

Regole di deducibilità degli interessi e diritto dell'Unione europea alla luce del caso *Lexel*¹

João Félix Pinto Nogueira ²

1 - Introduzione

In questo scritto si commenta la pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea (in seguito 'CGUE' o la 'Corte'), prima sezione, del 20 gennaio 2021 relativa al caso *Lexel AB* (nel prosieguo '*Lexel*').³ Questa sentenza è stata emessa senza le conclusioni dell'Avvocato Generale.

Lexel è la più recente sentenza della CGUE sulla deducibilità dei pagamenti di interessi nello stato di origine. In questo caso, la Corte ha avuto l'opportunità di riaffermare e chiarire la sua giurisprudenza sull'ammissibilità delle restrizioni fiscali in relazione ai pagamenti di interessi.

La Corte ha sancito l'incompatibilità delle norme tributarie svedesi con il diritto dell'Unione. Infatti, il diverso trattamento riservato alla deducibilità degli interessi, a seconda che i pagamenti fossero effettuati a residenti o a non residenti, costituiva una violazione della libertà di stabilimento.⁴ E tale violazione non poteva essere giustificata né dalla necessità di lottare contro l'evasione e l'elusione fiscale, né dalla necessità di mantenere un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri (e nemmeno da queste due giustificazioni considerate congiuntamente).

Oltre al suo interesse ai fini della comprensione della posizione della Corte e del suo impatto sulla disciplina nazionale, *Lexel* sembra essere una sentenza particolarmente interessante in relazione all'attuale dibattito⁵ sulla compatibilità con il diritto dell'UE della "*undertaxed payments rule*"; disposizione, quest'ultima, proposta dall'OCSE nel quadro della sua iniziativa "*GloBE / Pillar II*".⁶

¹ Contributo elaborato nell'ambito dell'attività del Centro di Ricerca IFE – Ius Fiscale Europaeum, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa

² Deputy Academic Chairman presso l'IBFD, professore di diritto tributario nella UCP - Universidade Católica Portuguesa ("Università Cattolica Portoghese"), professore associato onorario all'Università di Città del Capo, Sud Africa, membro del CEJEA - Centro di studi economici, giuridici e ambientali, Portogallo.

³ Sentenza della CGUE del 20 gennaio 2021, *Lexel* (C-484/19) ECLI:EU:C:2021:34.

⁴ Art. 49, TFUE.

⁵ Su questo tema cfr. amplius J.F. Pinto Nogueira, *GloBE and EU Law: Assessing the Compatibility of the OECD's Pillar II Initiative on a Minimum Effective Tax Rate with EU Law and Implementing It within the Internal Market*, 12 *World Tax J.* (2020); J.F. Pinto Nogueira, A. Turina, Chapter 10: Pillar Two and EU Law in *Global Minimum Taxation?: An Analysis of the Global Anti-Base Erosion Initiative* (A. Perdelwitz & A. Turina eds., IBFD 2020).

⁶ OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar II Blueprint* p. 121 et seq. (OECD 2020).

2 - Analisi in diritto

La vertenza sostanziale attiene all'interpretazione delle norme svedesi relative alla deducibilità degli oneri finanziari. Il meccanismo applicativo di tale normativa è abbastanza complesso, ma si fonda su un reticolo di norme tra loro in un rapporto 'regola-eccezione'.

In generale, nel quadro del sistema svedese dell'imposta sul reddito delle società, la deducibilità degli interessi è sempre possibile. Tuttavia, si applicano una serie di eccezioni:

- a) come eccezione, i pagamenti di interessi tra imprese associate non sono ammessi;
- b) come eccezione all'eccezione, i pagamenti di interessi sono però ammessi se il beneficiario è tassato con un'aliquota nominale di almeno il 10%;
- c) tuttavia, come eccezione all'eccezione precedentemente esposta, i pagamenti di interessi non sono mai deducibili se il motivo principale per contrarre il debito è rappresentato dall'ottenimento di un beneficio fiscale di natura sostanziale. Merita notare che questa eccezione si applica solo ai pagamenti di interessi a società associate residenti al di fuori della Svezia; i pagamenti nazionali infragruppo non sono mai soggetti a questa limitazione poiché avvengono all'interno del gruppo.⁷

