

# Distribuzione di dividendi *cross-border*: applicazione della Direttiva madre-figlia e dei trattati secondo la recente giurisprudenza di Cassazione

di QUIRINO WALTER IMBIMBO, ROBERTO DE BERNARDINIS E MASSIMO MARCHINI

*Nel presente articolo vengono svolte alcune riflessioni in ordine a recenti sentenze della Cassazione in tema di distribuzione di dividendi cross-border le quali offrono lo spunto per analizzare tre importanti tematiche rilevanti per gli investitori esteri ai fini dell'applicazione dei benefici comunitari e convenzionali.*

## Introduzione\*

Il presente contributo intende analizzare, senza pretese di esaustività, tre importanti tematiche trattate in alcune recenti sentenze della Cassazione aventi ad oggetto la distribuzione di dividendi in ambito UE. In particolare, con riferimento all'esenzione da ritenuta prevista dalla direttiva madre-figlia<sup>1</sup> ("DMF") la Suprema Corte, in maniera non sempre coerente, ha preso posizione in merito:

1. alla condizione prevista dall'art. 2, comma 1, lett. a) n. iii) della DMF circa l'assoggettamento ad imposta della società madre non residente;
2. alla necessità che la società madre disponga di una sede effettiva di direzione nel Paese di residenza;
3. al riscontro del requisito del beneficiario effettivo in capo alla società madre.

La presente analisi prende avvio dalla sentenza della Cassazione del 10/10/2019, n. 25490 ("sentenza Macquarie") che ha destato preoccupazione fra multinazionali e fondi di *private equity* di diritto estero per le posizioni assunte relativamente ai temi sopra citati.

Sull'argomento nei successivi paragrafi, oltre a ripercorrere le conclusioni della richiamata sentenza e di altre pronunce della Suprema Corte, condiremo brevi riflessioni in relazione alla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ("CGUE") sui cc.dd. "casi danesi" in tema di dividendi<sup>2</sup> e alla Convenzione Multilaterale<sup>3</sup> di prossima adozione.

\* Articolo dato alle stampe 24 giugno 2020: gli autori ringraziano l'Avv. Luca Nisco e l'Avv. Gianluca Zanella per le preziose osservazioni ricevute nel redigerlo.

<sup>1</sup> Direttiva UE n. 2011/96 del 30 novembre 2011, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi.

<sup>2</sup> CGUE, sezione grande, sentenza del 26 febbraio 2019, cause riunite C-116/16 T Danmark e C-117/16, Y Denmark Aps.

<sup>3</sup> La Convenzione Multilaterale in applicazione dell'Action 15 dei BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) del 24/11/2016.

## 1. Subject-to-tax versus liable-to-tax

### 1.1. Subject-to-tax versus liable-to-tax: sentenze della Cassazione del 2018 e 2019

Come anticipato, la sentenza Macquarie ha destato preoccupazione per il principio espresso secondo cui in caso di distribuzione di dividendi l'esenzione da ritenuta ai sensi della DMF non sarebbe applicabile nell'ipotesi in cui il dividendo non sia effettivamente soggetto a tassazione nella giurisdizione della società madre, con ciò confermando le conclusioni raggiunte dalla Suprema Corte nella sentenza del 13/12/2018, n. 32255 ("sentenza CDC") su una simile fattispecie. Entrambi i casi riguardavano la distribuzione di dividendi a società madri lussemburghesi assoggettati a ritenuta/imposta sostitutiva successivamente chiesta a rimborso in base alla DMF a cui era seguito il diniego del Centro Operativo di Pescara<sup>4</sup>. Invero, la condizione prevista dall'art. 2, comma 1, lett a) n. iii) della DMF - *ossia che la società sia assoggettata a imposizione*<sup>5</sup> - è stata erroneamente interpretata dalla Cassazione quale requisito oggettivo inteso come necessità che il singolo componente di reddito (*rectius*, dividendo) sia effettivamente tassato ("*subject-to-tax*") anziché quale requisito soggettivo della società madre che deve risultare "potenzialmente" assoggettabile ad imposta ("*liable-to-tax*"). In realtà, subordinare l'esenzione da ritenuta all'effettiva tassazione del dividendo in capo alla società madre non consente di conseguire uno degli obiettivi della DMF, ossia evitare la doppia imposizione non solo giuridica, ma anche economica, degli utili realizzati dalla società figlia residente in Italia.

In questa ottica la Cassazione non considera che proprio l'esenzione del dividendo in capo alla società madre costituisce uno dei metodi previsti dalla stessa DMF per eliminare la doppia imposizione economica, così assumendo una posizione non conforme alla giurisprudenza comunitaria (cfr. sentenza della CGUE dell'8/3/2017 C-448/15, *Wereldhave*<sup>6</sup>). Considerando che pressoché tutti gli Stati membri prevedono un regime di *participation exemption* - e, quindi, di sostanziale non tassazione dei dividendi - richiedere che in capo alla società madre i dividendi siano effettivamente assoggettati a tassazione comporta un ingiustificato diniego dell'esenzione da ritenuta con conseguente non uniforme applicazione della DMF in ambito UE.

È utile ricordare che, successivamente alla Sentenza CDC, l'Agenzia delle Entrate ("AE") aveva rassicurato gli operatori con l'interpello del 15/2/2019 n. 57, avente ad oggetto la distribuzione di dividendi da una società italiana ad una *holding* svizzera, ex art. 15 dell'Accordo del 26/10/2004 fra Svizzera e UE che si fonda sugli stessi principi della DMF.

In quel frangente l'AE aveva confermato il diritto, in presenza degli altri requisiti, all'esenzione da ritenuta anche se in capo alla *holding* svizzera i dividendi soggiacevano ad un regime analogo a quello della *participation exemption* italiana<sup>7</sup>; come a dire, è sufficiente che la *holding* svizzera sia *liable-to-tax* e non che il dividendo sia effettivamente tassato.

<sup>4</sup> Oltre al diniego al rimborso, nella sentenza Macquarie è stata confermata l'applicazione dell'imposta sostitutiva con aliquota piena in luogo di quella convenzionale.

<sup>5</sup> Recepita in ambito domestico nell'art. 27-bis del D.P.R. 600/1973, 1° comma, lettera c): "sono soggette, nello Stato di residenza, senza fruire di regimi di opzione o di esonero che non siano territorialmente o temporalmente limitati, ad una delle imposte indicate nella predetta direttiva". In tema P. ARGINELLI, *The Subject-to-Tax Requirement in the EU Parent-Subsidiary Directive (2011/96)*, in *European Taxation*, August 2017, 334.

<sup>6</sup> In particolare, nella richiamata sentenza la CGUE non ha ritenuto applicabile la DMF ad un organismo di investimento collettivo a carattere fiscale (OICF) di diritto olandese che risultava assoggettato ad imposta societaria con aliquota pari a zero. Ma una cosa è ritenere incompatibile con la DMF un regime di esenzione soggettivo - *i.e.* tassazione dell'OICF ad aliquota zero - altro è estendere tali conclusioni in presenza di un regime di esenzione oggettiva dei dividendi che è invece assolutamente compatibile con la DMF. Per una trattazione dell'argomento si veda: M. ANTONINI e R. A. PAPOTTI, *Il requisito dell'assoggettamento a imposta per l'esenzione da ritenuta sugli utili a società non residenti*, in *Corriere Tributario*, 2019, 4, 376.

<sup>7</sup> L'AE, nel motivare la propria posizione, richiama le Ris. AE nn. 93 del 2007 e 288 del 2007, alle quali si rimanda.

