

DIRITTO E PRATICA TRIBUTARIA

FONDATORI
ANTONIO E VICTOR UCKMAR

DIRETTORE
CESARE GLENDI
UNIVERSITÀ DI PARMA

COMITATO DI DIREZIONE

ANDREA AMATUCCI
UNIVERSITÀ FEDERICO II DI NAPOLI

ALBERTO COMELLI
UNIVERSITÀ DI PARMA

CLAUDIO CONSOLO
UNIVERSITÀ LA SAPIENZA DI ROMA

GIUSEPPE CORASANITI
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

ENRICO DE MITA
UNIVERSITÀ CATTOLICA S.C. DI MILANO

PIERA FILIPPI
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

FRANCO GALLO
UNIVERSITÀ LUISS DI ROMA

MAURIZIO LOGOZZO
UNIVERSITÀ CATTOLICA S.C. MILANO

ANTONIO LOVISOLO
UNIVERSITÀ DI GENOVA

CORRADO MAGNANI
UNIVERSITÀ DI GENOVA

GIUSEPPE MELIS
UNIVERSITÀ LUISS DI ROMA

**SEBASTIANO MAURIZIO
MESSINA**
UNIVERSITÀ DI VERONA

FRANCO RANDAZZO
UNIVERSITÀ DI CATANIA

LIVIA SALVINI
UNIVERSITÀ LUISS DI ROMA

DARIO STEVANATO
UNIVERSITÀ DI TRIESTE

Novembre-Dicembre
2021

edicolaprofessionale.com/DPT



Wolters Kluwer

L'EVOLUZIONE DELLA NOZIONE DI BENEFICIARIO EFFETTIVO TRA IL MODELLO DI CONVENZIONE OCSE E LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Sintesi: Da anni sia la dottrina sia la giurisprudenza, tanto della Corte di Cassazione quanto della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, affrontano la questione concernente il corretto inquadramento della natura e della funzione della clausola del beneficiario effettivo. Sotto certi aspetti, nonostante la *querelle* non possa ancora ritenersi definitivamente composta, essendo ancora molti i profili che certamente meritano più approfondite riflessioni, un dato può tuttavia considerarsi acquisito: la clausola del beneficiario effettivo non deve essere inquadrata quale clausola antiabuso avente portata generale (se non immanente), dovendosi per converso qualificare quale clausola con finalità antielusive specifiche, unicamente finalizzata (laddove esplicitamente contemplata) al disconoscimento della limitazione dell'imposizione alla fonte nei confronti di figure – quali gli agenti, fiduciari o altre entità che agiscono per conto di altri soggetti in virtù di particolari rapporti contrattuali – che non si qualificano quali “possessori” del reddito”.

SOMMARIO: 1. La clausola del “beneficiario effettivo” nel Modello di Convenzione OCSE. – 2. Recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità sulla clausola convenzionale del beneficiario effettivo. – 3. Il requisito dell'assoggettamento ad imposta previsto ai fini dell'applicazione del regime di esenzione di cui alla Direttiva Madre-Figlia. – 4. Interazioni tra benefici da Direttiva Madre-Figlia e benefici convenzionali: fattispecie peculiari riguardanti i Trattati sottoscritti dall'Italia con Francia, Germania e Regno Unito. – 5. La clausola del beneficiario effettivo nella Direttiva Interessi-Royalties. – 6. La clausola del beneficiario effettivo nel contesto dell'Unione Europea: le “sentenze danesi”. – 7. Osservazioni conclusive.

1. – *La clausola del “beneficiario effettivo” nel Modello di Convenzione OCSE*

La clausola del “beneficiario effettivo” – che nasce come norma di attribuzione del reddito in Paesi dotati di un sistema giuridico di *common law* ⁽¹⁾ – è diventata nel tempo uno strumento che ha lo scopo di contrastare talune forme di “*treaty shopping*” consistenti nell'ottenimento, da parte del contribuente fiscalmente residente in uno Stato contraente, di

⁽¹⁾ Per una ricostruzione delle origini del concetto di “beneficiario effettivo” si veda E. Reimer, *Chapter 18: How To Conceptualize Beneficial Ownership in Beneficial Ownership: Recent Trends*, M. Lang et al. eds., IBFD 2013, *Online Books*.

un indebito risparmio fiscale attraverso l'applicazione di un regime più favorevole non spettante⁽²⁾.

Lo schema che la clausola del beneficiario effettivo contrasta viene generalmente attuato mediante l'interposizione di un agente, un mandatario ovvero di determinate società, denominate *conduit companies*, con l'obiettivo di veicolare i flussi di reddito dal Paese della fonte al beneficiario finale, attraverso un percorso che consenta lo sfruttamento di condizioni fiscali che non sarebbero altrimenti dovute.

Trattando del tema del "beneficiario effettivo"⁽³⁾, è opportuno sottolineare come tale concetto vada ricostruito sul piano del diritto internazionale, in quanto la limitazione dell'imposizione dello Stato della fonte, mutuata dal diritto inglese⁽⁴⁾, è stata introdotta per la prima volta nel Modello OCSE elaborato nel 1977⁽⁵⁾.

Inizialmente il Comitato per gli Affari Fiscali dell'OCSE aveva ritenuto di subordinare il beneficio convenzionale della ridotta imposizione nello Stato della fonte alla condizione che i redditi (dividendi, interessi e canoni)

(2) Per un approfondimento si rinvia a F. Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario*, Parte Speciale, Utet Giuridica ed., Torino – Milano, 2020, 407 ss.; Id., *Compendio di diritto tributario*, Utet Giuridica ed., Torino – Milano, 2020, 543 ss.; V. Uckmar – G. Corasaniti – P. de' Capitani di Vimercate – C. Corrado Oliva, *Manuale di diritto tributario internazionale*, Padova - Milano, Cedam ed., 2012, 80 ss.; G. Corasaniti, *Dividendi, interessi, canoni e plusvalenze nel Modello OECD*, in *Diritto tributario internazionale*, coord. da V. Uckmar, Padova, Cedam ed., 2005, 638; P. Pistone, *L'abuso nel diritto tributario internazionale, Parte II – Gli strumenti contro l'abuso*, in *Diritto tributario internazionale*, coord. da V. Uckmar, Padova, Cedam ed., 2005, 866 ss.; R. Cordeiro Guerra, *Istituzioni di diritto tributario internazionale*, Milano, Wolters Kluwer ed., 2016, 453 ss.

(3) Sulla nozione di "beneficiario effettivo" si rinvia a: V. Uckmar, *Double Taxations Conventions*, in *International Tax Law* (a cura di A. Amatucci), The Netherlands, 2006, 149 ss.; P. Du Toit, *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*, Amsterdam, 1999; Oliver – Libin – Van Weeghel – Du Toit, *Beneficial Ownership*, in *Bullett.*, 2000, 310 ss.; Van Weeghel, *The Improper Use of Tax Treaties*, London – The Hague – Boston, 1998, 54 ss.; K. Vogel, *On Double Taxations Conventions*, Deventer, 1997, 561 ss.; Lang – Pistone – Schuch – Staringer – Storck, *Beneficial Ownership – Recent Trends*, Vienna, 2013; A. Meindl Ringler, *Beneficial Ownership in International Tax Law*, The Netherlands, 2016.

(4) Ad esempio, nel protocollo aggiuntivo allegato nel 1966 alla Convenzione stipulata con gli Stati Uniti, o nelle Convenzioni stipulate con i Paesi Bassi (1968) e la Spagna (1975), come evidenziato da J. David B. Oliver – Jerome B. Libin – Stef van Weeghel – Charl du Toit, *Beneficial Ownership*, in "IBFD Bulletin", luglio 2000, 310 ss.

(5) Cfr. P. Arginelli, *Spunti ricostruttivi della nozione di beneficiario effettivo ai fini delle Convenzioni bilaterali per evitare le doppie imposizioni concluse dall'Italia*, in *Riv. dir. trib.*, 2017, 29 ss.; A. Pisapia, *Beneficial owner, beneficiario e beneficiario effettivo: diverse espressioni in cerca di un significato unitario nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, 3 ss.; A. Ballancin, *La nozione di "beneficiario effettivo" nelle Convenzioni internazionali e nell'ordinamento tributario italiano*, in *Rass. trib.*, 2006, 209 ss.; C. Perrone, *Brevi note sul significato convenzionale del concetto di beneficiario effettivo*, in *Rass. trib.*, 2003, 151 ss.

fossero imponibili nello Stato di residenza del percipiente (c.d. “*subject to tax clause*”).

Tuttavia, l’OCSE, preso presto atto della crescente diffusione di strategie di *treaty shopping* che, mediante l’interposizione di *conduit companies*, consentivano di ottenere il riconoscimento dei benefici convenzionali anche con riguardo a soggetti cui non sarebbe stata applicabile alcuna Convenzione contro le doppie imposizioni, ha iniziato a raccomandare un approccio di natura sostanzialistica, prevedendo che, per integrare lo status di beneficiario effettivo, una società dovesse effettivamente disporre di poteri sugli elementi reddituali ad essa giuridicamente riferibili ed essere effettivamente assoggettata ad imposta sui redditi nel Paese in cui è localizzata.

Questo approccio interpretativo di natura antielusiva è stato trasfuso nel Commentario al Modello OCSE soltanto con l’edizione del 2014⁽⁶⁾, in cui vengono enfatizzati gli effettivi poteri del soggetto di disporre e godere del reddito e il requisito della soggettività passiva di imposta non meramente astratta.

L’integrazione del Commentario agli articoli 10, 11 e 12⁽⁷⁾ ha quindi consentito di meglio circoscrivere la nozione di “beneficiario effettivo”.

In base all’attuale formulazione del Commentario agli articoli 10, 11 e 12 del Modello OCSE è possibile affermare che: *i*) il concetto di “beneficiario effettivo” deve essere interpretato come concetto del diritto tributario internazionale e non facendo riferimento ad una eventuale nozione ritraibile dal diritto interno⁽⁸⁾; *ii*) lo status di “beneficiario effettivo” è strettamente collegato alla presenza di un potere discrezionale (nel senso di potere di disporre giuridicamente ed economicamente) da parte del

⁽⁶⁾ L’ultima versione del Modello Ocse e del relativo Commentario è stata pubblicata il 21 novembre 2017. OECD (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing.

⁽⁷⁾ Il riferimento è al paragrafo 12 del Commentario all’art. 10 per i dividendi, al paragrafo 8 del Commentario all’art. 11 per gli interessi e al paragrafo 4 del Commentario all’art. 12 per le *royalties*.

⁽⁸⁾ Come precisato al par. 12.1 del Commentario all’art. 10 (ma valido anche per gli interessi e i canoni), *Since the term ‘beneficial owner’ was added to address potential difficulties arising from the use of the words ‘paid to ... a resident’ in paragraph 1, it was intended to be interpreted in this context and not to refer to any technical meaning that it could have had under the domestic law of a specific country (in fact, when it was added to the paragraph, the term did not have a precise meaning in the law of many countries). The term ‘beneficial owner’ is therefore not used in a narrow technical sense (such as the meaning that it has under the trust law of many common law countries), rather, it should be understood in its context, in particular in relation to the words ‘paid ... to a resident’, and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance.*

percipiente del reddito⁽⁹⁾; *iii*) la presenza di un potere discrezionale è ammissibile anche in presenza di un obbligo di “retrocessione” purché tale obbligo non sia subordinato e causalmente connesso alla percezione di un reddito specifico⁽¹⁰⁾; *iv*) la valutazione dello status di “beneficiario effettivo” è intesa da un punto di vista della sostanza economica, ossia verificando, in primo luogo, la presenza di un beneficio economico in capo al percipiente e in aggiunta la proporzionalità di tale beneficio rispetto alle funzioni svolte e i rischi assunti.

La dottrina⁽¹¹⁾ è concorde nel ritenere che il termine *de quo* abbia assunto un proprio significato autonomo ai fini convenzionali⁽¹²⁾, da estrapolare dall’oggetto e dallo scopo del trattato.

In particolare, è stato sostenuto che il beneficio convenzionale non dovrebbe essere attribuito all’avente diritto per effetto di un titolo formale idoneo per la percezione del reddito, bensì di un titolo effettivo, con la conseguenza che il controverso dibattito della prevalenza tra la forma e la sostanza deve risolversi in favore della sostanza (*substance over the form*).

⁽⁹⁾ Come precisato al par. 12.3 del Commentario all’art. 10 (ma valido anche per gli interessi e i canoni), *It would be equally inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption where a resident of a Contracting State, otherwise than through an agency or nominee relationship, simply acts as a conduit for another person who in fact receives the benefit of the income concerned. For these reasons, the report from the Committee on Fiscal Affairs entitled ‘Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies’ concludes that a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties.*

⁽¹⁰⁾ Come precisato al par. 12.4 del Commentario all’art. 10 (ma valido anche per gli interessi e i canoni), *In these various examples (agent, nominee, conduit company acting as a fiduciary or administrator), the direct recipient of the dividend is not the ‘beneficial owner’, because that recipient’s right to use and enjoy the dividend is constrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person. Such an obligation will normally derive from relevant legal documents but may also be found to exist on the basis of facts and circumstances showing that, in substance, the recipient clearly does not have the right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person. This type of obligation would not include contractual or legal obligations that are not dependent on the receipt of the payment by the direct recipient such as an obligation that is not dependent on the receipt of the payment and which the direct recipient has as a debtor or as a party to financial transactions, or typical distribution obligations of pension schemes and of collective investment vehicles entitled to treaty benefits under the principles of paragraphs 22 to 48 of the Commentary on Article 1.*

⁽¹¹⁾ Cfr. K. Vogel, *On Double Taxations Conventions*, Deventer, 1997, 561 ss.

