

Accertamento

Non vi è rischio di elusione senza redistribuzione dei fondi dalla società madre

Commissione tributaria regionale Lombardia, Sez. XVIII, Sent. 28 giugno 2018 (6 giugno 2018), n. 3001 - Pres. e Rel. IZZI

Accertamento - Avviso di accertamento - Maggiori ritenute alla fonte a titolo d'imposta sui dividendi distribuiti dalla società italiana alla propria controllante olandese - Mancata redistribuzione da parte delle società controllanti europee dei fondi al di fuori dell'Unione - Effettiva operatività delle società controllanti - Illegittimità dell'avviso - Presupposti fattuali per l'applicazione della clausola anti-abuso - Insussistenza

È illegittimo l'avviso di accertamento con il quale l'Agenzia delle entrate abbia accertato maggiori ritenute alla fonte a titolo d'imposta sui dividendi distribuiti dalla società italiana alla propria controllante olandese laddove le società controllanti europee non abbiano redistribuito i fondi al di fuori del territorio dell'Unione e siano effettivamente operative. Tanto premesso vengono meno, non solo i presupposti meramente fattuali, ma anche quelli individuati dalla norma, ai fini dell'applicazione della clausola anti-abuso, di cui all'art. 27-bis, comma 5, del D.P.R. n. 600/1973.

Svolgimento del processo

Con ricorso alla Commissione Tributaria Provinciale di Lodi la F.I. S.p.A. (di seguito, anche solo F.I.) impugnava l'avviso di accertamento n. (...), relativo all'anno fiscale 2010, tramite il quale l'Agenzia delle Entrate aveva determinato le ritenute alla fonte a titolo d'imposta sui dividendi distribuiti dalla società italiana alla propria controllante olandese F.C. (di seguito, anche solo F.C.E.) in Euro 2.274.315,08, con sanzioni e interessi.

Questo ritenendo integrata una violazione dell'art. 27-bis D.P.R. n. 600 del 1973, il quale consente la distribuzione dei dividendi in favore di controllanti aventi sede in Paesi dell'Unione in esenzione di ritenuta purché venga dimostrato, ai sensi del comma 5 del medesimo articolo (nella formula applicabile *ratione temporis*), che la società "madre" in favore della quale sono stati distribuiti i dividendi, che risulti controllata direttamente o indirettamente da uno o più soggetti non residenti in Stati dell'Unione, non detenga la partecipazione allo scopo esclusivo o principale di beneficiare del regime in esame. Infatti, la F.C.E. risulta a sua volta controllata dalla F.I., avente sede in O., salvo quest'ultima essere controllata, a cascata, da due società

aventi sede in paesi *black list*, ossia la F.I. e la F.I. In sintesi, il ruolo di soggetto meramente interposto della F.C.E., collocato tra la controllata italiana e le società extra-europee a fine di godere indebitamente delle esenzioni di ritenuta, avrebbe legittimato il recupero *de quo*.

Stante l'esito negativo dell'accertamento con adesione, la F.I. ha presentato il summenzionato ricorso, dando in *primis* atto di essere parte del gruppo multinazionale F., società *leader* nel settore tecnologico operante a livello mondiale e ramificata in più livelli, fornendo poi una descrizione della struttura societaria corrispondente (nella forma, seppur contestata nel merito) a quella individuata dall'amministrazione tributaria. Con l'atto in questione, dunque, la società contribuente ha impugnato, ai fini dell'annullamento, il succitato avviso di accertamento, formulando dieci motivi di impugnazione: i) illegittimità dell'avviso di accertamento per vizio di motivazione, nonché per errore di fatto, non potendo in alcun modo i dividendi ricevuti dalla società F.C.E. essere redistribuiti alla F.A.; ii) illegittimità dell'avviso di accertamento sempre per vizio di motivazione, stante la mancata puntuale valutazione da parte dell'Ufficio di tutte le osservazioni formulate dalla contribuente in risposta