Oltre a tali disposizioni normative, la Corte ha preso in considerazione anche i relativi documenti preparatori. In specie, la CGUE ha osservato che tali disposizioni mirano a contrastare la pianificazione fiscale aggressiva, che si realizza con quei prestiti che sono stati contratti principalmente per ragioni fiscali. È peraltro interessante notare che questi documenti preparatori si riferiscono che "principalmente" si riferisce a una percentuale del 75% o più. La valutazione dovrebbe essere casistica e dovrebbe prendere in considerazione tutti i fatti e le circostanze rilevanti.

3 – Analisi in punto di fatto

La questione preliminare emerge nel quadro di un contenzioso che oppone Lexel AB, una società di diritto svedese che fa parte di un gruppo multinazionale francese, e lo *Skatteverket* (l'Amministrazione fiscale svedese).

Lexel AB ha contratto un prestito con una società francese (la società finanziatrice del gruppo), parte dello stesso gruppo multinazionale. Tale debito è stato contratto per finanziare l'acquisizione di una partecipazione del 15% di una società del gruppo belga che era di proprietà di una società del gruppo francese.

La società francese che riceve il pagamento degli interessi non è stata effettivamente tassata in relazione a tale reddito poiché esso è stato utilizzato per

⁷ Lexel, § 10-13.

compensare le perdite che le società del gruppo stabilite in Francia (che formavano un gruppo a fini fiscali francesi) avevano in quel periodo.

Lexel AB ha osservato che il pagamento degli interessi non dovrebbe essere considerato come un vantaggio fiscale sostanziale, in quanto, non appena il gruppo francese realizzasse degli utili, gli interessi sarebbero necessariamente assoggettati a tassazione (peraltro ad un'aliquota nominale più alta di quella svedese). Inoltre, Lexel AB ha sottolineato che l'acquisizione delle azioni aveva lo scopo di consentire alla società venditrice (membro spagnolo del gruppo) i mezzi finanziari necessari per acquisire una società esterna al gruppo (poiché altrimenti questa transazione non sarebbe stata possibile).

4 - Procedura e questione pregiudiziale

Le autorità fiscali svedesi rifiutavano la deducibilità degli interessi pagati, sostenendo che " le operazioni in questione sarebbero state realizzate al fine di consentire la deduzione in Svezia, anziché in Spagna, degli oneri finanziari correlati all'acquisizione delle azioni della [società esterna] nella prospettiva di conseguire un vantaggio fiscale sostanziale".⁸

Lexel faceva appello contro la sentenza al Tribunale amministrativo di prima istanza di Stoccolma, e poi alla Corte d'appello amministrativa di Stoccolma. Quest'ultima ha riconosciuto che la potenziale natura discriminatoria delle disposizioni in questione. Tuttavia, e basandosi sui lavori legislativi preparatori, osservava che "l'obiettivo generale di tale clausola consiste nella prevenzione di qualsiasi pianificazione fiscale aggressiva per mezzo delle deduzioni di oneri finanziari"⁹ ed che "[t]ale obiettivo, nell'ambito della lotta contro l'evasione fiscale, costituirebbe una giustificazione riconosciuta, a determinate condizioni, dalla giurisprudenza della Corte".¹⁰

La Corte ha avuto dubbi sulla correttezza di questa interpretazione. Pertanto, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione:

"Se sia compatibile con l'articolo 49 TFUE il diniego ad una società svedese di dedurre gli oneri finanziari corrisposti ad una società appartenente al medesimo gruppo di interessi (società associata) stabilita in un altro Stato membro, per il fatto che l'obbligazione sia stata principalmente assunta al fine di far conseguire un vantaggio fiscale significativo alle società associate, laddove tale vantaggio non sarebbe stato fiscalmente rilevante qualora entrambe le società fossero state svedesi, dato che, in tal caso, sarebbero state applicabili le disposizioni sui trasferimenti finanziari infragruppo"¹¹

5 – La sentenza e le sue conseguenze

⁸ Lexel, § 21.

