

Fiscalità internazionale

## La società-madre non tassata non può beneficiare del rimborso della ritenuta alla fonte

Cassazione, Sez. trib., Sent. 25 ottobre 2017 (4 aprile 2017), n. 25264 - Pres. Bruschetta - Rel. Caiazzo (stralcio)

*Fiscalità internazionale - Ritenute - Restituzione delle ritenute applicate sui dividendi erogati dalla società-figlia - Pagamento dell'imposta sulle società da parte della società madre - Necessità*

**Dal combinato disposto della norma nazionale e della normativa UE, si evince che il diritto alla restituzione delle ritenute applicate sui dividendi erogati dalla società-figlia è subordinato al pagamento, da parte della società-madre, dell'imposta sulle società, da effettuare contestualmente alla distribuzione degli utili.**

### Fatti di causa

La TDC International Holding N.V. - società di diritto olandese - propose ricorso, innanzi alla Ctp di Pescara, avverso un atto emesso dal Centro operativo di Pescara, attraverso cui: fu imposto alla società il pagamento di una somma a titolo di restituzione del rimborso della ritenuta del 5% dei dividendi - percepiti dalla società partecipata FinEurop S.p.A. - e di altra somma relativa alla ritenuta d'imposta non versata (pari al 27,4%), oltre gli interessi e la sanzione.

La ricorrente ha invocato l'illegittimità dell'atto impugnato sulla base di vari motivi, quali: il difetto di motivazione; la decadenza dal termine d'accertamento; l'erronea interpretazione delle norme comunitarie in ordine al regime d'esenzione in tema di imposte sui dividendi; in subordine, l'omessa applicazione della Convenzione tra Italia e Paesi Bassi in materia.

Si costituì il COP con controdeduzioni.

La Ctp rigettò il ricorso.

La società propose appello, respinto dalla Ctr che, rigettate le questioni preliminari, ritenne che la condotta della ricorrente configurasse una fattispecie di abuso del diritto, nella forma del *treaty shopping*; di conseguenza, escluse che la stessa avesse diritto alla restituzione della ritenuta subita sulla distribuzione dei dividendi effettuata dalla FinEurop S.p.A., di cui alla Direttiva 435/90, rilevando che la ricorrente non avesse dimostrato che i dividendi fossero stati assoggettati all'imposta sulle società, ovvero di essere l'effettiva beneficiaria dei dividendi percepiti.

La società ricorrente ha proposto ricorso per cassazione, formulando nove motivi.

Resiste l'Agenzia delle entrate con controricorso, eccependo l'inammissibilità e l'infondatezza dei motivi.

### Ragioni della decisione

Il ricorso è infondato.

(*Omissis*)

Con il quinto motivo, è stata denunciata la violazione e falsa applicazione del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27-bis e degli artt. 2, 4 e 5 della Dir. comun. 940/435 (c.d. madre-figlia), oggi trasfusa nella Direttiva 2011/96, lamentando che il giudice d'appello avesse erroneamente ritenuto che la stessa società ricorrente non potesse beneficiare della normativa comunitaria per non aver provato che i dividendi fossero stati assoggettati all'imposta sulle società.

Con il sesto motivo, la ricorrente ha denunciato l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso afferente all'erronea applicazione della suddetta Direttiva comunitaria.

Con il settimo motivo, la ricorrente ha denunciato la violazione e falsa applicazione della Convenzione tra l'Italia e i Paesi Bassi dell'8.5.1990, ratificata con Legge n. 305 del 1993, nel caso in cui non fosse stato ritenuto fondato il precedente motivo. Al riguardo, la TDC ha esposto che, avendo sede nei Paesi Bassi, era applicabile tale Convenzione, con la conseguenza che essa avrebbe dovuto versare in Italia la sola ritenuta del 5%, mentre l'atto impugnato era da ritenere nullo almeno nella

parte relativa al pagamento della ritenuta del 27,4% oltre interessi e sanzioni.

(Omissis)

La ricorrente ha lamentato ancora la ritenuta inapplicabilità del suddetto art. 43, muovendo dal presupposto che la decisione impugnata sarebbe fondata su una illegittima disparità di trattamento tra soggetti residenti in Italia - cui tale norma s'applicherebbe - e non residenti - ai quali invece non sarebbe applicabile, traendone la conclusione che tale disparità si tradurrebbe in una violazione delle suddette norme comunitarie.

Tale argomentazione è destituita di fondamento, in quanto la Ctr ha escluso l'applicabilità in concreto della Direttiva comunitaria (che legittima la restituzione di parte delle imposte ritenute sui dividendi incassati) per motivazioni diverse (abuso del diritto, relativo alla fattispecie del c.d. *treaty shopping*) che rendono irrilevanti le norme invocate che presuppongono appunto la piena efficacia della suddetta Direttiva.

(Omissis)

Il quinto e sesto motivo sono da trattare congiuntamente, poiché tra loro connessi.

I motivi sono infondati.

