



AIDC

Associazione Italiana
Dottori Commercialisti
ed Esperti Contabili

Sezione di Milano

Il caso Eqiom SAS

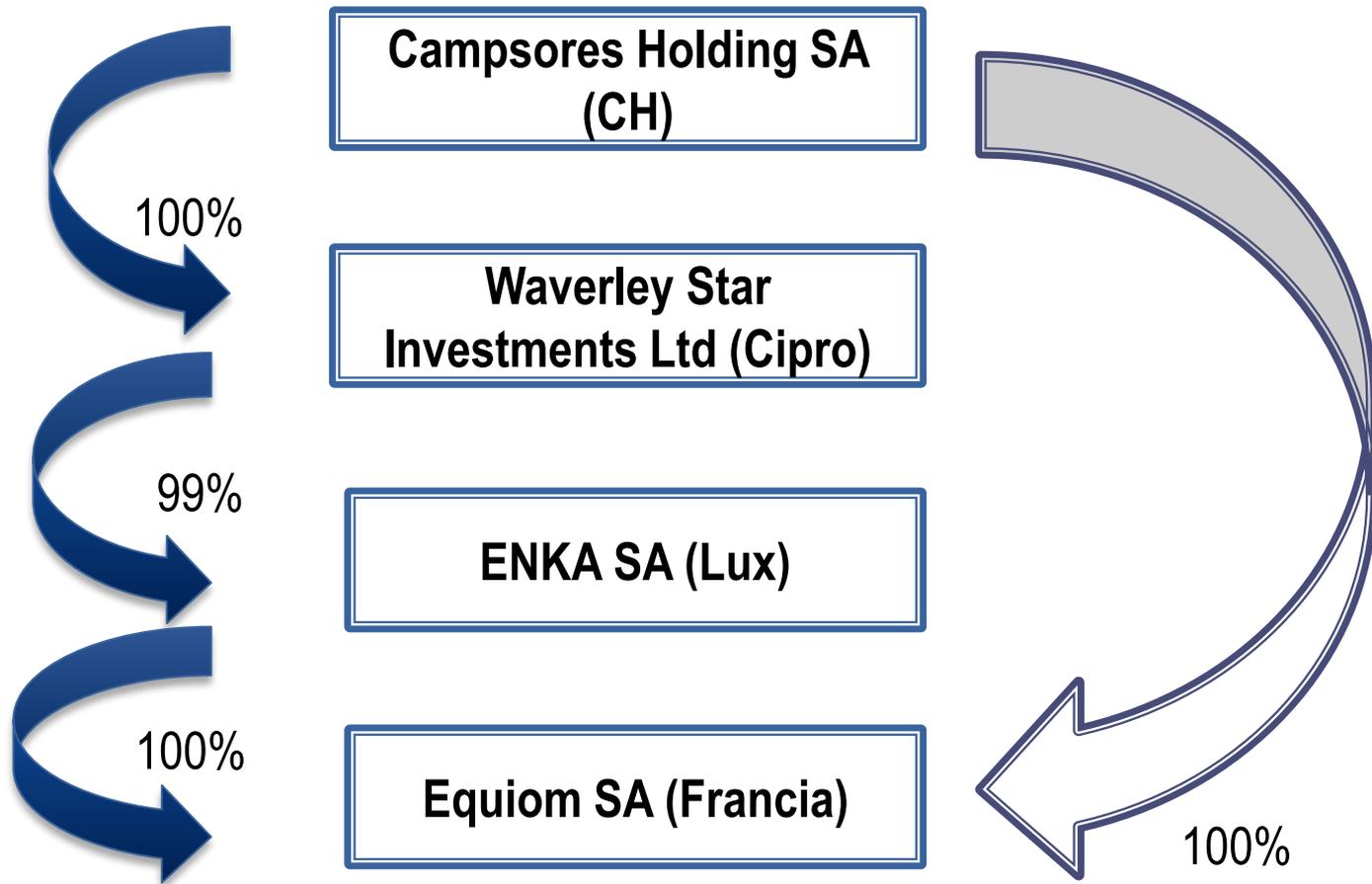
Alessandro Savorana

AIDC – 5 Giugno 2018

Il caso EQIOM SAS

- ▶ Causa C-6/16 – Sentenza CGUE del 7 settembre 2017
- ▶ Avvocato Generale Juliane Kokott – Conclusioni depositate il 19 gennaio 2017
- ▶ La questione si colloca sullo sfondo di una disposizione francese volta ad impedire il ricorso abusivo all'esenzione dalla ritenuta alla fonte in sede di distribuzione dei dividendi da parte della figlia alla società madre concessa in linea di principio dall'articolo 5 della direttiva 90/435/CEE (ante modifica) e, dunque, sulla compatibilità della norma domestica diretta principalmente contro il cosiddetto "Directive Shopping".
- ▶ Ai sensi dell'articolo 119 ter, paragrafo 3, del CGI, **l'esenzione è esclusa** qualora i dividendi distribuiti vadano a beneficio di una persona giuridica controllata, direttamente o indirettamente, da una o più persone residenti in Stati non membri dell'Unione, a meno che tale persona giuridica (la società madre) **non provi che la catena di partecipazioni non abbia come fine principale o fra i suoi fini principali quello di trarre vantaggio dall'esenzione.**

Il caso EQIOM SAS



Il caso EQIOM SAS

- ▶ In applicazione della disposizione interna, l'amministrazione finanziaria negava l'esenzione dalla ritenuta alla fonte per i dividendi erogati dalla società figlia (Eqiom) avente sede in Francia versati alla società madre lussemburghese (Enka).
- ▶ Eqiom e Enka hanno proposto un ricorso per cassazione dinanzi al Conseil d'État (Consiglio di Stato, Francia), facendo valere che la normativa tributaria domestica è incompatibile con il diritto primario dell'Unione e con la direttiva sulle società madri e figlie. Il Conseil d'État ha posto, in sintesi, queste domande pregiudiziali:
- ▶ Se le disposizioni dell'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva («*La presente direttiva non pregiudica l'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali necessarie per evitare le frodi e gli abusi*»), anche alla luce dell'art. 49 del TFUE (libertà di stabilimento) o dell'articolo 63 TFUE (libera circolazione dei capitali), riconoscono agli Stati membri un ampio margine discrezionale per determinare quali disposizioni siano "necessarie per evitare le frodi e gli abusi";
- ▶ Se le suddette disposizioni debbano essere interpretate nel senso che ostano a che una normativa nazionale neghi l'esenzione dalla ritenuta alla fonte ai dividendi versati da una società di uno Stato membro a una società con sede in un altro Stato membro qualora tali dividendi vadano a beneficio di una persona giuridica controllata direttamente o indirettamente da uno o più soggetti residenti di Stati non membri dell'Unione europea, a meno che la suddetta non provi che tale catena di partecipazioni non abbia come fine principale o fra i suoi fini principali quello di trarre vantaggio dall'esenzione

Il caso EQIOM SAS

Lo Stato Francese ha sostenuto che la contrarietà allo scopo perseguito dalla Direttiva (o comunque delle disposizioni del Trattato sulla libertà di stabilimento), è da ritenere esistente qualora risulti che l'esenzione dalla ritenuta alla fonte vada a beneficio non della società che percepisce i dividendi, avente sede in un altro Stato membro, ma in realtà direttamente a una persona di uno Stato terzo: in definitiva si potrebbe essere in presenza di un "abuso" delle libertà previste da trattato (TFUE), in specie, della specifica legislazione comunitaria della direttiva madre e figlia.

Lo Stato Francese ha dunque sorretto la tesi che la clausola «antiabuso», con inversione dell'onere della prova a carico del contribuente, fosse del tutto conforme al diritto unionale, in quanto volta ad evitare l'aggiramento delle norme interne e comunitarie per contrastare il vantaggio fiscale (esenzione della ritenuta) e quindi posta a presidio al fine di evitare le frodi e gli abusi.

Il caso EQIOM SAS

Trattiamo delle presunzioni generali di elusione.