⁹ Lexel, § 27.

¹⁰ Idem, ibidem.

¹¹ Lexel, § 30.

Lexel ha messo la Corte di fronte alla questione se le regole di deducibilità svedesi potessero essere considerate compatibili con il diritto dell'UE, tenendo conto degli obiettivi che tali regole perseguivano (e del fatto che le stesse potessero essere considerate motivi imperativi di interessi generali).

La Corte ha iniziato inquadrando la questione nell'ambito della libertà di stabilimento.¹²

Ha proceduto a valutare se ci fosse una differenza di trattamento. La normativa in questione negava la deducibilità nei casi in cui "il conseguimento di un vantaggio fiscale sostanziale per le imprese associate costituisse il motivo principale dell'obbligazione da esse contratta".¹³ Nel caso di società facenti parte dello stesso gruppo, la regola si applicava solo se il beneficiario era un non residente.¹⁴ Di conseguenza, c'era una "disparità di trattamento atta ad incidere negativamente sull'esercizio della libertà di stabilimento delle società".¹⁵

La Corte è poi passata ad esaminare le due giustificazioni addotte dal governo nazionale: contrasto dell'evasione e dell'elusione fiscali e necessità di mantenere un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri¹⁶

Per quanto riguarda il contrasto dell'evasione e dell'elusione fiscali, la Corte ha ricordato che la misura potrebbe essere giustificata solo se il suo obiettivo è quello di "impedire condotte consistenti nella creazione di costruzioni puramente artificiose, prive di effettività economica, finalizzate a eludere l'imposta normalmente dovuta sugli utili generati da attività svolte nel territorio nazionale".¹⁷ Per quanto riguarda l'onere della prova, "il contribuente deve essere messo in grado, senza eccessivi oneri amministrativi, di produrre elementi relativi alle eventuali ragioni commerciali per le quali detta operazione è stata conclusa".¹⁸ Infine, ha dichiarato che anche in caso di "costruzione di puro artificio" (...) il diniego del diritto a deduzione deve essere limitato "alla parte degli oneri finanziari eccedente quanto sarebbe stato convenuto in assenza di relazioni speciali tra le parti".¹⁹ La Corte ha poi considerato che le disposizioni nazionali si applicano alle operazioni che non si riferiscono a "costruzioni puramente artificiose"²⁰ e che sono state effettuate a condizioni di mercato. Pertanto, la misura nazionale supera ciò che sarebbe stato necessario per perseguire la giustificazione ammissibile.

Per quanto riguarda la necessità di mantenere un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, la Corte ha osservato che tale giustificazione è ammissibile "qualora il regime in questione sia inteso a prevenire comportamenti tali da violare il diritto di uno Stato membro di esercitare la propria giurisdizione finanziaria in relazione alle attività svolte sul proprio territorio".²¹ Nel caso di società facenti parte

¹² Articolo 49 del TFUE.

¹³ *Lexel*, § 37.

¹⁴ *Lexel*, § 38-40.

¹⁵ *Lexel*, § 41.

¹⁶ *Lexel*, § 47.

¹⁷ *Lexel*, § 49.

¹⁸ *Lexel*, § 50.

¹⁹ *Lexel*, § 51.

²⁰ *Lexel*, § 53.

²¹ *Lexel*, § 59.

dello stesso gruppo, è consentito riservare i vantaggi fiscali derivanti dalla appartenenza al gruppo suddetto ai soli soggetti residenti del gruppo stesso. Tuttavia, non è possibile subordinare l'ottenimento di un vantaggio alla residenza del beneficiario di un pagamento di interessi, permettendolo in casi nazionali ma non in situazioni transfrontaliere, poiché non esiste un legame specifico del vantaggio con il regime fiscale applicabile a tali entità".²² Infatti, il "procedimento principale riguarda, quindi, la deducibilità di oneri finanziari e non la compensazione generale degli oneri e degli utili caratteristica dell'entità fiscale unica ".²³

Infine, la Corte ha affrontato la questione della considerazione congiunta delle due giustificazioni. Ha concluso che la considerazione congiunta delle giustificazioni,²⁴ svolta in passato, riguardava i casi in cui entrambe erano simultaneamente rilevanti o collegate. Tuttavia, in questo caso né l'una né l'altra, considerate indipendentemente, potevano essere applicate alla fattispecie in questione.

