

LE SENTENZE “DANESI” DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA E GLI INDIZI DI CONDOTTE ABUSIVE

Il 26 febbraio 2019, la Grande Sezione della Corte di giustizia europea (la “**Corte di Giustizia**”) ha pronunciato due importanti sentenze su alcune cause riunite inerenti la corretta interpretazione e applicazione della Direttiva madre-figlia e della Direttiva interessi e canoni (le “**Direttive**”).

Oggetto del contendere è stato il diniego opposto dalle autorità fiscali danesi all’esenzione da ritenuta alla fonte sui dividendi e sugli interessi in uscita.

La Corte di Giustizia ha affrontato molte questioni di rilievo, con particolare attenzione al tema del diniego dei benefici previsti dalle Direttive in caso di pratiche abusive messe in atto dal contribuente.

Indizi di condotte abusive

La Corte di Giustizia ha dapprima posto l’accento sul fatto che la prova di una pratica abusiva richiede:

- (i) un insieme di circostanze oggettive dalle quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa comunitaria, l’obiettivo perseguito da tale normativa non sia stato conseguito; e
- (ii) un elemento soggettivo consistente nella volontà di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa comunitaria per mezzo della creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento.

THE “DANISH” JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE AND THE INDICIA OF ABUSIVE CONDUCTS

On 26 February 2019, the Grand Chamber of the European Court of Justice (“**ECJ**”) rendered two important judgments on certain joined cases¹ regarding the interpretation and application of the Parent Subsidiary Directive² and the Interest and Royalties Directive³ (the “**Directives**”).

The subject matter of the dispute was the refusal by the Danish tax authorities to grant exemption from withholding tax on outbound dividends and interest

The ECJ touched on many important issues with a focus on the denial of the Directives’ benefit in case of abuse of law.

Indicia of abusive conducts

The EJC pointed out that proof of an abuse of law requires:

- (i) a combination of factual circumstances in which, despite formal observance of the conditions laid down by the EU rules, the purpose of those rules has not been achieved; and
- (ii) a subjective element consisting in the intention to obtain an advantage from the EU rules by artificially creating the conditions laid down for obtaining it.

¹Joined Cases C-116/16 and C-117/16, Skatteministeriet v T Danmark and Y Danmark Aps, 26 February 2019; Joined Cases C-115/16, C-118/16, C-119/16 and C-299/16 N Luxembourg 1 and Others v Skatteministeriet, 26 February 2019.

²Council Directive 90/435/EEC of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States repealed by Council Directive 2011/96/EU of 30 November 2011 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States.

³Council Directive 2003/49/EC of 3 June 2003 on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States.

Può essere considerato quale costruzione artificiosa un gruppo di società costituito non per motivi che riflettono la realtà economica bensì caratterizzato da una struttura puramente formale ed avente quale obiettivo principale, ovvero uno degli obiettivi principali, il conseguimento di un vantaggio fiscale in contrasto con l'oggetto o la ratio della normativa tributaria applicabile.

Ciò si verifica, in particolare, quando, grazie ad un'entità interposta inserita all'interno della struttura del gruppo tra la società erogatrice degli interessi/dividendi e la società del gruppo che ne è la beneficiaria effettiva, viene evitato il versamento di imposte sugli interessi/dividendi in uscita.

La Corte di Giustizia ha poi fornito utili indizi che le autorità nazionali devono prendere in considerazione nel valutare un comportamento abusivo:

- i pagamenti vengono trasferiti, integralmente o quasi ed entro un lasso di tempo molto breve successivo al loro percepimento, dalla società percettrice ad entità non rispondenti ai requisiti d'applicazione delle Direttive;
- l'unica attività della società percettrice è costituita dall'incasso degli interessi/dividendi e dal loro successivo trasferimento al beneficiario effettivo o ad altre società interposte. 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;
- la società percettrice non gode del diritto di utilizzare dette somme e di goderne. Tale vincolo non deve necessariamente derivare da un obbligo formale contrattuale o giuridico, ma può anche essere un obbligo non formalizzato che risulta dall'analisi di varie circostanze di fatto;

Therefore, a group of companies may be regarded as being an artificial arrangement where it is not set up for reasons that reflect economic reality, its structure is purely one of form and its principal objective or one of its principal objectives is to obtain a tax advantage running counter to the aim or purpose of the applicable tax law.

In the case under scrutiny, an entity interposed in the group structure allowed the exemption on withholding on outbound interests/dividends.

The ECJ then provided useful indicia which the national authorities must consider in assessing an abusive conduct:

- all or almost all of the payments are, in a short timeframe, passed on by the company that has received them to entities which do not fulfil the conditions for the application of the relevant Directive;
- the sole activity of the receiver is the receipt of interests/dividends and their transmission to the beneficial owner or to other conduit companies. Such circumstance, in light of the specific features of the economic activity in question, can be inferred from an analysis of all the relevant facts, including the management of the company, the costs, the presence of staff, premises and equipment;
- the receiver entities have not the right to use and enjoy the income received. Such obligation does not necessarily need to stem from a formal contractual or legal obligation but may also be a *de facto* obligation, which results from the analysis of various factual circumstances;
- the above elements may be reinforced by the simultaneity or closeness in time of, on the one hand, the entry into force of major new tax legislation, such as the Danish legislation at issue in the main actions, and, on the other hand, the setting up of complex financial transactions and the grant of intragroup loans.

- gli elementi sopra indicati possono essere avvalorati da ulteriori elementi temporali come l'entrata in vigore di nuove importanti normative tributarie, quale la disciplina danese oggetto dei procedimenti in oggetto, e l'attuazione di operazioni finanziarie complesse nonché la concessione di finanziamenti all'interno di uno stesso gruppo.

La Corte di Giustizia ha altresì chiarito che l'onere della prova incombe in primo luogo alle competenti autorità fiscali dello Stato membro che ha contestato l'applicazione delle Direttive e il contribuente deve essere ammesso a produrre prova contraria.

The ECJ also clarified that the burden of proof lies primarily on the competent Tax Authorities of the Member State that challenged the application of the Directives and the taxpayer must be admitted to prove the contrary.