al questionario notificato alla stessa in sede di svolgimento del procedimento di accertamento; iii) illegittimità dell'avviso per violazione da parte dell'Ufficio dell'obbligo di contraddittorio anticipato, iv) illegittimità dell'avviso per violazione dell'art. 27-bis D.P.R. n. 600 del 1973, avendo la società assolto a tutti gli oneri su di essa gravanti per la non applicazione della ritenuta sui dividendi in uscita; v) illegittimità dell'avviso per violazione dell'art. 27-bis D.P.R. n. 600 del 1973, poiché eventuali contestazioni in merito alla sussistenza dei requisiti per la non tassazione dei dividendi avrebbero dovuto essere avanzate, a norma dello stesso articolo, alla società madre; vi) illegittimità dell'avviso in quanto l'interpretazione fornita dall'Ufficio dell'art. 27-bis D.P.R. n. 600 del 1973 sarebbe affetta da palese vizio di incostituzionalità; vii) infondatezza nel merito dell'avviso per insussistenza di ogni distribuzione di dividendi da parte della F.C.E. in favore delle proprie controllanti, dirette o indirette; viii) infondatezza nel merito dell'avviso perché è del tutto evidente che la F.C.E. non detenesse la partecipazione della società italiana allo scopo esclusivo o principale di beneficiare del regime di esenzione da ritenuta dei dividendi di cui al più volte menzionato art. 27-bis; ix) in via subordinata, illegittimità dell'avviso in relazione al *quantum* della pretesa; x) in via subordinata, illegittimità della sanzione applicata.

L'Agenzia delle Entrate - D.P. di Lodi si costituiva formulando le proprie controdeduzioni con cui si ribadivano le argomentazioni contenute nell'avviso di accertamento, *in primis* sul mancato adempimento dell'onere della prova gravante in capo alla società figlia di dimostrare che la società madre non sia un "holding statica", ovvero che la F.C.E. non sia un soggetto sprovvisto di adeguata e reale struttura operativa e organizzativa idonea a poter configurare un'attività di impresa rilevante ai fini della disapplicazione della clausola anti-abuso ex art. 27-bis, comma 5, D.P.R. n. 600 del 1973.

La Commissione Tributaria Provinciale di Lodi accoglieva il ricorso, ritenendo fondata la posizione della società contribuente sotto una pluralità di profili: prima di tutto, i Giudici ravvisavano l'errore di fatto in cui sarebbe incorsa l'amministrazione finanziaria, avendo dimostrato la F.I. che alcuna applicazione abusiva dell'art. 27-bis avrebbe potuto avere luogo nel caso di specie, stante la dimostrata mancata riassegnazione alle proprie controllanti da parte della F.C.E. dei dividendi ricevuti dalla società italiana. Ancora, i Giudici ritenevano correttamente adempiuti gli oneri normativamente imposti gravanti sulla società figlia ai fini

dell'applicazione del regime in questione, mentre le ulteriori contestazioni svolte nell'avviso avrebbero dovuto essere indirizzate, ai sensi dello stesso dettato della legge, in capo alla società madre. Società madre che, in ogni caso, risultava dotata di una adeguata struttura organizzativa e operativa, come comunque dimostrato dalla F.I., tale da legittimare la disapplicazione del più volte citato art. 27-bis, comma 5.

L'Agenzia delle Entrate - D.P. di Lodi ha presentato ricorso in appello formulando un unico motivo (eccetto quello attinente alla carenza di motivazione della sentenza in relazione alla condanna dell'Ufficio alle spese di lite) concernente l'*error in iudicando*, la violazione dell'art. 27-bis, la carente motivazione, nonché l'erronea valutazione e valorizzazione delle deduzioni e allegazioni documentali di parte privata. L'amministrazione, in sintesi, ha ribadito l'inadeguatezza della produzione della società figlia (in capo alla quale si riafferma gravare l'onere probatorio) quanto alla dimostrazione dell'effettiva operatività delle società controllanti europee (diretta e indiretta), richiamando a proprio supporto sia elementi di fatto che principi affermati dalla normativa nazionale, dalla giurisprudenza europea e dagli atti dell'amministrazione finanziaria.

La F.I. S.p.A. ha presentato le proprie controdeduzioni, accompagnate da appello incidentale condizionato, con cui, dopo essersi lamentata l'inammissibilità dell'appello per intervenuto giudicato in relazione ai capi della sentenza non impugnati e per genericità dei motivi di impugnazione, si è sostenuto il contrasto dell'art. 27-bis, applicabile *ratione temporis*, con la sovraordinata normativa europea, che dovrebbe trovare dunque applicazione nel caso di specie. Ancora, la società ha ribadito, sia in forma di eccezione che in forma di appello incidentale, le argomentazioni formulate in primo grado.

Entrambe le parti hanno poi presentato ulteriori memorie illustrative a sostegno delle proprie posizioni.