6 – Alcune considerazioni di commento

6.1 Introduzione

La sentenza della Corte in *Lexel* non può essere considerata innovativa, poiché la Corte non si allontana dalla sua consolidata giurisprudenza.²⁵ Tuttavia, i chiarimenti metodologici che fornisce su diversi elementi del suo ragionamento sono fondamentali per comprenderla e per anticipare la sua posizione nei casi futuri.

Nelle sezioni seguenti, forniremo alcuni commenti su questioni selezionate derivanti da questo caso.

6.2 Pianificazione fiscale aggressiva

La Corte affronta per la prima volta l'espressione "pianificazione fiscale aggressiva".²⁶ Nello specifico, ha considerato che la "prevenzione di qualsiasi pianificazione fiscale aggressiva per mezzo delle deduzioni di oneri finanziari"²⁷ è qualcosa che rientra nell'ambito della repressione dell'evasione e dell'elusione fiscali. Così, si stabilisce un legame tra questi due fenomeni.

Tuttavia, ci chiediamo se la situazione in questione possa essere considerata come rientrante nel concetto di pianificazione fiscale aggressiva. Nonostante la mancanza di una definizione generalmente condivisa, la pianificazione fiscale aggressiva si riferisce a

²² Lexel, § 64.

²³ Lexel, § 65.

²⁴ Come aveva fatto nella sentenza del 13 dicembre 2005, *Marks & Spencer* (C-446/03, ECR 2005 p. I-10837) ECLI:EU:C:2005:763.

²⁵ Un primo indicatore di ciò è stata l'assenza di un'opinione dell'avvocato generale.

²⁶ Lexel, § 27.

²⁷ Lexel, § 52.

situazioni di costruzioni che, nonostante la loro legalità, assicurano vantaggi fiscali che emergono dalle discrepanze tra due o più giurisdizioni fiscali e che non sarebbero altrimenti disponibili se il contribuente operasse all'interno della stessa giurisdizione fiscale. In questo caso, il vantaggio fiscale è stato conseguito traslando il reddito da una società del gruppo (presumibilmente con utili) a una società del gruppo con perdite. Questo spostamento sarebbe possibile anche nello scenario nazionale, a condizione che non ci sia un consolidamento o che il membro del gruppo con perdite sia al di fuori del perimetro di consolidamento. Nel caso considerato, non c'era una differenza rilevante ed è da notare che le aliquote in Francia erano ancora più alte di quelle della Danimarca.²⁸

In secondo luogo, riteniamo che i due concetti non avrebbero dovuto essere collegati. Come già detto, la pianificazione fiscale aggressiva copre i casi di comportamenti leciti, mentre la repressione dell'evasione e dell'elusione fiscali copre i casi di "costruzioni puramente artificiali" che sono, per definizione, illegali e privi di realtà economica. A meno che la Corte non voglia ampliare il campo di applicazione della sua giustificazione tradizionalmente accettata, dovrebbe quindi evitare - in futuro - di stabilire un legame tra queste due espressioni.

Si dovrebbe notare che l'imposizione diretta non è ancora armonizzata e, allo stato attuale delle cose, la doppia imposizione e la doppia non imposizione non sono di per sé vietate. Il diritto primario dell'UE non impedisce - nella misura in cui non si tratta di una costruzione abusiva - che un contribuente sfrutti le discrepanze tra i sistemi di imposte dirette di due paesi. La sentenza in *Lexel*, nonostante i riferimenti alla "pianificazione fiscale aggressiva", dovrebbe essere intesa come una riaffermazione della posizione tradizionale della Corte a questo proposito.

