



Aprile 2007

CANADA

Decisione MIL Investments S.A.: ai fini del disconoscimento dei benefici di una Convenzione contro le doppie imposizioni si deve esaminare l'utilizzo della stessa

*A cura di: Giovanni Moschetti (g.moschetti@studiosmoschetti.com) e
Alessandro Vigna (a.vigna@studiosmoschetti.com)*

1. Inquadramento normativo canadese e Convenzione contro le doppie imposizioni tra Canada e Lussemburgo (entrata in vigore il 17 ottobre 2000)

Dopo l'introduzione delle norme generali anti-elusive (*General anti-avoidance rules*, da qui in avanti "*Gaar*") nel 1988, il Canada ha concluso numerosi trattati contro le doppie imposizioni. Tuttavia, soltanto in alcuni di questi trattati è stata inserita una esplicita disposizione sulla limitazione dei benefici riconosciuti dai trattati (*limitation of benefits clause*). Per contrastare l'abuso dei trattati in mancanza di clausole espresse sulla limitazione dei benefici, l'Amministrazione Finanziaria canadese ha ritenuto di utilizzare i *Gaar*.

Nonostante i *Gaar* si riferissero originariamente solo alle imposte sui redditi nazionali, il Governo canadese ha successivamente ampliato l'ambito di applicazione dei *Gaar*, comprendendovi anche le operazioni di abuso dei trattati contro le doppie imposizioni.

Tra le convenzioni concluse dal Canada vi è anche quella con il Lussemburgo, che all'Art. 13, comma 4, (che è conforme all'art. 13, comma 4, del Modello di Convenzione OCSE), dispone che gli utili derivanti dalla vendita di una partecipazione rilevante –ossia almeno del 10%- in una società per azioni il cui patrimonio sia costituito principalmente da beni immobili situati in uno Stato contraente sono imponibili in detto Stato. In altre parole, qualora una società residente in Lussemburgo alienasse una partecipazione pari ad almeno il 10% del capitale di una società canadese il cui patrimonio consista principalmente in beni immobili situati in Canada, le plusvalenze così realizzate risulterebbero imponibili in Canada. Qualora tali condizioni non si verificassero congiuntamente (partecipazione almeno del 10% e patrimonio della società canadese rappresentato principalmente da beni immobili ivi localizzati) la plusvalenza sarebbe imponibile solo in Lussemburgo.

STUDI
COLLEGATI:
LINKED LAW
FIRMS:

ARGENTINA
Buenos Aires
Mendoza

AUSTRIA
Wien

BRAZIL
São Paulo
Rio de Janeiro

CHILE
Santiago de
Chile

COLOMBIA
Bogotá

ECUADOR
Quito

GREECE
Athens

HUNGARY
Budapest

MEXICO
Ciudad de
Méjico

PERÙ
Lima

SPAIN
Barcelona

SWITZERLAND
Bern
Zurich

URUGUAY
Montevideo

VENEZUELA
Caracas



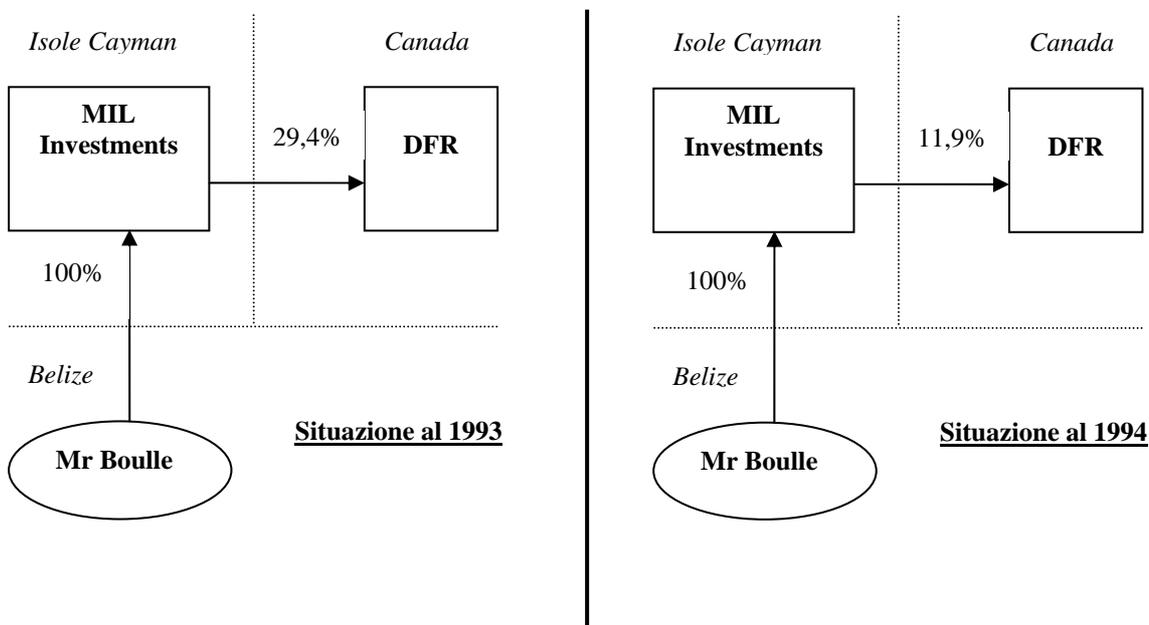
Il 18 agosto 2006, la Corte Tributaria di primo grado canadese si è pronunciata sul primo caso in materia di abuso dei trattati (“*treaty shopping*”) sollevato in Canada; in particolare, nel caso *MIL Investments*, il giudice canadese ha valutato l’applicabilità dei *Gaar* per negare i benefici derivanti dalla Convenzione contro le doppie imposizioni tra Canada e Lussemburgo.

2.1 Il caso *MIL Investments S.A.*: la concatenazione delle operazioni

MIL Investments S.A. (d’ora in avanti “*MIL*”) è una società *holding* inizialmente residente nelle Isole Cayman ed interamente controllata da una persona fisica, il Sig. Boule, residente in Belize fino al 1995 e nel Principato di Monaco a partire dallo stesso anno.

Nel 1993, il Sig. Boule trasferisce a *MIL* la propria partecipazione del 29,4% in una società canadese, *Diamond Field Resources Ltd* (“*DFR*”), operante nel settore dell’esplorazione e dello sviluppo di giacimenti diamantiferi e quotata alla Borsa di Toronto.

Nel 1994 *DFR* scopre un importante deposito di nickel, rame e cobalto, cui segue un cospicuo aumento del valore di mercato delle azioni. *DFR* emette nuove azioni e, come conseguenza, la quota di partecipazione di *MIL* (e del suo azionista, Mr Boule) scende all’11,9%.