La questione non è nuova. Le presunzioni generali di elusione rappresentano una patologia giuridica che affligge numerosi ed eterogenei settori della legislazione degli Stati membri e delle loro prassi amministrative. Nel settore della legislazione tributaria la Corte di giustizia dell'Unione europea è stata chiamata a pronunciarsi più volte su questo problema in quanto gli Stati membri, delle cui legislazioni i contribuenti hanno contestato il carattere restrittivo e/o discriminatorio, hanno sistematicamente addotto a giustificazione del trattamento deteriore riservato ai contribuenti che si erano avvalsi di una delle libertà previste dal Trattato, un paventato pericolo di evasione, elusione o erosione dell'imposta nazionale oggetto di contestazione.

La Corte ha sempre decisamente respinto le tesi degli Stati membri, ma ciò che è importante sono gli elementi di novità contenuti nella sentenza, cui ha fatto da battistrada la causa **SIAT** (Sentenza 05.07.2012, causa C-318/10) e le puntali conclusioni dell'Avvocato Generale J. Kokott.

Il caso EQIOM SAS

La questione affrontata dalla Corte si articola come segue:

- ▶ se agli Stati membri abbiano un ampio margine discrezionale per determinare quali disposizioni siano “necessarie per evitare le frodi e gli abusi”, ovvero incontrino limiti interpretativi;
- ▶ se una disciplina che ponga al contribuente “l’inversione dell’onere della prova”, sia compatibile o meno con il diritto comunitario, in quanto giustificata da motivi imperativi di interesse generale purché non ecceda quanto necessario a combattere le elusioni fiscali;
- ▶ se la circostanza che la società madre sia controllata direttamente o indirettamente da uno o più soggetti residenti di Stati terzi, legittimi una norma «antiabuso» al fine di contrastare l’aggiramento delle norme unionali.

Il caso EQIOM SAS

- ▶ In primo luogo la Corte ha riaffermato che il principio generale dell'unione, secondo il quale nessuno può beneficiare abusivamente o fraudolentemente dei diritti derivanti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, dev'essere interpretato **restrittivamente** quando costituisce una deroga alle norme tributarie di una direttiva o di una libertà fondamentale.
- ▶ In tale contesto, la Corte ricorda che affinché una normativa nazionale venga considerata come diretta ad evitare le frodi e gli abusi, il suo scopo specifico dev'essere quello di ostacolare comportamenti consistenti **nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica e finalizzate a fruire indebitamente di un'agevolazione fiscale.**
- ▶ Pertanto, **una presunzione generale** di frode e di abuso non può giustificare né un provvedimento fiscale che pregiudichi gli obiettivi di una direttiva, né un provvedimento fiscale che pregiudichi l'esercizio di una libertà fondamentale garantita dal Trattato. Per cui, in conclusione, **una normativa avente portata generale**, che riguardi qualsiasi operazione/costruzione che presuntivamente intenda contrastare un "possibile" (ma non certo) abuso, non può rivestire carattere di necessità.

Il caso EQIOM SAS

- ▶ Più interessante il secondo tema (inversione dell'onere della prova), affrontato dalla Corte e ben sviluppato dall'avvocato generale nelle sue conclusioni.
- ▶ L'avvocato generale ha sostenuto l'incompatibilità con l'ordinamento comunitario di una norma domestica che sistematicamente impone al soggetto passivo l'onere di provare l'esistenza di motivi non fiscali, senza che l'amministrazione sia tenuta a fornire sufficienti indizi di elusione fiscale, poiché si fonda su una presunzione generale di realizzazione di un abuso, ed eccede quanto necessario a evitare le elusioni fiscali (**violazione del principio di proporzionalità**). Ciò che contrasta, in sostanza, è l'automatismo di disposizioni presuntive, aventi portata generale, previste dagli ordinamenti tributari, o se si preferisce l'equazione: "presunzione (salvo prova contraria) = evasione/elusione".
- ▶ Secondo una giurisprudenza costante della Corte di giustizia, è pacifico che un provvedimento restrittivo possa essere giustificato qualora esso si riferisca specificamente a costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica, che siano finalizzate al conseguimento di un vantaggio fiscale

