

FISCALITÀ INTERNAZIONALE

Treaty shopping: occorre valutare l'interposizione fittizia della conduit

di Marco Bargagli

Master di specializzazione

LA GESTIONE ACCENTRATA DELLA TESORERIA: PROFILI LEGALI E CONTRATTUALI PER COMMERCIALISTI

 Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

[accedi al sito >](#)

La **clausola antiabuso**, conosciuta tra gli addetti ai lavori come “**beneficiario effettivo o beneficial ownership**”, costituisce un importante strumento per contrastare il **fenomeno del “treaty shopping”**, ossia una forma di **abuso dei trattati internazionali** che consente di veicolare - tramite mere **conduit companies** - alcune tipologie reddituali (segnatamente dividendi, interessi o *royalties*) con il **precipuo scopo di ottenere l'esenzione o la riduzione della ritenuta alla fonte** (c.d. *withholding tax*) sfruttando, indebitamente, i benefici previsti dagli **accordi internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi o dalle direttive comunitarie**.

Anche la **prassi operativa** (cfr. Manuale operativo in materia di contrasto all'evasione e alle frodi fiscali, circolare n. 1/2018 del **Comando Generale della Guardia di Finanza** - volume III - parte V - capitolo 11 “*Il contrasto all'evasione e alle frodi fiscali di rilievo internazionale*”, pag. 333), ha tracciato, in chiave interpretativa, le **caratteristiche dei principali fenomeni di elusione fiscale internazionale** in *subiecta materia*, individuando:

- il “**treaty shopping**”, mediante il quale si tende a sfruttare indebitamente un certo regime vantaggioso contenuto in una o più **Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni**, soprattutto attraverso l'artificiosa localizzazione di una struttura economica (c.d. *conduit company*) in uno dei Paesi aderenti alla Convenzione, affinché detta struttura diventi funzionale alla fruizione delle agevolazioni previste dal Trattato internazionale, altrimenti non accessibili;
- il “**directive shopping**”, che si realizza quando un'entità residente in uno Stato non appartenente all'UE interpone in uno Stato membro, con il quale - di norma - lo Stato in cui risiede ha stipulato una convenzione contro le doppie imposizioni ritenuta favorevole, un'altra entità, al solo scopo di beneficiare, indebitamente, del **regime fiscale previsto dalla disciplina dell'Unione Europea**;
- il “**rule shopping**”, che consiste nella ricerca, all'interno di una Convenzione

internazionale, della disposizione che **comporta il minor prelievo fiscale**, adeguando ad essa, quanto meno da un punto di vista formale, le operazioni economiche che si intendono porre in essere.

Sulla base delle **raccomandazioni diramate a livello internazionale**, il **beneficiario effettivo** è il **percettore dei redditi che gode del semplice diritto di utilizzo** dei flussi reddituali (*right to use and enjoy*) e non è **obbligato a retrocedere gli stessi** ad altro soggetto sulla base di **obbligazioni contrattuali o legali, desumibili anche in via di fatto** (*unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person*).

Per **ottenere l'indebita agevolazione fiscale** occorre costituire prima e utilizzare poi una **società veicolo** (c.d. *conduit company*), solitamente residente in ambito comunitario, che si **interpone** tra lo Stato della fonte reddituale (Italia) e lo Stato del beneficiario finale dei redditi (normalmente residente in un territorio extra Ue).

In merito, occorre attentamente analizzare la **natura e l'operatività della società veicolo** e, soprattutto, comprendere se la stessa rivesta la natura di **"struttura di puro artificio"**, operando nell'ambito di una **"fittizia triangolazione"** sui flussi reddituali finalizzata unicamente ad **ottenere un risparmio di imposta altrimenti non spettante**.

Sullo specifico punto, si richiamano le argomentazioni fornite in **tema di beneficiario effettivo** dalla **Corte di giustizia dell'Unione europea**, nelle **sentenze** pubblicate in data **26 febbraio 2019** riguardanti i **"casi danesi"** (cause riunite C-116/16 e C- 117/16, riferite all'**applicazione della direttiva comunitaria "madre-figlia"**, e cause riunite C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16, riguardanti il trattamento fiscale della direttiva "interessi-canoni").

In particolare, la Corte (Grande Sezione) ha dichiarato che:

- **l'esenzione da qualsiasi tassazione per gli interessi versati** prevista dalla Direttiva 2003/49/CE (interessi-canoni), è riservata ai **soli beneficiari effettivi degli interessi medesimi**, ossia alle entità che **beneficino effettivamente**, sotto il **profilo economico**, degli interessi percepiti e dispongano, pertanto, del **potere di deciderne liberamente la destinazione**;
- **il principio generale di diritto dell'Unione**, secondo cui i singoli **non possono avvalersi fraudolentemente o abusivamente** delle norme comunitarie, deve essere interpretato nel senso che, a **fronte di pratiche fraudolente o abusive**, le **autorità ed i giudici nazionali devono negare** al contribuente il **beneficio dell'esenzione da qualsiasi tassazione degli interessi versati**;
- **la prova di una pratica abusiva** richiede da un lato un insieme di **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**; dall'altro, è necessario 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**.