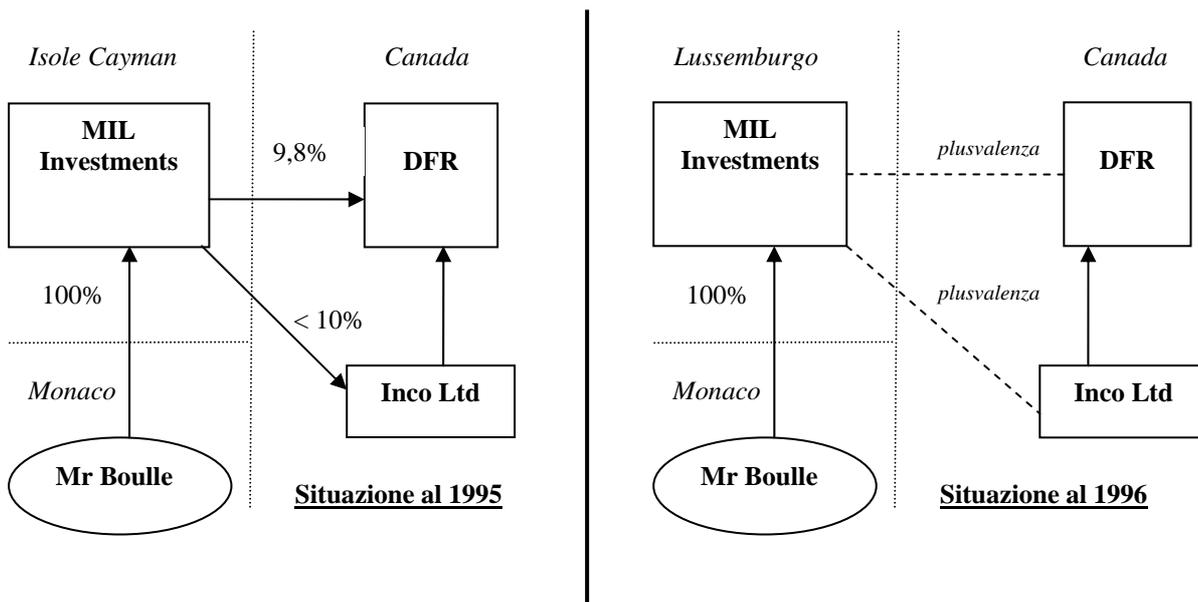


2.2 Partecipazione MIL - Inco

Nel giugno 1995, *MIL* trasferisce alcune delle sue azioni in *DFR* ad un’altra società canadese, la *Inco Limited* (da qui in avanti “*Inco*”), in cambio di 1.401.218 azioni ordinarie (pari a meno del 10%) di quest’ultima, riducendo ulteriormente la quota di *MIL* (e del suo azionista) in *DFR*, che scende così al 9,8%.



Poco più tardi, la residenza di MIL è trasferita dalle Isole Cayman al Lussemburgo. MIL cede le proprie quote in Inco, chiedendo l'esenzione sulla plusvalenza risultante –circa 65 milioni di dollari canadesi- ai sensi dell'art. 13 del trattato concluso tra Canada e Lussemburgo. L'Amministrazione Finanziaria canadese riconosce il diritto di MIL all'esenzione sulle plusvalenze dalla vendita di azioni, come previsto dal trattato.



2.3 Partecipazione MIL - DFR

A ciò segue un cambiamento delle circostanze, tra cui l'improvviso decesso del vice-presidente del consiglio di amministrazione di DFR, che porta ad un'asta pubblica per l'acquisto di DFR, asta che viene vinta da Inco nel 1996. In tale contesto, MIL cede a Inco le restanti quote in DFR realizzando un'altra plusvalenza di circa 425 milioni di dollari canadesi e per la quale chiede nuovamente l'esenzione dall'imposta canadese ai sensi dell'art. 13 del trattato tra Canada e Lussemburgo. Poiché a seguito delle successive cessioni la partecipazione di MIL in DFR era scesa al 9,8%, MIL aveva diritto all'esenzione dall'imposta su tali plusvalenze in Canada.

L'Amministrazione Finanziaria canadese in questa occasione contestava l'esenzione della plusvalenza. Se, da un lato, l'Amministrazione Finanziaria canadese conveniva sul fatto che, in base alla lettera del trattato, MIL aveva pieno diritto all'esenzione dall'imposta canadese sui *capital gains* poiché la partecipazione in DFR era inferiore al 10%, dall'altro l'Amministrazione Finanziaria canadese sollevava due argomenti per negare il diritto all'esenzione:

- (i) l'applicabilità dei *Gaar* alle convenzioni concluse dal Canada;
- (ii) l'applicabilità di una regola anti-abusiva contenuta implicitamente nel trattato.

MIL ha così proposto ricorso dinnanzi alla Corte Tributaria di primo grado canadese.



Peraltro, va aggiunto per completezza che la cessione non scontava alcuna imposizione in Lussemburgo, in quanto il valore della partecipazione era stato rivalutato ai fini fiscali al momento del trasferimento della residenza di MIL dalle Isole Cayman al Lussemburgo ad un valore superiore a quello di cessione.

3. La decisione: il concetto di “una serie di operazioni”

(i) L’Amministrazione Finanziaria canadese sosteneva che la vendita delle quote detenute da MIL in DFR rientrava in “una serie di operazioni” - tra cui il precedente scambio azionario che aveva portato la partecipazione in DFR al di sotto del 10% - preordinate all’esonero dall’imposta da parte di MIL.

La Corte ha invece negato che la vendita delle azioni a Inco da parte di MIL, avvenuta durante l’offerta pubblica di acquisto, fosse soggetta ai *Gaar*, poiché i motivi di carattere non fiscale di MIL erano maggiori del mero risparmio fiscale.