Il caso EQIOM SAS

- ▶ Ciononostante, l'abuso deve risultare da elementi oggettivi che, nonostante il formale soddisfacimento dei presupposti per invocare l'applicazione di una norma comunitaria, lo scopo perseguito con le libertà assicurate dal trattato in realtà non viene conseguito e ciò in base **a una valutazione complessiva delle circostanze**. Così, si riterrà esistente una struttura artificiosa qualora la società rappresenti soltanto una sede fittizia nel senso di una società "fantasma". Anche nel caso in cui vi sia una presenza fisica, l'artificialità potrebbe nondimeno risultare dalle circostanze finanziarie e personali e **potrebbero apparire decisivi**, ad esempio **gli effettivi poteri decisionali degli organi societari, la loro dotazione di mezzi finanziari propri o l'esistenza di un rischio commerciale**.
- ▶ Se l'amministrazione ha, dunque, un fondato principio di sospetto, il contribuente potrà tuttavia **superare l'eccezione dell'abuso** dimostrando l'esistenza di motivi diversi da quelli meramente fiscali a giustificazione della scelta fatta, fermo restando che il divieto di abuso non è applicabile se la struttura utilizzata o l'operazione attuata può avere anche una spiegazione diversa dal semplice conseguimento del vantaggio fiscale

Il caso EQIOM SAS

- ▶ Secondo l'avvocato generale, la disposizione francese si basa in maniera determinante sul mero perseguimento (presunto) di un vantaggio fiscale, lasciando una notevole discrezionalità all'autorità fiscale di valutare le prove prodotte dal contribuente. In tal guisa la normativa controversa eccede quanto necessario a combattere le elusioni fiscali atteso che, in definitiva, impone ai contribuenti **l'onere della prova dell'inesistenza di un abuso**. Richiamando la giurisprudenza della Corte sul caso SIAT, l'Avv. J. Kokott ha concluso che una presunzione generale di realizzazione di elusioni fiscali non può giustificare un provvedimento fiscale restrittivo che conduce a un'inversione dell'onere della prova, senza che l'amministrazione finanziaria sia tenuta a fornire sufficienti indizi di elusione fiscale.
- ▶ La Corte di Giustizia ha seguito l'orientamento dell'avvocato generale sancendo (punto 32 della sentenza) che: ***“Per verificare se un'operazione persegue un obiettivo di frode e di abuso, le autorità nazionali competenti non possono limitarsi ad applicare criteri generali predeterminati, ma devono procedere, caso per caso, a un esame complessivo dell'operazione interessata. L'introduzione di un provvedimento fiscale di portata generale che escluda automaticamente talune categorie di contribuenti dall'agevolazione fiscale, senza che l'amministrazione finanziaria sia tenuta a fornire il benché minimo principio di prova o di indizio di frode e abuso, eccederebbe quanto necessario per evitare le frodi e gli abusi”***.

Il caso EQIOM SAS

- ▶ Pertanto, subordinando l'esenzione dalla ritenuta alla fonte degli utili distribuiti alla condizione che la società madre dimostri che la catena di partecipazioni non abbia come fine principale o fra i propri fini principali quello di trarre vantaggio da tale esenzione, *“....senza che l'amministrazione finanziaria sia tenuta a fornire il benché minimo principio di prova di frode e di abuso”*, la norma finisce per istituire *“...una presunzione generale di frode e di abuso e pregiudica l'obiettivo perseguito dalla direttiva sulle società madri e figlie, ossia prevenire la doppia imposizione degli utili distribuiti da una società figlia alla propria società madre”* (punto 36 della sentenza).
- ▶ Il senso, dunque, non è di pretendere che gli Stati membri rendano più specifici e puntuali i presupposti di applicazione delle norme antielusive, ma di imporre alle amministrazioni fiscali di individuare caso per caso gli elementi a base della presunzione di artificiosità avviando, in seguito, un contraddittorio endoprocedimentale. Anche se i presupposti di applicazione delle norme antiabuso fossero molto specifici, si tratterebbe comunque di "presunzioni generali".