6.3 "Disposizioni interamente artificiali, "disposizioni fittizie" e "trasferimento artificiale"

Nel caratterizzare l'ambito di applicazione della repressione dell'evasione e dell'elusione fiscali, la Corte fa riferimento a tre concetti diversi: i) "costruzioni di puro artificio";²⁹ ii) "costruzioni puramente artificiali";³⁰ iii) "costruzioni artificiali";³¹ "costruzione meramente artificiale";³² iv) "trasferimenti artificiali";³³ v) "operazioni fittizie";³⁴ e iv) "costruzioni meramente artificiali o fittizie".³⁵ La Corte sembra avere una preferenza per la nozione di "costruzioni puramente artificiali" in quanto è l'espressione più frequentemente utilizzata.

Nonostante la pluralità terminologica, a nostro avviso, la Corte si riferisce sempre alla stessa realtà: costruzioni prive di realtà economica e poste in essere per ottenere un

²⁸ Lexel, § 21.

²⁹ Lexel, § 51.

³⁰ Lexel § 49, 50, 53, 72, 74 e 75.

³¹ Lexel, § 53,

³² Lexel, § 56.

³³ Lexel, § 55.

³⁴ Lexel, § 54.

³⁵ Lexel, § 56.

vantaggio fiscale. Il concetto principale da prendere in considerazione è quello di artificiosità, in opposizione al quello di genuinità. A questo proposito, non si deve attribuire alcun significato all'uso di concetti diversi da parte della Corte. Sarebbe meglio se, in futuro, la Corte si attenesse alla stessa espressione.

6.4 Onere della prova

In astratto, l'accertamento di una "costruzione puramente artificiosa" può essere un onere del contribuente, delle autorità fiscali o in qualche modo condiviso tra i due. La Corte non ha una visione univoca al riguardo.³⁶

Nelle sentenze danesi sul beneficiario effettivo,³⁷ la Corte ha espresso l'opinione che l'onere della prova dell'abuso gravava esclusivamente sulle autorità fiscali. In *Lexel*, la Corte riafferma la sua posizione precedente che le autorità fiscali devono fornire almeno la prova *prima facie* della situazione abusiva, permettendo al contribuente di fornire la controprova della genuinità dell'accordo.³⁸ Pertanto, qualsiasi misura nazionale che applichi automaticamente una presunzione di abuso a qualsiasi transazione transfrontaliera infragruppo esclusivamente sulla base del fatto che la transazione era basata su motivi fiscali sarà probabilmente incompatibile con il diritto dell'UE.³⁹

A nostro avviso, la cosa migliore sarebbe semplicemente allineare le decisioni ai principi generali sulla ripartizione dell'onere della prova, secondo i quali spetta alle parti che invocano un certo fatto presentare la prova di quel fatto. In questo caso specifico, e quando si tratta del funzionamento della giustificazione, ciò che è in gioco non è la valutazione di un comportamento ma la valutazione del disegno della norma. Di conseguenza, ciò che conta è riaffermare che la norma interna deve: i) richiedere alle autorità fiscali di fornire la prova dell'abuso, dato che sono loro a invocare quel fatto; ii) permettere al contribuente di controargomentare, nel quadro di un processo in contraddittorio.

6.5 *Arm's length* come *safe harbour*

³⁶ A.W. Ravelli & F. Franconi, Numerous EU Member States are in Breach of EU Law by Requiring Taxpayers to Demonstrate Absence of Abuse, 61 Eur. Taxn. 10 (2021).

³⁷ Sentenza della CGUE di 26 Febbraio 2019, N Luxembourg 1 (C-115/16, C-118/16, C-119/16 and C-299/16) ECLI:EU:C:2019:134 e del stesso giorno, T Danmark (C-116/16 and C-117/16) ECLI:EU:C:2019:135

³⁸ Sentenza del 17 luglio 1997, Leur-Bloem / Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2 (C-28/95, ECR 1997 p. I-4161) ECLI:EU:C:1997:369, sentenza del 10 novembre 2011, Foggia - SGPS (C-126/10, ECR 2011 p. I-10923) ECLI:EU:C:2011:718, Sentenza del 5 luglio 2012, SIAT (C-318/10, Publié au Recueil numérique) ECLI:EU:C:2012:415, Sentenza dell'8 marzo 2017, Euro Park Service (C-14/16) ECLI:EU:C:2017:177, sentenza del 7 settembre 2017, Eqiom and Enka (C-6/16) ECLI:EU:C:2017:641, e sentenza del 20 dicembre 2017, Deister Holding (C-504/16 and C-613/16) ECLI:EU:C:2017:1009.