Il giudice canadese, dopo aver esaminato il significato attribuito dalla giurisprudenza all’espressione “una serie di operazioni”, ha asserito che l’offerta pubblica di vendita, motivata dalle conseguenze derivanti dalla scomparsa di uno dei componenti principali del consiglio di amministrazione, era un evento che non poteva essere previsto. La Corte ha poi aggiunto che, al fine di soddisfare il requisito di “una serie di operazioni”, è necessario un “*forte legame*” tra le operazioni che non siano già di per sé naturalmente collegate.

La Corte ha quindi concluso che lo scambio di azioni, prima, e il trasferimento della sede in Lussemburgo, poi, non potevano considerarsi parte di “una serie di operazioni” sfociante in qualsiasi vendita azionaria successiva ed eventuale. Pertanto, mancando l’intento elusivo - ossia l’obiettivo principale del risparmio d’imposta - dell’operazione, i *Gaar* non erano applicabili al caso di specie.

3.1 *Treaty shopping* e abuso del trattato

Seppure, in assenza dell’intento elusivo dell’operazione, la Corte non fosse più tenuta a pronunciarsi sul carattere abusivo del risparmio d’imposta, è interessante notare che, nell’*obiter dictum*, la Corte ha respinto l’opinione dell’Amministrazione Finanziaria secondo cui il “*treaty shopping*” coincide con l’abuso di un trattato.

La Corte ha affermato che “non c’è nulla di illecito nello scegliere un regime fiscale straniero piuttosto che un altro”; che “la scelta di un trattato per minimizzare l’imposizione fiscale non può essere di per sé ritenuta abusiva”; e che “è l’utilizzo del trattato che va esaminato a tal fine” (nella versione originale: “it is the use of the selected treaty that must be examined”).

La Corte ha infine osservato che, qualora il Governo canadese nutrisse delle preoccupazioni in merito ai trattati conclusi, esso dovrebbe non già applicare i *Gaar*, ma rinegoziare i trattati.



3.2 Il rispetto del “significato ordinario” da attribuire ai termini della Convenzione

(ii) Anche con riguardo alla questione se esista una regola anti-abuso implicita nel trattato, la Corte Tributaria di primo grado non ha condiviso l’opinione dell’Amministrazione Finanziaria. La Corte ha notato infatti che, sebbene al momento della conclusione del trattato esistessero norme anti-elusive, sia nell’ordinamento canadese sia in quello lussemburghese il trattato non faceva ad esse alcun riferimento. A questo punto, si pone il problema dell’applicazione delle norme anti-abuso interne nell’interpretazione di un trattato. A tal fine, l’Amministrazione Finanziaria aveva tentato di utilizzare il Commentario del 2003 al Modello di Convenzione OCSE, ed in particolare le modifiche relative all’art. 1 del Modello di Convenzione¹. Tuttavia, dal momento che tale Commentario era più recente del trattato oggetto della decisione, la Corte ha sostenuto che per l’interpretazione era utilizzabile solo il Commentario esistente alla data della conclusione del trattato.

La Corte ha quindi affermato che la lettera del trattato non conteneva alcuna clausola anti-abuso implicita. Ad avviso della Corte canadese, doveva essere pertanto rispettata la richiesta di esenzione di MIL, basata sul “significato ordinario” da attribuire alle disposizioni del trattato, come peraltro previsto dall’art. 31, comma 1, della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati del 1969.

4. Conclusioni: la necessità di prevedere specifiche norme antielusive

L’importanza della decisione commentata sta nel fatto che la Corte Tributaria di primo grado canadese, in applicazione del principio di buona fede nell’interpretazione dei trattati, ha rifiutato di discostarsi da un’interpretazione letterale della Convenzione per consentire l’applicazione dei *Gaar* o per affermare l’esistenza di una norma anti-abuso implicita. L’indicazione rivolta al Governo canadese è quindi quella di inserire esplicite norme anti-abuso nei trattati da esso stipulati².

¹ Il nuovo paragrafo 7 del Commentario all’Art. 1 del Modello di Convenzione OCSE precisa che “è altresì obiettivo delle Convenzioni contro le doppie imposizioni prevenire l’elusione e l’evasione fiscale”.

² N. Saccardo in *Rivista di Diritto Tributario*, 2006, parte IV, p. 197, rileva come la giurisprudenza internazionale sul punto non sia uniforme e cita ad esempio la sentenza della Corte Federale Svizzera del 28 novembre 2005.