⁽¹²⁾ Sebbene sia concorde con tale tesi, P. Pistone, *L’abuso nel diritto tributario internazionale, Parte II – Gli strumenti contro l’abuso*, cit., 866 ss., ritiene che, salvo i casi di Trattati in cui il concetto di “beneficiario effettivo” è sufficientemente definito, non è possibile escludere la necessità di dover ricorrere alle normative nazionali per la comprensione dell’ambito applicativo del suddetto termine.

Sulla scorta di tale tesi, è stato oltremodo sottolineato che la verifica che l'attribuzione del diritto a percepire i redditi non sia fondata su un titolo puramente formale debba essere svolta secondo il diritto convenzionale.

Ciò posto, con riferimento alla *ratio* della clausola del beneficiario effettivo contenuta nelle convenzioni, è possibile affermare che lo scopo della ripartizione dei diritti impositivi ivi stabilita in tema di interessi, *royalties* e dividendi è quello di limitare (o escludere) la doppia imposizione giuridica, limitando la potestà impositiva concorrente dello Stato della fonte e dello Stato di residenza o attribuendo la potestà impositiva in via esclusiva allo Stato di residenza del beneficiario.

La clausola del beneficiario effettivo, finalizzata a proteggere i diritti impositivi dello Stato della fonte, consente di risolvere – come acutamente precisato da Assonime⁽¹³⁾ – quei problemi di coordinamento derivanti dalla mancata previsione all'interno delle convenzioni di clausole del tipo “*subject to tax*” (che impongano al Paese di residenza, cui sia stato attribuito il potere esclusivo di tassazione su un determinato elemento di reddito, l'obbligo di esercitare effettivamente questo potere) o di “*switch over*” (che riconoscano al Paese di residenza, che si sia impegnato ad esentare un determinato reddito a favore della tassazione esclusiva nel Paese della fonte, il diritto a commutare il regime di esenzione con il regime di imputazione con il credito per le imposte estere in tutti i casi in cui il Paese della fonte non abbia tassato quel reddito o lo abbia tassato solo nominalmente); regole di “coordinamento” di cui ci si è invece occupati nei lavori di preparazione del *Multilateral Instrument*⁽¹⁴⁾ e di cui tuttora, in parte, si discute a livello di *Inclusive Framework* nel gruppo sul Pillar 2⁽¹⁵⁾.

(13) Cfr. Assonime, *Dividendi “in uscita”: le nozioni di beneficiario effettivo e di abuso del diritto alla luce delle sentenze della Corte di Giustizia UE (c.d. “sentenze danesi”)*, Note e Studi, n. 10 del 2020.

(14) Il *Multilateral Instrument* è uno strumento giuridico multilaterale – firmato a Parigi il 7 giugno 2017 ed entrato in vigore a livello internazionale il 2 marzo 2018; In Italia si è in attesa della approvazione della relativa legge di ratifica – attraverso cui, in tempi relativamente brevi, potranno essere introdotte nelle esistenti convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni le modifiche apportate, all'esito dei lavori del BEPS, al Modello di Convenzione OCSE, con particolare riferimento ai disallineamenti da ibridi, alla clausola che vieta di utilizzare i trattati per ottenere effetti di doppia esenzione e alle nuove norme in tema di *treaty shopping*. In ogni caso, affinché l'istituto produca effetti concreti sulle fattispecie transnazionali, è necessario che entrambe le giurisdizioni coinvolte, tra le quali vige un trattato contro le doppie imposizioni, abbiano notificato al depositario (il segretario generale dell'OCSE) il medesimo trattato: la Convenzione Multilaterale modifica, infatti, solo gli accordi fiscali in vigore tra due o più parti/giurisdizioni/territori, rispetto ai quali ciascuna delle parti abbia effettuato la notifica al depositario (c.d. *Covered Tax Agreements*).

(15) Il Pillar 2 prevede in realtà “due coppie” di regole di coordinamento tra giuri-

Ciò posto, la clausola “sostanzialistica” del beneficiario effettivo, pur applicandosi a tutti i flussi in uscita, con riferimento ai quali lo Stato della fonte è tenuto convenzionalmente ad applicare le ritenute in misura ridotta o il regime d’esenzione, solleva taluni profili di criticità applicativa con riguardo ai dividendi, in quali, a differenza degli interessi e delle *royalties*, “fluiscono lungo la catena societaria in forza di contratti di natura associativa e non sinallagmatica: per essi, un obbligo di riversamento (sia pure desumibile in via di fatto) può sussistere – chiarisce il nuovo par. 12.4 del Commentario all’art. 10 – solo ove il percettore sia un ‘agent, nominee, conduit company acting as a fiduciary or administrator’” (16).

Dalle considerazioni che precedono emerge come, in sede convenzionale, la clausola del beneficiario effettivo, pur essendo applicabile sia agli interessi e *royalties* sia ai dividendi, finisce per assumere con riferimento a tali ultimi componenti reddituali una connotazione più sfumata, prevedendo che non sia necessario che il percettore abbia il potere di utilizzare e godere del dividendo in modo pieno e assoluto, essendo sufficiente constatare l’insussistenza di obbligazioni di ri-trasferimento in favore di altri soggetti (17).

Questa precisazione, contenuta nel Commentario all’art. 10 del Modello OCSE, appare particolarmente utile per superare tutte quelle criti-

sdizioni ed un criterio gerarchico di applicazione, tuttora in fase di definizione: 1) *an inclusion rule* (con annessa “*a switch over rule*” nei trattati), rivolta al Paese di residenza della *ultimate parent*; e 2) *an undertaxed payment rule* (con annessa “*a subject to tax rule*” nei trattati), rivolta ai Paesi della fonte in cui sono localizzate *subsidiary, branch*, ecc. In particolare, per quanto riguarda lo Stato della fonte, la *subject to tax rule* è la regola studiata per essere inserita, nelle convenzioni contro le doppie imposizioni a completamento delle disposizioni sui pagamenti che nello Stato del beneficiario sono tassati ad un livello inferiore alla soglia minima da concordare. La *subject to tax rule* comporta, a vantaggio del Paese della fonte, un’espressa deroga (analoga a quella prevista dalla *switch over rule* a vantaggio dello Stato di residenza) rispetto alla ripartizione dei diritti impositivi pattuita bilateralmente, stabilendo che siano negati i previsti benefici convenzionali (regimi di esenzione o di riduzione delle ritenute nello Stato della fonte) relativi a determinati elementi di reddito (ad esempio, interessi e *royalties*) quando i relativi pagamenti non sono soggetti presso il beneficiario al tasso d’imposizione minimo.

(16) Cfr. Assonime, *Dividendi “in uscita”: le nozioni di beneficiario effettivo e di abuso del diritto alla luce delle sentenze della Corte di Giustizia UE (c.d. “sentenze danesi”)*, Note e Studi, 2020, 10, 5.

(17) Ciò che deve essere evitato è che *the recipient’s right to use and enjoy (e non, the full right, n.d.r.) the dividend is constrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person*. Le obbligazioni di “ritrasferimento” devono riguardare direttamente – secondo quanto si afferma nel Commentario all’art. 10 – i dividendi ricevuti (come, ad esempio, nel caso delle note operazioni di *dividend washing*) e che sono, quindi, escluse le obbligazioni legali o contrattuali ad essi non correlate, anche se il percettore utilizza le risorse per soddisfare queste obbligazioni.

cità applicative derivanti dall'utilizzo di *subholding* e di nuovi veicoli di investimento in operazioni legittime, in quanto riesce a restituire alla clausola del beneficiario effettivo quella finalità di equilibrare "l'esigenza, da un lato, di non interferire con la libertà di ciascuno Stato contraente di decidere la propria politica fiscale e l'esigenza, dall'altro lato, di tutelare l'integrità delle basi imponibili rispetto alle triangolazioni ed alle strategie aggressive di *treaty shopping* dei contribuenti" (18).

In definitiva, la clausola del beneficiario effettivo contenuta nel Modello OCSE, posto che il fine dei trattati è quello di eliminare (o attenuare) la doppia imposizione giuridica, rappresenta lo strumento attraverso il quale tale fine risulti armonizzato con la necessità di non interferire con le *policies* degli stati contraenti, che possono liberamente decidere, sulla base della legislazione interna, di non tassare, in tutto o in parte, i proventi per i quali la convenzione assegna loro la potestà impositiva.

In altri termini, ci si trova innanzi ad una clausola avente finalità antielusive specifiche, in quanto costituisce un efficace presidio affinché i benefici convenzionali – con l'intermediazione di agenti, fiduciari o società *conduit* – non siano fruiti da soggetti privi dei requisiti per evocare le norme pattizie.

2. – *Recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità sulla clausola convenzionale del beneficiario effettivo*

La giurisprudenza di legittimità (più recente) sembra muoversi nel solco tracciato dall'OCSE e, da ultimo, dalla Corte di Giustizia UE.

Secondo la Corte di cassazione, nell'ordinamento fiscale internazionale vige la clausola del beneficiario effettivo, in virtù della quale può fruire dei vantaggi garantiti dai Trattati solo il soggetto sottoposto alla giurisdizione dell'altro Stato contraente, che abbia l'effettiva disponibilità giuridica ed economica del provento percepito, realizzandosi altrimenti una traslazione impropria dei benefici convenzionali o addirittura un fenomeno di non imposizione (19). L'accertamento in ordine alla sussistenza dei requisiti

(18) Cfr. Assonime, *Dividendi "in uscita": le nozioni di beneficiario effettivo e di abuso del diritto alla luce delle sentenze della Corte di Giustizia UE (c.d. "sentenze danesi")*, in *Note e Studi*, 2020, 10, 4.

(19) Cass., 16 dicembre 2015, n. 25281, si è pronunciata sull'applicabilità della normativa CFC nei rapporti tra una società italiana e la sua controllata estera residente a Cipro, costituita in attuazione agli obblighi di *regulatory* interni posti dall'Autorità di vigilanza cipriota, che imponevano la residenza a Cipro del soggetto diretto titolare della posizione di controllo. Cass., 16 dicembre 2015, n. 25281, nel vagliare la compatibilità fra la disciplina CFC e le norme convenzionali, ha richiamato il principio generale che riconosce il ruolo delle convenzioni contro le doppie imposizioni quale strumento di prevenzione da fenomeni

convenzionali necessari per il riconoscimento dei benefici⁽²⁰⁾ è rimesso al giudice di merito, chiamato a compiere un'indagine sugli elementi fattuali e sul ruolo concreto delle parti nel rapporto⁽²¹⁾, soprattutto in presenza di

di doppia imposizione giuridica nonché di evasione fiscale, cosicché anche la mancanza di un'esplicita menzione della *beneficial ownership clause* all'interno della convenzione bilaterale non priva di efficacia il generale rilievo antiabuso che tale strumento assume nell'ordinamento fiscale internazionale. Lo stesso principio è stato confermato da Cass., 19 dicembre 2018, n. 32840, pur se in materia di *royalties*. Nel caso di specie la Corte di cassazione ha escluso la qualifica di beneficiario effettivo di *royalties* corrisposte da una società italiana alla società tedesca che operava quale intermediaria della casa-madre statunitense (effettiva proprietaria dei marchi e brevetti il cui sfruttamento era stato concesso alla società italiana). Trattasi, ad ogni modo, di principi espressi rispetto a fattispecie nelle quali venivano in rilievo rapporti intraeuropei.

⁽²⁰⁾ Cass., ord. 21 novembre 2019, n. 30371, si è pronunciata sul diritto al credito di imposta previsto dall'art. 10 della Convenzione Italia - Regno Unito per evitare le doppie imposizioni 21 ottobre 1988, ratificata e resa esecutiva dalla l. n. 329 del 1990, che richiede una duplice dimostrazione. Da un lato, la società del Regno Unito che riceve i dividendi deve esserne la beneficiaria effettiva; dall'altro, la società che riceve i dividendi e il credito di imposta deve essere a tale titolo soggetta all'imposta nel Regno Unito. Secondo la S.C. grava sulla società che ha percepito i dividendi l'onere probatorio, che investe gli elementi costitutivi del diritto del contribuente beneficiario a non subire una seconda tassazione della stessa ricchezza già tassata e di conseguire il rimborso di quanto indebitamente pagato.

⁽²¹⁾ Cass., 28 dicembre 2016, n. 27112, intervenuta in relazione alla Convenzione italo-francese 5 ottobre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con la l. n. 20 del 1992, ha evidenziato che i requisiti convenzionali di "beneficiario effettivo" dei dividendi e di "sede di direzione effettiva" nello Stato contraente devono essere accertati, in fatto, tenendo conto della peculiarità dell'oggetto e della natura della società madre percipiente. Secondo la S.C. qualora quest'ultima rivesta la qualità di "*holding*" o "*subholding*" di pura partecipazione, i requisiti non possono essere esclusi per la sola mancanza di una significativa struttura organizzativa, della esiguità di costi gestionali e di crediti operativi e per l'omessa fatturazione di servizi gestionali a favore della società figlia erogante, e nemmeno per il fatto che la società madre percipiente sia, a sua volta, totalitariamente partecipata da una capogruppo residente in uno Stato non contraente. Spetta al giudice di merito svolgere un'adeguata indagine verificando, per ciò che riguarda la qualità di "beneficiario effettivo" dei dividendi percepiti, il trattenimento e autonomo impiego dei dividendi medesimi ovvero la loro traslazione alla capogruppo residente nello Stato non contraente, e, per quanto concerne la "sede di direzione effettiva" nello Stato contraente, il luogo di effettiva adozione delle decisioni direttive, amministrative e di coordinamento delle partecipazioni possedute dalla società madre percipiente, secondo l'attività tipica di "*holding*" da quest'ultima esercitata. In maniera conforme, Cass., 10 luglio 2020, n. 14756, sulla scia delle sentenze c.d. danesi e concernente il riconoscimento dello *status* di BO ad una *subholding* attraverso cui erano stati "veicolati" finanziamenti relativi ad una complessa operazione di *leveraged buyout*, ha ribadito, in via generale, che "anche una *subholding* 'pura' può essere considerata beneficiario effettivo" in quanto "la circostanza che la società percipiente detenga, tra le proprie attività, unicamente delle partecipazioni di controllo, così come l'eventualità che essa stessa sia a sua volta controllata interamente da altra società non residente in uno Stato stipulante (c.d. controllo 'a cascata'), non comprovano, di per sé, l'artificiosità ovvero la strumentalità della medesima".

schemi fiduciari articolati che vedono intervenire più soggetti, con collocazione geografica differente.

