

Le relazioni tra abuso del diritto e beneficiario effettivo nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: ancora dubbi e problemi irrisolti

di OLIVIERO CIMAZ

Le recenti sentenze c.d. danesi della Corte di Giustizia del 26 febbraio 2019 in tema di esenzione dalle ritenute alla fonte sui pagamenti di dividendi di cui alla Direttiva 2011/96/EU “madre e figlia” (Parent subsidiary Directive, PSD), e sui pagamenti di interessi e royalties di cui alla Direttiva 2003/49/EU (Interest and Royalty Directive, IRD), hanno infine posto termine alle attese in merito all’esito delle questioni poste in relazione ad una delle tematiche più dibattute nell’ambito del diritto tributario internazionale, riguardante le c.d. strutture “conduit” e gli strumenti per contrastarne l’indebito utilizzo. I temi affrontati dalla Corte e le conclusioni raggiunte non si limitano peraltro ad affrontare il tema dell’abuso del diritto

nel contesto dalle predette Direttive, ma interessano anche l’interpretazione della clausola del “beneficial owner” contenuta in gran parte delle Convenzioni contro le doppie imposizioni, e, sin dal 2004, oggetto dei chiarimenti forniti dall’Ocse nel Commentario agli articoli 10 (dividendi), 11 (interessi) e 12 (royalties).

Le risposte della Corte di Giustizia hanno suscitato numerosi ed immediati commenti, ed anche reazioni critiche, che evidenziano problemi interpretativi ancora aperti su cui soffermerà nel prosieguo, i quali non lasciano presagire uniformità di trattamento e riduzione delle numerose controversie sino ad oggi sorte.

1. L’esenzione da ritenuta sui dividendi nella sentenza della Corte

I casi esaminati (C-116/16 e C-117/16) riguardavano due fattispecie aventi un tratto comune; in entrambe, società danesi procedevano al pagamento di dividendi alla propria controllante comunitaria, e tali pagamenti erano destinati ad essere ritrasferiti a favore di soggetti non aventi diritto al regime di esenzione accordato dalla PSD.

La Corte danese disponeva quindi il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia chiedendo di pronunciarsi in merito all’applicabilità del principio dell’abuso del diritto, il quale peraltro non era contemplato, all’epoca dei fatti, né dalla normativa danese né da quella comunitaria.

Benché la questione sia destinata a perdere interesse pratico a seguito dell’introduzione di una specifica norma antiabuso all’interno della PSD per effetto della Direttiva 2015/121/UE del 27 gennaio 2015, riprodotta poi di recente, in modo pressoché identico e con valenza generale, dall’articolo 6 della Direttiva 2016/1164 del 12 luglio 2016 (“ATAD”), la Corte di Giustizia risponde alla questione affermando, non senza sorpresa, l’esistenza di un principio generale dell’Unione il quale vieta la frode e l’abuso, come tale idoneo a negare comunque i benefici concessi dalla PSD anche in assenza del recepimento di tale principio nell’ordinamento interno¹.

¹ La conclusione appare per certi versi in contrasto con il caso “Kofoed” C-321/05, nel quale si era ritenuto che il principio della certezza del diritto osta a che le direttive possano, di per se stesse, creare obblighi in capo ai singoli: tuttavia la Corte risolve l’apparente contrasto affermando, in sostanza, che il principio generale il quale vieta la frode e l’abuso non può essere interpretato alla stregua dell’imposizione di un’obbligazione in capo al contribuente.

Aggiunge anche la Corte (par. 122) che la disapplicazione del regime di esenzione accordato dalla PSD in presenza di frode o abuso non può essere contrastata sulla base dei principi e della giurisprudenza riguardanti le libertà fondamentali sancite dal trattato UE.