Nonostante la condivisibile posizione espressa nel richiamato interpello, con la sentenza Macquarie dello scorso ottobre la Cassazione<sup>8</sup> ha inopportuno ribadito la necessità che il dividendo sia soggetto a tassazione in capo alla società madre.

A nostro avviso, le argomentazioni ed i richiami a precedenti pronunce fatti in tale sentenza risultano poco convincenti<sup>9</sup>. In particolare, i richiami giurisprudenziali effettuati fanno riferimento a fattispecie solo apparentemente sovrapponibili al caso di specie le quali, invece, presentano distinzioni piuttosto significative non correttamente valorizzate dai giudici di legittimità<sup>10</sup>. Inoltre, diversi casi cui la sentenza *Macquarie* fa rinvio nel confermare la lettura restrittiva del concetto di “assoggettamento ad imposta” sono relativi a fattispecie in cui vi era la co-presenza della richiesta: (i) di rimborso del cd. “*underlying tax credit*”<sup>11</sup> ai sensi di alcuni trattati contro le doppie imposizioni sottoscritti dall'Italia e (ii) di esenzione da, o di rimborso della, ritenuta ai sensi della DMF<sup>12</sup>. Pur nell'ambito di disposizioni tese ad eliminare/alleviare la doppia imposizione giuridica ed economica in ipotesi di distribuzione di dividendi, il menzionato filone giurisprudenziale presenta delle peculiarità che, se non attentamente considerate, possono condurre ad erronee conclusioni nell'ambito dell'interpretazione del concetto di “assoggettamento ad imposta” previsto dalla DMF<sup>13</sup>.

## 1.2. Subject-to-tax versus liable-to-tax: sentenze della Cassazione del 2020

Più recentemente, la Suprema Corte con la sentenza del 31/1/2020, n. 2313 - *seppur in un contesto riguardante la disciplina convenzionale relativa al rimborso del credito di imposta indiretto* - pare

<sup>8</sup> In tale sentenza la Cassazione tratta congiuntamente, e in maniera confusa, (i) la condizione prevista dall'art. 2, comma 1, lett. a) n. iii) della DMF circa l'assoggettamento ad imposta della società madre con (ii) il requisito del beneficiario effettivo.

<sup>9</sup> Si consideri a titolo esemplificativo il richiamo alla sentenza della Cassazione n. 19180 del 23/9/2004, rinvenibile nella sentenza *Macquarie*. In particolare, al paragrafo 13.2 della sentenza *Macquarie*, gli Ermellini riportano il seguente passaggio della richiamata sentenza: “*Se occorre evitare che si verifichino fenomeni di doppia imposizione, non è meno importante evitare che si verifichino “sommatorie” di benefici che, al pari delle doppie imposizioni, possono determinare distorsioni del funzionamento del Mercato Comune, che inficiano le regole della concorrenza della neutralità delle disposizioni fiscali; ovvero, consentono di realizzare frodi od abusi, in relazione ai quali l'applicazione delle norme di contrasto prevale anche sulle disposizioni recate dalla direttiva 90/435/CEE, articolo 1, par. 2)*”. Tale citazione, non corredata dal contesto nel quale è stata fornita, parrebbe supportare la tesi secondo cui l'esenzione da ritenuta, o il rimborso della stessa, nel Paese della società figlia e l'esenzione da tassazione del dividendo nel Paese della società madre - *pur essendo entrambi meccanismi esplicitamente previsti dalla DMF* - possano generare una indebita sommatoria di benefici. In realtà, la frase successiva della richiamata sentenza chiarisce come la possibile duplicazione che si intendeva censurare era quella che potenzialmente poteva generarsi dalla sovrapposizione dei benefici previsti dalle norme convenzionali e dalla DMF. Nello specifico, così successivamente riporta la sentenza n. 19180/2004: “*Si pensi al caso in cui la società madre riesca a beneficiare, nello Stato di residenza di un credito di imposta pari alla ritenuta operata alla fonte, sulla base delle disposizioni convenzionali, e poi la società figlia ottenga anche un rimborso della ritenuta alla fonte operata, in un altro Stato dell'U.E.*”

<sup>10</sup> Tra i riferimenti giurisprudenziali della sentenza *Macquarie* a situazioni, a nostro avviso, non sovrapponibili al caso vi sono, *inter alia*, i richiami: (i) alla sentenza della Cassazione del 15/02/2019, n. 4568, avente ad oggetto la corretta interpretazione del concetto di assoggettamento ad imposta previsto dalla Convenzione tra Italia e Regno Unito, secondo la quale la società che riceve i dividendi può godere del beneficio del credito d'imposta se è “*a tal titolo*” soggetta ad imposta nel Regno Unito e (ii) alle sentenze della Cassazione del 20/2/2013, nn. 4164 e 4165, parimenti incentrate sull'interpretazione della Convenzione tra Italia e Regno Unito.

<sup>11</sup> Credito di imposta indiretto.

<sup>12</sup> Rientrano, ad esempio, in tale filone giurisprudenziale le sentenze del 27/12/2018, n. 33407 e del 27/10/2017, n. 25585 citate al par. 13.2 della sentenza *Macquarie*. Entrambi i casi riguardavano distribuzioni di dividendi da parte di società Italiane alle relative controllanti francesi, relativamente alle quali veniva chiesto a rimborso il credito di imposta indiretto sui dividendi ai sensi della Convenzione tra Italia e Francia e la contemporanea applicazione della DMF. Entrambe le sentenze concludono sostenendo l'alternatività dei due istituti. È di tutta evidenza come queste casistiche non siano sovrapponibili al caso oggetto di contestazione nella sentenza *Macquarie*. In quest'ultima, infatti, è oggetto di censura la richiesta di rimborso della ritenuta alla fonte sulla base della DMF in presenza della non tassazione del dividendo nel Paese della società Madre che - *come più volte sottolineato* - è uno dei meccanismi previsti dalla DMF stessa per evitare la doppia imposizione economica.

<sup>13</sup> Per una trattazione dettagliata del richiamato filone giurisprudenziale, in dottrina: G. Zizzo, *Il rimborso convenzionale dei crediti d'imposta sui dividendi: una storia di diritti negati - il commento*, in *Corriere Tributario*, 2020, 2; P. GIACOMETTI e C. SETTI DELLA VOLTA, *Dalla Cassazione una decisione di sistema su assoggettamento ad imposta e benefici convenzionali*, in *Corriere Tributario*, 2019, 11. Sullo stesso tema si rimanda ad Assonime, Note e Studi, n. 10/2020 - *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”)*, par. 4 della Nota Tecnica, *Alcune recenti sentenze della Cassazione su beneficial owner, credito di imposta indiretto e dividendi*.

esprimere principi generali circa la doppia imposizione giuridica ed economica che portano a conclusioni opposte rispetto a quelle raggiunte nelle sentenze CDC e Macquarie<sup>14</sup>. Il caso esaminato riguardava una società residente nel Regno Unito, che aveva percepito dividendi da una società controllata con sede in Italia. In particolare, la società presentava richiesta di rimborso del credito d'imposta ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 4, della convenzione contro le doppie imposizioni ("Convenzione") tra Italia e Regno Unito. A seguito del diniego da parte dell'Ufficio, la società aveva proposto ricorso, perdendo in entrambi i giudizi di merito. In particolare, la Commissione Tributaria Regionale ("CTR") di Pescara<sup>15</sup> aveva, erroneamente, motivato la propria decisione sulla base del fatto che il rischio di doppia imposizione fosse stato eliminato con l'esonero da ritenuta ex articolo 27-bis D.P.R. n. 600/1973, in attuazione della DMF, per cui il rimborso del credito previsto dalla Convenzione non era dovuto.