Il caso EQIOM SAS

- ▶ Le conclusioni cui perviene la Corte non sono inficiate dalla circostanza che la società madre interessata sia controllata direttamente o indirettamente da uno o più soggetti residenti di Stati terzi (terzo argomento). La Corte ha in passato già statuito, e lo ribadisce, che non risulta da alcuna disposizione del diritto dell'Unione, né tantomeno dalla direttiva madre-figlia, che **l'origine degli azionisti**, persone fisiche o giuridiche, delle società residenti nell'Unione incida sul diritto di avvalersi delle agevolazioni fiscali, poiché lo status di una società dell'Unione è fondato, in forza dell'articolo 54 TFUE sulla libertà di stabilimento, sul luogo della sede sociale e dell'ordinamento giuridico cui appartiene tale società e non sulla cittadinanza dei suoi azionisti.
- ▶ Per costante giurisprudenza della Corte, l'articolo 49, primo comma, seconda frase, TFUE consente espressamente agli operatori economici la possibilità di scegliere liberamente la forma giuridica appropriata per l'esercizio delle loro attività in un altro Stato membro e tale libera scelta non dev'essere limitata da disposizioni tributarie discriminatorie. Infatti, una disparità di trattamento può dissuadere una società madre non residente dall'esercitare in uno Stato membro un'attività tramite una società figlia e costituisce, di conseguenza, un ostacolo alla libertà di stabilimento.

Il caso EQIOM SAS

- ▶ Un ostacolo è sì ammissibile ma solo se riguarda situazioni che non siano oggettivamente comparabili o se è giustificata da motivi imperativi di interesse generale riconosciuti dal diritto dell'Unione. Anche in tale ipotesi, però, l'ostacolo deve essere idoneo a garantire il conseguimento dell'obiettivo da essa perseguito e non eccedere quanto è necessario per raggiungerlo.
- ▶ Atteso che l'obiettivo della lotta contro la frode e l'evasione fiscale ha la stessa portata sia quando viene invocato sia in applicazione di una direttiva o come giustificazione di un ostacolo al diritto primario, disposizioni domestiche che si risolvono in una presunzione assoluta e predeterminata di evasione/elusione fiscale di portata generale, soggetta ad ampia discrezionalità di giudizio delle autorità amministrative e, quindi, prescindere da un'effettiva evasione o frode fiscale, violano il principio di proporzionalità.
- ▶ In conclusione, per essere compatibile con le norme comunitarie, **una disposizione interna dovrebbe limitarsi a statuire che costruzioni giuridiche o operazioni prive di sostanza economica, volte ad aggirare l'obbligo fiscale, verranno disconosciute, il che, però, pone sempre a carico delle autorità fiscali l'onere di provare, in base a elementi e circostanze probanti, che il fine è quello di conseguire, essenzialmente, un indebito vantaggio fiscale.** Peraltro, l'inversione dell'onere della prova è precetto sorpassato alla luce dell'intensificazione nello scambio transfrontaliero d'informazioni tra Stati che consente alle autorità fiscali di acquisire maggiori e più puntuali dati e notizie al fine di contrastare pratiche di elusione/evasione fiscale.

Riflessi sulla direttiva ATAD

- ▶ La questione ora da porre è se le statuizioni della Corte potranno trovare in futuro ancora valenza alla luce della Direttiva antielusione, meglio nota con l'acronimo ATAD (Anti Tax Avoidance Directive - Direttiva 2016/1164 del Consiglio del 12 luglio 2016, modificata dalla Dir. UE 2017/952 del 29 maggio 2017).
- ▶ Personalmente ritengo di sì.
- ▶ La direttiva introduce all'art. 6 una norma antiabuso che reca questo principio generale: gli Stati membri ignorano una costruzione (o una serie di costruzioni) non genuina, ciò non supportata da valide ragioni commerciali che rispecchiano la realtà economica, posta allo scopo principale o a uno degli scopi principali di ottenere un vantaggio fiscale che è in contrasto con l'oggetto o la finalità del diritto fiscale applicabile, avendo sempre riguardo a tutti i fatti e le circostanze pertinenti.
- ▶ **La norma non introduce una presunzione generale di abuso**, ma delinea le circostanze in cui ciascun Stato membro può esercitare la propria potestà impositiva allorché in presenza di una pratica di pianificazione fiscale aggressiva che non ha alcun substrato di validità economica o finanziaria.