La giurisprudenza sembra condividere, dunque, la necessità di una valutazione di natura sostanziale e una verifica di coerenza rispetto allo scopo perseguito dalle Convenzioni stipulate, nonostante siano (ancora) invero rintracciabili alcune posizioni criticabili⁽²²⁾: i) secondo una prima ricostruzione, in ambito convenzionale, la clausola del beneficiario effettivo costituirebbe “una sorta di precipitato normativo del principio generale di cui all’art. 31 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, in base al quale un trattato deve essere interpretato secondo buona fede ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo; parametri che, anche nei casi di inesistenza di previsione testuale, indurrebbero comunque a non riconoscere il regime di favore alla società madre che non essendo il beneficiario effettivo dei dividendi che danno luogo al credito d’imposta – abbia abusato del trattato mediante un’allocazione territoriale strumentale, stravolgendone appunto l’oggetto e lo scopo pratico (c.d. ‘*treaty abuse*’)”⁽²³⁾; ii) secondo un’altra impostazione, ancora non esplicitamente rinnegata, i certificati di residenza fiscale rilasciati dalle autorità estere assumerebbero valore di prova dirimente (*form over substance approach*) ai fini della sussistenza o meno della qualifica di beneficiario effettivo⁽²⁴⁾.

(22) Si tratta di temi che, di recente, sono stati oggetto di esame critico da parte della dottrina. Si vedano, fra gli altri, E. Della Valle, *Spetta al contribuente provare la natura di beneficiario effettivo del percipiente non residente*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2019, 65 ss.; G. Marino – R. Focchi, *Elementi di non contestabilità dello status di beneficiario effettivo di interessi UE intercompany*, in *Corr. trib.*, 2018, 2044 ss.; P. Piantavigna – P. Ronca, *Il sostituto d’imposta non deve investigare sul reale beneficiario degli interessi passivi – I riflessi della clausola convenzionale del beneficiario effettivo sul regime di responsabilità del sostituto d’imposta*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2018, 618 ss.; E. Artuso – I. Bisinella, *Brevi note in tema di holding, beneficiario effettivo, valore dei certificati di residenza: “incroci pericolosi” in un recente arresto giurisprudenziale, retro*, 2019, 768 ss.; G. Escalar, *La nuova definizione OCSE di beneficiario effettivo*, in *Corr. trib.*, 2017, 3685 ss.

(23) Cass., 30 settembre 2019, nn. 24287, 24288, 24289, 24290 e 24291; Cass., 28 dicembre 2016, n. 27113. Sul punto v. i commenti di A. Ballancin, *Diretrici evolutive della clausola del beneficiario effettivo: ritorno alle origini?*, in *Corr. trib.*, 2020, 477 ss.; S. Marioni, *La rilevanza sostanziale della nozione convenzionale di beneficiario effettivo dei dividendi*, in *Strumenti finanziari e fiscalità*, 2020, 161 ss.; A. Veneruso, *Applicazione indiretta dei trattati: distribuzione di dividendi al beneficiario effettivo attraverso strutture c.d. pass trough*, in *Fisc. comm. int.*, 2020, 48 ss.

(24) Cass., 19 dicembre 2018, nn. 32840, 32841 e 32842. Sul punto, F. Famà, *Clausola del “beneficiario effettivo” e articolazione dell’onere della prova nell’evoluzione del diritto tributario dei trattati ed europeo*, in *Riv. tel. dir. trib.* del 6 gennaio 2021, argomenta in merito alle ragioni per le quali i certificati di residenza rilasciati dalle Autorità fiscali straniere non sono idonei a fornire la prova di tutti gli elementi che oggi sono ritenuti costitutivi della fattispecie.

Ciò premesso, si passerà ad analizzare i più recenti arresti giurisprudenziali di legittimità resi in tema di beneficiario effettivo, la quale locuzione, evidentemente, oltre ad avere un rilievo importante ai fini della corretta fruizione dei benefici convenzionali, assume parimenti rilevanza ai fini della fruizione dei benefici previsti dalla Direttiva Madre-Figlia (che, tuttavia, non contiene alcun riferimento alla locuzione in esame) e dalla Direttiva Interessi-Royalties (la quale, invece, individua esplicitamente “la clausola” del beneficiario effettivo).

3. – *Il requisito dell'assoggettamento ad imposta previsto ai fini dell'applicazione del regime di esenzione di cui alla Direttiva Madre-Figlia*

In primo luogo, è opportuno premettere che nella dir. 30 novembre 2011, n. 2011/96/UE (c.d. “Direttiva Madre-Figlia”) non è rintracciabile la clausola del beneficiario effettivo e ciò perché il fine di tale direttiva, a differenza di ciò che accade a livello convenzionale, è quello di rimuovere non solo la doppia imposizione giuridica ma anche la doppia imposizione economica.

Posto che il fine della Direttiva Madre-Figlia è quello di tassare l'utile una sola volta presso la società figlia e di esentare da ritenuta nello Stato della fonte i dividendi attinti e distribuiti da quel medesimo utile, si evince come, in questo caso, sia irrilevante che il percettore – il quale, a differenza di quanto avviene in ambito convenzionale, non deve essere assoggettato ad imposizione sui dividendi né nel Paese di origine né in quello di destinazione – integri i requisiti per essere considerato beneficiario effettivo.

Ciò che conta è la sussistenza dei requisiti stabiliti nella direttiva, ossia: *i)* il percettore dei dividendi, titolare di una partecipazione al capitale non inferiore al 10 per cento, deve essere un soggetto “corporate” (fiscalmente opaco) che rivesta una delle forme giuridiche tassativamente previste dall'Allegato 1, parte A; *ii)* il socio percipiente deve essere assoggettato ad imposta nello Stato di residenza, e, inoltre, non deve godere di regimi di opzione o di esonero⁽²⁵⁾.

Trattasi di un requisito funzionale a definire l'ambito di applicazione della Direttiva, finalizzato ad escluderne l'operatività nei casi in cui non sussistano rischi di doppia imposizione.

È sorto un importante dibattito in merito al requisito in parola perché non è chiaro se l'assoggettamento ad imposta debba tradursi necessariamente

⁽²⁵⁾ Per un più ampio approfondimento degli ambiti e dei meccanismi applicativi delle direttive che rimuovono ostacoli tributari nel mercato interno, si rinvia a P. Pistone, *Diritto tributario europeo*, Torino, Giappichelli ed., 2020, 228 ss.

te in un esborso del contribuente (“*effective liability to tax*”), ovvero se l’assoggettamento possa essere anche soltanto teorico (“*liability to tax*”) (26).

Sul punto, si sono registrati due contrapposti orientamenti giurisprudenziali sull’interpretazione del concetto di *liability to tax*: uno estensivo – formale per il quale l’assoggettamento può essere soltanto teorico e potenziale e l’altro, invece, restrittivo, secondo cui l’assoggettamento fiscale del soggetto residente debba essere valutato in termini effettivi.

Tra le pronunce in linea con l’orientamento più restrittivo, si segnala la sentenza della Corte di Cassazione, 10 ottobre 2019, n. 25490.

In particolare, nella fattispecie esaminata dalla Corte, una società italiana aveva deliberato dividendi alla sua capogruppo lussemburghese, applicando una ritenuta alla fonte, nella misura ridotta del 5 per cento, così come previsto dalla vigente Convenzione contro le doppie imposizioni tra Italia e Lussemburgo.

Tale ritenuta veniva in seguito rimborsata, ai sensi del comma 1 dell’art. 27-*bis* del d.p.r. n. 600 del 1973, a seguito di richiesta presentata da parte della società olandese.

Tuttavia, successivamente, l’Amministrazione finanziaria, ritenendo che la società non avesse diritto né ai benefici della Direttiva, né all’aliquota ridotta prevista dalla Convenzione, richiedeva alla società lussemburghese il pagamento di tutte le imposte dovute. Di conseguenza, quest’ultima agiva in giudizio, senza ottenere ragione dinanzi ai giudici di merito.

In particolare, i giudici di secondo grado escludevano il diritto alla restituzione della ritenuta sui dividendi sulla base di plurimi argomenti, ossia: l’applicazione, in ordine alla distribuzione dei dividendi, della c.d. *participation exemption*; l’utilizzazione della società «figlia», quale *conduit company*, allo scopo di spostare flussi di reddito da Stati ad alta tassazione ad altri a bassa tassazione; la mancata prova che i dividendi corrisposti alla società-madre fossero stati assoggettati all’imposta sulla società.

Nel caso di specie, la ricorrente, quale società-madre, non aveva dimostrato di aver assolto l’imposta prevista dalla Direttiva, come prescritto dall’art. 27-*bis*, 1° comma, lett. c), d.p.r. n. 600 del 1973, secondo cui il diritto alla restituzione delle ritenute versate sui dividendi è subordinato all’assoggettamento ad una delle imposte indicate nella stessa direttiva.

Avverso la decisione dei giudici di secondo grado, che confermavano, dunque, la correttezza dell’operato dell’Ufficio, la società lussemburghese

(26) Per una disamina del tema in chiave convenzionale, v. N. Sartori, *Doppia non imposizione e convenzioni internazionali: note a margine di una recente e ineccepibile decisione della cassazione*, in *Riv. dir. trib. on-line* del 2 ottobre 2019.

proponeva ricorso in Cassazione. Quest'ultima era, pertanto, chiamata a pronunciarsi sulla portata dell'art. 27-*bis*, d.p.r. n. 600 del 1973, nonché sui presupposti d'applicabilità della Convenzione italo-lussemburghese.

La Suprema Corte ha confermato la decisione della Comm. trib. reg., osservando che, nel caso concreto, la ricorrente non aveva allegato di essere soggetta, nello Stato di residenza (Lussemburgo), ad una delle imposte indicate nella direttiva comunitaria.

Pertanto, la Suprema Corte ha concluso affermando che, alla stregua del quadro normativo di riferimento, il diritto alla restituzione delle ritenute applicate sui dividendi erogati dalla società-figlia doveva essere escluso, poiché subordinato al pagamento, da parte della società-madre, dell'imposta sulle società.

Un altro elemento di dibattito è certamente ritraibile dalla circostanza che solitamente sono escluse dall'ambito applicativo della Direttiva Madre-Figlia quelle società che godono di una piena esenzione di tipo soggettivo, e cioè delle esenzioni che *ab origine* escludono il sorgere dell'obbligazione tributaria.

Più controversa è, invece, la questione relativa all'applicabilità dei benefici previsti dalla Direttiva alle fattispecie di esenzione soggettiva parziale. In particolare, non è chiaro se i benefici della Direttiva Madre-Figlia debbano essere concessi in relazione a tutti gli utili della società parzialmente esente, ovvero solo con riferimento agli utili che afferiscono all'attività imponibile. Non dovrebbero, invece, determinare l'esclusione dai benefici le esenzioni di tipo oggettivo.

Al riguardo, sembra di diverso avviso la Corte di Giustizia UE, la quale, con la sentenza 8 marzo 2017, causa C-448/15, *Wereldhave*, ha escluso l'applicabilità della Direttiva nei confronti di due società percipienti olandesi, soggette a imposta sui redditi con aliquota dello 0 per cento⁽²⁷⁾.

In particolare, una società in accomandita per azioni belga distribuiva dividendi a favore di due società olandesi, le quali chiedevano ed ottenevano dal Tribunale di primo grado di Bruxelles l'esenzione da ritenuta alla fonte sui dividendi percepiti.

Di contro, l'amministrazione belga impugnava la decisione di prima istanza.

(27) Cfr. P. Arginelli, *The Subject-to-Tax Requirement in the EU Parent-Subsidiary Directive (2011/96)*, in *European Taxation*, 2017, 334; F. Roccatagliata, *La società-madre non tassata non può beneficiare del rimborso della ritenuta alla fonte – ritenute alla fonte sui dividendi in uscita: quando la Direttiva “Madre-Figlia” non elimina la doppia imposizione*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2018, 224 ss.

Nello specifico, l'Ufficio fiscale escludeva il beneficio alle società richiedenti l'esenzione, sul presupposto che quest'ultime beneficiavano di un'aliquota pari allo 0 dell'imposta sulle società.

A tal riguardo, la Corte di Giustizia ha statuito che l'art. 2, 1° comma, lett. c), della Direttiva “enuncia un criterio di qualificazione positivo, ossia essere assoggettato all'imposta di cui trattasi, e un criterio negativo, vale a dire non essere esentato da tale imposta e non avere alcuna possibilità di opzione”.

Di conseguenza, secondo i giudici europei, proprio l'enunciazione di tali due criteri contrapposti fa ritenere che, per una società, non sia sufficiente rientrare unicamente nell'ambito di applicazione dell'imposta, ma occorre altresì escludere tutte quelle situazioni da cui derivi “la possibilità che, nonostante un assoggettamento a tale imposta, la società non sia effettivamente tenuta al pagamento della stessa”.

Orbene, una società formalmente assoggettata ad imposta con aliquota dello 0 per cento si troverebbe, in sostanza, nella stessa situazione che la Direttiva mira ad escludere, ossia la situazione in cui essa non sia tenuta al pagamento di tale imposta.

