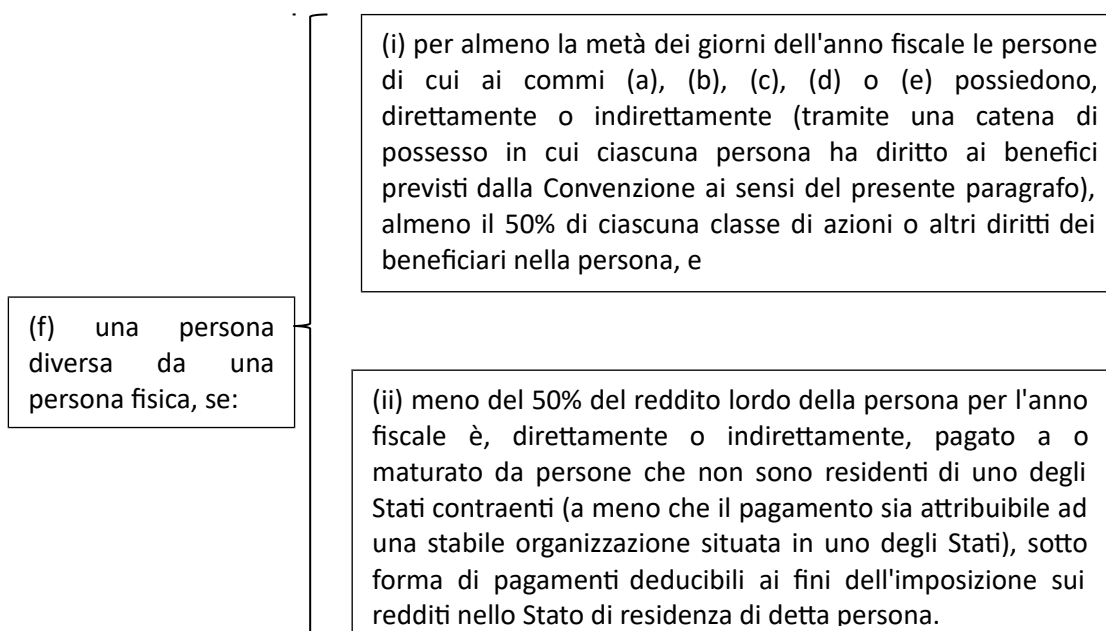
La casistica del comma 2 è rappresentata nel successivo diagramma di flusso³. I benefici convenzionali sono riconosciuti ai soci indicati nelle lettere da a - e.

Figura n. 4 – i benefici convenzionali legati ai soci



³ Precisiamo sin d'ora che In base all'art. 2 c. 5, l'espressione "*borsa valori riconosciuta*" designa:

- a) il sistema NASDAQ;
- b) una borsa valori costituita ed organizzata in conformità alla legislazione italiana;
- c) ogni altra borsa valori reciprocamente riconosciuta dalle competenti autorità degli Stati contraenti.



Si evidenzia come, nel caso delle società, la lettera c) riguarda solamente quelle quotate.

Le società non quotate, invece, dovranno tentare di soddisfare la condizione della lettera f, ossia il cosiddetto *erosion test*.

Se le condizioni del comma 2 non risultano soddisfatte, il contribuente potrà procedere con la verifica delle condizioni del co. 3.

I benefici convenzionali legati all'attività commerciale (comma 3)

La casistica del comma 3 è rappresentata nel seguente diagramma di flusso.

Figura n. 5 – i benefici convenzionali legati all'attività commerciale

Il comma 3 prevede ulteriori criteri per concedere i benefici convenzionali qualora non siano soddisfatti quelli del precedente comma 2.



Il comma 3 contiene poi le seguenti precisazioni utili per comprendere le condizioni previste per beneficiare della convenzione.

In particolare:

- l'attività o la gestione degli investimenti non è considerata attività commerciale o industriale effettiva, a meno che detta attività sia di natura bancaria, assicurativa o finanziaria gestita da una banca, una compagnia di assicurazioni o da un operatore di borsa;
- per determinare se un'attività commerciale o industriale sia sostanziale, si tiene conto di tutti i fatti e di tutte le circostanze. In ogni caso, tuttavia, un'attività commerciale o industriale è considerata sostanziale se, per il precedente anno fiscale, o per la media dei tre precedenti anni fiscali, il valore dell'attivo, il reddito lordo e la spesa relativa alle retribuzioni connessi all'attività commerciale o industriale nel primo Stato sono pari ad almeno 7,5% della quota proporzionale, rispettivamente, del valore dell'attivo, del reddito lordo e della spesa per le retribuzioni del residente (e di altre parti collegate), connessi all'attività da cui si è originato il reddito nell'altro Stato, e la media dei tre rapporti eccede il 10 per cento.
- Il reddito ricavato è **collegato** ad un'attività commerciale o industriale se l'attività nell'altro Stato da cui proviene il reddito costituisce un settore di attività che formi una parte o sia complementare a detta attività commerciale o industriale;

- Il reddito è **secondario** in relazione ad un'attività commerciale o industriale se serve a facilitare la gestione dell'attività stessa nell'altro Stato.