La Suprema Corte cassava con rinvio la decisione della CTR sottolineando, tra le altre cose, come l'esenzione da ritenuta elimini la doppia imposizione giuridica ma non necessariamente la doppia imposizione economica, cui anche mira la DMF<sup>16</sup>. L'applicazione di una ritenuta dà sicuramente luogo a doppia imposizione economica per cui stante l'obiettivo della direttiva l'esenzione da ritenuta deve essere concessa indipendente dall'effettiva tassazione del dividendo in capo alla società madre<sup>17</sup><sup>18</sup>. Il diritto, poi, al credito d'imposta indiretto da Convenzione ben avrebbe potuto coesistere con la DMF posto che, anche in assenza di una ritenuta, l'inclusione del dividendo nel reddito imponibile della società madre avrebbe dato luogo a doppia imposizione economica, analisi non svolta dalla CTR in esame<sup>19</sup>.

Ad ogni modo, la posizione della Cassazione sull'esenzione della ritenuta in assenza di tassazione del dividendo rimane incerta. Nello specifico, in una successiva pronuncia - *sentenza del 5/2/2020 n. 2617* - è stato negato il diritto al rimborso del credito d'imposta in base alla Convenzione tra Italia e Regno Unito. La Suprema Corte sembra riproporre, quale necessario presupposto per l'applicazione della DMF, il principio dell'effettivo assoggettamento ad imposta del dividendo in capo alla società madre.

Considerato che, presto o tardi, a livello comunitario questa posizione dovrebbe essere oggetto di censura, sarebbe opportuno che la Cassazione rivedesse a breve, e in via definitiva, la propria posizione o, quanto meno, che l'AE confermasse con un'interpretazione ufficiale quanto già affermato con l'interpello n. 57/2019, in modo da ristabilire la corretta applicazione della DMF anche in Italia ed evitare di scoraggiare investimenti esteri nel nostro Paese.

<sup>14</sup> P. ARGINELLI e M. TENORE, *La Cassazione corregge il tiro sulla doppia imposizione internazionale*, in Eutekne del 6/2/2020 e M. BELLINI e Q. W. IMBIMBO, *Sì all'esenzione da ritenuta interna anche se il dividendo non è tassato*, in Il Sole 24 ore del 24/2/2020.

<sup>15</sup> Sentenza della CTR di Pescara n. 397, dep. il 15/11/2013.

<sup>16</sup> Nello stesso senso, si veda la sentenza della CGUE del 19/12/2019, causa C-389/18 "Brussels Securities SA", par. 36 in cui i giudici hanno ribadito che, al fine di assicurare l'obiettivo della neutralità fiscale al momento della distribuzione di utili da parte di una società figlia con sede in uno Stato membro alla propria società madre stabilita in un altro, la direttiva mira ad evitare una doppia imposizione di tali utili, in termini economici, ovvero ad evitare che gli utili distribuiti siano colpiti, una prima volta, a carico della società figlia, ed una seconda volta, a carico della società madre.

<sup>17</sup> F. AVELLA, *Società madre-figlia, per la Cassazione sì all'esenzione sui dividendi*, in NT + Fisco del 9/2/2020.

<sup>18</sup> Rilevante è, altresì, il principio richiamato in sentenza circa la necessità di evitare che la società madre subisca un trattamento deteriore rispetto a quello che applicabile a società madre e figlia residenti nella stessa giurisdizione.

<sup>19</sup> Un principio analogo era stato, altresì, affermato in tre recenti sentenze della Cassazione del 14/11/2019, n. 29635, del 20/11/2019, n. 30140 e del 21/11/2019, n. 30347, riguardanti l'interpretazione dell'art. 24, paragrafo 2, lett. b) della Convenzione tra Italia e Germania che reca una disposizione analoga a quella dell'art. 4, paragrafo 1, lett. a) della DMF. Nelle sentenze richiamate, gli Ermellini avevano stabilito il principio secondo cui tale articolo imponesse all'Italia l'obbligo incondizionato di esentare i dividendi anche nell'ipotesi in cui gli stessi fossero già stati esentati da ritenuta nello Stato di residenza della società distributrice (nel caso esaminato la Germania).

## 2. Sede effettiva di direzione

La sentenza Macquarie risulta di particolare interesse anche in quanto richiede, quale ulteriore requisito per beneficiare della DMF e delle Convenzioni, che la società partecipante disponga di una “sede di direzione effettiva” nel Paese di residenza<sup>20</sup>.

Quello della sede di direzione effettiva, non è un requisito espressamente previsto dalla DMF, mentre in ambito convenzionale, viene fatto ricorso a questo concetto (*place of effective management*) all’articolo 4 del modello Ocse esclusivamente per dirimere situazioni in cui in base alla normativa interna degli Stati contraenti un soggetto, diverso da un persona fisica, sia considerato residente in entrambe le giurisdizioni<sup>21</sup>.

Nella richiamata sentenza la Cassazione va oltre e, quasi fosse un requisito immanente della normativa comunitaria e convenzionale, richiede che la società partecipante abbia nello Stato in cui risiede la propria sede di direzione effettiva, in assenza della quale non può beneficiare né della DMF né delle Convenzioni<sup>22</sup>. Secondo tale principio, pertanto, se anche una società madre fosse, in base a norma domestica, residente in Lussemburgo l’esenzione da ritenuta applicabile in base alla DMF alla distribuzione di dividendi da parte della partecipata italiana verrebbe meno se la sede di direzione effettiva della società madre risultasse essere in un terzo Stato; stesso dicasi per i benefici convenzionali. Questo ulteriore requisito previsto dalla Cassazione presenta punti di sovrapposizione con quelli legati:

- (i) al “radicamento effettivo” e all’“adeguata sostanza economica” nel Paese di insediamento delle *holding*, richiesti dall’AE al fine di beneficiare di direttive e convenzioni; e,
- (ii) allo svolgimento di un’“effettiva attività economica”, la cui assenza in capo alla società madre rappresenta, per la CGUE, uno degli indizi che insieme ad altri può dimostrare l’esistenza di una pratica abusiva.

Nello specifico:

- l’AE ha sostenuto che deve intendersi senza sostanza economica una società caratterizzata da “una struttura organizzativa “leggera” (...), priva di effettiva attività e di una reale consistenza e, in concreto, senza autonomia decisionale<sup>23</sup> se non dal punto di vista formale<sup>24</sup>; mentre,
- per la CGUE l’assenza di un’effettiva attività economica in capo ad una società “può essere accertata quando l’unica attività della medesima sia costituita dal percepimento dei dividendi e dal loro successivo trasferimento al beneficiario effettivo o ad altre società interposte<sup>25</sup>”.

<sup>20</sup> M. BELLINI e Q. W. IMBIMBO, *Serve una sede di direzione effettiva nel Paese di residenza*, in *Il Sole* 24 ore del 24/2/2020.

<sup>21</sup> Per decenni, e fino alla versione del 2014, l’art. 4 del Modello Ocse individuava esclusivamente nella sede di direzione effettiva la *tie-breaker* rule per dirimere in ambito convenzionale situazioni di doppia residenza di società e altre associazioni di persone che fossero o meno persone giuridiche; questa, peraltro, è la previsione generalmente contenuta nelle Convenzioni stipulate dall’Italia. A seguito dell’Action 6 dei BEPS - *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances* - del 5/10/2015 nel Modello Ocse 2017 è stata introdotta, *inter alia*, la previsione secondo cui le autorità fiscali degli Stati contraenti cercheranno di dirimere di comune accordo conflitti di doppia residenza tenendo conto della sede di direzione effettiva, del luogo di costituzione o formazione o altri fattori rilevanti.