Pertanto, in siffatte circostanze, appare del tutto condivisibile la preoccupazione della Corte europea di circoscrivere l'ambito di operatività della Direttiva a quelle società che risultino effettivamente assoggettate ad un'imposta sui redditi, con aliquota diversa dallo 0.

Inoltre, secondo la Corte, tale conclusione sarebbe supportata anche sul piano sistematico e teleologico, dal momento che lo scopo della Direttiva è quello di tutelare la neutralità fiscale delle distribuzioni di utili, eliminando la doppia imposizione con le modalità previste dagli artt. 4 e 5 della Direttiva stessa.

Alla luce delle considerazioni fatte dalla Corte UE, dunque, non dovrebbe trovare applicazione la Direttiva Madre-Figlia (e, di conseguenza, l'art. 27-*bis*, d.p.r. n. 600 del 1973) sia quando le società beneficiano di esenzioni da imposte di tipo soggettivo, sia quando le società godono di esenzioni oggettive totali.

Al contrario, si ritiene che non dovrebbero determinare l'esclusione dei benefici le esenzioni di tipo oggettivo riferibili solo a determinate categorie di reddito o attività.

Quest'ultima conclusione non sembra però condivisa dalla Corte di Cassazione, la quale, con sentenza n. 32255 del 13 dicembre 2018⁽²⁸⁾, ha

⁽²⁸⁾ Oggetto di commento da parte di M. Antonini – R.A. Papotti, *Il requisito dell'assoggettamento a imposta per l'esenzione da ritenuta sugli utili a società non residenti*, in *Corr. trib.*, 2019, 376 ss.

escluso il diritto di una società residente in Lussemburgo ad ottenere il rimborso della ritenuta applicata in Italia, a fronte della sostanziale esenzione da tassazione del dividendo in Lussemburgo.

Il caso esaminato dalla Suprema Corte aveva ad oggetto il ricorso avverso il diniego, opposto dall'Amministrazione finanziaria, del rimborso della ritenuta applicata in relazione ai dividendi distribuiti da una s.p.a. fiscalmente residente in Italia a favore della propria controllante con sede legale in Lussemburgo e ivi soggetta a imposte sul reddito.

Confermando la decisione espressa dalla Comm. trib. reg. Abruzzo, i giudici di legittimità hanno rigettato il ricorso della società lussemburghese sul presupposto che la stessa non avesse diritto al rimborso della ritenuta applicata, poiché i dividendi distribuiti godevano del regime di *dividend exemption* lussemburghese.

Pertanto, è stato affermato che l'esenzione da ritenuta non era, nel caso di specie, ammissibile in quanto "la società lussemburghese godeva dell'esenzione dei dividendi nel Paese di residenza, per cui non poteva cumulare tale beneficio con quello della restituzione della ritenuta subita sui dividendi in Italia".

Secondo gli Ermellini, dunque, la circostanza che in Lussemburgo la società fosse assoggettata all'imposta sui redditi sarebbe di per sé irrilevante, in quanto il rischio di doppia imposizione verrebbe meno per effetto del regime lussemburghese di esenzione dei dividendi.

Tuttavia, il principio espresso dalla Suprema Corte non è pienamente condivisibile, in quanto contrasta con il dettato normativo della Direttiva Madre-Figlia, il cui scopo, come già ricordato, è quello di eliminare fenomeni di doppia imposizione economica e giuridica.

Subordinare l'esenzione da ritenuta alla condizione che il dividendo sia effettivamente tassato nello Stato di residenza della società percipiente contrasterebbe, infatti, con gli obiettivi propri della Direttiva, in quanto non verrebbe meno la doppia imposizione economica sugli utili generati dalla controllata italiana.

In secundis, i giudici di legittimità non hanno ben interpretato i principi espressi dalla Corte di Giustizia nella pronuncia prima richiamata.

Come visto, nella sentenza *Wereldhave* è stata negata l'applicabilità della Direttiva nei confronti di società madri soggette ad imposta con aliquota dello 0 per cento e, dunque, sostanzialmente esenti da imposta.

Di contro, nella fattispecie esaminata dai giudici di legittimità, l'esenzione era limitata ai soli dividendi ed era, pertanto, di tipo parziale.

4. – *Iterazioni tra benefici da Direttiva Madre-Figlia e benefici convenzionali: fattispecie peculiari riguardanti i Trattati sottoscritti dall'Italia con Francia, Germania e Regno Unito*

In prima battuta, occorre ricordare come in ambito “convenzionale”, a differenza che nell’ambito europeo, la definizione di beneficiario effettivo è definita “in positivo”, con la conseguenza che riveste tale particolare qualifica il soggetto cui non solo è attribuita la titolarità formale di un reddito, ma che è anche dotato rispetto a questo di poteri gestori e di diritti di godimento rilevanti, non essendo vincolato da alcun obbligo legale o contrattuale di ri-trasferimento dei medesimi redditi a terzi⁽²⁹⁾.

Ciò premesso, in favore dell’Amministrazione finanziaria si è pronunciata la Corte di Cassazione con la sentenza n. 33407 del 27 dicembre 2018, avente ad oggetto l’impugnazione di un diniego tacito ad un’istanza di rimborso di un credito di imposta su dividendi corrisposti ad una società francese effettuata ai sensi dell’art. 10, par. 4, lett. b), della Convenzione contro le doppie imposizioni Italia – Francia⁽³⁰⁾.

Più specificatamente, nel corso del giudizio la società affermava di aver dimostrato di possedere tutti i requisiti previsti dalla norma convenzionale per ottenere il rimborso, tra i quali l’attestazione di residenza fiscale rilasciata dall’Amministrazione fiscale francese. Proprio in forza di tale certificato, la società riteneva di aver provato di essere assoggettata all’imposta sulle società in Francia.

La Comm. trib. reg. Abruzzo negava la spettanza del rimborso, in quanto la società non aveva provato l’effettivo assoggettamento ad imposta in Francia degli utili distribuiti dalla società figlia italiana.

Dal canto suo, la Suprema Corte ha stabilito che, pur perseguendo (in parte) lo stesso obiettivo, le Convenzioni contro le doppie imposizioni e la Direttiva non sono sovrapponibili, atteso che esse muovono da presupposti soggettivi e soglie rilevanti di partecipazione diversi e prevedono diverse modalità e strumenti di eliminazione, o quantomeno di attenuazione, della doppia imposizione in senso sia “giuridico” sia “economico”.

A chiosa di tale analisi, i giudici della Corte di Cassazione hanno affermato, dunque, che lo stesso obiettivo, ossia evitare la doppia imposi-

⁽²⁹⁾ Cfr. A. Contrino, *Note in tema di dividendi “intraeuropei” e “beneficiario effettivo”, tra commistioni improprie della prassi interna e nuovi approdi della giurisprudenza europea*, in *Riv. dir. trib. on-line* del 3 febbraio 2020; F. Famà, *Clausola del “beneficiario effettivo” e articolazione dell’onere della prova nell’evoluzione del diritto tributario dei trattati ed europeo*, in *Riv. tel. dir. trib.* del 6 gennaio 2021.

⁽³⁰⁾ Cfr. M. Manca, *Persistenti (dis)interpretazioni della Direttiva Madre-Figlia da parte dei giudici tributari italiani*, in *Riv. dir. trib. on – line* del 17 giugno 2019.

zione, può essere perseguito facendo ricorso alternativo agli strumenti previsti sia dalla Direttiva sia dalla Convenzione bilaterale, evidenziando, tuttavia, che l'eliminazione o l'attenuazione della doppia imposizione non deve determinare l'effetto contrario rappresentato da una duplice non imposizione.

Sulla scorta delle argomentazioni sin qui delineate, pertanto, la Suprema Corte ha pronunciato il seguente principio di diritto: “la società madre francese che riceve dalla società figlia italiana dividendi esenti da tassazione per effetto dell'attuazione in Francia della Direttiva 90/435/CEE non ha diritto al credito d'imposta previsto dall'art. 10, p. 4, lett. *b*), della Convenzione Italia – Francia 5 ottobre 1989, ratificata con Legge n. 20 del 1992, in quanto l'esenzione di fonte comunitaria esclude la doppia imposizione che il credito di fonte pattizia è diretto a neutralizzare”.

Sulla stessa linea si pongono le sentenze n. 23367 e n. 23792 rispettivamente del 6 e dell'11 ottobre 2017.

In tale occasione, la Quinta sezione della Corte di Cassazione si è pronunciata in relazione a due ricorsi presentati da una società francese contro il diniego opposto dal Centro Operativo di Pescara al rimborso del credito di imposta previsto nell'ambito dell'art. 10, 4° comma, lett. *b*), della Convenzione contro le doppie imposizioni tra Italia e Francia.

Ripercorrendo brevemente i fatti di causa, la ricorrente, dopo aver percepito dei dividendi dalla controllata italiana, beneficiando delle esenzioni concesse dalla Direttiva Madre-Figlia, reclamava, con domanda inoltrata al COP, il rimborso del credito di imposta pari alla metà di quanto sarebbe stato riconosciuto se il percettore fosse stato residente nello Stato italiano.

Soccombente in entrambi i gradi di giudizio, la società francese proponeva ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione.

La Corte di Cassazione, richiamando alcuni precedenti⁽³¹⁾, ha confermato la tesi dell'alternatività ed ha escluso così la cumulabilità tra credito convenzionale e regime di esenzione di cui all'art. 27-*bis* del d.p.r. n. 600 del 1973.

Si ricorda che, a tale conclusione era pervenuto altresì il Ministero delle Finanze che, con la circolare 10 agosto 1994, n. 15/E, aveva stabilito che, sebbene “non possano cumularsi *sic et simpliciter* gli effetti della Direttiva e delle singole convenzioni”, è comunque compito dell'autorità di ciascun Stato contraente indicare, dietro apposita consultazione bilaterale, se ed in che limiti le citate previsioni convenzionali possano ritenersi

(31) Cfr. Cass., 28 dicembre 2016, n. 27111; Cass., 12 marzo 2009, n. 5943.

compatibili, e, quindi, cumulabili, con il regime di esenzione previsto dalla Direttiva Madre-Figlia.

In leggera controtendenza con l'orientamento giurisprudenziale sin qui segnalato si è posta la sentenza della Suprema Corte n. 30140 del 20 novembre 2019, con cui è stata sostenuta, con riferimento alla Convenzione italo – tedesca che adotta il metodo dell'esenzione per eliminare la doppia imposizione sui dividendi, la liceità della “combinazione” di tale esclusione impositiva con i vantaggi fiscali offerti dalla Direttiva Madre-Figlia, al fine di ottenere la totale eliminazione della doppia imposizione, giuridica ed economica⁽³²⁾.

In aperta controtendenza rispetto ai precedenti arresti, i giudici di legittimità, con la sentenza n. 2313 del 31 gennaio 2020⁽³³⁾, sono tornati a pronunciarsi sul regime fiscale applicabile ai dividendi corrisposti da una società italiana in favore della società madre, residente in un diverso Stato membro.

La questione posta al vaglio della Suprema Corte riguardava il caso di una società madre, residente nel Regno Unito, che si era vista rigettare da parte del COP la richiesta di rimborso del credito d'imposta, relativo ai dividendi percepiti da alcune società figlie con sede in Italia e da essa controllate.

La società madre impugnava il diniego di rimborso dinanzi alla Comm. trib. prov. Pescara, denunciando, tra gli altri motivi, la violazione delle norme contenute nella Convenzione contro le doppie imposizioni tra Italia e Regno Unito, nonché la violazione delle disposizioni contemplate nella Direttiva UE Madre-Figlia.

Il ricorso veniva rigettato in primo grado e la società inglese proponeva appello davanti alla Comm. trib. reg. Abruzzo.

Nel dettaglio, i giudici di appello non accoglievano le doglianze della ricorrente, asserendo che il credito di imposta di cui all'art. 10, par. 4, della Convenzione Italia – Regno Unito fosse incompatibile con l'esenzione da ritenuta sui dividendi di fonte italiana, essendo il rischio di doppia imposizione già stato perfettamente eliminato con quest'ultima misura.

⁽³²⁾ Cfr. F. Roccatagliata, *Direttiva Madre-Figlia: vantaggi fiscali cumulabili con il metodo dell'esenzione della convenzione italo-tedesca*, in *Corr. trib.*, 2020, 222 ss.

⁽³³⁾ Con commento di A. Manzitti, *La doppia imposizione internazionale nel difficile coordinamento tra convenzioni bilaterali e Direttiva Madre-Figlia*, in *Riv. dir. trib. on-line* del 22 aprile 2020; J. Rosa – A. Corsello, *Revirement della Cassazione sui dividendi transfrontalieri: riconosciuta l'esenzione per la distribuzione da società figlia italiana nei confronti della madre comunitaria*, in *Riv. dir. trib. on-line* dell'8 maggio 2020.

Così la società inglese proponeva ricorso per Cassazione, lamentando l'errata applicazione delle disposizioni contemplate nella Convenzione e nella Direttiva Madre-Figlia.

In primo luogo, la Corte di legittimità ha osservato come la direttiva 90/434 affermi, nel terzo considerando, che “le attuali disposizioni fiscali che disciplinano le relazioni tra società madri e società sono, in generale, meno favorevoli di quelle applicabili alle relazioni tra società madri e società figlie di uno stesso Stato membro; che la cooperazione tra società di Stati membri diversi viene perciò penalizzata rispetto alla cooperazione tra società di uno stesso Stato membro; che occorre eliminare questa penalizzazione instaurando un regime comune e facilitare in tal modo il raggruppamento di società a livello comunitario”.

Successivamente, la Corte ha precisato come, nel caso di specie, la questione dovesse essere analizzata alla luce del principio della neutralità nella tassazione nei rapporti transazionali.