Alla pubblica udienza tenutasi in data 6 giugno 2018 la causa è stata posta in decisione sulle conclusioni rassegnate dalle parti presenti e rappresentate in udienza.

Motivi della decisione

Questa Commissione respinge l'appello dell'Ufficio, riscontrando la piena correttezza della sentenza di primo grado a cui si fa integrale rinvio, consentendo in questa sede solo alcune concise affermazioni.

Per ragioni di economicità, verranno affrontati solo due dei plurimi profili sollevati dall'attuale resistente e accolti in primo grado, ritenendo gli stessi sufficienti a determinare l'illegittimità dell'avviso di accertamento,

riassorbendo le ulteriori contestazioni sulla cui fondatezza si fa ad ogni modo rinvio alla decisione della C.T.P. Prima di tutto, si ribadisce l'errore di fatto che inficia il provvedimento impugnato, avendo la contribuente concretamente dimostrato come i dividendi distribuiti, nel caso di specie, non sarebbero in alcun caso potuti confluire in capo alle società controllanti extra-UE (sia essa la società avente sede alle A., sia quella avente sede a S.).

Contrariamente a quanto sostenuto dall'Ufficio, risulterebbe del tutto irragionevole escludere l'applicazione del regime agevolato previsto dalla normativa in questione pur a fronte della dimostrazione, in relazione al caso specifico, dell'assenza di qualsivoglia utilizzazione abusiva dello stesso.

Come già colto dai Giudici di prime cure, infatti, appaiono razionali e di pieno rilievo le argomentazioni della società appellata con cui si è dimostrato che la F.C.E., per l'anno in questione ma anche per i successivi, non ha proceduto ad alcuna distribuzione dei propri dividendi in favore delle proprie controllanti, di modo che venga materialmente meno la possibilità di qualificare questa società "madre" come mero soggetto interposto, non avendo la stessa svolto il ruolo principe per cui tale genere di soggetti verrebbero creati, ossia la ripetizione di quanto ricevuto da un primo soggetto in favore del soggetto effettivamente destinatario della somma.

Questa evenienza è ulteriormente confermata dal fatto, anche questo debitamente dimostrato dalla contribuente, che proprio i dividendi della società italiana siano stati impiegati per ripagare un debito che la F.C.E. aveva nei confronti di una propria consociata austriaca.

Alla incontestabilità di questi fatti, che, per l'appunto, non sono stati contestati dall'Ufficio quanto alla loro effettiva esistenza, l'amministrazione ha opposto solo mere affermazioni ipotetiche, non supportate da prova fattuale alcuna, circa l'esigenza di guardare attraverso l'aspetto esteriore delle singole condotte, tenendo presente come la realizzazione di diverse operazioni, piuttosto che la cessione diretta, dovrebbe essere il modo in cui usualmente operano questi sistemi di interposizione, così da nascondere la propria natura. Al di là della ragionevolezza o meno di tali argomentazioni, la loro astrattezza non ne consente l'applicazione nel caso di specie, in cui quanto provato dalla società (e quanto, invece, non provato dall'Ufficio) comporta la necessità di ritenere come inesistente alcun meccanismo volto all'attribuzione dei dividendi "italiani" a società extra-europee.

Oltre alla dimensione fattuale, l'illegittimità dell'avviso è dimostrata, una volta per tutte, dalle argomentazioni e dalla documentazione prodotte dall'attuale appellata volta a sostenere l'effettiva operatività delle società controllanti europee, che dunque non possono considerarsi, a differenza di quanto sostenuto dall'ufficio, mere *holdings* statiche. Ciò posto, dunque, non vengono meno solo i presupposti meramente fattuali, ma anche quelli individuati dalla norma, ai fini dell'applicazione della clausola anti-abuso data dall'art. 27-bis, comma 5, D.P.R. n. 600 del 1973.

Le argomentazioni dell'Ufficio circa la natura e l'ammontare dell'attivo patrimoniale, il patrimonio netto, i ricavi e il personale della F.C.E. e della F.I.E. sono infatti adeguatamente confutate da quanto sostenuto e dimostrato dalla società italiana.

Prima di tutto, che la F.C.E. non sia sorta con l'esclusivo e principale scopo di beneficiare del regime in esame è tautologicamente dimostrato dal semplice fatto che questa società madre è stata costituita nel 2000, per acquisire le partecipazioni (al fianco di quelle di altre società del gruppo F., europee o meno) della società italiana a partire dal 2006, per poi giungere a una prima distribuzione dei dividendi in proprio favore solo nel 2010.