La Ctr ha escluso il diritto alla restituzione della ritenuta sulla distribuzione dei dividendi effettuata dalla FinEurop S.p.A., sulla base di plurimi argomenti: l'applicazione, in ordine alla distribuzione dei dividendi, della procedura della c.d. *participation exemption*; l'utilizzazione della stessa FinEurop S.p.A., configurabile quale *conduit company*, all'unico scopo di spostare flussi di reddito da Stati ad alta tassazione ad altri a bassa tassazione; l'inesistenza di una effettiva sede della TDC in Olanda; la mancata prova che i dividendi corrisposti a quest'ultima società (c.d. società-madre, ai sensi della Direttiva comunitaria 435/90) fossero stati assoggettati all'imposta sulle società e che la medesima TDC fosse stata l'effettiva beneficiaria dei dividendi percepiti.

La ricorrente non ha dimostrato, quale società-madre, di aver assolto l'imposta prevista dalla suddetta Direttiva, come prescritto dal D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27-bis, comma 1, lett. c, secondo il cui disposto le società che detengono una partecipazione diretta non inferiore al 20% di società che distribuiscono gli utili, hanno diritto alla restituzione delle ritenute versate sui dividendi se sono soggette, nello Stato di residenza, senza fruire di regimi di opzione o di esonero che non siano territorialmente o temporalmente limitati, ad una delle imposte indicate nella predetta Direttiva.

Al riguardo, l'art. 7 della Direttiva in esame disponeva che l'espressione "ritenuta alla fonte", utilizzata nello stesso testo, non comprendeva il pagamento anticipato o preliminare dell'imposta sulle società allo Stato membro in cui ha sede la società-figlia, effettuato in concomitanza con la distribuzione degli utili alla società-madre.

Dal combinato disposto delle suddette norme si evince, dunque, che il diritto alla restituzione delle ritenute applicate sui dividendi erogati dalla società-figlia era subordinato al pagamento, da parte della società-madre, dell'imposta sulle società, che era da effettuare contestualmente alla distribuzione degli utili.

Ora, nel caso concreto, la ricorrente non ha allegato di essere soggetta, nello Stato di residenza (Olanda) ad una delle imposte indicate nella Direttiva comunitaria, avendo riprodotto il contenuto di un certificato rilasciato dall'autorità fiscale dei Paesi Bassi che riguarda la sola residenza fiscale e non attesta la sussistenza di tutti i requisiti di cui alla Direttiva comunitaria (tra cui il pagamento dell'imposta sulle società, connessa alla distribuzione dei dividendi).

Peraltro, tale certificato non è stato riprodotto in ricorso, avendo la TDC allegato solo il contenuto esposto.

Tale argomentazione assorbe la parte del motivo concernente il cumulo del diritto al rimborso delle ritenute con l'esenzione di cui alla procedura della *participation exemption*. Il sesto motivo è assorbito dalla decisione del precedente motivo.

I motivi settimo e ottavo - da esaminare congiuntamente poiché tra loro connessi - sono da ritenere assorbiti dalla pronuncia sui motivi precedenti.

In particolare, il settimo motivo, formulato in via subordinata, cioè in ordine all'ipotesi di rigetto dei due precedenti motivi, è assorbito dall'accertamento che in Olanda il reddito non è stato soggetto a tassazione.

(Omissis)

### P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso, condannando la parte ricorrente al pagamento, in favore della parte controricorrente, delle spese del giudizio, che liquida nella somma di euro 22.540,00, oltre la maggiorazione del 15%, quale rimborso forfettario delle spese generali, e accessori di legge.

## Ritenute alla fonte sui dividendi in uscita: quando la Direttiva "madre-figlia" non elimina la doppia imposizione di Franco Roccatagliata (\*)

Con la sentenza n. 25264/2017, la Corte di cassazione ha ribadito che il mancato assoggettamento ad imposta nello Stato di residenza della società-madre non consente a quest'ultima di poter ottenere il rimborso della ritenuta alla fonte operata dalla società italiana controllata e neppure di poter beneficiare dell'aliquota convenzionale ridotta. Le argomentazioni giuridiche esposte per respingere i numerosi motivi di ricorso sembrano tuttavia lacunose, nonché, quanto meno per qualche aspetto, errate.

Un film in bianco e nero. Leggendo la sentenza della Corte di cassazione, la sensazione che si prova è quella di essere entrati in una cineteca. Non si tratta, necessariamente, di una connotazione negativa: ci sono milioni di cinefili amanti di bei film d'epoca in bianco e nero, ma è pur vero che, dall'avvento del *technicolor*, il genere è diventato, per così dire, di nicchia. Come è di nicchia la sentenza in commento, refrattaria alle nuove mode ed ermetica nel motivare le sue scelte (come spesso accade anche ai film d'autore).

Attraverso l'esame dei principali motivi di ricorso, i giudici della Suprema Corte erano chiamati a pronunciarsi sulla corretta applicazione dell'art. 27-bis del D.P.R. n. 600/1973 e sull'interpretazione di alcune disposizioni della Direttiva madre-figlia (1). Sarebbe stato facile pronosticare una dovizia di citazioni giurisprudenziali - della stessa Corte di cassazione o della Corte di Giustizia - una dotta analisi delle norme in questione e della loro portata. Nulla di tutto ciò.