I benefici convenzionali legati alla concessione delle Autorità (comma 4)

Il comma 4 stabilisce che “un residente di uno Stato contraente non avente altrimenti diritto ai benefici può usufruire dei benefici previsti dalla Convenzione qualora l'autorità competente dello Stato che deve concedere detti benefici stabilisca in tal senso”.

L'esperienza dell'Action 6 OCSE

L'analisi, seppur veloce delle clausole della convenzione tra Italia e Stati Uniti non è fine a se stessa, in quanto a livello OCSE, nell'ambito del progetto noto come “*Base Erosion and Profit Shifting*” o BEPS, l'Action 6 è volta specificamente a prevenire e contrastare i fenomeni di treaty abuse.

Nella versione definitiva del 15 ottobre 2015, viene suggerito l'inserimento nelle Convenzioni contro la doppia imposizione di una specifica clausola antiabuso sul modello delle cosiddette Limitation-On-Benefits o LOB clause contemplate nei Trattati stipulati dagli Stati Uniti oppure di una clausola antielusiva generale (c.d. Principal Purpose Test o PPT).

In base a quest'ultima, i benefici convenzionali sono negati quando è ragionevole ritenere che un'operazione sia stata posta in essere al fine principale di ottenere un beneficio fiscale.

In questo caso il contribuente potrebbe dimostrare che l'ottenimento di tale beneficio risulta in linea con lo scopo della Convenzione stessa.

La presenza di una clausola LOB, alla stregua di quanto illustrato in relazione alla Convenzione con gli Stati Uniti, si pone in contrasto con i principi comunitari.

Lo scorso 7 giugno 2017, l'Italia ha firmato la Convenzione Multilaterale per il recepimento nei Trattati delle misure per prevenire l'erosione della base imponibile e il profit shifting elaborate dall'OCSE⁴.

⁴ [Elenco dei tratta OCSE per il contrasto all'elusione fiscale](#) (BEPS)– sito OCSE/OECD.

Su questo tema l'Action 6 prevede tre alternative tramite le quali può essere soddisfatto il c.d. minimum standard⁵:

1. l'applicazione della PPT;
2. l'introduzione di una PPT insieme a una LOB semplificata o dettagliata;
3. l'introduzione di una LOB dettagliata accompagnata da altre regole specifiche finalizzate a contrastare le c.d. *conduit financing structures*.

L'ipotesi 1 della PPT si applica di default in assenza di una opzione espressa per una delle altre due alternative.

L'Italia ha scelto di implementare solo la clausola PPT, accantonando le LOB.

E' quindi necessario valutare la compatibilità di tale clausola, seppur meno incisiva della LOB con i precetti comunitari.

E' stato correttamente evidenziato come tale clausola antiabuso non dovrebbe trovare applicazione in presenza di costruzioni reali con effettiva sostanza economica, e ciò anche ove fosse accertato che la decisione di porre in essere l'operazione è stata motivata da ragioni fiscali. Tale conclusione trova riscontro anche nella Raccomandazione della Commissione europea del 28 gennaio 2016 relativa all'attuazione di misure contro l'abuso dei Trattati fiscali. In tale sede, la Commissione ha sostanzialmente riproposto (senza modifiche significative) la formulazione della norma contenuta nell'Action 6 (mostrando, quindi, di condividerla), apportando però un'integrazione nella seconda parte della disposizione, al fine di precisare che la clausola antiabuso può trovare applicazione solo ove venga accertata l'esistenza di una costruzione artificiosa priva di effettività economica e, quindi, non genuina⁶.

15 novembre 2017

Ennio vial

⁵ Il punto 3 del "*BEPS Action 6 on Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances PEER REVIEW DOCUMENTS*", Maggio 2017 stabilisce che "*The minimum standard on treaty-shopping included in the Report on Action 6 is constituted by the provisions that jurisdictions that are members of the Inclusive Framework on BEPS have committed to include in their tax treaties*".

⁶ Luca Rossi e Marina Ampolilla, *La Corte di Giustizia sulla clausola antiabuso nella Direttiva madre-figlia*, in "Corriere Tributario" n. 41 del 2017, pag. 3163.