Riflessi sulla direttiva ATAD

Norma generale antiabuso (art. 6)

- ▶ *«Ai fini del calcolo dell'imposta dovuta sulle società, gli Stati membri ignorano una costruzione o 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 del diritto fiscale applicabile, non è genuina avendo riguardo a tutti i fatti e le circostanze pertinenti. Una costruzione può comprendere più di una fase o parte.»*
- ▶ *«....una costruzione o una serie di costruzioni è considerata non genuina nella misura in cui non sia stata posta in essere per valide ragioni commerciali che rispecchiano la realtà economica.»*

Riflessi sulla direttiva ATAD

- ▶ Quanto sopra è confermato dall'11° considerando laddove viene specificato che la norma generale antiabuso va applicata solo alle costruzioni che non sono genuine poiché, in caso contrario, il contribuente ha il diritto di scegliere la struttura più vantaggiosa dal punto di vista fiscale per i propri affari commerciali.
- ▶ Non variano, dunque, i precetti già statuti dalla corte che sanzionano norme di mera presunzione di evasione/elusione, né il principio che spetta alle amministrazioni fiscali provare la natura abusiva della costruzione artificiosa o quantomeno motivare il proprio convincimento, previo lo svolgimento di accurate indagini, al contribuente che avrà comunque la possibilità di dimostrare che la costruzione o la serie di costruzioni non ha per scopo principale quello di sottrarsi all'imposizione o di approfittare delle lacune normative per conseguire un vantaggio fiscale da reputarsi indebito.

Il disallineamento normativo interno

- ▶ Nel nostro ordinamento esiste una disposizione in linea con i precetti enunciati dalla Corte di Giustizia. Si tratta del comma 6 dell'art. 10-bis della Legge della Legge 27 luglio 2000, n. 212 (Statuto del contribuente), il quale dispone che: *“Senza pregiudizio dell'ulteriore azione accertatrice nei termini stabiliti per i singoli tributi, l'abuso del diritto è accertato con apposito atto, **preceduto, a pena di nullità**, dalla notifica al contribuente di una richiesta di chiarimenti da fornire entro il termine di sessanta giorni, **in cui sono indicati i motivi** per i quali si ritiene configurabile un abuso del diritto”*.
- ▶ Stranamente su questa norma non si è fatto il dovuto approfondimento, malgrado sia la trasposizione puntuale dell'abrogato art. 37-bis, 4° comma, del D.p.r. n. 600/73. Questo precetto, infatti, sembra rimanere “confinato” ai soli casi “domestici”.