Leggendo la sentenza, nella mente scorrono immagini in bianco e nero, un po' sfuocate e il lettore si rende presto conto di assistere a un *thriller*. E allora, nulla di più normale che - come nella migliore tradizione hitchcockiana - il lettore debba procedere attraverso indizi,

disseminati qua e là lungo la sentenza, non soltanto per capire come la Suprema Corte sia arrivata a determinare i suoi convincimenti (dai requisiti essenziali per fruire dei benefici fiscali della Direttiva all'eventuale abuso del diritto), ma addirittura per riuscire a dare un senso cronologico alla vicenda, che è alla base del giudizio.

A giustificazione di questa anomala introduzione va fatta una breve chiosa. Il giudizio di legittimità è volto principalmente a verificare la corretta applicazione, da parte dei giudici di merito, dei principi di legge e della normativa che disciplinano la controversia su cui i predetti giudici si sono pronunciati. Non è compito della Corte di cassazione sottoporre la fattispecie a una nuova valutazione di merito ed è pertanto logico che la descrizione dei fatti in causa possa essere piuttosto sintetica. Quando, poi, l'interpretazione dei fatti non è direttamente oggetto di controversia, si può certamente evitarne il richiamo in dettaglio nel giudizio di legittimità. Vi sono tuttavia degli elementi fattuali da cui non si può prescindere neppure al momento dell'esame dei principi e delle disposizioni di legge che sono alla base del contenzioso. E se una sentenza, come quella in commento, non contiene neppure un riferimento all'anno d'imposta cui si riferisce la controversia - specialmente in un Paese come il

(\*) *Professore a contratto di Droit Fiscal Européen al Collège d'Europe, Bruges (Belgio) e membro del Tax Institute dell'Ulgi-Université de Liège (Belgio)*

(1) Direttiva del Consiglio del 23 luglio 1990 concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di

Stati membri diversi, 90/435/CEE, in G.U. n. L 225 del 20 agosto 1990, pag. 6; oggi rifiuta nella Direttiva 2011/96/UE del 30 novembre 2011 e successive modifiche.

nostro, in cui le disposizioni fiscali mutano praticamente ogni anno - il lavoro del commentatore si fa arduo.

Partendo pertanto dagli indizi raccolti, si può ricostruire la vicenda focalizzandone gli aspetti più controversi, cominciando proprio dalla sua collocazione temporale, che è ovviamente precedente al 2011, data della sentenza d'appello della Commissione tributaria regionale. Sulla base della versione citata in sentenza dell'art. 27-bis del D.P.R. n. 600/1973, si può giungere a un livello accettabile d'approssimazione temporale: la controversia dovrebbe riguardare gli anni d'imposta 2005 o 2006. Solo in quegli anni, infatti, il livello di partecipazione diretta necessario per richiedere la restituzione delle ritenute versate sui dividendi incassati non doveva essere inferiore al 20% (2).

### Il fatto

I fatti possono essere ricostruiti nella maniera seguente. Una società di capitali italiana versava dei dividendi alla sua capogruppo olandese, applicando una ritenuta alla fonte, nella misura ridotta del 5%, così come previsto dalla vigente Convenzione contro le doppie imposizioni tra Italia e Paesi Bassi nel caso in cui il beneficiario effettivo detenga oltre il 50% delle azioni della società che paga i dividendi (3). Tale ritenuta veniva in seguito rimborsata - così come da richiesta della società olandese - ai sensi del comma 1 dell'art. 27-bis del D.P.R. n. 600/1973 (4). Successivamente

però, l'Amministrazione finanziaria, avendo riscontrato che, a suo giudizio, la società olandese non aveva diritto né ai benefici della Direttiva madre-figlia, né all'aliquota ridotta prevista dalla Convenzione bilaterale, richiedeva alla società olandese il pagamento di tutte le imposte dovute (ai sensi dell'art. 27 del D.P.R. n. 600/1973) sui dividendi percepiti dalla controllata italiana.

Poiché i due giudizi di merito confermavano la correttezza dell'operato dell'Amministrazione finanziaria, la società olandese - di diverso avviso - ricorreva in Cassazione. La Suprema Corte, oltre ad alcune delicate questioni preliminari, era pertanto chiamata a pronunciarsi sull'esatta portata dell'art. 27-bis del D.P.R. n. 600/1973 e di alcuni articoli della Direttiva madre-figlia, nonché sui presupposti d'applicabilità della Convenzione italo-olandese.

Orientarsi sulle ragioni che hanno indotto la Suprema Corte a rigettare tutti i motivi di ricorso è sicuramente più complicato; soprattutto a causa dell'inestricabile *mélange* di norme e concetti esposti in sentenza. I giudici erano confrontati a tre diversi livelli di norme giuridiche (internazionali, comunitarie e domestiche) e a una serie di concetti fondamentali per un corretto inquadramento giuridico delle operazioni transfrontaliere (*treaty shopping*, beneficiario effettivo, abuso del diritto, *subject-to-tax*). Gli abbinamenti che ne risultano in sentenza sono perlomeno inconsueti (5).