³⁹ J.A. García Bañuelos & J.M. Calderón Carrero, Lexel: Not All Base-Erosion Measures Are 'EU Proof,' CJEU Says, (12 Mar. 2021, Tax Analysts),

In decisioni precedenti,⁴⁰ la Corte aveva già menzionato che le transazioni condotte ad *arm's length* (ossia, stabilite quanto sarebbe stato convenute in assenza di relazioni speciali tra le parti), devono essere considerate come non abusive. In questo caso, la Corte chiarisce ulteriormente che una norma nazionale che permette di ignorare una certa transazione, deve sempre almeno permettere il riconoscimento della parte della transazione a prezzi di mercato.

In breve, *Lexel* crea un porto sicuro (“*safe harbour*”) per il contribuente: nessuna norma può disconoscere la parte *arm's length* della transazione.⁴¹ Questa conclusione potrà, in futuro, sollevare ulteriori questioni.

La prima riguarda la compatibilità delle limitazioni alla deduzione degli interessi, contenuta nell'articolo 4 della direttiva contro le pratiche di elusione fiscale,⁴² e nel frattempo recepita nel diritto interno, con le libertà fondamentali. Tale norma opera con riferimento ad una soglia assoluta (importo complessivo degli interessi) e relativa (percentuale degli interessi rispetto all'*EBIT*)⁴³ che può portare a disconoscere la deducibilità anche in caso di pagamenti a condizioni di mercato.

La seconda si riferisce all'ammissibilità della *undertaxed payments rule* dell'iniziativa dell'OCSE sul II pilastro / GloBE, nel caso in cui non venga estesa anche ai casi nazionali.⁴⁴ Infatti, questa regola negherà la deducibilità ai pagamenti di interessi il cui beneficiario è tassato al di sotto dell'aliquota fiscale effettiva minima definita, il che può anche colpire i pagamenti *arm's length*. La regola può essere discriminatoria se il legislatore interno utilizza l'opzione per il consolidamento dei gruppi, come previsto dalla direttiva. Le stesse problematiche possono emergere nell'ambito dell'applicazione delle norme anti-ibrido contenute nei trattati fiscali e nella direttiva contro l'elusione.

Va chiarito che, a nostro avviso, né la direttiva contro le pratiche di elusione fiscale⁴⁵ né una futura direttiva che traspone il secondo pilastro dell'OCSE possono essere considerate come un'armonizzazione esaustiva, in presenza della quale la Corte potrebbe effettuare un'analisi meno approfondita in merito alla valutazione della compatibilità della

⁴⁰ Cfr. Sentenza del 13 marzo 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04, ECR 2007 p. I-2107) ECLI:EU:C:2007:161; Sentenza del 21 gennaio 2010, *SGI* (C-311/08, ECR 2010 p. I-487) ECLI:EU:C:2010:26 e sentenza del 31 maggio 2018, *Hornbach-Baumarkt* (C-382/16, Publié au Recueil numérique) ECLI:EU:C:2018:366. Cfr. anche CFE Fiscal Committee, Opinion Statement of the CFE on the Case Law of the European Court of Justice on Transfer Pricing Related to Loans (Decision of 21 January 2010 in Case C-311/08, SGI): Submitted to the European Institutions in February 2012, 52 Eur. Taxn. 6 (2012) e CFE ECJ Task Force, Opinion Statement ECJ-TF 1/2019 on the ECJ Decision of 31 May 2018 in *Hornbach-Baumarkt* (Case C-382/16) Concerning the Application of Transfer Pricing Rules to Transactions between Resident and Non-Resident Associated Enterprises, 59 Eur. Taxn. 9 (2019).

⁴¹ M. Helminen, Chapter 2: Non-Discrimination and Basic Freedoms in EU Tax Law – Direct Taxation – 2021: 2021 Edition (IBFD), sec. 2.3.3.1.