Il disallineamento normativo interno

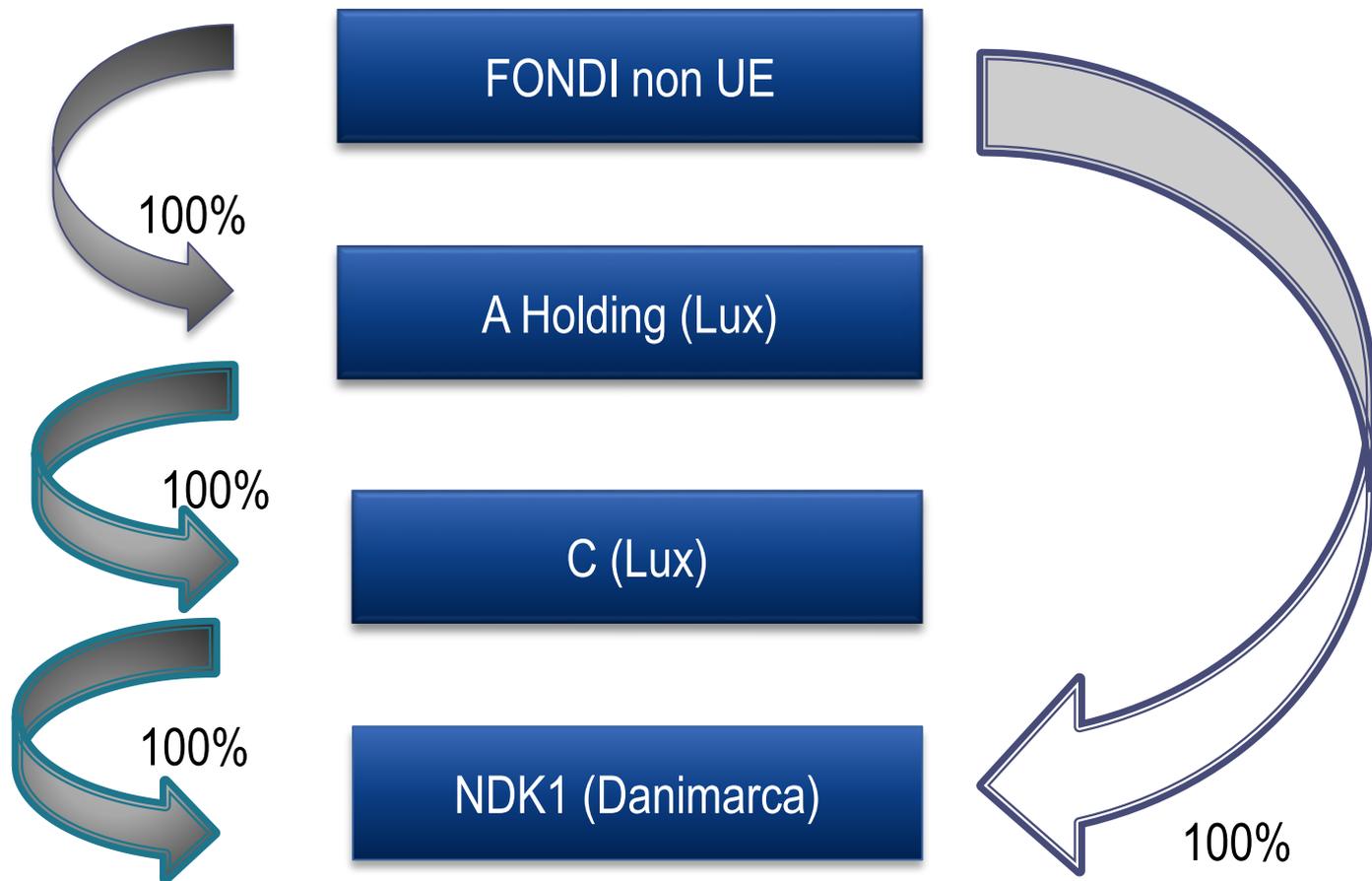
- ▶ Malgrado il titolo dell'art. 10-bis (Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale), in sostanza vi è un'asimmetria tra la disposizione di garanzia sopra enunciata, conforme e rispettosa del diritto comunitario (indagine preventiva dell'AF, notifica dei motivi, apertura di un contraddittorio endoprocedimentale), e le norme del TUIR che attengono a operazioni/strutture transnazionali all'interno della UE, fra tutte quelle in tema di esteroinvestizione e CFC (art. 73 commi 5-bis, 5-ter e 5-quater e 167, commi 8, 8-bis e 8-ter del TUIR), norme di portata generale e tipicamente di natura antiabuso e antielusione, che pongono a carico del contribuente l'inversione dell'onere della prova. In sostanza coesistono due precetti tra loro inconciliabili.
- ▶ Il perché di questo disallineamento non è dato sapere, se non che la corretta applicazione dell'art.10-bis, 6° comma, sancirebbe la soppressione dell'inversione dell'onere della prova e, quindi, di ogni norma presuntiva di carattere generale, come censurata dalla Corte di Giustizia.
- ▶ Ad ogni modo, dopo la *Eqiom SAS* a mio parere appare legittimo invocare la procedura di cui all'articolo 10-bis, comma 6 dello Statuto del contribuente sicuramente allorché si versa in ambito unionale, disposizione che dovrebbe essere applicata in ogni caso in cui sia contestato l'abuso del diritto o l'elusione fiscale, atteso che non sono ammesse presunzioni di abuso fondate su criteri generali predeterminati.