Da questo punto di vista, è stato rilevato come, alla luce della sentenza della Corte di Giustizia UE 19 dicembre 2019, emessa nell'ambito della causa C-389/18, *Brussels Securities*, la circostanza che il dividendo distribuito da parte della società figlia non fosse stato soggetto a ritenuta in Italia, non avrebbe eliminato necessariamente il rischio di doppia imposizione economica e di violazione della neutralità fiscale⁽³⁴⁾.

A tal proposito, la Suprema Corte ha ricordato che la doppia imposizione viene definita economica “quando due Stati sottopongono a imposizioni contribuenti diversi per lo stesso reddito e viene definita ‘giuridica’ quando due Stati sottopongono a imposizione lo stesso contribuente per lo stesso reddito, laddove l'eliminazione della prima è ritenuta obiettivo tipico dell'UE”.

Inoltre, secondo i giudici di legittimità, occorre tenere presente che, seppure non riferita specificatamente ai rapporti col Regno Unito, la pronuncia della Corte di Giustizia 19 dicembre 2019 (causa C-389/18) esprime un principio generale laddove afferma che la Direttiva n. 90/435 mira ad eliminare, instaurando un regime fiscale comune, qualsiasi penalizzazione della cooperazione tra società di Stati membri diversi rispetto alla cooperazione tra società di uno stesso Stato membro e a facilitare in tal modo il raggruppamento di società a livello dell'Unione. Tale Direttiva tende così ad assicurare la neutralità, sotto il profilo fiscale, della distribu-

⁽³⁴⁾ Cfr. S.M. Ronco, *I piccoli passi forse non bastano più? Le acquisizioni della giurisprudenza sui casi danesi in tema di abuso del diritto, beneficiario effettivo e requisito dell'assoggettamento ad imposizione*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2020, 341 – 342.

zione di utili da parte di una società figlia con sede in uno Stato membro alla sua società madre stabilita in un altro Stato membro.

Indi chiarisce, al punto 36), che: “Al fine di assicurare l’obiettivo della neutralità, sotto il profilo fiscale, della distribuzione di utili da parte di una società figlia con sede in uno Stato membro alla sua società madre stabilita in un altro Stato membro, la Direttiva 90/435 mira ad evitare, in particolare, mediante la regola prevista al suo articolo 4, o paragrafo 1, primo trattino, una doppia imposizione di tali utili, in termini economici, vale a dire ad evitare che gli utili distribuiti siano colpiti, una prima volta, a carico della società figlia, e, una seconda volta, a carico della società madre”.

Nel caso in esame, come emerge chiaramente dalla sentenza della Comm. trib. reg., i dividendi in questione, inclusi dalla società madre nella base imponibile ai fini del rapporto con il fisco inglese, venivano detassati per effetto di un credito di imposta indiretto (*Underlying Tax Credit*), ragione per la quale la Comm. trib. reg. aveva concluso per il non pagamento dell’imposta nel Regno Unito. Di contro, secondo i giudici di legittimità, tale circostanza non sarebbe idonea ad eliminare la doppia imposizione.

È necessario, infatti, prendere in considerazione quanto affermato dalla Corte UE, secondo cui occorre evitare non solo la tassazione diretta dei dividendi in capo alla società madre, ma anche quella indiretta, intesa come conseguenza dell’applicazione di meccanismi che, sebbene accompagnati da esenzioni o deduzioni generate dalla volontà di tenere conto delle imposte pagate dalla società figlia nel proprio Stato, in concreto potrebbero causare in capo alla società madre un trattamento peggiore rispetto a quello che spetterebbe qualora le due società (madre e figlia) fossero dello Stato.

Per tali ragioni, dunque, la Suprema Corte ha cassato con rinvio la sentenza, ritenendo opportuno riesaminare il meccanismo di tassazione applicato nella specie per verificare se, nel caso concreto, sia stata evitata effettivamente la doppia imposizione, nel rispetto del principio di neutralità fiscale perseguito dalla Direttiva.

Da ultimo, si segnala che la Corte di Cassazione, con l’ordinanza 5 febbraio 2020, n. 2618⁽³⁵⁾, si è pronunciata con riferimento ad una fattispecie avente ad oggetto la richiesta di rimborso convenzionale del credito di imposta sui dividendi di fonte italiana a favore di un trust residente in Regno Unito⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ Gemella di Cass., ord. 5 febbraio 2020, n. 2617.

⁽³⁶⁾ Cfr. A. Contrino, *Rimborso del credito d’imposta sui dividendi e trust nel Trattato*

Si tratta di un caso peculiare perché i Giudici di legittimità hanno dovuto affrontare il tema dell'applicabilità ad un *trust* delle clausole del beneficiario effettivo e del c.d. "assoggettamento a imposizione" previste nell'art. 10, 4° comma, lett. a), della Convenzione Italia – Regno Unito.

Ebbene, i Supremi Giudici, dopo aver sostenuto la sussumibilità del *trust* fra le "persone" ammesse, ai sensi dell'art. 3 della Convenzione Italia – Regno Unito, a fruire dei benefici convenzionali⁽³⁷⁾, hanno concluso che, nel caso di specie, non potevano trovare applicazione le disposizioni convenzionali in quanto il *trustee* non aveva fornito "riscontri della struttura del *trust*, dei vincoli posti in capo al *trustee*, della possibilità di identificazione del beneficiario, a sua volta palese oppure occulto, della sua appartenenza al modello trasparente oppure opaco", elementi, questi, necessari, secondo il Supremo Collegio, ai fini della prova della qualifica di beneficiario effettivo dei dividendi di fonte italiana.

5. – *La clausola del beneficiario effettivo nella Direttiva Interessi-Royalties*

Com'è noto, la dir. 3 giugno 2003, n. 2003/49/CE (c.d. "*Direttiva Interessi-Royalties*") impone allo Stato in cui risiede la società che eroga tali proventi – e che li deduce dal proprio reddito imponibile – di rinunciare ad ogni potestà impositiva sulle società del gruppo residenti in altri stati membri UE (o stabili organizzazioni di società extra UE situate in Stato UE).

Tal regime di esenzione si applica al ricorrere congiunto di due requisiti in capo al percettore: *i)* deve configurarsi come una società "*liable to tax*"; *ii)* deve essere il beneficiario effettivo dei pagamenti in senso "pieno", un soggetto cioè effettivamente assoggettato a tassazione (*subject to tax*) su tali elementi reddituali nello Stato membro di residenza (o di stabilimento).

Come precisato da Assonime⁽³⁸⁾, "la ragione di questa rilevante differenza tra la IRD e la PSD deriva, ovviamente, dal fatto che, a differenza

Italia – Regno Unito: questioni in punto di soggettività convenzionale, beneficiario effettivo e subject to tax clause, in *Riv. dir. trib.*, 2020, 98 ss.

⁽³⁷⁾ Cfr. P. Baker, *The application of the Convention to partnership, trusts and other non-corporate entities*, in *Gray's Inn Tax Chamber Review*, 2002, 15 ss.; J. Prebble, *Trusts and double taxation agreements*, in *EJournal of Tax Research*, 2004, 192 ss.; C. Garbarino, *La soggettività del trust nelle Convenzioni per evitare le doppie imposizioni, retro*, 2000, 378 ss.; C. Sacchetto, *Brevi note sui trusts e le convenzioni contro le doppie imposizioni sul reddito*, in *Trusts*, 2000, 64 ss.; G. Corasaniti, *Il Modello Ocse di convenzione bilaterale contro la doppia imposizione e i trusts*, in V. Uckmar, *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 2002, 445 ss.

⁽³⁸⁾ Cfr. Assonime, *Dividendi "in uscita": le nozioni di beneficiario effettivo e di abuso*

dei dividendi, i pagamenti di interessi e canoni sono deducibili dal reddito della società debitrice e non potrebbe mai verificarsi, dunque, un'ipotesi di doppia imposizione economica", mentre, le differenze rispetto al Modello di Convenzione OCSE, stanno nella constatazione che lo Stato della fonte, una volta sottoscritta una convenzione, non dispone di alcuno strumento giuridico per negare l'esenzione (o le aliquote ridotte) nel caso in cui l'altro Stato contraente intenda non tassare quei componenti, con effetti di doppia non tassazione.

Diversamente, la Direttiva Interessi-Royalties contiene una clausola rafforzata del beneficiario effettivo, nella misura in cui, ai fini del riconoscimento dei benefici ivi previsti, è stabilito – a differenza di quanto avviene a livello convenzionale – che gli interessi e le *royalties* siano effettivamente assoggettati ad imposizione in capo al beneficiario.

Ciò premesso, passando all'analisi della giurisprudenza di legittimità espressasi sul tema, di sicuro interesse appare la sentenza n. 14756 del 14 luglio 2020⁽³⁹⁾ che, oltre a condensare gli orientamenti sino ad oggi registrati in seno al Supremo Consesso in tema di "beneficiario effettivo", rappresenta oltremodo la prima pronuncia resa in materia a seguito delle "sentenze danesi" della Corte UE.

In particolare, con tale pronuncia la Corte ha applicato i principi espressi dalla sentenza *N Luxembourg 1 e a.* della Corte UE ad un caso in cui una società di partecipazione intermedia (subholding pura) era sospettata di svolgere le funzioni di *conduit*.

Per quanto concerne i fatti, l'Amministrazione finanziaria sosteneva che il finanziamento tra la società italiana e la propria controllante estera, sorto a seguito di un'operazione di MLBO promossa dal gruppo cui appartenevano, fosse il "ribaltamento" di un finanziamento intercorso tra la controllata stessa e la propria controllante, la quale aveva a sua volta contratto un finanziamento a monte.

Si trattava, quindi, secondo l'Ufficio, di una serie di prestiti infragruppo a cascata, di fatto immutati nei loro contenuti, tali da qualificare la controllante della società italiana non come beneficiaria degli interessi, ma quale mera società "*conduit*", che retrocedeva gli interessi alla propria controllante con un margine di profitto molto modesto. Per questo motivo, era stata ripresa a tassazione la ritenuta che avrebbe dovuto essere

del diritto alla luce delle sentenze della Corte di Giustizia UE (c.d. "sentenze danesi"), Note e Studi, 2020, 10, 12.

⁽³⁹⁾ Si v. il commento di A. Gatto – D.A. Rossetti, *Subholding pura e beneficiario effettivo di interessi alla luce della direttiva 2003/49: un binomio possibile*, in Riv. dir. trib., 2021, 16 ss.

effettuata sugli interessi “in uscita” a norma dell’art. 26-*quater*, d.p.r. n. 600 del 1973.

Ebbene, la Corte di Cassazione non ha condiviso la ricostruzione operata dall’Ufficio, non prima però di aver esaminato a fondo la *ratio* e le finalità cui tende la clausola del beneficiario effettivo.

Secondo il Supremo Collegio, “tale clausola generale dell’ordinamento fiscale internazionale è volta ad impedire che i soggetti possano abusare dei trattati fiscali attraverso pratiche di *treaty shopping*, con lo scopo di riconoscere la protezione convenzionale a contribuenti che, altrimenti non ne avrebbero avuto diritto o che avrebbero subito un trattamento fiscale, comunque, meno favorevole. Il *treaty shopping* implica lo sfruttamento delle differenze nei trattati stipulati fra le varie nazioni, mediante la frapposizione di un soggetto residente in uno Stato terzo (*conduit*) nel flusso reddituale tra lo Stato della fonte e quello del beneficiario effettivo. Pertanto, può fruire dei vantaggi garantiti dai trattati il ‘beneficiario effettivo’, ossia solo il soggetto sottoposto alla giurisdizione dell’altro stato contraente, che abbia l’effettiva disponibilità giuridica ed economica del provento percepito, realizzandosi altrimenti una traslazione impropria dei benefici convenzionali o addirittura un fenomeno di non imposizione”⁽⁴⁰⁾.

Infatti, nel caso degli agenti, dei *nominees* e delle *conduit companies*, che operano quali fiduciari, il percettore degli interessi non ne è il beneficiario effettivo, in quanto il medesimo non ha il diritto di disporre degli interessi percepiti, ma ha l’obbligo di trasferirli ad altro soggetto. La società *conduit* è un soggetto che si frappone nei rapporti tra erogante e beneficiario finale, come soggetto percipiente solo formalmente, la cui costituzione non è supportata da motivazioni economiche apprezzabili diverse dal risparmio fiscale.

La società “condotta” funge da mero “canale di transito” dei redditi, quindi dalla fonte al beneficiario finale, sicché la scelta di “canalizzazione” si giustifica unicamente nelle più vantaggiose implicazioni fiscali del “transito”.

Il “beneficiario effettivo”, invece, ha sia la titolarità che la disponibilità del reddito percepito e non è tenuto ad alcun trasferimento dello stesso a terzi. Non possono, quindi, essere ricomprese tra i “beneficiari effettivi” le “società *relais*” (società interposte), ossia società che, sebbene formalmente titolari di redditi, dispongono nella pratica soltanto di poteri molto limitati, risultando essere semplici fiduciarie o semplici amministratori agenti per conto delle parti interessate, dovendo, in tal caso, essere utilizzate le

(40) Cfr. Cass., 30 settembre 2019, n. 24287.

norme anti-abuso volte a far prevalere la sostanza sulla forma nonché le regole di “sostanza economica” (41).

Ciò posto, la Corte di Cassazione ricorda opportunamente che “nella versione 2014 il Commentario al modello OCSE rileva, ai fini della individuazione del beneficiario effettivo, non già il diritto esclusivo ad usare e godere dei flussi reddituali (*‘the full right to use and enjoy’*), come previsto nel draft (bozza) del 2011, ma la circostanza che il diritto del beneficiario dei flussi non sia vincolato da specifici obblighi legali o contrattuali di ritrasferimento (*‘recipient’s right to use and enjoy...is constrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person’*; è esclusa, quindi, la qualifica di beneficiario effettivo qualora *‘il diritto di disporre e godere...è limitato da obbligazioni contrattuali o legali a trasferire il pagamento ricevuto ad altro soggetto’*)”.