Con questa risposta, la Corte di Giustizia non ha pertanto ritenuto di dover rispondere agli ulteriori quesiti posti dalla Corte danese in merito alla clausola del “beneficial owner”, né tantomeno all’attribuzione o meno ad essa del significato accolto dal Commentario dell’Ocse e ciò verosimilmente, sia pur in assenza di indicazioni in tal senso nella sentenza, anche in virtù del fatto che tale clausola non è affatto contemplata nel testo della PSD.

2. L’abuso del diritto nella direttiva “madre figlia”

Restava con ciò da risolvere, alla luce del divieto di abuso del diritto, il tema delle condizioni ed i limiti entro i quali i contribuenti, ed in special modo i gruppi multinazionali di origine extracomunitaria che operano attraverso società holding europee, possono legittimamente sottrarsi dalla doppia tassazione economica degli utili societari che la PSD intende eliminare, in ciò indubbiamente incentivati dalla mancata armonizzazione delle aliquote delle ritenute d’imposta nei vari Stati Membri e dal trattamento di favore che alcuni di essi accordano allo scopo di attrarre gli investimenti di capitale extraeuropei.

Al riguardo, la Corte di Giustizia, dopo aver ricordato che spetta al giudice nazionale la valutazione dei fatti e delle condotte eventualmente censurabili nelle singole fattispecie, ribadisce che essa può nondimeno specificare, ove ritenuto opportuno, i criteri a cui atenersi nello stabilire l’esistenza dell’abuso del diritto, e provvede pertanto a fornirne una definizione di carattere generale, ed alcuni indizi di situazioni potenzialmente abusive.

Sul piano generale, afferma innanzitutto la Corte, l’esistenza di un abuso del diritto postula la combinazione di circostanze di tipo oggettivo le quali indichino, al di là degli aspetti formali, che gli scopi perseguiti dalla PSD non sono raggiunti, e di un elemento soggettivo consistente nell’intenzione di ottenere un vantaggio mediante la creazione artificiosa delle condizioni per usufruirne. Secondo la Corte, inoltre, l’esistenza di una costruzione artificiosa presuppone che il vantaggio fiscale contrastante con la direttiva comunitaria sia l’obiettivo principale o uno degli obiettivi principali perseguiti dal contribuente (paragrafo 100), anticipando così quanto previsto nella clausola anti-elusiva contenuta nella modifica alla PSD apportate con la direttiva 2015/121/UE ed a quella poi contenuta all’articolo 6 della direttiva ATAD.

Ciò pone peraltro un tema di coordinamento con la legislazione italiana, la cui disciplina antielusiva, quanto alle ritenute sui dividendi intracomunitari risultante a seguito della direttiva 2015/121/UE, “è attuata nell’ordinamento nazionale mediante l’applicazione dell’articolo 10-bis della Legge 27 luglio 2000, n. 212” (cfr. art. 26, comma 2, lett. b, L.7.7.2016, n. 122); posizione, questa, di recente confermata allorquando non si è ritenuto di dover recepire espressamente la disciplina generale antiabuso contenuta all’articolo 6 della direttiva ATAD, nel presupposto che “*l’attuale formulazione dell’articolo 10-bis...appare conforme al testo dell’articolo 6 della direttiva Atad 1*” (così la relazione al decreto legislativo 142/2018). In realtà, la normativa sulla “*disciplina sull’abuso del diritto o elusione fiscale*” contenuta all’articolo 10-bis della legge 212/2000 risulta formulata in modo non esattamente coincidente con quella comunitaria², allorquando, tra l’altro, le operazioni poste in essere realizzano “essenzialmente” vantaggi fiscali indebiti (e non già “l’obiettivo principale o uno degli

² Ed anche alla clausola antiabuso (principal purpose test”, o PPT) contenuta all’articolo 7 della Convenzione multilaterale “MLI”, la quale consente il disconoscimento dei benefici fiscali costituenti “uno degli scopi principali” di qualsiasi intesa o transazione.

obiettivi principali”). La nozione accolta nelle sentenze e direttive comunitarie pone pertanto la questione dell’eventuale applicabilità in tali situazioni delle garanzie, anche di ordine procedurale, previste nelle fattispecie di abuso definite dall’ordinamento interno all’articolo 10-bis, alle quali peraltro (fatti salvi i casi di frode) il legislatore italiano è orientato ad attribuire identica portata.