La documentazione allegata in giudizio è, poi, da ritenersi capace di dimostrare come la F.C.E. svolga effettiva attività di gestione delle partecipazioni, disponendo acquisti e cessioni di quote, nonché concessioni di finanziamenti, così da conseguire consistenti ricavi sull'attività di *holding*, oltre che perdite in relazione alla medesima attività, sufficienti a dimostrare l'effettiva operatività del soggetto. Analoghe, e di fatto sovrabbondanti, considerazioni possono poi essere svolte in relazione alla controllante europea della controllante, ossia la F.I.E.

Ancora, ulteriore documentazione a riprova dell'operatività della F.C.E. è stata fornita dall'attuale appellata, atta a dimostrare l'esistenza, il nominativo e le qualifiche dell'amministratore della società in questione, l'effettuazione di attività di amministrazione da parte dello stesso, l'esistenza di operazioni bancarie poste in essere dalla società, la presenza di dipendenti, a fronte di assicurazioni sanitarie stipulate a tutela degli stessi, ecc.

In conclusione, questi elementi possono ritenersi sufficienti per escludere, in concreto e in astratto, la sussistenza di un'applicazione abusiva del regime previsto dall'art. 27-bis, così da comportare l'illegittimità del recupero disposto dall'amministrazione finanziaria.

Quanto alle spese esse, soprattutto in questa sede, vista la piena conferma della sentenza di primo grado, non possono che seguire la soccombenza, in conformità alle più recenti indicazioni normative e giurisprudenziali volte a circoscrivere le ipotesi di compensazione, ma, soprattutto, a fronte dell'esigenza di garantire il rispetto e la piena esplicazione del diritto costituzionale di azione e di difesa giurisdizionale in capo ad un soggetto vistoso destinatario di un provvedimento illegittimamente lesivo della propria sfera giuridica.

Dunque, le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano in Euro 10.000,00 (diecimila//00), oltre oneri di legge.

P.Q.M.

La Commissione respinge l'appello e conferma la sentenza impugnata.

Condanna l'Ufficio alla rifusione delle spese di lite del grado in favore della società appellata, che si liquidano in Euro 10.000 (diecimila//00), oltre oneri di legge.

Per negare l'applicazione della Direttiva Madre-Figlia occorre dimostrare il vantaggio abusivo conseguente alla distribuzione dei dividendi *di Gianluca Boccalatte (*) e Pietro Semeraro (**)*

La Commissione tributaria regionale Lombardia, con la sentenza n. 3001/2018, ha affrontato la sempre attuale questione dell'esenzione dalla ritenuta in uscita sui dividendi, in base a quanto disposto dalla Direttiva Madre-Figlia. I giudici lombardi hanno chiarito che la mancata redistribuzione dei fondi da parte della società "madre" esclude ogni rischio di elusione; a maggior ragione se, come nel caso di specie, la società "madre" (sub-holding europea di un gruppo multinazionale) ha utilizzato i dividendi provenienti dall'Italia per saldare un precedente debito intercompany.

Con la sentenza in commento, la Commissione tributaria regionale della Lombardia ha dichiarato che non sussiste abuso dell'esenzione sui dividendi in uscita, prevista dall'art. 27-bis, D.P.R. n. 600/1973 (attuativo della Direttiva Madre-Figlia) (1), se la società "figlia" dimostra che la società "madre" non residente non ha, a sua volta, redistribuito i dividendi ricevuti ai propri soci extra-UE.

Tale circostanza, secondo i giudici della Commissione tributaria regionale, elimina in radice ogni possibile forma di elusione della disciplina domestica ed europea.

Ma veniamo ai fatti di causa.

La controversia

L'Agenzia delle entrate, a seguito di una verifica operata presso la *subsidiary* italiana di un gruppo multinazionale, ha disconosciuto l'esenzione da ritenuta sui dividendi distribuiti dalla società "figlia" italiana alla società "madre" olandese, lamentando la violazione del comma 5 dell'art. 27-bis, D.P.R. n. 600/1973, il quale, nella versione *ratione temporis* in vigore, subordinava il riconoscimento dell'esenzione in parola alla dimostrazione che la società "madre" percettrice dei dividendi non detenesse la partecipazione nella società "figlia" allo scopo esclusivo o principale di beneficiare del regime in esame (2).