<sup>22</sup> Sentenza Macquarie, par. 12.1: “occorre per usufruire dei benefici delle Convenzioni e della Direttiva in tema di dividendi che la società abbia un precipuo momento di collegamento con il Paese in cui apparentemente risiede, quale appunto la “sede di direzione effettiva””. Con riferimento alle Convenzioni la Cassazione si era già espressa in questo senso con sentenza del 28/12/2016, n. 27113 mentre con precedente sentenza del 25/5/2016, n. 10792 aveva, correttamente, rilevato che “l’esigenza di considerare la direzione effettiva dell’impresa viene in rilievo solo nel caso in cui la società abbia sede in entrambi gli stati contraenti”. F. ROCCATAGLIATA, “Sede di direzione effettiva” e “beneficiario effettivo” nel quadro dei rapporti italo-francesi, in *Corriere Tributario*, 2017, 16, 1271.

<sup>23</sup> Enfasi data dagli autori.

<sup>24</sup> Cir. Circ. AE n. 6/E del 2016, par. 3.4 *Applicazione della disciplina delle ritenute ai dividendi destinati all’estero e della tassazione delle plusvalenze realizzate dalla cessione della MergerCo localizzata in Italia*, la quale richiama la precedente Cir. AE n. 32/E del 2011 per le considerazioni fatte in materia di costruzioni di puro artificio.

<sup>25</sup> Sentenza sui casi danesi, par. 104.

A questo proposito ricordiamo, però, che secondo il condivisibile orientamento della Cassazione<sup>26</sup>, a una *holding* non può richiedersi di operare come - e quindi di avere la stessa sostanza economica di - una società industriale o commerciale<sup>27</sup>; nello stesso senso si è espressa la CGUE con sentenza del 20/12/2017 (C-504/16 e C-616)<sup>28</sup> e nella sentenza sui casi danesi in tema di dividendi<sup>29</sup>.

### 3. Beneficiario effettivo

Come è noto, per i dividendi quello del beneficiario effettivo è un requisito previsto solo in ambito convenzionale<sup>30</sup> <sup>31</sup> mentre né la DMF né l'art. 27-bis del D.P.R. 600/1973 ne fanno espresso richiamo. Ciononostante, anche con riferimento alla DMF, la modulistica necessaria<sup>32</sup> affinché il sostituto d'imposta non applichi la ritenuta sui dividendi prevede che la società madre dichiari di essersene l'effettivo beneficiario e numerosi sono i casi in cui l'AE ha negato il diritto all'esenzione, o il rimborso della ritenuta<sup>33</sup>, contestando la qualifica di beneficiario effettivo in capo alla società partecipante.

#### 3.1. La nozione di beneficiario effettivo

Ma qual è la nozione di beneficiario effettivo a cui fare riferimento?

La normativa fiscale italiana non prevede una definizione di beneficiario effettivo mentre la prassi amministrativa ha individuato come tale il “*soggetto cui il reddito è fiscalmente imputabile*”<sup>34</sup> fornendone, con riferimento alla direttiva Interessi e *Royalties*<sup>35</sup>, una definizione ancora più stringente secondo cui una società riveste la qualifica di beneficiario effettivo qualora abbia “*la titolarità, nonché la disponibilità del reddito percepito*” e “*tragga un proprio beneficio economico dall'operazione posta in essere*”<sup>36</sup>.

<sup>26</sup> Sentenze della Cassazione del 28/5/2019, n. 14527 e del 28/12/2016, nn. 27112, 27113, 27115 e 27116. Nello stesso senso la circolare Assonime n. 10/2017 nella quale viene fatto il punto sui principi espressi dalla giurisprudenza, sia nazionale che comunitaria, in materia di *holding* passive. In particolare, nel documento richiamato, Assonime analizza la possibilità di applicare ai dividendi percepiti da tali soggetti i regimi convenzionali e, al ricorrere delle condizioni richieste, l'esenzione da ritenuta ai sensi della DMF.

<sup>27</sup> Note e studi Assonime n. 17/2016, *Imprese multinazionali: aspetti societari e fiscali*; circolare Assonime n. 10/2017 -  *Holding passive e vantaggi fiscali. I recenti chiarimenti giurisprudenziali e note e studi Assonime n. 10/2020, op. cit.*

<sup>28</sup> CGE, 20 dicembre 2017, cause riunite C-504/16 e C-613/16, “Deister Holding AG” e “Juhler Holding”. Per una sintesi della giurisprudenza sul tema si rimanda a M. TENORE e G. LUBRANO, *Spunti di riflessione sulle sentenze della Corte di Giustizia nelle cd. cause danesi alla luce della giurisprudenza italiana*, in Rivista di Diritto Tributario, del 13/3/2020.

<sup>29</sup> Sentenza sui casi danesi, par. 104: “*L'assenza di un'effettiva attività economica dev'essere al riguardo dedotta, alla luce delle peculiarità che caratterizzano l'attività economica in questione, da un'analisi complessiva dei pertinenti elementi attinenti, in particolare, alla gestione della società, al suo bilancio d'esercizio, alla struttura dei suoi costi ed ai costi realmente sostenuti, al personale impiegato nonché ai locali ad alle attrezzature di cui dispone*”.

<sup>30</sup> Il concetto di beneficiario effettivo, introdotto nel Modello di convenzione OCSE del 1977, deve considerarsi clausola generale immanente dell'ordinamento fiscale internazionale, applicabile anche ai trattati antecedenti al 1977 che non ne facciano espressa menzione. In dottrina, tra gli altri, K. VOGEL, *Preface to Articles 10-12*, in Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, ed. Kluwer 1997, par. 14.

<sup>31</sup> Per un *excursus* sul concetto di beneficiario effettivo e sulla sua evoluzione a livello di dottrina e giurisprudenza internazionale si rimanda ai contributi di A. BALLANCIN, *La nozione di “beneficiario effettivo” nelle convenzioni internazionali e nell'ordinamento tributario italiano*, Rassegna Tributaria, 2006, 1; A. MEINDL-RINGLER, *Beneficial Ownership in International Tax Law*, 2016, ed. Kluwer; F. NAVISOTSCHNIGG, *The Beneficial Ownership Test*, in Tax Treaty Entitlement, 2019, ed. IBFD, 91; R. J. DANON, *The Beneficial Ownership Limitation in Articles 10, 11 and 12 OECD Model and Conduit Companies in Pre- and Post-BEPS Tax Treaty Policy: do we (Still) Need It?*, in Current Tax Treaty Issues - 50 Anniversary of the International Tax Group”, 2020, G. MAISTO, ed. IBFD, 585; P. A. H. GONZÁLEZ-BARRERA, *Beneficial Ownership in Tax Law and Tax Treaties*, 2020, ed. HART.

<sup>32</sup> Modello E approvato con Provv. Dir. AE n. 84404 del 2013.

<sup>33</sup> S. TELLARINI, *La nozione di “beneficiario effettivo” ai fini del regime convenzionale dei dividendi*, in La tassazione dei dividendi intersocietari, 2011, a cura di G. MAISTO, Ed. Giuffrè, 622.

<sup>34</sup> Circ. Min. n.306/E del 1996 e Ris. Min. n. 104/E del 1997 e n. 167/E del 2008.

<sup>35</sup> Direttiva UE 2003/49/CE, concernente il regime fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e di canoni fra società consociate di Stati membri diversi.