(2) Art. 1, comma 1, lett. a), n. 1, del D.Lgs. 6 febbraio 2007, n. 49. Ai sensi dell'art. 2, comma 1, del medesimo D.Lgs., tali disposizioni si applicavano agli utili distribuiti a decorrere dal 1° gennaio 2005. Inoltre, ai sensi dell'art. 2, comma 2, di tale Decreto, il livello di partecipazione veniva ridotto al 15% per gli utili distribuiti dal 1° gennaio 2007.

(3) Art. 10, comma 2, della Convenzione tra la Repubblica italiana ed il Regno dei Paesi Bassi per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio e per prevenire le evasioni fiscali, conclusa a L'Aja l'8 maggio 1990 ed entrata in vigore il 3 ottobre 1993; Legge 26 luglio 1993, n. 305, in S.O. della G.U. 19 agosto 1993, n. 194.

(4) Art. 27-bis (*pro tempore*): "1. Le società che detengono una partecipazione diretta non inferiore al 20 per cento del capitale della società che distribuisce gli utili, hanno diritto, a richiesta, al rimborso della ritenuta di cui ai commi 3, 3bis e 3ter dell'art. 27, se: a) rivestono una delle forme previste nell'allegato della direttiva n. 435/90/CEE del Consiglio del 23 luglio 1990; b) risiedono, ai fini fiscali, in uno Stato membro dell'Unione Europea, senza essere considerate, ai sensi di una Convenzione in materia di doppia imposizione sui redditi con uno Stato terzo, residenti al di fuori dell'Unione Europea; c) sono soggette, nello Stato di residenza,

senza fruire di regimi di opzione o di esonero che non siano territorialmente o temporalmente limitati, ad una delle imposte indicate nella predetta direttiva; d) la partecipazione sia detenuta ininterrottamente per almeno un anno". Articolo inserito dall'art. 2 del D.Lgs. 6 marzo 1993, n. 136 (in G.U. 10 maggio 1993, n. 107) a recepimento nell'ordinamento tributario italiano della Direttiva madre-figlia.

(5) Per la Suprema Corte, la Direttiva comunitaria risulterebbe inapplicabile a causa del *treaty shopping*; combinati disposti tra norme di diverso livello obbligherebbero la società-madre a versare l'imposta sulle società contestualmente alla distribuzione degli utili (propri o di quelli ricevuti dalla figlia?); la *participation (sic) exemption* sembrerebbe essere equiparata ad una pratica elusiva, e il mancato assoggettamento ad imposta renderebbe inapplicabile la Convenzione bilaterale. Forse per una redazione frettolosa della sentenza, si ha qualche difficoltà a comprendere se i concetti di *treaty shopping*, abuso del diritto, beneficiario effettivo e assoggettamento all'imposta, siano riferibili alla Convenzione bilaterale, alla Direttiva madre-figlia o alle norme interne anti-abuso e/o di recepimento della Direttiva. Insomma i vari "ingredienti" sono mixati in modo originale, quasi fossero il risultato di uno shakeraggio; con il verdetto della Corte per *cocktail*.

È opportuno concentrarsi su alcuni aspetti principali della sentenza. Per la Corte non vi sono dubbi: se la società-madre, ai sensi della Direttiva madre-figlia, 1) vuole beneficiare del rimborso della ritenuta alla fonte effettuata sui suoi dividendi dalla società controllata (ad aliquota convenzionale ridotta) e/o 2) vuole evitare di essere sottoposta a una ritenuta d'imposta in Italia ad aliquota piena, deve dimostrare di essere effettivamente assoggettata all'imposta sulle società nel Paese di residenza. *Idem* per quanto riguarda la possibilità di fruire dell'aliquota agevolata prevista dalla Convenzione italo-olandese. Per quest'ultimo aspetto, la risposta della Corte lascia particolarmente perplessi: qualora il reddito non fosse soggetto a tassazione in Olanda, la Convenzione bilaterale non troverebbe, infatti, applicazione (o l'aliquota ridotta della ritenuta alla fonte non sarebbe applicabile).

La motivazione giuridica alla base di tale rigetto non si evince in modo evidente (6). Insomma, indipendentemente dal mancato *happy end*, sia consentito avanzare qualche dubbio sulle qualità artistiche del film, tanto da chiedersi se valesse veramente il prezzo del biglietto. O - per uscire di metafora - se le importanti spese di giudizio liquidate (22.540 euro), fossero proporzionate allo sforzo interpretativo operato dalla Corte.

Si sarebbe potuti giungere a conclusioni simili (7) attraverso un percorso giuridico più articolato o, perlomeno, meglio motivato? Probabilmente sì. Lasciando tuttavia alla Suprema Corte il compito di farlo in una delle prossime occasioni in cui dovrà

pronunciarsi in tema d'applicazione della Direttiva madre-figlia, si può provare ad approfondire qualche aspetto della normativa citata in sentenza, anche alla luce dell'interpretazione recentemente datane dalla Corte di Giustizia europea.