E ancora la Corte, in continuità con la propria precedente giurisprudenza (42), ricorda che “in materia di dividendi, anche una *subholding* ‘pura’ può essere considerata ‘beneficiario effettivo’, ove gli stessi siano regolarmente appostati in bilancio e siano quindi aggredibili dai creditori e liberamente utilizzabili. (...) la circostanza che la società percipiente detenga, tra le proprie attività, unicamente delle partecipazioni di controllo, così come l’eventualità che essa stessa sia a sua volta controllata interamente da altra società non residente in uno Stato stipulante (c.d. controllo ‘a cascata’), non comprovano, di per sé, l’artificiosità ovvero la strumentalità della medesima. In tal caso, è necessario valutare alcuni parametri-spia per valutare in concreto la sussistenza dell’unico elemento normativamente rilevante ai fini della nozione di ‘beneficiario effettivo’, costituito dalla padronanza ed autonomia della società-madre percipiente, sia nell’adozione delle decisioni di governo ed indirizzo delle partecipazioni detenute, sia nel trattenimento ed impiego dei ‘dividendi’ percepiti, in alternativa alla loro tassazione alla capogruppo sita in un Paese terzo”.

Per queste ragioni, in caso di *holding* o *subholding* “pura”, non può farsi riferimento agli elementi caratteristici della società operativa, dando rilievo ai modesti crediti operativi, alla mancanza di dipendenti e di una struttura organizzativa adeguata, dovendosi, invece, apprezzare l’autonomia organizzativa e gestionale della società.

Pertanto, una società, pur interposta in un flusso reddituale, deve essere considerata beneficiario effettivo se: *i*) non è una costruzione di

(41) In tal senso Corte UE, 26 febbraio 2019, causa C-115/16, *N. Luxemburg*; causa C-118/16, *X Denmark*; causa C-119/16, *C Denmark*; causa C-299/16, *z. Denmark*, par. 6.

(42) Cfr. Cass., 28 dicembre 2016, n. 27112.

puro artificio; *ii*) ha il potere di decidere in autonomia della destinazione degli interessi percepiti e *iii*) la sua interposizione è giustificata da valide ragioni extrafiscali⁽⁴³⁾.

Inoltre, secondo la Suprema Corte, tre sono le ulteriori condizioni che devono necessariamente sussistere ai fini dell'individuazione del "beneficiario effettivo". In primo luogo la società deve rivestire una delle forme elencate nell'allegato della dir. n. 2003/49; in secondo luogo esse deve essere considerata, in base alla normativa fiscale di uno Stato membro, come se fosse ivi fiscalmente residente e non essere considerata, in base ad una convezione contro le doppie imposizioni, come fiscalmente residente al di fuori dell'Unione Europea; in terzo luogo, esse deve essere soggetta ad una delle imposte elencate all'art. 3, lett. *a*), *iii*), della dir. n. 2003/49, senza beneficiare di un'esenzione⁽⁴⁴⁾.

In definitiva, la sentenza n. 14756 del 14 luglio 2020 assume un primario rilievo nella misura in cui la Suprema Corte, come già precisato in relazione ai flussi di dividendi⁽⁴⁵⁾, afferma che una *subholding* può essere considerata, a determinate condizioni, il beneficiario effettivo di un flusso transfrontaliero di interessi.

6. – *La clausola del beneficiario effettivo nel contesto dell'Unione Europea: le "sentenze danesi"*

Per quanto concerne l'esame delle sentenze della Corte di Giustizia Europea del febbraio 2019⁽⁴⁶⁾, esula dalla presente indagine analizzare le articolate argomentazioni della Corte. Rinviamo in proposito ai più recen-

⁽⁴³⁾ La ricorrenza (o meno) di queste condizioni può essere verificata tramite l'effettuazione di tre test: *i*) il *substantive business activity test*; *ii*) il *dominion test*; *iii*) il *business purpose test*. La nomenclatura dei primi due test è ripresa da S. Jain, *Effectiveness of the beneficial ownership test in conduit company cases*, Amsterdam, 2013, 47-48.

⁽⁴⁴⁾ Sulla base di tali considerazioni, secondo la Suprema Corte, nonostante la controllante della società italiana aveva ritrasferito gli interessi a terzi, e considerato che la controllante agiva come vera e propria *subholding* di partecipazione e come centrale di tesoreria per tutto il gruppo (in considerazione di tali funzioni l'utile di esercizio non era affatto insignificante, in quanto non era costituito dal mero margine di profitto per il "ribaltamento" degli interessi alle controllate di livello superiore, ma il frutto di una attività finanziaria articolata, pur se con mezzi "minimi" tipici delle *holding* di partecipazione), l'esenzione dalla ritenuta ai sensi dell'art. 26-*quater*, d.p.r. n. 600 del 1973, doveva considerarsi pienamente legittima.

⁽⁴⁵⁾ Cass., 28 dicembre 2016, n. 27112.

⁽⁴⁶⁾ Tali sentenze originatesi tutte in Danimarca e relative al ruolo di talune *holding* intermedie partecipate da fondi investimento e da società situati in stati non facenti parte dell'Unione Europea, attengono sia all'interpretazione della dir. n. 2003/49/CE in tema di interessi e *royalties* pagati tra società consociate residenti in diversi Stati membri (cause riunite C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16) che all'interpretazione della Direttiva

ti contribuiti⁽⁴⁷⁾ a commento delle richiamate pronunce, è necessario tuttavia rilevare come l'importanza di tali sentenze risieda sicuramente nel fatto che si tratta dei primi arresti giurisprudenziali della Corte di Giustizia in tema di beneficiario effettivo nel contesto dell'Unione Europea sebbene le conclusioni ivi raggiunte mostrino tratti dirompenti (anche) con riferimento al principio, secondo la Corte immanente, di abuso del diritto dell'Unione Europea, ritenuto sicuramente attiguo alla nozione di beneficiario effettivo ma non necessariamente coincidente con essa.

Con riferimento alla normativa europea, è opportuno ricordare che il concetto di beneficiario effettivo ai fini fiscali trova alcuni interessanti spunti nella Direttiva Interessi-Royalties che prevede espressamente il riferimento a tale concetto. In particolare, secondo tale direttiva “i pagamenti di interessi o di canoni provenienti da uno Stato membro sono esentati da ogni imposta applicata in tale Stato su detti pagamenti, sia tramite ritenuta alla fonte sia previo accertamento fiscale, a condizione che il beneficiario effettivo degli interessi o dei canoni sia una società di un altro Stato membro o una stabile organizzazione situata in un altro Stato membro, di una società di uno Stato membro”⁽⁴⁸⁾. Aggiunge altresì la direttiva che una società di uno Stato membro è considerata beneficiario effettivo di interessi o canoni soltanto se riceve tali pagamenti in qualità di beneficiaria finale e non di intermediaria, quale agente, delegato o fiduciario di un'altra persona⁽⁴⁹⁾. Diversamente, la Direttiva Madre-Figlia non menziona espressamente il requisito del beneficiario effettivo ma nella

2011/96/UE in tema di tassazione dei dividendi tra società madre e società figlia di Stati membri diversi (cause riunite C-116/16 e C-117/16).

(47) Cfr. G. Bizioli, *Le nuove “lenti” della Corte di Giustizia sul Mercato Interno: le cause danesi*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2019, 150 ss.; S.M. Ronco, *“I piccoli passi forse non bastano più?” Le acquisizioni della giurisprudenza sui casi danesi in tema di abuso del diritto, beneficiario effettivo e requisito dell'assoggettamento ad imposizione*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2020, 315 ss.; E. Della Valle – F. Franconi, *Beneficiario effettivo e divieto di pratiche abusive nelle sentenze danesi*, in *Fisco*, 2019, 1551 ss.; A. Fazio – F. Pitrone, *Il concetto di beneficiario effettivo tra giurisprudenza internazionale, recenti indicazioni euro-unitarie e ricadute nazionali*, in *Strumenti finanziari e fiscalità*, 2019, 93 ss.; E. Della Valle, *La nozione di beneficiario effettivo alla luce delle decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sui “casi danesi”*, in *Strumenti finanziari e fiscalità*, 2019, 123 ss.; O. Cimaz, *Le relazioni tra abuso del diritto e beneficiario effettivo nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: ancora dubbi e problemi irrisolti*, in *Strumenti finanziari e fiscalità*, 2019, 111 ss.; Assonime, *Dividendi “in uscita”: le nozioni di beneficiario effettivo e di abuso del diritto alla luce delle sentenze della Corte di Giustizia UE (c.d. “sentenze danesi”)*, in *Note e Studi*, n. 10 del 2020; Assonime, *Flussi transfrontalieri di interessi e royalties: le nozioni di beneficiario effettivo e di abuso del diritto alla luce delle sentenze della Corte di Giustizia Ue (c.d. “sentenze danesi”)*, in *Note e Studi*, n. 13 del 2020.

(48) Art. 1, par. 1, della Direttiva Interessi e Canoni 2003/49/CE.

(49) Art. 1, par. 4, della Direttiva Interessi e Canoni 2003/49/CE.

stessa è stata inserita – a seguito della modifica apportata dalla direttiva 2014/86/UE dell'8 luglio 2014 del Consiglio dell'Unione Europea – una clausola generale antiabuso volta a evitare qualsiasi forma di “*directive shopping*” (50). Il testo della Direttiva Madre-Figlia prevede altresì che la stessa non pregiudica l'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali necessarie per evitare l'evasione fiscale, la frode fiscale o l'abuso.

Per quanto concerne l'interpretazione della nozione di “beneficiario effettivo” ai fini della Direttiva Interessi-*Royalties*, la Corte è stata investita della questione con riferimento ai seguenti principali aspetti: *i*) se la nozione di “beneficiario effettivo” contemplata dalla Direttiva Interessi-*Royalties* debba essere interpretata conformemente alla nozione corrispondente di cui all'art. 11 del Modello di convenzione fiscale dell'OCSE del 1977; *ii*) se, in caso di risposta affermativa, detta nozione debba essere interpretata esclusivamente alla luce del commentario OCSE del 1977 o si possa tenere conto dei commenti successivi; *iii*) se, nel caso in cui i commenti del 2003 (che hanno aggiunto dei chiarimenti relativamente alle “società interposte”) possano essere presi in considerazione nell'interpretazione, per ritenere che una società non sia “beneficiario effettivo” debba ricorrere la condizione dell'effettivo trasferimento dei fondi a soggetti considerati “beneficiari effettivi” degli interessi in questione dallo Stato di residenza del soggetto pagatore degli interessi e – in tal caso – se costituisca una condizione ulteriore il fatto che il trasferimento effettivo abbia luogo in un momento prossimo nel tempo al pagamento degli interessi e/o abbia luogo a titolo di pagamento di interessi; *iv*) se, nel caso in cui i commenti del 2003 possano essere presi in considerazione nell'interpretazione, per ritenere che una società non sia “beneficiario effettivo” debba darsi rilevanza al fatto che la maggior parte dei soggetti cui gli interessi siano stati accreditati/ritrasferiti, considerati “beneficiari effettivi” degli interessi dallo Stato di residenza del soggetto pagatore degli interessi, siano residenti in altri Stati membri o in altri Stati con cui lo Stato della

(50) Art. 1 della Direttiva Madre-Figlia 2011/96/UE “2. 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. Una costruzione può comprendere più di una fase o parte. Ai fini del paragrafo 2, una costruzione o una serie di costruzioni è considerata non genuina nella misura in cui non è stata posta in essere per valide ragioni commerciali che riflettono la realtà economica. La presente direttiva non pregiudica l'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali necessarie per evitare l'evasione fiscale, la frode fiscale o l'abuso”. Si veda L. Rossi L. – G. Ficai, *Modifiche “antielusive” alla Direttiva Madre-Figlia*, in *Corr. trib.*, 2015, 1699 ss.

fonte ha stipulato convenzioni sulle doppie imposizioni, cosicché, in base alla normativa tributaria dello stato della fonte, non si sarebbe dovuta applicare la ritenuta alla fonte qualora detti soggetti avessero percepito gli interessi direttamente; *v*) se uno Stato membro sia tenuto ad indicare chi sia il “beneficiario effettivo” del reddito, nel caso in cui tale Stato membro non intenda riconoscere che una società di un altro Stato membro sia il beneficiario effettivo degli interessi e asserisca che tale società sia, in realtà, una cosiddetta società interposta fittizia.

Per quanto concerne le cause riunite C-116/16 e C-117/16 e dunque l'interpretazione della Direttiva Madre-Figlia, i quesiti posti alla Corte vertono prevalentemente sull'abuso del diritto, sulla necessità o meno che vi sia nella normativa nazionale una disposizione *ad hoc* atta a contrastarlo per poter negare i benefici della summenzionata direttiva, sugli elementi che configurano tale abuso e sull'onere della prova ad esso correlato.

A parere della Corte – anche in mancanza di disposizioni antiabuso di diritto nazionale o convenzionale – non può, dunque, essere impedito alle autorità e ai giudici nazionali di negare benefici di una direttiva in caso di frodi o abusi⁽⁵¹⁾: “il principio del divieto delle pratiche abusive costituisce un principio generale del diritto dell'Unione che trova applicazione indipendentemente dalla questione se i diritti ed i vantaggi oggetto dell'abuso trovino il loro fondamento nei trattati, in un regolamento o in una direttiva”.