<sup>36</sup> Circ. AE n. 47/E del 2005, par. 2.3.2 “Definizione di beneficiario effettivo” e Ris. AE n. 88 del 2019, che richiama la Circ. AE n. 47 del 2005. In tema G. ESCALAR, *La nuova definizione OCSE di effettivo beneficiario*, in Corriere Tributario, 2017, 47-48, nota 1.

A livello convenzionale successivamente all'introduzione della nozione di beneficiario effettivo nel Commentario al Modello OCSE del 1977 - *che adottando un approccio formale escludeva come tali solo trustee e mandatari* - vi è stata una continua evoluzione in chiave antielusiva<sup>37</sup> di tale concetto che è andata privilegiando la sostanza, rispetto alla forma giuridica. L'evoluzione di tale nozione, riflessa nelle varie versioni del Commentario al Modello OCSE prevede non solo che un soggetto sia considerato beneficiario effettivo (i) qualora dividendi, interessi o *royalties* siano allo stesso fiscalmente imputabili - *e almeno astrattamente assoggettabili a tassazione nel proprio Stato di residenza* - ma anche che (ii) ne abbia la piena disponibilità economica, ossia che disponga del potere di impiego e godimento degli stessi<sup>38</sup>. Con riferimento a quest'ultima previsione, volta ad evitare ipotesi di *back-to-back*, occorre però fare un importante distinguo fra (i) dividendi, da un lato, e (ii) interessi e *royalties*, dall'altro. Infatti, mentre in relazione a questi ultimi la qualifica di beneficiario effettivo può essere disconosciuta anche in presenza di una semplice connessione quantitativa e temporale dell'incasso di tali proventi con l'obbligo di restituire a terzi finanziamenti ricevuti di analogo ammontare e a diverso titolo, per i dividendi è richiesto un legame più specifico e, in particolare, che l'obbligo di ritrasferimento ad altri soggetti:

- (i) *“dipenda espressamente dal loro preventivo incasso”*; e,
- (ii) *“riguardi direttamente tali dividendi, con la conseguenza che sono escluse le obbligazioni legali o contrattuali ad essi correlate, anche se il percettore utilizzi le risorse per soddisfare queste obbligazioni”*<sup>39 40</sup>.

A livello giurisprudenziale, con specifico riferimento ai dividendi, la Suprema Corte ha, negli anni, fatto ricorso alla nozione sostanzialistica di beneficiario effettivo<sup>41</sup> del Commentario al Modello OCSE facendo confluire tale concetto nell'alveo delle norme antielusive generali di matrice domestica ed internazionale<sup>42</sup>. Ma se da un lato la Cassazione riconosce nel beneficiario effettivo il soggetto che *“ha l'effettiva disponibilità giuridica ed economica dei dividendi”*<sup>43</sup> dall'altro ha, in alcuni pronunciamenti, erroneamente disconosciuto tale qualifica nell'ipotesi in cui l'azionista non fosse stato assoggettato a effettiva tassazione sui dividendi<sup>44</sup>. In quest'ultimo senso si esprime anche la sentenza Macquarie che affronta il tema del beneficiario effettivo, peraltro, trattando congiuntamente - *senza operare le necessarie distinzioni* - le disposizioni comunitarie e quelle convenzionali. Nello

<sup>37</sup> L'interpretazione in chiave antielusiva, al fine di contrastare il cd. *treaty shopping*, fu per la prima volta espressa nel Rapporto OCSE sulle *conduit companies* del 1987 - *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*- poi recepita nel Commentario al Modello di Convenzione OCSE del 2003.

<sup>38</sup> Escludendo così le società *conduit* che originariamente non erano state escluse dalla nozione di beneficiario effettivo fornita nel Commentario al Modello OCSE del 1977. G. ESCALAR op. cit.

<sup>39</sup> Assonime, Note e Studi, n. 10/2020, 3; si veda anche la relativa Nota Tecnica pagg. 5 e ss. Sul tema si rimanda anche all'allegato 2 delle Note e Studi Assonime n. 17 del 2016 - *Imprese Multinazionali: aspetti societari e fiscali: “A differenza [...] degli interessi e delle royalties (per i quali sono più facilmente ravvisabili obbligazioni contrattuali, anche non scritte, di “riversamento” a favore di terzi), i dividendi 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”*.

<sup>40</sup> Conseguentemente, a livello convenzionale, la qualifica di beneficiario effettivo non dovrebbe poter essere disconosciuta nelle strutture che prevedano la distribuzione di dividendi da parte della *subsidiary* italiana al fine di consentire alla propria *parent company* estera di ripagare interessi relativi a finanziamenti non solo verso terzi ma anche *intercompany*.

<sup>41</sup> Nel senso di considerare quella del beneficiario effettivo clausola immanente dei trattati applicabile anche in assenza di specifica previsione si è espressa la Cassazione, *inter alia*, con sentenze del 16/12/2015, n. 25281 e del 28/12/2016, n. 27113; vedi anche precedente nota 30.

<sup>42</sup> A. TOMASSINI e A. SANDALO, *La mera funzione di holding statica non esclude la qualifica di beneficiario effettivo - La Cassazione traccia i confini del concetto di beneficiario effettivo*, in Rivista di Giurisprudenza Tributaria, 2017, 3, 233; A. BALLANCINI, *Direttrici evolutive della clausola del beneficiario effettivo: ritorno alle origini?*, in Corriere Tributario, 2020, 5, 478.

<sup>43</sup> Sentenza della Cassazione n. 10792/2016. Dello stesso tenore, *inter alia*, le sentenze della Cassazione nn. 27113/2016; 24287/2019; 24288/2019; 24289/2019; 24290/2019 e 24291/2019.

<sup>44</sup> Sentenza della Cassazione 10792/2016 e la giurisprudenza richiamata alla nota 17 della Nota Tecnica del documento di Assonime, Note e Studi, n. 10/2020, *Alcune recenti sentenze della Cassazione su beneficial owner, credito d'imposta indiretto e dividendi*, pag. 14.

specifico, la Suprema Corte si è espressa sostenendo come, sia ai fini della Convenzione che della DMF, la società madre<sup>45</sup> non possa qualificarsi quale beneficiario effettivo dei dividendi non avendo quest'ultima assolto alcuna imposta sugli stessi per via della *participation exemption* lussemburghese<sup>46</sup>. La Suprema Corte nelle proprie argomentazioni non approfondisce la nozione di beneficiario effettivo<sup>47</sup>, ma si limita ad un generico rinvio all'accertamento svolto dai giudici di merito<sup>48</sup> i quali in realtà disconoscono la qualifica del beneficiario effettivo richiamando in maniera confusa argomentazioni legate (i) alla mancata tassazione dei dividendi in Lussemburgo e (ii) all'assenza di una effettiva sede di direzione in loco.

Per le ragioni suesposte, la sentenza Macquarie fornisce un contributo poco significativo della nozione di beneficiario effettivo purtroppo confermando come tale requisito sia per la Suprema Corte necessario anche ai fini dell'applicazione della DMF.