Quanto poi agli indizi di situazioni potenzialmente abusive, la Corte (par. da 100 a 104) pone l’accento su alcune diverse circostanze, tra cui, in sintesi, il ritrasferimento dei dividendi percepiti entro un breve lasso temporale, l’assenza di una significativa struttura desumibile anche dai dati contabili, eventualmente abbinati da contiguità temporali con l’entrata in vigore di modifiche nella legislazione fiscale.

Con ciò la Corte di Giustizia risponde dunque al primo quesito posto dalla Corte danese in tema di abuso del diritto, lasciando aperta la valutazione dell’abuso da parte del giudice nazionale, e nel disattendendo contempo l’opinione dell’Avvocato Generale secondo cui, argomentando anche sul principio di libertà di stabilimento, l’esenzione da imposta sui dividendi versati allo Stato della società madre comunitaria sarebbe in linea di principio conforme all’obiettivo ad evitare la doppia imposizione economica che la PSD intende evitare (ove alla tassazione degli utili della società figlia si sommi la tassazione in capo alla società madre), e ciò a prescindere dalla redistribuzione di tali dividendi (non deducibili da parte della società madre) a favore di soggetti o Stati terzi non aventi i requisiti per l’esenzione, ed indipendentemente dalla clausola del “beneficiario effettivo” elaborata dall’Ocse, la quale risponderebbe a diversi obiettivi.

3. Il beneficiario effettivo dei dividendi nella sentenza della Corte

Benché focalizzati sul tema dell’abuso del diritto, gli elementi di indizio indicati nella sentenza della Corte presentano comunque elementi di similarità con il concetto di “beneficial owner” (così come accolto nell’articolo 10 del Commentario OCSE con dichiarate ed analoghe funzioni antiabuso), riproponendo così i vari dubbi interpretativi che essa ha sinora posto nel contesto dei principi dettati dal Ocse.

La Corte, oltretutto, si spinge anche oltre allorquando – dopo aver ritenuto di potersi sottrarre dal rispondere alle questioni poste in merito al significato della clausola del “beneficiario effettivo” in quanto non prevista nel contesto dalla PSD – ne afferma in realtà la rilevanza affermando che (par. III) “*laddove il beneficiario effettivo di un versamento di dividendi sia fiscalmente residente in uno Stato terzo, il diniego dell’esenzione di cui all’articolo 5 della direttiva 90/435 non è minimamente subordinato all’accertamento di una frode o di un abuso*”.

L’affermazione della Corte non manca di sollevare perplessità, sia in ragione del fatto che la clausola del “beneficial owner” non è prevista dalla PSD, sia perché essa verrebbe a limitare il diritto all’esenzione da imposta anche in situazioni che non contrastano con il principio dell’Unione che vieta la frode e l’abuso. La motivazione addotta dalla Corte per legittimare tale conclusione pare collegarsi al fatto che, in presenza di un beneficiario effettivo residente al di fuori dell’Unione, la concessione del regime di esenzione verrebbe a frustrare gli obiettivi della PSD, consentendo di sottrarre i dividendi da qualsiasi tassazione all’interno dell’Unione (par. 113). Tale ricostruzione non pare peraltro poter sfuggire da possibili critiche, sia perché trascura la tassazione nell’Unione degli utili prodotti e tassati in capo alla società figlia, sia perché essa presuppone una necessaria e seconda tassazione di tali utili all’atto dell’uscita dall’Unione, la quale, salvo i casi di abuso, non sembra trovare fondamento nella PSD o in altri principi comunitari, trovando piuttosto presupposto nella mancata armonizzazione nel campo dell’imposizione diretta, la quale

lascia liberi gli Stati Membri, nel rispetto della loro sovranità, nell'accordare o meno trattamenti di favore nell'uscita dei dividendi dal territorio comunitario.