In altre parole, laddove si controverta in merito alla legittima fruizione dei benefici della Direttiva Madre-Figlia, una volta affermato che il divieto di abuso del diritto è un principio generale immanente al diritto dell'Unione, non c'è alcun bisogno – nella prospettiva della Corte – di “importare” dalle convenzioni o dalla Direttiva Interessi-Royalties la clausola del beneficiario effettivo in funzione antielusiva⁽⁵²⁾.

Per quanto riguarda invece le risposte della Corte che attengono alla clausola del beneficiario effettivo nell'ambito della Direttiva Interessi-Royalties (cause riunite C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16), la Corte è

(51) Cfr. par. 89. Cfr. anche punto 83: “Alla luce del principio generale del diritto dell'Unione di divieto di pratiche abusive e della necessità di fare rispettare tale principio nell'ambito dell'attuazione del diritto dell'unione, l'assenza di disposizioni antiabuso, nazionali o convenzionali, è irrilevante rispetto all'obbligo, per le autorità nazionali, di negare il beneficio dei diritti previsti dalla direttiva 90/435, invocati fraudolentemente o abusivamente”.

(52) Cfr. Assonime, *Dividendi “in uscita”: le nozioni di beneficiario effettivo e di abuso del diritto alla luce delle sentenze della Corte di Giustizia UE (c.d. “sentenze danesi”)*, in *Note e Studi*, 2020, 10, 19.

chiara nell'evidenziare che tale clausola non possa fare riferimento a nozioni di diritto nazionale ma che la stessa debba avere un significato autonomo nel diritto dell'Unione Europea⁽⁵³⁾. Tale significato si basa su una concezione sostanziale della clausola del beneficiario effettivo in ambito UE. Infatti, secondo la Corte, tale clausola, facendo riferimento alla realtà economica, designa un'entità che beneficia "realmente" degli interessi corrisposti.

Detto diversamente, una società residente in uno Stato membro è considerata beneficiario effettivo del reddito rilevante "unicamente" nel caso in cui percepisca tale reddito per conto proprio e non quale rappresentante, firmatario autorizzato, amministratore fiduciario di un altro soggetto avendo, pertanto, la facoltà di disporre liberamente della destinazione dei redditi percepiti. Tale ricostruzione della Corte che esclude che le società interposte possano essere i beneficiari effettivi secondo il diritto dell'UE si basa sulle finalità della Direttiva Interessi-Royalties, ossia l'eliminazione della doppia imposizione giuridica e l'assoggettamento ad imposizione una sola volta in un unico Stato membro degli interessi e canoni rilevanti, nonché sulla terminologia utilizzata nelle varie versioni linguistiche della Direttiva stessa facenti riferimento nella maggior parte dei casi alla locuzione "beneficiario effettivo", a "colui che ha il potere di disporre" o a "colui che ha il potere di disporre da ultimo".

In altri termini, la Corte UE ammette un approccio *look through* volto a verificare se sussista nel caso concreto una società residente in un Paese UE che presenta gli elementi necessari per essere qualificato quale beneficiario effettivo. Pertanto, anche laddove ci si trovi innanzi da una *conduit company* cui non è possibile riconoscere la qualità di beneficiario effettivo dei flussi, ciò non comporta che – nella visione della Corte – essa sia, di per sé, da considerare una struttura abusiva.

Proprio attraverso il summenzionato approccio *look through*, è possibile guardare oltre, verificando se il soggetto per conto del quale agisce (direttamente o indirettamente) il suddetto veicolo societario integri in proprio tutti i requisiti necessari per fruire del regime di esonero di quella determinata convenzione o direttiva.

Dunque, ai fini della eventuale contestazione della fruizione dei benefici stabiliti dalla Direttiva Interessi-Royalties, le amministrazioni finanziarie sono tenute a seguire una puntuale sequenza procedimentale: *i)* in primo luogo, occorre valutare se la società percettrice sia qualificabile come beneficiario effettivo; *ii)* se non lo è, si procede attraverso l'approccio *look*

⁽⁵³⁾ Par. 84, Corte UE, 26 febbraio 2019, cause riunite C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16.

through, al fine di rinvenire una eventuale società residente in uno Stato UE che possa essere considerata beneficiario effettivo; *iii*) in ipotesi negativa, non può essere riconosciuta l'esenzione prevista dalla Direttiva Interessi-Royalties; *iv*) in ogni caso, il fatto che la società non si qualifichi quale beneficiario effettivo costituisce un elemento segnaletico a partire dal quale le amministrazioni finanziarie possono procedere ad un esame più approfondito orientato all'eventuale accertamento di una fattispecie abusiva.

Nella prospettiva della Corte, sovrapponibile a quella OCSE, la clausola del beneficiario effettivo assolve ad una preminente finalità antielusiva; in particolare, costituisce una specifica misura di contrasto a quelle strategie di *treaty shopping* che sono attuate attraverso l'interposizione di società *conduit*.

Ciò posto, ulteriore interesse suscitano i punti 175 e 178-180 della sentenza in tema di Direttiva Interessi-Royalties, nel momento in cui la Corte distingue tra il caso in cui non sia ravvisabile in alcun Stato membro un beneficiario effettivo e il caso di abuso del diritto⁽⁵⁴⁾.

A conferma che l'accostamento tra abuso del diritto e mancanza dello *status* di beneficiario effettivo è solo apparente, sotto il profilo degli esiti, la Corte, seppur condivide la soluzione di non riconoscere l'esenzione in entrambi i summenzionati casi, precisa opportunamente che, nell'ipotesi in cui non sia ravvisabile un abuso, le ritenute a carico del percettore non possono che essere operate sul margine netto di profitto ad esso spettante su cui sarebbero state applicate le imposte su un beneficiario residente⁽⁵⁵⁾.

(54) La Corte – dopo avere affermato che l'applicazione delle ritenute alla fonte, pur violando la libera circolazione dei capitali, è giustificata dalla necessità di garantire l'efficacia della riscossione (punti 167 e 181) – deduce che: “una normativa nazionale, ai sensi della quale una società non residente viene tassata, per effetto della ritenuta alla fonte operata da una società residente sugli interessi corrispostile da quest'ultima, restando esclusa la deducibilità fiscale dei costi d'esercizio, quali gli oneri finanziari, direttamente connessi all'operazione di finanziamento de qua, laddove la deducibilità è invece riconosciuta nel caso di corresponsione di interessi da una società residente ad altra società residente, costituisce una restrizione alla libera circolazione dei capitali, vietata, in linea di principio, dal trattato FUE”.

(55) Secondo Assonime, *Flussi transfrontalieri di interessi e royalties: le nozioni di beneficiario effettivo e di abuso del diritto alla luce delle sentenze della Corte di Giustizia Ue (c.d. “sentenze danesi”)*, in *Note e Studi*, 2020, 13, 21, “la Corte perviene a disegnare un quadro coerente in cui, in ragione della gravità della violazione, sono individuabili effetti diversi per l'abuso o per la semplice insussistenza della qualifica di BO. Certamente, quest'ultima ipotesi – quella cioè della insussistenza della qualifica di BO ma senza giungere ad un vero e proprio abuso – va accertata alla luce di complesse (e certo non sempre univoche) valutazioni sulla congruità e coerenza del margine di rendimento rispetto alle competenze del personale e alle funzioni svolte e/o in base ad ancor più complesse (e non incontrovertibili) ricostruzioni sull'effettiva capacità dell'ente di disporre e godere del suddetto margine, pur regolarmente assoggettato a imposizione nello Stato membro di residenza”.

La Corte, non spingendosi oltre sulla definizione di beneficiario effettivo e dunque non rispondendo a taluni quesiti alla stessa sottoposti, fa sì che tale concetto – seppur visto in ottica sostanziale – debba in ogni caso essere definito sulla base di un *case by case approach* ⁽⁵⁶⁾.

Importante è invece ribadire, alla luce delle considerazioni svolte dalla Corte UE sul tema, il ruolo strategico del Commentario al modello OCSE anche al fine di non disperdere quelle evoluzioni che nel corso del tempo hanno fornito chiarimenti su tale concetto di non facile definizione ⁽⁵⁷⁾. Basti pensare che, sulla base del Commentario al modello OCSE, la clausola del beneficiario effettivo risulta essere soddisfatta anche in presenza di un obbligo di “retrocessione” purché tale obbligo non sia dipendente e connesso alla percezione dello specifico reddito.

Un altro passaggio da evidenziare riguarda l’onere della prova in tema di beneficiario effettivo. A tal proposito, la Corte si limita ad evidenziare che lo Stato della fonte ha la possibilità di imporre alla società percettrice dei redditi di dimostrare di esserne il beneficiario effettivo. La dimostrazione, tuttavia – vista anche l’ampia terminologia utilizzata dalla Corte – non pare possa in alcun modo essere limitata a dei requisiti formali (e.g. la presentazione del certificato di residenza), ben potendo il contribuente dimostrare, attraverso altri elementi, di essere il beneficiario effettivo da un punto di vista sostanziale.

In definitiva, dall’esame congiunto delle sentenze danesi è possibile individuare alcuni punti fermi: *i)* la nozione del beneficiario effettivo rileva tanto ai fini convenzionali quanto ai fini della Direttiva Interessi-*Royalties* e la sua individuazione va fatta in aderenza alle indicazioni OCSE esistenti in materia; *ii)* nonostante ciò, le amministrazioni finanziarie potrebbero oltremodo contestare la natura abusiva della fattispecie, con onere della prova a proprio carico degli elementi costitutivi di quest’ultima e in osservanza delle regole (e garanzie per i contribuenti) procedurali stabilite per siffatte contestazioni; *iii)* la clausola antiabuso, a differenza di quanto accade con riguardo alla legittima fruizione dei benefici stabiliti dalla Direttiva Interessi-*Royalties*, è l’unico strumento che le amministrazioni finanziarie possono utilizzare per garantire la corretta fruizione della Direttiva Madre-Figlia.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. A. Zalasinski, *The ECJ’s Decisions in the Danish “Beneficial Ownership” Cases: Impact on the Reaction to Tax Avoidance in the European Union*, 02 *Intl. Tax Stud.* 4, 2019.

⁽⁵⁷⁾ Si pensi su tutti a: OECD, *Discussion Draft on “Clarification of the Meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention”* dated 29 aprile 2011 e ai commenti allo stesso.

7. – Osservazioni conclusive

Nonostante la più recente giurisprudenza di legittimità, in linea con le indicazioni dell'OCSE, sembra avviarsi verso il definitivo riconoscimento della natura e della funzione in chiave sostanzialistica della clausola del beneficiario effettivo, non vi è chi non si avveda di come, spesso, anche alla luce della articolata posizione espressa dalla Corte di Giustizia UE nelle note “sentenze danesi”, la summenzionata clausola “si presti” ad essere “confusa” con i diversi concetti di esterovestizione e abuso del diritto; contestazioni, queste ultime, che sono, in realtà, contenutisticamente autonome e differenti⁽⁵⁸⁾.

Un dato è certo: la clausola del “beneficiario effettivo” non può essere inquadrata quale clausola antiabuso avente portata generale (se non immanente), essendo suscettibile, *in limine*, di essere inquadrata come clausola antielusiva specifica finalizzata al contrasto a specifiche e dettagliate forme di *treaty shopping* (in specie, fattispecie relative al pagamento di interessi, dividendi o canoni da parte di un soggetto residente in Italia, nei confronti di un soggetto non residente) in cui si prevedano strutture “*conduit*”, costituite al solo fine di veicolare flussi di reddito dal Paese della fonte al beneficiario finale, attraverso un percorso che consenta lo sfruttamento di condizioni fiscali che non sarebbero altrimenti dovute. Ne consegue che tutte le altre forme di *treaty shopping* devono essere contrastate soltanto attraverso specifiche clausole LOB di limitazione dei benefici convenzionali, ovvero attraverso norme generali antiabuso atte a contrastare fenomeni abusivi e artificiosi il cui onere della prova ricade sulle amministrazioni fiscali.

E infatti, da un punto di vista italiano, sembra che il Legislatore abbia in qualche modo “giocato di anticipo” rispetto al monito espresso dal Giudice euro-unitario nelle sentenze danesi: come noto, l'art. 27-*bis* del d.p.r. n. 600 del 1973, prevedeva, nella sua formulazione vigente fino al 1° gennaio 2016, una speciale clausola anti-abuso, secondo cui l'esenzione da ritenuta sui dividendi distribuiti da società “figlie” a società “matri” comunitarie, controllate a loro volta da società *extra* UE, era subordinata alla condizione che tale ultima società (*extra*-UE) non detenesse la partecipazione “allo scopo esclusivo o principale di beneficiare del regime in esame”.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. A. Contrino, *Note in tema di dividendi “intraeuropei” e “beneficiario effettivo”, tra commistioni improprie della prassi interna e nuovi approdi della giurisprudenza europea*, in *Riv. dir. trib. on-line* del 3 febbraio 2020.

Con tale previsione, il legislatore invertiva l'onere della prova ponendolo a carico del contribuente ed escludeva automaticamente l'esenzione da ritenuta laddove i dividendi distribuiti fossero andati a beneficio di una società madre comunitaria controllata da soggetti residenti in Paesi extra UE.

Sul punto, si rileva che il previgente 5° comma era stato introdotto dal legislatore nazionale in attuazione di quanto disposto dal previgente art. 1 della Direttiva Madre-Figlia, il quale lasciava ai singoli Stati membri la facoltà di introdurre specifiche norme anti-abuso a tutela della corretta applicazione della direttiva.

Con la novella di cui all'art. 26, 2° comma, della l. n. 122 del 2016, tale previsione è stata sostituita con un mero rinvio alla disposizione antielusiva generale di cui all'art. 10-*bis* della legge 27 luglio 2000, n. 212 (Statuto dei diritti del contribuente), il quale, quindi, è da intendersi quale univoco riferimento normativo per eventualmente disconoscere l'esenzione della ritenuta su dividendi distribuiti a società figlie UE.