In realtà la DMF, diversamente dalle Convenzioni<sup>49</sup>, non prevede la clausola del beneficiario effettivo per una ragione di ordine sistematico, posto che diversamente da queste ultime - *le quali mirano ad alleviare il problema della doppia imposizione giuridica*<sup>50</sup> - la prima ha come obiettivo anche quello di evitare la doppia imposizione economica per cui è del tutto irrilevante che il socio, percettore dei dividendi, integri il requisito di beneficiario effettivo<sup>51</sup>, rimanendo sempre salva la possibilità di disconoscere i benefici della direttiva in ipotesi di abuso. Ed è anche in quest'ultimo ambito che la sentenza Macquarie mostra profili interessanti in quanto nega i benefici della DMF e della Convenzione qualificando MALSA<sup>52</sup> quale “costruzione di puro artificio”<sup>53</sup> in relazione alla quale non può esservi tutela dei principi di libertà di stabilimento e libera circolazione dei capitali<sup>54</sup>; nel fare questo per la prima volta la Suprema Corte richiama la sentenza sui casi danesi sui dividendi in cui il concetto di “beneficiario effettivo” è di assoluta centralità<sup>55</sup>.

<sup>45</sup> Nella sentenza Macquarie la società di diritto lussemburghese Macquarie Airports S.A. (“MALSA”).

<sup>46</sup> Sentenza Macquarie, par. 13: “Ugualmente è infondato il quarto motivo, che intende sottoporre a censura quella che si pone, in effetti, come la statuizione cardine della decisione impugnata, laddove ritenuto che MALSA non rivestisse la qualifica di “beneficiario effettivo” dei dividendi e che non potesse usufruire dei benefici posti dalla Convenzione e dalla Direttiva in considerazione del fatto che, nell’ordinamento lussemburghese, [...] MALSA non ha pagato sui dividendi ricevuti dalla propria controllata italiana alcuna imposta avendo usufruito del sistema di esenzione della *participation exemption*”.

<sup>47</sup> Sentenza Macquarie, par. 13.4 “Quanto all’impossibilità, secondo la pronuncia impugnata, di individuare in [...] il beneficiario effettivo dei dividendi corrisposti da [...] - ciò che avrebbe legittimato l’applicazione dell’aliquota agevolata convenzionale del 15% ai sensi dell’art. 10 comma 2 della Convenzione - senza che occorra, in questa sede, [...] approfondire la nozione di “beneficiario effettivo” dei dividendi, occorre ribadire che la valutazione della CTR è frutto di accertamento di fatto che non può essere sindacato attraverso la denuncia di vizio di violazione o falsa applicazione delle norme di diritto indicate nella relativa rubrica”.

<sup>48</sup> Sentenza della CTR di L'Aquila, sez. di Pescara del 24/5/2012, n. 991.

<sup>49</sup> Ma anche della direttiva *Interessi-Royalties*.

<sup>50</sup> In quest’ottica risulta coerente che il socio debba essere sottoposto alla tassazione sui dividendi così come avviene per l’incasso di interessi e *royalties*.

<sup>51</sup> Assonime, Note e Studi, n. 10/2020, par. 3 “La clausola del *beneficial owner* e le direttive *madre-figlia* 2011/96/UE e *interessi e royalties* 2003/49/CE”.

<sup>52</sup> Vedi precedente nota n. 45.

<sup>53</sup> Par.12.2 della sentenza Macquarie.

<sup>54</sup> Artt. 49 e 63 del TFUE.

<sup>55</sup> Per un’analisi della sentenza sui casi danesi si rinvia a J. SCHWARZ, *Beneficial ownership: CJEU Landmark ruling*, in Kluwer International Tax Blog, 27/2/2019; A. B. DE ALBA e D. ARRIBAS, *The interplay between Beneficial Ownership and Abuse in the Danish Cases on Dividends*, in Kluwer International Tax Blog, 27/3/2019; A. IANACCONE, *Abuso della Direttiva Madri-Figlie: giro di vite della Corte di Giustizia*, in Rivista di Giurisprudenza Tributaria, 2019, 4; M. ANTONINI, R.-A. PAPOTTI e S. S. SCHIAVINI, *I chiarimenti della CGE circa l’abuso del diritto nella Direttiva Madre-Figlia*, in Corriere Tributario, 2019, 6; A. CONTRINO, *Note in tema di dividendi “intraeuropei” e “beneficiario effettivo”, tra commistioni improprie della prassi interna e nuovi approdi della giurisprudenza europea*, in Rivista di Diritto Tributario, 3/2/2020; M. TENORE e G. LUBRANO, *Spunti di riflessione sulle sentenze della Corte di Giustizia nelle cd. cause danesi alla luce della giurisprudenza italiana*, op. cit. e L. ROSSI e M. AMPOLLILLA, *Le holding nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in Bollettino Tributario, 2020, 3.

### 3.2. Beneficiario effettivo alla luce della sentenza della CGUE sui casi danesi sui dividendi

Nello specifico, i richiamati casi danesi avevano ad oggetto la distribuzione di dividendi da parte di società danesi ai propri soci residenti in altri Stati membri ma facenti parte di strutture al cui vertice vi erano soggetti extra-UE.

Con riferimento alla nozione di beneficiario effettivo la CGUE risponde solo ad alcune delle questioni pregiudiziali<sup>56</sup> poste dal giudice del rinvio, ed in particolare, a quelle<sup>57</sup> volte a chiedere “sostanzialmente, quali siano gli elementi costitutivi di un abuso e come tali elementi, possano essere accertati” (par. 96).

In tale ambito nello sviluppo seguito dalla CGUE i concetti di abuso e di beneficiario effettivo sembrano “intrecciarsi”<sup>58</sup>. Secondo la Corte perché una pratica possa essere definita abusiva occorre che vi sia la concomitanza di:

- a) circostanze oggettive dalle quali “risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa dell’Unione, l’obiettivo perseguito dalla normativa medesima non sia stato conseguito”; e,
- b) un elemento soggettivo “consistente nella volontà di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa dell’Unione mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento”<sup>59</sup>.

Per la Corte la sussistenza di un abuso può essere accertata in presenza di indizi oggettivi e concordanti quali, ad esempio, “l’esistenza di società interposte prive di giustificazione economica, nonché la natura puramente formale della struttura del gruppo societario, della costruzione finanziaria e dei finanziamenti”<sup>60</sup>.

Nell’analisi svolta dalla CGUE gli indizi di abuso presentano aspetti che sembrano sovrapporsi ai criteri utilizzati per l’analisi del requisito del beneficiario effettivo<sup>61</sup>. In ogni caso la lettura sistematica della sentenza fa propendere per considerare il beneficiario

<sup>56</sup> La CGUE dopo aver risposto alla prima questione pregiudiziale sancendo che “uno Stato membro deve negare il beneficio di disposizioni di diritto dell’Unione laddove queste vengano invocate non al fine di realizzare le finalità delle disposizioni medesime, bensì al fine di godere di un vantaggio derivante dal diritto dell’Unione sebbene le condizioni per poterne godere siano rispettate solo formalmente” (cfr. sentenze casi danesi, par. 72), ha ritenuto di non dover rispondere alla seconda, terza e quarta, lett. da a) a c), delle questioni pregiudiziali (cfr. sentenze casi danesi, par. 93 e 94) e, *inter alia*, se:

- una disposizione di una Convenzione fra due Stati membri, conforme al Modello OCSE, che preveda per i dividendi il requisito del beneficiario effettivo sia una disposizione convenzionale contro gli abusi ai sensi dell’art. 1, par.2, della DMF;
- spetti ai giudici nazionali definire la nozione di beneficiario effettivo oppure se nell’applicare la DMF a tale nozione debba essere attribuito un significato proprio secondo il diritto dell’Unione;
- la nozione di beneficiario effettivo debba essere interpretata conformemente alla corrispondente nozione accolta nella direttiva Interessi e *Royalties*;
- la nozione di beneficiario effettivo debba essere interpretata esclusivamente alla luce del commentario all’art. 10 della Convenzione redatta secondo il Modello OCSE del 1977 ovvero tenendo conto dell’interpretazione contenuta nei commentari ai successivi Modello OCSE.