A parere dei giudici unionali, la **costruzione di puro artificio** può essere individuata in un **gruppo societario** che non riflette una **reale sostanza economica**, ma risulta caratterizzato da una **struttura puramente formale** avente come **obiettivo principale**, ovvero **uno degli obiettivi principali**, il **conseguimento di un indebito vantaggio fiscale** in contrasto con **normativa tributaria applicabile**.

Il fenomeno elusivo si realizza quando, grazie all'**interposizione di una società** all'interno della **struttura del gruppo** tra la società erogatrice dei **flussi reddituali** e la società del gruppo che ne è la **beneficiaria effettiva**, viene **evitato il versamento** delle imposte dovute.

In particolare, **costituisce un preciso "indizio"** dell'esistenza di una **costruzione artificiosa**, volta a **beneficiare indebitamente dell'esenzione** prevista dalle **direttive comunitarie**, il fatto che gli interessi o i dividendi **vengano ritrasferiti - integralmente o quasi** - entro un **lasso di tempo molto breve** successivo al loro percepimento, dalla **società percettrice** verso un'entità che **non possiede i requisiti per l'applicazione dei benefici previsti dalle stesse direttive comunitarie** "interessi-canoni" e "madre-figlia".

Ciò posto, giova ricordare che l'[articolo 26-quater D.P.R. 600/1973](#) (che ha recepito la Direttiva 2003/49/CE del 3 giugno 2003, c.d. **Direttiva "Interessi-Canoni"**), prevede **l'esenzione** dalle **imposte sugli interessi e sui canoni corrisposti nei confronti di soggetti residenti in Stati membri dell'Unione Europea**.

A tale fine, le **società beneficiarie** (o le società le cui organizzazioni sono beneficiarie):

- **devono risiedere ai fini fiscali in uno Stato membro**, senza essere considerate, ai sensi della **Convenzione in materia di doppia imposizione sui redditi** stipulata con uno **Stato terzo**, residenti al di fuori dell'Unione europea;
- devono rivestire una delle **forme previste dall'[allegato A](#)** del D.Lgs. 143/2005, ossia devono **rivestire tassative forme giuridiche nazionali**.

Inoltre, il soggetto percettore deve essere il **beneficiario effettivo** dei flussi di reddito corrisposti e non può operare come un soggetto **meramente interposto** nel flusso reddituale, al solo scopo di usufruire della **direttiva comunitaria**.

Interessanti profili ermeneutici in tema di **beneficiario effettivo** sono stati recentemente illustrati dalla **suprema Corte di cassazione, Sezione V civile**, con l'**ordinanza n. 3380 pubblicata il 03.02.2022**.

La controversia in rassegna nasce da una **contestazione mossa da parte dell'Agenzia delle entrate**, nei confronti di una nota società italiana operante nel campo dell'editoria, a cui era stata disconosciuta l'esenzione della ritenuta ex [articolo 26-quater D.P.R. 600/1973](#), sugli **interessi passivi dovuti sul prestito obbligazionario nei confronti di investitori americani**.

Il gruppo multinazionale, non potendo emettere direttamente prestiti obbligazionari, aveva

utilizzato una società consociata lussemburghese che era stata giudicata, da parte dell'Amministrazione finanziaria, una mera **conduit** (i.e. società veicolo), in quanto gli **interessi passivi** percepiti in **esenzione da ritenuta**, in applicazione della “**direttiva comunitaria Interessi Canoni**”, venivano poi integralmente rigirati verso gli Stati Uniti.

Gli Ermellini non hanno accolto la tesi dell'interposizione, formulando importanti principi di diritto in tema di beneficiario effettivo, come di seguito indicato:

- la prassi internazionale tributaria ha **elaborato il concetto di “beneficiario effettivo”** al fine di contrastare quelle pratiche volte proprio a **trarre profitto dalla autolimitazione della potestà impositiva statale**. 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;
- 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 c.d. società “condotto” 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” ha sia la **titolarità che la disponibilità del reddito percepito e non è tenuto ad alcun trasferimento dello stesso a terzi**: quindi non possono 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**.

Nel caso esaminato da parte dei Giudici di piazza Cavour, la società di diritto lussemburghese che ha canalizzato i flussi reddituali verso gli Stati Uniti è stata **considerata il beneficiario effettivo**, non avendo quindi natura di **struttura di puro artificio**, atteso che:

- **esiste da più di cinquant'anni**;
- ha una sua **struttura operativa reale e non costituisce una “scatola vuota”**;
- ha per oggetto sociale la **tenuta e compravendita di partecipazioni in società editrici**;

- ha **prodotto ingenti utili**;
- ha emesso il **prestito obbligazionario sei mesi prima dell'italiana** quando questa non poteva farlo;
- gli **interessi attivi percepiti** sono stati regolarmente iscritti in bilancio ed hanno concorso a formare il reddito;
- vi è una sua **effettiva disponibilità delle somme**, in assenza **di obblighi contrattualmente fissati di diretto** (ri) trasferimento;
- ha **emesso titoli obbligazionari propri**, scontandone la relativa disciplina e ponendo il proprio patrimonio a **garanzia degli investitori americani**.