Ciò conduce finalmente a riattribuire alla clausola del beneficiario effettivo la sua funzione originaria, ossia, laddove esplicitamente contemplata (nelle convenzioni contro le doppie imposizioni ovvero nella Direttiva Interessi-*Royalties*), quella di disconoscere la limitazione dell'imposizione alla fonte nei confronti di figure – quali gli agenti, fiduciari o altre entità che agiscono per conto di altri soggetti in virtù di particolari rapporti contrattuali – che non si qualificano quali “possessori” del reddito.

In questa prospettiva, visti gli ormai importanti strumenti adottati a livello internazionale (prossime modifiche che subiranno le Convenzioni volte a introdurre una clausola generale antiabuso quale *minimum standard* derivante dall'Azione 6 del Progetto BEPS), a livello europeo (art. 6 della Direttiva ATAD) e a livello nazionale (cfr. art. 10-*bis*, Statuto dei diritti del contribuente), per contrastare un amplissimo ventaglio di operazioni “artificiose” finalizzate al solo indebito risparmio di imposta consistente nell'illegittimo accesso ai benefici convenzionali ed europei, i tempi sono maturi per poter finalmente affermare che l'accertamento della qualifica di “beneficiario effettivo” non deve sovrapporsi e confondersi con l'indagine tipica del sindacato antiabuso, non costituendo quest'ultima una clausola antiabuso generale immanente nel diritto internazionale ed europeo.

Semmai, come acutamente osservato da Assonime⁽⁵⁹⁾, la dimostrazione (con onere a carico dell'Amministrazione finanziaria) che un soggetto

⁽⁵⁹⁾ Cfr. Assonime, *Flussi transfrontalieri di interessi e royalties: le nozioni di beneficiario effettivo e di abuso del diritto alla luce delle sentenze della Corte di Giustizia Ue (c.d. “sentenze danesi”)*, in *Note e Studi*, 2020, 13, 16.

non rivesta la qualifica di beneficiario effettivo di un flusso di interessi transfrontalieri, potrebbe al più costituire un punto di partenza necessario (ma non certo sufficiente) per una ricostruzione dell'intera fattispecie in termini di pratica abusiva.

In altri termini, l'interposizione di una *conduit company* priva dei requisiti di sostanza per poter essere qualificata come beneficiario effettivo può essere ritenuta una modalità del tutto legittima di strutturazione di un finanziamento e non preclude, di per sé, la possibilità di "guardare oltre", alla ricerca di un effettivo beneficiario di uno Stato membro in possesso di tutti i requisiti richiesti dalla Direttiva Interessi-*Royalties*.

Ciò significa che soltanto nel caso in cui questa ricerca resti infruttuosa – laddove cioè non sia rinvenibile in alcuno Stato membro dell'Unione un beneficiario effettivo individuato – l'interposizione di una *conduit company* potrebbe, eventualmente, costituire un elemento segnaletico di una pratica abusiva più ampia.

Da quanto detto ne discende che i benefici della Direttiva Madre-Figlia possono essere negati solo ove risulti integrata un'ipotesi di abuso del diritto e non anche per il solo fatto che la società percettrice non rivesta la qualifica di beneficiario effettivo; clausola che, come detto, non è presente nella suddetta Direttiva.

Ai fini della Direttiva Interessi-*Royalties*, invece, il riconoscimento del regime di esenzione è negato sia nell'ipotesi in cui sia ravvisabile la presenza di un abuso sia quando sia impossibile identificare – neppure in base ad un approccio *look through* – un beneficiario effettivo residente in uno Stato membro.

Tutte le riportate considerazioni che discendono dalla lettura delle sentenze danesi devono essere inquadrare anche alla luce di alcuni istituti giuridici nazionali, come, ad esempio, quello dell'interposizione fittizia di cui all'art. 37, 3° comma, d.p.r. n. 600 del 1973⁽⁶⁰⁾, il quale consente di verificare la corrispondenza tra chi appare come titolare del reddito e chi, per essere in rapporto diretto con il presupposto di fatto, vada considerato effettivo titolare del reddito (ipotesi di interposizione fittizia di persona).

Certamente, non si porrebbe alcuna ipotesi di conflittualità tra le conclusioni rassegnate nelle sentenze danesi e l'istituto di cui all'art. 37, 3° comma, d.p.r. n. 600 del 1973, nell'ipotesi in cui si ritenesse tale di-

⁽⁶⁰⁾ Cfr. A. Di Pietro, *Commento all'art. 37, d.p.r. n. 600 del 1973, Commentario breve alle leggi tributarie*, in G. Falsitta – A. Fantozzi – G. Marongiu G. – F. Moschetti, Tomo II – *Accertamento e sanzioni* a cura di F. Moschetti, Padova, 2011, 215 ss.

sposizione quale norma unicamente finalizzata a contrastare le ipotesi di interposizione fittizia di persona ovvero di simulazione.

Un profilo di criticità emerge tuttavia nel momento in cui si prende atto di come la Corte di Cassazione – oltre che una parte della dottrina⁽⁶¹⁾ – sia ormai orientata a fare coincidere l’ambito applicativo dell’istituto dell’interposizione con l’istituto dell’abuso del diritto, ritenendo che “il fenomeno della simulazione relativa (nell’ambito del quale può ricomprendersi la interposizione personale fittizia) non esaurisce il campo di applicazione della norma, ben potendo attuarsi lo scopo elusivo mediante operazioni effettive e reali, nelle quali difetta del tutto l’elemento caratteristico dei negozi simulati costituito dalla divergenza tra la dichiarazione esterna e la effettiva volontà dei contraenti (...)”⁽⁶²⁾.

In realtà, non vi è chi non si avveda di come il disposto normativo tenda limpidamente a contrastare specificamente i soli fenomeni (evasivi) di interposizione fittizia di persona, fattispecie, cioè, caratterizzate da un’asimmetria tra situazione formale e reale, astrattamente riconducibile al novero degli accordi simulatori⁽⁶³⁾.

Sul punto, anche la dottrina⁽⁶⁴⁾ ha avanzato molteplici dubbi in merito all’asserita applicabilità dell’art. 37, 3° comma, d.p.r. n. 600 del 1973, ai fenomeni di interposizione reale, respingendone la natura anti-elusiva e sottolineandone invero la natura procedimentale, in quanto volta a consentire agli organi accertatori “di disconoscere la rappresentazione negoziale apparente direttamente nell’ambito dell’attività amministrativa svolta in sede di accertamento tributario, senza necessità di ricorrere ad una previa azione giudiziale contro il negozio simulato di fronte al giudice ordinario”.

Pertanto, nonostante la Corte di Cassazione ritenga che l’art. 37, 3° comma, sia riferibile “a qualsiasi ipotesi di interposizione, anche a quella reale e che non presuppone necessariamente un comportamento fraudolento da parte del contribuente”, in quanto “norma riguardante la disciplina antielusiva dell’interposizione, volta cioè a colpire ogni uso impro-

⁽⁶¹⁾ Cfr. A. Lovisolo, *Possesso di reddito ed interposizione di persona, retro*, 1993, 1665 ss. *Contra*, C. Magnani, *Interposizione fittizia ed imputazione del reddito*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1990, 1247 ss.

⁽⁶²⁾ Si v., *ex multis*, Cass., 10 giugno 2016, n. 11937; Cass., 10 giugno 2011, n. 12788; Cass., 15 ottobre 2014, n. 21794; Cass., 28 ottobre 2015, n. 21952; Cass., 30 ottobre 2015, n. 43809.

⁽⁶³⁾ Cfr. Cass., 3 aprile 2000, n. 3979; in tema si veda per tutti F. Paparella, *Possesso di redditi ed interposizione fittizia: contributo allo studio dell’elemento soggettivo nella fattispecie imponible*, Giuffrè ed., Milano, 2000, passim.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. P. Boria, *Il sistema tributario*, Utet Giuridica ed., Torino, 2008, 191.

prio o ingiustificato di strumenti giuridici, pur di per sé legittimi, quando l'uso che se ne fa è volto a realizzare l'elusione" (65), non può non venire in rilievo l'errore di fondo su cui si fonda questo non condivisibile orientamento, ossia la perdurante (errata) sovrapposizione fra la simulazione, che, indubbiamente, appartiene ai fenomeni frodati ed evasivi, e l'elusione o abuso del diritto, che, invece, nulla hanno a che vedere con tali fenomeni.

In questo senso, da tempo la dottrina (66) osserva che "simulazione ed elusione differiscono in modo sostanziale ed oggettivo". Mentre, infatti, l'accertamento dell'elusione comporta "l'individuazione e l'applicazione *ex post* della regola non scritta cosicché al contribuente manca un riferimento normativo predeterminato cui riferirsi nell'adempimento dei propri obblighi", l'accertamento della simulazione comporta invece "l'emersione di profili di evasione, sicuramente sanzionabili, posto che l'assetto negoziale effettivamente voluto dalle parti (sia esso quello preesistente, se la simulazione è assoluta, o quello dissimulato) è l'unico rilevante ai fini dell'applicazione dei tributi ed al quale i contribuenti devono comunque fare riferimento nell'adempiere ai propri obblighi, formali e sostanziali".

Questa posizione appare sicuramente la più aderente al dato normativo, anche e soprattutto all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 10-*bis* dello Statuto dei diritti del contribuente, il quale, disciplinando il fenomeno dell'elusione tributaria/abuso del diritto, rappresenta ormai l'unico riferimento per contrastare tali pratiche (67).

(65) Così Cass., 10 giugno 2016, n. 11937. Tale pronuncia è stata commentata da B. Denora, *Ancora dubbi sulla possibile natura antielusiva dell'interposizione?*, in *Riv. dir. trib. – suppl. on-line* del 29 luglio 2016.

(66) Cfr. A. Fedele, *Assetti negoziali e "forme d'impresa" tra opponibilità simulazione e riqualificazione*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, 1101 ss. Sul tema si vedano altresì, senza alcuna pretesa di esaustività, G. Falsitta, *Spunti critici e ricostruttivi sull'errata commistione di simulazione ed elusione nell'onnivoro contenitore detto "abuso del diritto"*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, 349 ss.; Id., *Note critiche intorno al concetto di abuso del diritto nella recentissima codificazione*, *ivi*, 2016, 714 ss.; G. Fransoni, *Abuso del diritto, elusione e simulazione: rapporti e distinzioni*, in *Corr. trib.*, 2011, 13; M. Beghin, *L'interposizione fittizia di persona e l'elusione elusiva: spunti per la sistematizzazione della materia*, in *Corr. trib.*, 2014, 649 ss.; F. Gallo, *L'abuso del diritto nell'art. 6 della Direttiva 2016/1164/UE e nello Statuto dei diritti del contribuente: confronto fra le due nozioni*, in *Rass. trib.*, 2018, 271 ss.

(67) Cfr. I. Vacca, *Considerazioni generali sulla nuova nozione di abuso del diritto*, *Note e Studi Assonime*, n. 2 del 2016, il quale ha viepiù chiarito che "la contestazione dell'abuso rappresenta l'estremo strumento cui l'Amministrazione finanziaria può far ricorso per contestare l'operato del contribuente; è l'interpretazione di confine del diritto 'scritto' laddove non sia stato possibile contestare al contribuente alcuna violazione diretta della norma e dunque alcuna evasione neanche tramite frode o simulazione: se si ricorre all'abuso vuol dire che non c'è evasione e che tutti gli altri strumenti ordinari di interpretazione della norma per censurare il comportamento del contribuente non sono praticabili".

Ciò posto, sebbene la Corte di Cassazione abbia ormai assunto la riportata posizione in merito all'asserita applicazione del disposto di cui all'art. 37, 3° comma, d.p.r. n. 600 del 1973, anche ai casi di interposizione reale, generando un'interferenza tra tale istituto e quello dell'abuso del diritto, è opportuno sottolineare come, ai fini dell'esatta individuazione dei criteri definitori della clausola del beneficiario effettivo, il summenzionato problema interpretativo non assume dirimente rilevanza, essendo del tutto interno alla giurisdizione nazionale.

Per queste ragioni, non mutano le considerazioni già espresse in merito alla natura della clausola del beneficiario effettivo: si tratta, a valle anche del recente contributo fornito dalle sentenze danesi, di una clausola con finalità antielusive specifiche, diretta a contrastare quelle strategie di *treaty shopping* che sono attuate attraverso l'interposizione di società *conduit*.

Se si condivide questa definizione, si comprendono le ragioni per le quali il dibattito interno in merito alla latitudine applicativa dell'art. 37, 3° comma, d.p.r. n. 600 del 1973, non crea particolari interferenze con il meccanismo di funzionamento della clausola del beneficiario effettivo: tale clausola, difatti, è atta a contrastare non solo l'interposizione fittizia di persona, ma anche (e soprattutto) quella reale⁽⁶⁸⁾, come peraltro immediatamente desumibile dal rinvio del Commentario al Modello OCSE alle figure dei fiduciari o degli amministratori per conto di altri.

GIUSEPPE CORASANITI (*)

(68) Cfr. A. Ballancin, *La nozione di "beneficiario effettivo" nelle Convenzioni internazionali e nell'ordinamento interno*, cit., 209 ss., il quale precisa che "è evidente che la fattispecie interpositoria, a mente della quale si realizza una traslazione impropria dei benefici convenzionali ad un altro soggetto, è riconducibile, nella maggioranza dei casi, nell'area dell'interposizione reale, ove l'interposto rileva, dal punto di vista giuridico, quale effettivo contraente, afferendo alla sua sfera giuridica i diritti e gli obblighi scaturenti dalla pattuizione negoziale intercorsa".

(*) Contributo destinato agli Scritti in memoria del prof. Francesco Tesauro, di prossima pubblicazione.