<sup>57</sup> La quarta, lett. d) ed e), quinta ed ottava delle questioni pregiudiziali.

<sup>58</sup> J. SCHWARZ, *Beneficial ownership: CJEU Landmark ruling* op. cit. e A. B. DE ALBA e D. ARRIBAS, *The interplay between Beneficial Ownership and Abuse in the Danish Cases on Dividends*, op.cit.

<sup>59</sup> Par. 114 e 124 della Sentenza sui casi danesi.

<sup>60</sup> Par. 124 che tratta le conclusioni della Sentenza sui casi danesi. La CGUE individua tra gli indizi atti a qualificare (i) la società madre come soggetto interposto e (ii) la presenza di una costruzione artificiosa:

- il fatto che la società madre svolga esclusivamente attività di incasso e redistribuzione di dividendi al beneficiario effettivo o ad altre società interposte; analisi sull’assenza di un’attività economica da effettuarsi considerando le modalità con cui la società è gestita, il suo bilancio, della relativa struttura dei costi, del personale impiegato e dei beni strumentali e dei locali a propria disposizione (par. 104);
- la circostanza che i dividendi ricevuti dalla società madre vengano integralmente, o quasi, redistribuiti entro un lasso di tempo breve ad un soggetto che non avrebbe beneficiato della DMF (par. 101) e che la società madre realizzi unicamente un utile imponente insignificante (par. 103);
- (i) la presenza di un’articolata struttura di contratti fra le società del gruppo di cui la società madre fa parte generatori di flussi finanziari infragruppo (ii) la modalità di finanziamento delle operazioni, (iii) la valutazione dell’*equity* delle società intermediarie e (iv) l’impossibilità in capo alle società interposte di disporre economicamente dei dividendi, per cui pur in assenza di un obbligo contrattuale o legale in tale senso, le stesse non dispongano del diritto di utilizzo e godimento dei dividendi (par. 105).

<sup>61</sup> A. B. DE ALBA e D. ARRIBAS, *The interplay between Beneficial Ownership and Abuse in the Danish Cases on Dividends*, op. cit.

effettivo (i) non come un nuovo requisito per l'applicazione della DMF<sup>62</sup> ma (ii) come un indizio il cui ricorso va fatto esclusivamente in chiave antielusiva al fine di identificare pratiche abusive<sup>63</sup>.

### 3.3. Beneficiario effettivo e disposizioni antiabuso della Convenzione Multilaterale

Con la prossima adozione della Convenzione Multilaterale (“MLI”)<sup>64</sup> in dottrina si è posto il tema se la nozione di beneficiario effettivo necessita di una rivisitazione.

Il recepimento dell'MLI da parte dell'Italia comporterà, fra gli altri, la sostituzione del preambolo delle attuali convenzioni con il Preambolo previsto dall'art. 6 dell'MLI<sup>65</sup>. Nell'ambito del *minimum standard* previsto dall'art. 7 dell'MLI l'Italia ha optato sia (i) per il *Principle Purpose Test* (“PPT”)<sup>66</sup> che (ii) per la *Simplified Limitation on Benefit Rule* (S-LOB)<sup>68</sup>, quest'ultima però a condizioni di reciprocità<sup>69</sup>.

L'adozione di tali misure, previste dall'Action 6 dei BEPS, mira a contrastare l'abuso dei trattati, ed in particolare il cd. *treaty shopping*, fenomeno che come richiamato in precedenza giustificò a suo tempo l'adozione della nozione sostanzialistica di beneficiario effettivo avente portata antielusiva<sup>70</sup>.

Rispetto alla nozione di beneficiario effettivo i nuovi strumenti introdotti dall'MLI hanno il pregio di contrastare l'abuso dei trattati adottando un approccio olistico la cui applicazione non è limitata al pagamento di dividendi, interessi e *royalties* ma estesa a tutte le regole distributive delle Convenzioni<sup>71</sup>.

<sup>62</sup> Nel senso di considerarlo come requisito per l'applicazione della DMF sembrerebbe esprimersi il par. 111 della Sentenza sui casi danesi secondo cui: “*laddove il beneficiario effettivo di un versamento di dividendi sia fiscalmente residente in uno Stato terzo, il diniego dell'esenzione di cui all'articolo 5 della Direttiva 90/435 non è minimamente subordinato all'accertamento di una frode o di un abuso*”. In realtà una tale interpretazione oltre a non trovare supporto nel testo, e aggiungerebbe nella ratio, della DMF non sarebbe coerente con i precedenti della CGUE e con la prevalente dottrina. In questo senso A. B. DE ALBA e D. ARRIBAS, *The interplay between Beneficial Ownership and Abuse in the Danish Cases on Dividends*, op.cit.; M. ANTONINI, R.-A. PAPOTTI e S. S. SCHIAVINI, *I chiarimenti della CGE circa l'abuso del diritto nella Direttiva Madre-Figlia*; CFE, *Opinion Statement ECJ-TF 2/2019*, 18; L. ROSSI e M. AMPOLLILLA, *Le holding nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Bollettino Tributario*, 2020, 3, 196; L. ROSSI e F. BRUNELLI, *Gli impatti della sentenza della Corte UE C-116/16 3 C-117/16 sulle holding utilizzate nelle operazioni di acquisizione*, in *Diritto Bancario*, aprile 2020; A. BALLANCIN, *Direttrici evolutive della clausola del beneficiario effettivo: ritorno alle origini?*, op.cit.

<sup>63</sup> In tal senso propende chiaramente il par. 117 della Sentenza sui casi danesi secondo cui spetta all'Amministrazione finanziaria dimostrare l'esistenza di una pratica abusiva “*tenendo conto di tutti gli elementi pertinenti, in particolare del fatto che la società destinataria dei dividendi versati non ne sia la beneficiaria effettiva*” ma anche, a nostro avviso, il precedente par. 100.

<sup>64</sup> Per un'approfondita analisi dell'MLI si rimanda a M. LANG, P. PISTONE, A. RUST, J. SCHUCH e C. STRARINGER, *The OECD Multilateral Instrument for Tax Treaties*, 2018, ed. Wolters Kluwer.

<sup>65</sup> MLI, articolo 6 (Scopo di un Accordo fiscale coperto), par. 1: “*Nell'intento di eliminare la doppia imposizione con riferimento alle imposte oggetto del presente accordo senza creare opportunità di non imposizione o di ridotta imposizione attraverso l'evasione o l'elusione fiscale (ivi compresi schemi di treaty-shopping finalizzati ad ottenere gli sgravi previsti dal presente accordo a beneficio indiretto di residenti di giurisdizioni terze)*”.

<sup>66</sup> MLI, articolo 7 (Prevenzione dell'abuso dei trattati), par. 1: “*Nonostante le disposizioni di un Accordo fiscale coperto, un beneficio ai sensi di un Accordo fiscale coperto non è concesso in relazione ad un elemento di reddito o di patrimonio se è ragionevole concludere, tenuto conto di tutti i fatti e le circostanze pertinenti, che l'ottenimento di tale beneficio era uno degli scopi principali di qualsiasi intesa o transazione che ha portato direttamente o indirettamente a tale beneficio, a meno che venga stabilito che la concessione di tale beneficio in dette circostanze sarebbe conforme all'oggetto e allo scopo delle pertinenti disposizioni dell'Accordo fiscale coperto*”.