Resta comunque il fatto che, con tale discutibile conclusione, la Corte rovescia in sostanza l'impostazione inizialmente assunta, nel senso che la clausola del "beneficial owner" sembrerebbe costituire di per sé, necessariamente, fattispecie elusiva a prescindere da ogni apprezzamento; ciò senza escludere la possibilità di disconoscere i benefici della PSD anche in altre residue situazioni, non meglio individuate o identificabili, le quali, seppur prive del carattere di "conduit" che presuppone la clausola del beneficiario effettivo", manifestino comunque carattere abusivo.

4. Le relazioni tra abuso del diritto e beneficiario effettivo dei dividendi

La rilevanza della clausola del beneficiario effettivo la quale, pur differenziandosi, si affianca al principio dell'abuso del diritto, viene pertanto a costituire fonte di possibili sovrapposizioni tra due disposizioni aventi comunque un carattere antielusivo comune. Tra queste, un primo tema riguarda la definizione di "beneficial owner" il cui elemento caratterizzante, nel contesto Ocse, prescinde dal fatto meramente finanziario del ritrasferimento del dividendo ai soci³, e sta invece nel fatto che il percipiente, essendo vincolato da obbligazioni legali o contrattuali a retrocedere il pagamento ricevuto ad un'altra persona, così come emergente dalla documentazione legale come pure di altri fatti e circostanze, risulti che costui "*non ha il diritto di impiego e godimento del dividendo*".

Non pare peraltro, in prima approssimazione, che tali concetti siano stati pienamente accolti poiché l'assenza "*del diritto di utilizzare detti dividendi e di goderne*" costituisce, nell'interpretazione della Corte, soltanto un possibile indice di abuso (par. 105) e non invece elemento caratterizzante la clausola del "beneficial owner" di cui la sentenza non precisa il significato.

Altra situazione di sovrapposizione tra beneficiario effettivo ed abuso del diritto è quella del trattamento da applicare ai dividendi i quali siano tuttavia riscossi non già direttamente ma per il tramite della retrocessione da parte di società "conduit".

Sul punto, l'orientamento della Corte di Giustizia appare assai prudente allorché si afferma che, qualora i dividendi siano retrocessi ad una società la quale avrebbe comunque beneficiato di un regime di esenzione in virtù di una convenzione contro le doppie imposizioni, "*non può essere nemmeno escluso*" (par. 110) che la finalità sia estranea a qualsiasi abuso, per poi concludere, come detto, che in presenza di beneficiario effettivo residente in uno Stato terzo il disconoscimento dei benefici della PSD opera comunque, a prescindere dall'accertamento di frode o abuso (par. 111)⁴.

Ad ogni buon conto, il disconoscimento dei benefici della PSD non dovrebbe importare necessariamente, e del resto la Corte non se ne occupa, l'applicazione del regime impositivo dettato dalla normativa interna a prescindere dal regime convenzionale al cui rispetto è vincolato lo Stato della fonte, con la conseguente applicabilità delle ritenute, e delle relative riduzioni o esenzioni, applicabili in capo al beneficiario effettivo. Tale è invero l'orientamento al riguardo del Commentario Ocse all'articolo 10, il quale chiarisce al riguardo che le limitazioni al prelievo dell'imposta nello Stato della fonte rimangono

³ È infatti del tutto fisiologico che le società holding - a prescindere dalla diffusione del proprio azionariato come pure del numero delle società partecipate- siano destinate a ritrasferire ai propri soci i dividendi percepiti, una volta coperte le spese.