### Il requisito dell'assoggettamento a imposizione previsto dalla Direttiva madre-figlia

Tra i possibili motivi di diniego del rimborso della ritenuta alla fonte alla società-madre (8), la sentenza in commento si focalizza soltanto su quello previsto dal comma 1, lett. c) dell'art. 27-bis del D.P.R. n. 600/1973, cioè sul mancato assoggettamento della controllante ad una delle imposte indicate nella Direttiva madre-figlia. La condizione prevista dal sopra citato art. 27-bis è la trasposizione nell'ordinamento fiscale italiano dell'analoga disposizione contenuta nell'art. 2 della Direttiva madre-figlia (9). Trattasi di un requisito che non era previsto nelle proposte di Direttiva presentate dalla Commissione europea: né in quella del 1969 (10), né nella seconda proposta, presentata nel 1985 (11), e che ha una storia legislativa strettamente legata all'esenzione dalla ritenuta alla fonte sui dividendi. L'esenzione dalla ritenuta alla fonte prelevata sugli utili distribuiti è un elemento fondamentale della Direttiva madre-figlia (12), ed è sempre stata una delle principali preoccupazioni dell'Istituzione europea proponente. Già nel 1969, in occasione della prima proposta di Direttiva, la Commissione osservava che la ritenuta alla

(6) Non è tuttavia escluso che dipenda dalle scarse capacità intuitive del commentatore.

(7) Tanto più che, da una rapida ricerca su *Google*, non si può certo escludere che l'Amministrazione finanziaria e i giudici di merito ci abbiano visto giusto. Per quel che riguarda la natura di *conduit company* della società italiana, un indizio significativo potrebbe ricavarsi dall'attività svolta e dal genere di servizi finanziari offerti ai terzi; così come la ripartizione azionaria della società-madre olandese - riportata nei registri della *Kamer van Koophandel* (camera di commercio) di Amsterdam - farebbe propendere per l'artificialità della struttura.

(8) Beneficiario non-effettivo; costituzione della struttura societaria a soli fini elusivi; non assoggettamento all'imposta della società beneficiaria dei dividendi.

(9) Direttiva 90/435/CEE, Art. 2: "Ai fini dell'applicazione della presente direttiva, il termine 'società di uno Stato membro' designa qualsiasi società: a) che abbia una delle forme enumerate nell'allegato; b) che, secondo la legislazione fiscale di uno Stato membro, sia considerata come avente il domicilio fiscale in tale

Stato e, ai sensi di una Convenzione in materia di doppia imposizione conclusa con uno Stato terzo, non sia considerata come avente tale domicilio fuori della Comunità; c) che, inoltre, sia assoggettata, senza possibilità di opzione e senza esserne esentata, a una delle seguenti imposte: ... imposta sul reddito delle persone giuridiche in Italia, ... *vennootschapsbelasting* nei Paesi Bassi ... o a qualsiasi altra imposta che venga a sostituire una delle imposte sopraindicate".

(10) Commission des Communautés Européennes, *Proposition de directive concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents*; COM (69)6 del 15 gennaio 1969.

(11) Commissione delle Comunità Europee, "Misure fiscali intese ad incoraggiare la cooperazione tra imprese di Stati membri differenti"; COM(85)360 del 5 luglio 1985.

(12) Commissione europea, "Proposta di direttiva che modifica la direttiva 90/435/CEE concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati Membri diversi"; COM(2003)462 del 29 luglio 2003, punto 16.

fonte - avendo normalmente il carattere di un'anticipazione impositiva - "perde la sua funzione, la sua stessa ragion d'essere, nel momento in cui l'eliminazione della doppia imposizione viene realizzata attraverso l'esenzione dal reddito imponibile della società-madre beneficiaria dei dividendi a lei distribuiti dalle sue filiali" (13). Va tuttavia riconosciuto che proprio la ritenuta alla fonte si è rivelata uno dei maggiori ostacoli ad una rapida adozione della proposta di Direttiva. Le ragioni di tali difficoltà erano, sia d'ordine - per così dire - "tecnico" (14), sia di natura meramente economica (15). È stato correttamente osservato (16) che l'eliminazione della ritenuta alla fonte prevista dall'art. 5 della Direttiva madre-figlia e l'esenzione nello Stato di residenza della società-madre (art. 4), sono le due facce della stessa medaglia; entrambe necessarie per eliminare la doppia imposizione economica che caratterizza (in negativo) le distribuzioni transfrontaliere di dividendi rispetto alle equivalenti situazioni puramente interne. Una doppia imposizione economica che non verrebbe del tutto meno se, oltre alla neutralizzazione dell'imposizione nello Stato di residenza della società-madre, non si accompagnasse con la totale eliminazione della ritenuta nello Stato membro della fonte. Difficile pensare

che, in sede di Consiglio, già negli anni '80 (se non addirittura prima) queste valutazioni non fossero state fatte (17).