<sup>67</sup> PPT in seguito recepito all'art. 29, par. 9 del Modello OCSE del 2017. Sul nuovo articolo 29 del Modello OCSE si segnala P. VALENTE - *Contrasto al fenomeno del cd. “treaty shopping”: il nuovo art. 29 del Modello di Convenzione OCSE 2017*, in *La Gestione Straordinaria delle Imprese*, 2018, 6, 91.

<sup>68</sup> MLI, articolo 7, par. da 8 a 13 a cui si fa rimando. Il nuovo art. 29, par. da 1 a 7, del Modello OCSE prevede disposizioni antiabuso basate sulla *Limitation on Benefit Rule* in una versione semplificata ed una dettagliata.

<sup>69</sup> Per una sintetica analisi sull'adozione dell'MLI da parte dell'Italia si rimanda a F. AVELLA, *Stretta OCSE con misure antiabuso*, in *Il Sole 24 ore* del 10/7/2017; F. AVELLA *Ok a clausole semplificate*, in *Il Sole 24 ore* del 10/7/2017. Per maggiori approfondimenti: C. GARBARINO e P. OCCHIUTO, *Lo Strumento Multilaterale per la modifica dei Trattati contro le doppie imposizioni*, in *Fiscalità e Commercio Internazionale*, 2018, 2 e L. LOBOSCO e C. SANNA, *La convenzione Multilaterale - La posizione dell'Italia*, in *La Gestione Straordinaria delle Imprese*, 2017, 4, 94.

<sup>70</sup> Vedi precedente nota 37.

<sup>71</sup> I.e. dall'art. 6 all'art. 22 delle Convenzioni.

Secondo alcuni autori<sup>72</sup> l'introduzione nei trattati di tali disposizioni di natura antielusiva giustificherebbe una rivisitazione della nozione di beneficiario effettivo con suo ritorno alla funzione di regola di allocazione<sup>73</sup> tesa a disconoscere i benefici convenzionali a meri soggetti interposti, così come originariamente previsto con la sua introduzione; secondo altri la necessità di mantenere la clausola del beneficiario effettivo verrebbe, addirittura, meno<sup>74</sup>.

Se in ambito convenzionale la prospettiva sembra quella di assistere alla perdita da parte della nozione di beneficiario effettivo della sua accezione di clausola antielusiva generale, con riferimento alla DMF - *che neppure prevede tale clausola* - si dovrebbe giungere alla conclusione che le fattispecie abusive debbano essere contrastate facendo esclusivo ricorso alla norma antielusiva domestica<sup>75</sup>, già conforme all'art. 6 ("Norma generale antiabuso") della direttiva ATAD I<sup>76</sup>. In questo senso sembra propendere anche la richiamata giurisprudenza comunitaria, infatti la lettura sistematica della sentenza della CGUE sui casi danesi porta, come accennato in precedenza, a concludere che quella del beneficiario effettivo non possa costituire nuova condizione per l'applicazione della DMF ma esclusivamente un indizio che, unitamente ad altri indizi oggettivi e concordanti, permette di individuare costruzioni artificiose da contrastare, in ambito domestico, ai sensi dell'art. 10-*bis* dello Statuto del Contribuente<sup>77</sup>.

#### 4. Considerazioni conclusive

In considerazione della richiamata prassi amministrativa, della giurisprudenza domestica e comunitaria nonché dell'imminente adozione dell'MLI che prevede, tra le altre, l'adozione di specifiche disposizioni antiabuso, la priorità per multinazionali e fondi di *private equity* dovrebbe essere quella di rivisitare criticamente, ed eventualmente modificare, le proprie strutture al fine di evitare il disconoscimento dei benefici di direttive e trattati. Con specifico riferimento alla distribuzione dividendi, strutture che prevedano investimenti in Italia attraverso società estere che abbiano (i) la propria sede di direzione effettiva nel Paese di residenza unitamente ad (ii) un adeguato livello di sostanza economica dovrebbero, nella prevalenza dei casi, consentire di evitare contestazioni legate all'applicazione della DMF<sup>78</sup> o dell'art. 10 delle Convenzioni, anche post entrata in vigore dell'MLI<sup>79</sup>. Stessa conclusione non è parimenti raggiungibile con riferimento a strutture che prevedano anche il pagamento *upstream* di flussi di interessi e *royalties* a fronte di operazioni di *back-to-back* le quali, in alcuni casi, possono legittimamente condurre al disconoscimento

<sup>72</sup> A. TOMASSINI e A. SANDALO, *La mera funzione di holding statica non esclude la qualifica di beneficiario effettivo - La Cassazione traccia i confini del concetto di beneficiario effettivo*, op. cit. e A. BALLANCIN, *Direttrici evolutive della clausola del beneficiario effettivo: ritorno alle origini?*.

<sup>73</sup> A. M. JIMENEZ, *Beneficial Ownership: Current Trends*, in *World Tax Journal*, 2010, par. 3.4.

<sup>74</sup> R. J. DANON, *The Beneficial Ownership Limitation in Articles 10, 11 and 12 OECD Model and Conduit Companies in Pre- and Post-BEPS Tax Treaty Policy: do we (Still) Need It?*, op. cit., 662.

<sup>75</sup> Art. 10-*bis* della legge 27/7/2000, n. 212 (Statuto del Contribuente).

<sup>76</sup> Direttiva UE n. 2016/1164 del 12 luglio 2016 recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno.

<sup>77</sup> Il disconoscimento dei benefici della DMF deve essere effettuato sulla base e nel rispetto della procedura e delle garanzie procedurali previste dall'art. 10-*bis* dello Statuto del Contribuente, in linea con quanto previsto dall'art. 27-*bis*, comma 5, del D.P.R. 600/1973.

<sup>78</sup> L. ROSSI e F. BRUNELLI, *Gli impatti della sentenza della Corte UE C-116/16 3 C-117/16 sulle holding utilizzate nelle operazioni di acquisizione*, op-cit.

<sup>79</sup> Il PPT non andrebbe applicato letteralmente, disconoscendo i benefici convenzionali per il solo fatto che una struttura presenti, insieme ad altre motivazioni, anche un vantaggio fiscale. Per una interpretazione non restrittiva della PPT propendono, *inter alia*, (i) la Raccomandazione della Commissione Europea del 28/1/2016 ma, soprattutto, (ii) gli esempi H, G e K all'art. 29 del Commentario al Modello OCSE 2017. In tema vedi L. ROSSI e M. AMPOLLILLA, *L'adozione della convenzione multilaterale*, in *Bollettino Tributario*, 2017, 4, 271.

dei benefici convenzionali e della direttiva Interessi e *Royalties*. Infatti, in più rispetto ai dividendi<sup>80</sup>, interessi e *royalties* richiedono oltre all'analisi della struttura societaria dell'investimento anche quella della struttura contrattuale di natura sinallagmatica posta in essere fra le varie società del gruppo.

Da ultimo, in relazione alla distribuzione di dividendi *cross-border*, al momento rimane aperto il tema legato alle contraddittorie posizioni assunte dalla Cassazione circa il *subject-to-tax requirement* richiesto per l'applicazione della DMF; come anticipato, sarebbe opportuno che la Cassazione rivedesse a breve la propria posizione o, quanto meno, che l'Amministrazione finanziaria riconfermasse, in via ufficiale, la posizione assunta con l'interpello n. 57/2019, in modo da ristabilire la corretta applicazione della direttiva anche nel nostro Paese ed evitare, così, di scoraggiare investimenti in Italia provenienti dall'estero.

---

<sup>80</sup> I quali fluiscono lungo la catena societaria in forza di contratti di natura associativa.