⁴ L'assenza di intenti abusivi può del resto apprezzarsi anche nel caso in cui l'ordinamento tributario dello Stato della società madre che si assume interposta preveda l'applicazione di ritenute alla fonte sui dividendi retrocessi, con la medesima aliquota prevista per i dividendi direttamente pagati dalla società figlia.

applicabili qualora un intermediario, quale un “agent” o “nominee” localizzato in uno Stato contraente o uno Stato terzo, sia interposto tra il debitore ed in beneficiario, “*ma il beneficiario effettivo sia residente dell’altro Stato contraente (il testo del Modello di convenzione essendo stato modificato nel 1995 e nel 2014 al fine di chiarire questo punto, in conformità alla posizione costantemente assunta dagli Stati membri)*”.

La Corte di Giustizia assume oltretutto una posizione particolarmente rigorosa sul piano dell’onere della prova, in ciò verosimilmente condizionata dalla possibile esistenza di complesse strutture quali quelle danesi, allorquando – contrariamente all’opinione dell’Avvocato Generale – accorda all’amministrazione finanziaria il potere di disconoscere il regime di esenzione della PSD in capo alla società madre senza necessità di ulteriori indagini in merito alla struttura censurata volte ad accertare l’effettiva violazione del diritto comunitario, e cioè l’effettiva fuoriuscita del dividendi dai confini dell’Unione, o comunque l’attribuzione in capo a soggetti non coperti dalla PSD (par. 120). Non pare peraltro potersi dubitare, anche se la Corte si astiene dal precisarlo, che al contribuente dovrebbe comunque essere concessa la facoltà di fornire gli elementi probatori necessari per individuare il beneficiario dei dividendi e, se del caso, l’assenza di situazioni abusive⁵. Resta anche priva di conferme l’interpretazione fornita riguardo all’applicabilità della clausola del beneficiario effettivo nei soli casi in cui il dividendo percepito venga retrocesso al medesimo titolo⁶, con esclusione perciò delle fattispecie in cui esso venga utilizzato per fronteggiare esborsi di altra natura.

Un ultimo accenno merita infine il richiamo della Corte ai requisiti di struttura (“economic substance”) la cui mancanza costituirebbe indice di situazione abusiva, tenendo conto del fatto che le società holding “pure” non necessitano di per sé l’impiego di rilevanti fattori produttivi⁷, la loro funzione essendo quella di esercitare il controllo sulle proprie partecipate. Non è tuttavia ben chiaro, nella sentenza della Corte, se la valutazione di abusività debba indirizzarsi essenzialmente alle situazioni patologiche in cui difettano anche le minime funzioni di governo societario di cui la società dovrebbe disporre, oppure se, all’altro estremo, si ritenga che solo l’esercizio in loco di funzioni di direzione e coordinamento possa legittimare il regime di esenzione previsto dalla PSD. Si può peraltro ritenere, sulla scia di quanto ritenuto dalla Corte nel caso “Equiom” (C-6/16)⁸, che la valutazione di abusività o meno non dovrebbe fondarsi in modo aprioristico sul presupposto (dubbio, per quanto si è detto precedentemente) della retrocessione dei dividendi a soci non residenti nella UE, disconoscendo così in modo pressoché automatico i benefici

⁵ Altra possibile situazione è quella degli organismi di investimento collettivo esteri, i quali – ove si riconosca ad essi il diritto a percepire dividendi in esenzione da ritenuta (si vedano al riguardo i casi “Santander” da C-338/11 a 347/11; “Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company” C-190/12; “Commissione/Belgio” C-387/11; “Fidelity Funds” C-480/16) – potrebbero a questo invocare la spettanza del regime di esenzione non solo nel caso di incasso diretto di dividendi, ma anche, data l’assenza di vantaggi fiscali, su quelli incassati in via indiretta da società madri in base alla PSD e poi ad essi retrocessi.