⁴² Direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio, del 12 luglio 2016, recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno.

⁴³ Sull rapporto di questa regola con la giurisprudenza della Corte, T. Kollruss, *European Tax Law and the Freedom of Choice Regarding Cross-Border Financing within Multinational Groups*, 60 Eur. Taxn. 11 (2020).

⁴⁴ Supra n.5 . Anche J. Englisch, *Is an METR Compatible With EU/EEA Free Movement Guarantees?*, (9 Apr. 2021), Journal Articles & Opinion Pieces Tax Analysts e C. Brokelind, *An Overview of Legal Issues Arising from the Implementation in the European Union of the OECD's Pillar One and Pillar Two Blueprint*, 75 Bull. Intl. Taxn. 5 (2021).

⁴⁵ Supra, n. 42.

direttiva (e delle norme interne emanate per la sua attuazione) con il diritto primario dell'UE. Così, in futuro, potremmo osservare rinvii pregiudiziali alla Corte in casi in cui le autorità fiscali non hanno considerato una transazione (in tutto o in parte) che copre un pagamento di interessi a condizioni di mercato.

Si dovrebbe poi anche chiarire che lo standard dell'*arm's length* non è matematico o univoco e il calcolo del prezzo (in questo caso, l'aliquota di interesse) dipende da una molteplicità di criteri e può essere fissato entro un certo intervallo. Così, le autorità fiscali possono avere difficoltà a fornire la prova che la transazione del contribuente è, oltre che abusiva, al di fuori di qualsiasi risultato ammissibile derivante da qualsiasi analisi di *arm's length*. Così, oltre alla sempre intricata discussione sull'abuso, potremmo trovarci di fronte a una annessa discussione sui prezzi di trasferimento, rendendo così la valutazione dell'ammissibilità di norme interne ancora più complessa.

7 - Conclusioni

Lexel non è una svolta né rappresenta un allontanamento dall'approccio tradizionale della Corte.⁴⁶ Tuttavia, i chiarimenti che fornisce permettono di capire meglio la posizione della Corte in molte aree, soprattutto per quanto riguarda il campo di applicazione della giustificazione sulla repressione dell'evasione e dell'elusione fiscali.

Lexel fornisce nuove sfide per il legislatore nazionale, quando adotta norme antiabuso che non si applicano allo stesso modo a residenti e non residenti. Per essere considerate ammissibili tali norme devono: i) essere limitate alle costruzioni puramente o totalmente artificiali, intese come situazioni prive di realtà economica; ii) anche prima di una tale costruzione, la norma domestica non deve ignorare la parte della transazione che è a condizioni di mercato; iii) l'onere della prova *prima facie* deve gravare sulle autorità fiscali.

La necessità di salvaguardare la parte *arm's length* di una transazione abusiva può dar luogo a nuove controversie, in particolare tenendo conto che ci sono delle norme interne contro l'elusione che non prevedono una tale esclusione.

Considerando il restringimento del campo d'azione degli Stati membri, *Lexel* può anche essere intesa come un ulteriore incentivo per gli Stati membri ad adottare norme antiabuso che non si applicano in modo asimmetrico ai residenti e ai non residenti. *Lexel* ribadisce inoltre il ruolo centrale che la proporzionalità svolge nella progettazione delle norme interne (antiabuso).⁴⁷ Inoltre, *Lexel* è indubbiamente un ulteriore passo nella costante marcia della Corte nell'integrazione (negativa) dell'imposizione diretta all'interno dell'Unione europea.

⁴⁶ Nello stesso senso CFE ECJ Task Force, Opinion Statement ECJ-TF 1/2021 on the ECJ Decision of 20 January 2021 in *Lexel AB* (Case C-484/19) Concerning the Application of the Swedish Interest Deductibility Rules, 61 Eur. Taxn. 6 (2021).

⁴⁷ Cfr. Nogueira, J.F.P., *Direito Fiscal Europeu – O Paradigma da Proporcionalidade: A proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais*, Coimbra Editora / Wolters Kluwer, 2010.