A questo proposito, si potrebbe formulare un'ipotesi assai verosimile. Il compromesso raggiunto in quella sede politica - il "prezzo da pagare" per l'approvazione della proposta di Direttiva - potrebbe essere stato quello di garantire l'eliminazione di ogni forma di doppia imposizione, giuridica ed economica (attraverso la rinuncia alla ritenuta, da parte dello Stato membro della fonte) soltanto nel caso in cui vi fosse stata la certezza dell'assoggettamento a imposizione della società-madre nello Stato membro di residenza. Un compromesso che avrebbe trovato la sua formalizzazione con l'introduzione del requisito *subject-to-tax* per la società-madre nel testo della Direttiva. A completare il quadro, in contropartita al *green light* all'approvazione, la definizione di società "assoggettata all'imposta" e gli altri requisiti relativi al campo d'applicazione soggettivo della Direttiva, enunciati all'art. 2 della Direttiva 90/435/CEE, avrebbero conservato un minimo di ambiguità interpretativa, concedendo (più o meno) implicitamente qualche margine di manovra agli Stati membri maggiormente restii a rinunciare alla ritenuta. Un'incertezza interpretativa (18) che, di fatto, permette,

(13) Libera traduzione dell'Autore. Il testo originale, tratto dall'*Exposé des motifs* (punto 5, b), era il seguente: "La perception d'une retenue au niveau de la filiale pénalise donc les sociétés mères n'ayant pas une activité commerciale propre leur procurant des bénéfices suffisants pour leur autofinancement. Au contraire, l'exemption au niveau de la filiale, élimine cet inconvénient en réalisant une neutralité fiscale absolue au regard de l'affectation par la société mère des dividendes reçus par ses filiales ... La Commission estime donc indispensable d'adopter sous réserve de certains cas particuliers la méthode d'exemption de retenue au niveau de la société filiale. Cette solution est d'autant plus justifiée que la retenue à la source a normalement le caractère d'un acompte d'impôt et qu'il n'y a pas lieu de percevoir un tel acompte lorsque le bénéficiaire du revenu est exonéré d'impôt à raison de ce revenu"; COM(69)6, cit., pagg. 3-4.

(14) All'epoca delle proposte legislative, alcuni Stati membri applicavano un'imposizione agevolata sugli utili distribuiti rispetto a quelli reinvestiti nell'azienda e l'agevolazione era - in tutto o in parte - compensata attraverso la ritenuta quando il beneficiario dei dividendi era una società-madre non-residente.

(15) Alcuni Stati membri erano (e, per il vero, continuano a essere) molto più frequentemente la sede delle imprese controllate che delle società-madri. A causa di questo squilibrio, la rinuncia alla ritenuta alla fonte, modificando la sovranità impositiva transfrontaliera (l'importo della ritenuta, generalmente, era deducibile nello Stato della residenza, pur nei limiti previsti dalle regole del *foreign tax credit*), rappresentava una perdita di gettito che, a loro giudizio, non trovava, neppure indirettamente, un'adeguata compensazione economica.

(16) P. Arginelli, "The Subject-to-Tax Requirement in the EU Parent-Subsidiary Directive (2011/96)", in *European Taxation*, 2017, 8, p.336. L'Autore sostiene in modo brillante che, volendo rispettare a pieno la *policy* armonizzativa della Direttiva, sarebbe logico applicare il requisito dell'assoggettamento a imposizione soltanto alla società controllata, poiché pretenderlo anche per la società-madre non rispetterebbe lo spirito della Direttiva ("while requiring effective taxation at the subsidiary level is necessary to avoid corporate profits from going untaxed within the EU, the same requirement at the level of the parent company is not only unnecessary, but can also turn out to be contrary to the main goal of the Directive"); v. altresì, S. Cazet, "Applicabilité de la directive 90/435/CEE à des sociétés assujetties à un impôt à taux nul", in *Europe*, n. 5/2017, pag. 196.

(17) V. punto 2, *in fine*, della comunicazione COM(85)360, cit.: "Il compromesso presentato dalla presidenza francese (doc. 7676/84 del 4 giugno 1984) nella sessione del Consiglio del 4 giugno 1984 è stato in linea di massima bene accolto dalle delegazioni. La mancanza di un accordo sulla ritenuta alla fonte, sul quale l'Olanda e la Germania avevano punti di vista molto divergenti, ha tuttavia impedito che tale compromesso venisse formalmente adottato".

(18) F. Bulgarelli, "Le recenti modifiche alla Direttiva 'madre-figlia' e la riforma tributaria italiana", in *Rass. trib.*, n. 1/2005, pagg. 127-128, nel quale si evidenziano le differenze interpretative sostanziali in alcuni Stati membri. Un interessante esempio di interpretazioni discordanti, a livello di Stati membri, le rileva l'Avvocato Generale nella causa Wereldhave: "se in alcuni ordinamenti nazionali non si pongono problemi terminologici né di

tutt'oggi, di mantenere numerosi casi di doppia imposizione economica e che non si è ritenuto necessario risolvere neppure in occasione delle modifiche della Direttiva apportate nel 2003 (19). Come detto in precedenza, affinché una società di uno Stato membro rientri nel campo d'applicazione della Direttiva, occorre che "sia assoggettata, senza possibilità di opzione e senza esserne esentata" a una delle imposte sui redditi espressamente indicate nell'art. 2 della Direttiva. La dottrina si è espressa in prevalenza per la necessità di una semplice soggettività ai fini delle predette imposte sui redditi, piuttosto che un effettivo assoggettamento a imposta dei redditi distribuiti (20), tuttavia, una recente sentenza della Corte di Giustizia europea (CGUE) sembra di diverso avviso.