⁶ È invero inevitabile che tutti i pagamenti ricevuti, inclusi quelli a titolo di dividendi, vengano in qualche modo finanziariamente impiegati, così come in parte nei casi danesi, anche a titolo di rimborso dei prestiti assunti per l’investimento nelle società figlie. Cfr. G. ESCALAR, *La nuova definizione OCSE di effettivo beneficiario*, in *Corriere tributario* 47-48/2017, pag. 3687; in giurisprudenza, Commissione Tributaria regionale Lombardia, Sez. XVIII, sent. 28.6.2018, con nota di G. BOCCALATTE E P. SEMERARO, in *Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2/2019, pag. 162 e ss. La fattispecie, che caratterizzava in particolare il caso C-117/16, non viene tuttavia affrontata dalla Corte, mentre invece (salva l’eventuale presenza di situazioni abusive), il commentario Ocse esclude l’applicabilità della clausola del beneficiario effettivo laddove i dividendi ricevuti siano impiegati per rimborsare debiti (par. 12.4).

⁷ Cfr. Corte di Cassazione, sentenze nn. 27112, 27113, 27115 e 27116 del 28 dicembre 2016. Si veda anche, successivamente alla sentenza della Corte di Giustizia, Cass. N. 24527 del 28.5.2019, in merito alla spettanza dell’esenzione sui dividendi percepiti da holding “statiche”.

⁸ In tale occasione, la Corte ebbe a concludere per l’incompatibilità con il diritto comunitario delle clausole che pongono alla società madre, controllata da società extracomunitaria, l’onere di dimostrare l’assenza del fine (o di uno dei fini principali) di trarre vantaggio dal regime di esenzione dei dividendi. Sentenza, questa, la quale ha indotto il legislatore italiano ad abrogare l’analogia disposizione anti-elusiva a quel tempo contenuta all’articolo 27-bis, comma 5, del D.P.R. 600/73.

della PSD alle società holding a capo di raggruppamenti europei destinati, in un momento o l'altro, a remunerare i propri soci extracomunitari tramite distribuzione degli utili disponibili. Occorrerebbe piuttosto, mantenendo fermo il principio dell'abuso del diritto a cui, nonostante le interferenze con la clausola del "beneficial owner", fa riferimento la sentenza ora in questione, valutare la sussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi che l'abuso presuppone, ed in particolare la compatibilità della struttura adottata con gli obiettivi extrafiscali perseguiti⁹.

Tale è del resto l'approccio adottato nei più recenti orientamenti accolti dall'Ocse, il cui Commentario, pur mantenendo ferma la clausola del "beneficial owner", si sofferma espressamente sul disconoscimento dei benefici convenzionali alle società "conduit", ritenendo necessario considerare il contesto in cui l'investimento è effettuato; l'esempio fornito al riguardo è quello di una società holding avente ad oggetto l'acquisizione la gestione di partecipazioni un ambito regionale, dotata di un adeguato management e svolgente altre funzioni di gruppo, alla quale sarebbe pertanto "irragionevole" disconoscere del trattamento di favore accordato ai dividendi ricevuti¹⁰.

5. Abuso del diritto e beneficiario effettivo nella direttiva "interessi e royalties"

Accanto ai casi affrontati riguardo al trattamento dei dividendi nella PSD, la Corte di Giustizia si pronuncia anche in merito al regime di esenzione, per certi versi analogo, accordato dalla direttiva IRD 2003/49/EU in materia di interessi (e royalties) nei casi C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16.

Tutti queste fattispecie presentavano una caratteristica comune, consistente nel pagamento di interessi sui debiti contratti da società danesi a favore di società europee intermedie a loro volta destinati ad essere ritrasferiti a favore di entità non ammesse a beneficiare della IRD.