Nuovi Pending Case

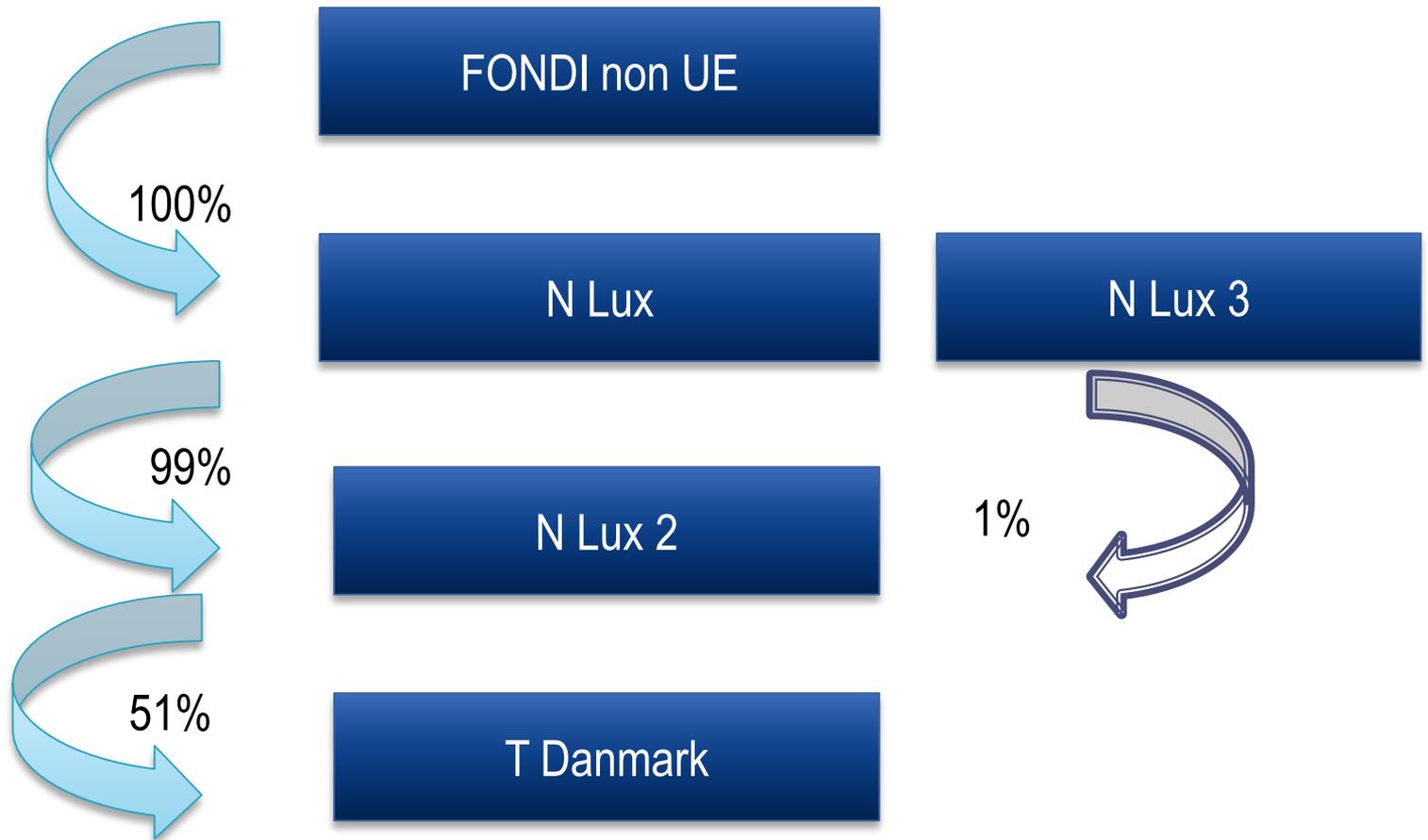
- ▶ Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Østre Landsret (Danimarca) del 25 febbraio 2016 – N Luxembourg 1 / Skatteministeriet - **Causa C-115/16**
- ▶ Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Østre Landsret (Danimarca) del 25 febbraio 2016 – Skatteministeriet / T Danmark e Y Denmark Aps - Cause riunite **C-116/16, C-117/16**
- ▶ Domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dall'Østre Landsret (Danimarca) dell'8 luglio 2016 - X Denmark A/S – **Causa C-118/16**
- ▶ Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Østre Landsret (Danimarca) dell'8 luglio 2016 – C Denmark I - **Causa C-119/16**
- ▶ Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Østre Landsret (Danimarca) del 15 luglio 2016 – Z Denmark- **C-299/16**

- ▶ Cause tutte affidate all'Avvocato Generale Juliane Kokott. Conclusioni presentate il 1° marzo 2018

N Luxembourg 1 / Skatteministeriet - Causa C-115/16



T Danmark / Skatteministeriet - Causa C-116/16



Di cosa si discute: operazione elusiva.