Nella causa Wereldhave (21), la CGUE, rileva che l'art. 2 della Direttiva 90/435/CEE "enuncia un criterio di qualificazione positivo, ossia essere assoggettato all'imposta di cui trattasi, e un criterio negativo, vale a dire non essere esentato da tale imposta e non avere alcuna possibilità di opzione". Per il giudice europeo, proprio l'enunciazione di tali due criteri contrapposti fa ritenere che, per una società, non sia sufficiente rientrare nell'ambito di applicazione dell'imposta sui redditi, ma occorre altresì che siano escluse tutte quelle situazioni che implicino "la possibilità che, nonostante un assoggettamento a tale imposta, la

società non sia effettivamente tenuta al pagamento della stessa".

La portata della sentenza della CGUE va però ricollocata in un ambito ben preciso: il caso delle società che godono di un'esenzione soggettiva totale (22). Come è stato osservato (23), non sarebbe possibile generalizzare i concetti esposti dalla Corte fino al punto da ricomprendervi le società che beneficiano di regimi di esenzione oggettiva parziale (cioè su un solo elemento reddituale) finalizzati all'eliminazione della doppia imposizione come, ad esempio, la *participation exemption*.

### La Convenzione contro le doppie imposizioni

Come anticipato in premessa, la Suprema Corte, nella sentenza in commento, ha altresì confermato l'operato dei giudici di merito che avevano negato alla ricorrente il beneficio dell'aliquota fiscale agevolata prevista dalla Convenzione bilaterale.

La Convenzione italo-olandese, a differenza di altre convenzioni stipulate dall'Italia (24), non contempla una clausola che vieti espressamente la doppia non-imposizione (*subject-to-tax clause*) (25). Pertanto, poiché la ripartizione convenzionale della sovranità impositiva sulla distribuzione degli utili consente all'Italia - quale Paese della fonte - di prelevare il 5%

dogmatica giuridica ad accettare [la distinzione tra 'non assoggettamento' ed 'esenzione' dall'obbligazione tributaria], in altri non esiste la medesima chiarezza concettuale. Nelle loro osservazioni, alcune delle parti definiscono l'assoggettamento come 'assoggettamento soggettivo' e la non esenzione come 'assoggettamento oggettivo'. Altre fanno riferimento alle espressioni 'assoggettamento in astratto' e 'assoggettamento in concreto'. Altre ancora, infine, collegano la 'non esenzione' all'idea di 'effettività', utilizzando espressioni quali 'assoggettamento effettivo' o 'effettivamente assoggettata'; GCUE, causa C-448 (Wereldhave), conclusioni dell'Avvocato Generale, nota 20.

(19) Direttiva 2003/123/CE del Consiglio del 22 dicembre 2003, che modifica la Direttiva 90/435/CEE concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi; in G.U. L 7 del 13 gennaio 2004. In questo momento in cui la doppia non-imposizione sembra preoccupare gli Stati membri molto più della doppia imposizione, i requisiti svolgono altresì una funzione anti-elusiva che probabilmente non avevano all'origine. La Cassazione, già nel 2004 osservava: "se occorre evitare che si verifichino fenomeni di doppia imposizione, non è meno importante evitare che si verifichino sommatorie di benefici che, al pari delle doppie imposizioni, possono determinare distorsioni nel funzionamento del Mercato Comune, che inficiano le regole della concorrenza e della neutralità delle disposizioni fiscali; ovvero,

consentono di realizzare frodi o abusi, in relazione ai quali l'applicazione delle norme di contrasto prevale anche sulle disposizioni recate dalla Direttiva 90/435/CEE (Art. 1, par. 2)"; Cass. n. 19180 del 23 settembre 2004.

(20) D. Ceccarelli, "Sulle condizioni per il rimborso della ritenuta sui dividendi erogati a società madre comunitaria", in *Rass. Trib.*, n. 5/2004, pag. 1859; v. altresì G. Maisto, "La direttiva madrefiglia", in *La tassazione dei dividendi intersocietari*, 2011.

(21) CGUE, 8 marzo 2017 nella causa 448/15 (Belgio c. Wereldhave), punti 31-33.

(22) Nel caso specifico, gli organismi d'investimento collettivo in forma di società per azioni, che distribuiscono direttamente i loro utili tra gli azionisti e, conformemente al diritto olandese, sono assoggettati all'imposta sulle società ad "aliquota zero".

(23) P. Arginelli, cit., p.338.