Anche in questo caso, la Corte di Giustizia non ha accolto le conclusioni dell'Avvocato Generale, il quale riteneva di dover risolvere le questioni sottoposte alla luce della clausola del beneficiario effettivo contenuta nella IRD, ma attribuendo ad essa un significato diverso rispetto a quello accolto dall'Ocse, dovendosi ritenere tale, in linea di principio, il creditore (degli interessi) secondo il diritto civile, con esclusione del caso in cui questi agisca per conto terzi (fiduciario).

Vi sono peraltro, nonostante l'affinità, alcune differenze dovute anche alle difformità rispetto alla PSD, ed ai conseguenti adeguamenti al fine di riconciliare la disciplina dell'abuso del diritto con la clausola del beneficiario effettivo.

La prima di queste differenze sta nel fatto che la IRD subordina espressamente il regime di esenzione da ritenuta al fatto che il percipiente sia il "beneficial owner" degli interessi, in ciò differenziandosi dalla PSD che invece non pone tale condizione; e per questo motivo i primi quesiti posti dalla Corte danese ed affrontati dalla Corte riguardano appunto la portata della clausola del "beneficial owner", restando subordinata la questione dell'abuso del diritto.

La Corte di Giustizia, tuttavia, non recepisce anche qui in modo identico il linguaggio utilizzato in ambito Ocse, ad esempio allorquando si sostiene che la clausola riguarde-

⁹ Un caso, oltre a quello delle cd. "holding miste" che svolgono funzioni di supporto delle partecipate, potrebbe ad esempio essere quello delle società holding costituite nell'ambito di accordi di joint-venture allo scopo di accentrare la governance in uno stato terzo comunitario, laddove, come talvolta accade, tali accordi prevedano la distribuzione ai partners dei dividendi ricevuti dalla holding.

¹⁰ Si tratta del paragrafo 182 del Commentario all'Articolo 29 in tema di riconoscimento dei benefici convenzionali (esempio K).

rebbe l'entità che beneficia economicamente degli interessi ricevuti, sia pur temperando poi l'affermazione ritenendo comunque determinante la facoltà di disporre liberamente la destinazione (par. 89).

Con tale ultimo inciso ciò pare pertanto che la Corte venga in qualche modo a recepire gli orientamenti Ocse a proposito del "beneficial owner", i quali sarebbero, se non identici, perlomeno "pertinenti"¹¹. Dovrebbe pertanto, a questi fini, rilevare non già il già mero fatto economico della retrocessione degli interessi ricevuti, quanto piuttosto il "diritto di impiego e godimento degli interessi, senza essere vincolato da un obbligazione...di ritrasferire tali interessi ad un'altra persona" (con esclusione peraltro di "un'obbligazione di pagamento che non dipende dall'effettivo incasso di corrispondenti proventi"¹²).

In questo senso, appare allineato al Commentario Ocse il passo della sentenza ove si afferma che "la sola circostanza che la società percettrice degli interessi in uno Stato membro non ne sia il beneficiario effettivo non esclude necessariamente l'applicabilità dell'esenzione prevista dall'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2003/49. È, infatti, concepibile che gli interessi medesimi siano esentati a tal titolo, nello Stato della fonte, nel caso in cui la società percettrice ne trasferisca l'importo ad un beneficiario effettivo stabilito nell'Unione che risponda peraltro a tutti requisiti indicati dalla direttiva 2003/49 ai fini del beneficio dell'esenzione".

Pemane comunque, con riferimento all'analogia questione dei redditi aventi regime fiscale "equivalente" (siano essi imputabili al percipiente piuttosto che al beneficiario effettivo) l'atteggiamento di particolare prudenza della Corte la quale da un lato "non esclude necessariamente" il regime di esenzione qualora gli interessi vengano ritrasferiti ad altro soggetto avente i requisiti richiesti dalla IRD (par. 94), ma dall'altro conclude per l'inapplicabilità di tale regime nel caso di soggetti residenti in uno Stato terzo, a prescindere dall'accertamento di una frode o abuso (par. 138).