(24) Punto 15 del Protocollo della Convenzione italo-francese per evitare le doppie imposizioni: "Nei casi in cui, conformemente alle disposizioni della presente Convenzione, un reddito deve essere esentato da parte di uno dei due Stati, l'esenzione viene accordata se e nei limiti in cui detto reddito è imponibile nell'altro Stato"; ratificata con Legge 7 gennaio 1992, n. 20; in S.O. della G.U. 23 gennaio 1992, n. 18.

(25) Fatte salve le disposizioni del punto 5 del Protocollo, limitate agli organismi internazionali.

(e non di più) sui dividendi in uscita, il trattamento che i Paesi Bassi riservano a tali dividendi (incluso qualora rinuncino completamente alla loro imposizione) è del tutto indifferente, rientrando nella sfera impositiva della controparte. Ovviamente stiamo parlando della doppia imposizione giuridica del reddito di capitale destinato al soggetto controllante; ferma restando la piena sovranità impositiva dello Stato della fonte sui redditi prodotti dalla società controllata che sono all'origine dei dividendi distribuiti (26).

È altresì vero che, sulla base del tenore letterale dell'art. 4 della suddetta Convenzione (27), potrebbe ritenersi che le società madri olandesi non assoggettate ad imposta non rientrino nella nozione di "residente di uno Stato contraente" e, pertanto, non rientrino nel campo d'applicazione soggettivo della Convenzione (28). Tuttavia, il Commentario al Modello OCSE ha illustrato la portata della norma (rivolta all'eventuale esclusione dal campo applicativo della Convenzione delle *partnership* e di altre società fiscalmente trasparenti), precisando che si può essere assoggettati a imposizione illimitata in uno Stato

contraente anche se, di fatto, questo Stato non applica alcuna imposta (29).

Infine, l'art. 10 della predetta Convenzione prevede che la società che riceve i dividendi, per poter fruire dell'aliquota ridotta convenzionale, ne sia "l'effettivo beneficiario" (30). Anche questa disposizione normativa avrebbe, forse, meritato un'analisi più approfondita. Purtroppo, la Corte ha ritenuto - erroneamente - assorbente (e sufficiente), l'elemento fattuale che il "reddito [della società-madre] non è stato soggetto a tassazione", ispirandosi (31), probabilmente, a precedenti sentenze della Corte, relative a dividendi transfrontalieri italo-francesi. Purtroppo, però, il testo dell'art. 10 della Convenzione italo-olandese differisce leggermente (ma in modo significativo) dall'equivalente disposizione della Convenzione italo-francese e non contiene la precisazione che l'effettivo beneficiario debba essere "una società assoggettabile all'imposta sulle società", inficiando quindi il ragionamento utilizzato dalla Suprema Corte per respingere il settimo motivo di ricorso, relativo all'esclusione del diritto di fruire dell'aliquota convenzionale ridotta. Se non fossimo già in Cassazione, sussisterebbe certamente materiale per ricorrervi.

(26) Soltanto alcune tra le Convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni sottoscritte dall'Italia, oltre alla doppia imposizione giuridica, prevedono l'eliminazione della doppia imposizione economica, attraverso il riconoscimento alla società madre estera di un credito d'imposta. Per i problemi - di diverso genere - che questo comporta, in particolare in materia di coordinamento con la Direttiva madre-figlia, si rinvia, da ultimo, a Cass. nn. 23790 e 23792 dell'11 ottobre 2017 per quel che riguarda la cit. Convenzione italo-francese, e a Cass. n. 28573 del 29 novembre 2017, con riferimento al credito d'imposta previsto dalla Convenzione contro le doppie imposizioni tra Italia e Regno Unito resa esecutiva in Italia con Legge n.329 del 5 novembre 1990.

(27) Art. 4, paragrafo 1: "Ai fini della presente Convenzione, l'espressione "residente di uno degli Stati" designa ogni persona che, in virtù della legislazione di detto Stato, è assoggettata ad imposta nello stesso Stato, a motivo del suo domicilio, della sua residenza, della sede della sua direzione o di ogni altro criterio di natura analoga".

(28) Convenzione italo-olandese, cit., art. 1: "La presente Convenzione si applica alle persone che sono residenti di uno o di entrambi gli Stati".

(29) Commentario all'art. 4 del Modello di Convenzione fiscale dell'OCSE(2014), punto 8.6: *Paragraph 1 refers to persons who are "liable to tax" in a Contracting State under its laws by reason of various criteria. In many States, a person is considered liable to comprehensive taxation even if the Contracting State does not in fact impose tax.*

(30) Art. 10, paragrafo 2: "tali dividendi sono imponibili anche nello Stato di cui la società che paga i dividendi è residente, ed in conformità della legislazione di detto Stato, ma, se la persona che riceve i dividendi ne è l'effettivo beneficiario, l'imposta così applicata non può eccedere: a) il 5 per cento dell'ammontare lordo dei dividendi se il beneficiario effettivo è una società che ha detenuto oltre il 50 per cento delle azioni con diritto di voto della società che paga i dividendi.

(31) Il verbo utilizzato sarebbe stato diverso nell'esaminare e commentare il lavoro accademico di uno studente ma, trattandosi della Suprema Corte..