Con queste precisazioni in merito alla clausola del beneficio effettivo, la Corte affronta poi il tema dell'abuso del diritto, in merito al quale le conclusioni appaiono allineate con i principi enunciati a proposito della PSD, anche per ciò che attiene all'onere della prova¹³. Si ripropongono pertanto in modo analogo le problematiche e sovrapposizioni tra la clausola del beneficiario effettivo con il principio dell'abuso del diritto già evidenziate, con riferimento alla PSD, in situazioni non connotate da intenti elusivi¹⁴; ed allo stesso modo, il disconoscimento dei benefici della IRD non dovrebbe impedire l'applicazione del

¹¹ In modo incidentale, la Corte affronta anche il dibattito ed analogo tema della rilevanza "statica" piuttosto che "dinamica" del Modello di Convenzione Ocse e del Commentario di tempo in tempo approvati, ritenendo, a proposito della Direttiva IRD 2003/49/EU, che la relativa "pertinenza" possa essere accertata non solo alla luce dell'originario modello ma anche "nonché nelle successive modifiche ivi apportate e nei relativi commentari".

¹² Il caso è quello del debitore la cui obbligazione di pagamento non dipende dall'incasso di corrispondenti proventi, ad esempio nell'eventuale dell'inadempienza del soggetto a cui sia stato erogato un finanziamento corrispondente a quello ricevuto; cfr. G. ESCALAR, *cit.*, pag. 3687.

¹³ Seppur a commento della prova dell'abuso, ma riferendosi al contrario alla clausola del "beneficial owner", la Corte ribadisce anche qui quanto affermato a proposito della PSD, ritenendo che l'Autorità nazionale "non è tenuta ad individuare la o le entità che essa consideri beneficiari effettivi degli interessi medesimi"; il che, se da un lato dispensa l'amministrazione finanziaria dallo svolgere attività investigative dall'esito talvolta pressoché impossibile, dall'altro accorda ad essa un incondizionato esonero, anche laddove le indagini svolte per accertare una fattispecie di interposizione siano sufficienti per individuare il soggetto interposto ed il trattamento fiscale a costui applicabile.

¹⁴ Un caso potrebbe essere quello dei pagamenti di interessi pagati tramite una società comunitaria intermedia istituita per ragioni extrafiscali, ad esempio per ottimizzare centralmente la tesoreria di gruppo. In proposito, non solo la Corte ribadisce la tesi già proposta nel contesto della PSD, in ciò agevolata dalla presenza della clausola del beneficial owner nell'ambito della IRD, ma ribadisce oltretutto che "qualora la società debitrice degli interessi intenda beneficiare dei vantaggi risultanti dalla convenzione stessa, potrà ben versare gli interessi stessi direttamente alle entità fiscalmente residenti in uno Stato che abbia concluso con lo Stato d'origine una convenzione diretta ad evitare le doppie imposizioni", mostrandosi così a priori insensibile alle possibili esigenze extrafiscali che suggeriscono l'utilizzo di strutture intermedie.

regime impositivo dettato dalle convenzioni contro le doppie imposizioni e delle relative riduzioni o esenzioni spettanti in capo al beneficiario effettivo¹⁵.

Il richiamo al caso “Brisal” C-18/15 operato nella sentenza (par. 175) induce altresì a ritenere che l’eventuale ritenuta d’imposta che si dovesse rendere applicabile alla società non residente dovrebbe applicarsi al netto dei costi di esercizio e degli oneri finanziari connessi con il finanziamento produttivo di interessi al pari di quanto consentito per le società residenti, fatte salvi i casi di frode o abuso.

¹⁵ Tale principio è ad esempio accolto nella circolare n. 6/E del 30.3.2016, a proposito delle cd. strutture IBLOR, la quale consente l’applicazione del regime di esenzione da ritenuta sugli interessi dei finanziamenti di cui all’articolo 26, comma 5-bis, D.P.R. 600/1973, anche se pagati tramite società intermedie.