(*) *Avvocato - Studio Legale e Tributario Biscozzi Nobili*

(**) *Avvocato - Studio Legale e Tributario Biscozzi Nobili*

(1) Direttiva 90/435/CEE, oggetto di rifusione nella Direttiva 2011/96/UE.

(2) Il regime in parola non è più in vigore dal 2016. Ciò non toglie, tuttavia, che le conclusioni cui è giunta la Commissione tributaria regionale restino applicabili anche all'art. 27-bis, D.P.R. n. 600/1973 nella versione attualmente in vigore e anche alle contestazioni mosse con riferimento all'abuso della ritenuta ridotta

dell'1,20%, *ex art. 27, comma 3-ter, D.P.R. n. 600/1973*. Per completezza, si rammenta che la disciplina francese omologa a quella recata nell'art. 27-bis, comma 5, D.P.R. n. 600/1973, *ante* riforma del 2016, è stata considerata in contrasto con l'art. 1, par. 2, della Direttiva 90/435/CEE e con l'art. 49 T.F.U.E., dalla Corte di Giustizia europea con la sentenza C-6/16 del 7 settembre 2017, in *GT - Riv. giur. trib.*, n. 12/2017, con nota di Scifoni, "Direttiva madre-figlia: clausola anti-abuso generica incompatibile con il diritto UE".

L'Agenzia riteneva dimostrato l'intento elusivo, in quanto la società "madre" olandese era controllata, a sua volta, da due società extra-UE, aventi sede in Paesi *black list*; circostanza questa considerata sufficiente a dimostrare la natura di "soggetto meramente interposto" della *sub-holding* UE collocata in Olanda (3).

Nel corso del primo grado di giudizio, la società "figlia" italiana contestava, fra i vari motivi, l'errore di fatto e di diritto commesso dall'Ufficio, posto che, nel caso di specie, nessuna redistribuzione di dividendi al di fuori dei confini UE era stata deliberata dalla società "madre" olandese, per cui nessun intento elusivo poteva ritenersi integrato. La società "madre", difatti, aveva utilizzato il flusso proveniente dall'Italia per ripagare un debito verso una propria consociata.

L'ufficio, di contro, si costituiva in giudizio rilevando, essenzialmente, la mancata dimostrazione da parte della società "figlia" di un'adeguata struttura organizzativa della controllante in Olanda.

L'argomentazione addotta dalla contribuente faceva breccia nella Commissione tributaria provinciale di Lodi, la quale riteneva che, senza redistribuzione dei dividendi, nessuna pratica elusiva era neppure astrattamente configurabile e che, inoltre, le eventuali doglianze sulla struttura operativa della società "madre" olandese avrebbero dovuto essere più propriamente rivolte a quest'ultima, piuttosto che alla società "figlia".

La posizione della Commissione tributaria provinciale ha trovato integrale conferma nella decisione in commento.

I secondi giudici, con articolata ed esaustiva motivazione, hanno infatti ribadito l'errore di fatto commesso dall'Agenzia delle entrate.

Secondo la Commissione tributaria regionale, una volta dimostrata l'assenza di qualsivoglia utilizzo abusivo della Direttiva, sarebbe del

tutto irragionevole negare i benefici della stessa; utilizzo abusivo che sarebbe stato rappresentato, per l'appunto, dal transito dei flussi di ricchezza fino ai vertici extra-UE del gruppo in esenzione di imposta.

L'assenza di tale traslazione dei flussi, allora, fa venir meno la possibilità di considerare la società "madre" olandese alla stregua di un soggetto interposto, meramente artificioso, atteso che detta società "madre", non avendo distribuito alcunché alle proprie controllanti, non ha integrato quello che è il ruolo tipico di una società *conduit*, ovvero il trasferimento del denaro. Evenienza questa, sostiene la Commissione tributaria regionale, ulteriormente confermata dal fatto che il flusso di dividendi proveniente dall'Italia è stato utilizzato dalla società "madre" olandese per saldare un debito *intercompany*, maturato verso una consociata austriaca.

Inoltre, puntualizzano i giudici, la tesi dell'Agenzia delle entrate, cede anche sotto un altro profilo.

La contribuente ha dimostrato in giudizio che la società "madre" olandese ha effettuato plurime operazioni di acquisto e cessione di quote, svolgendo un'effettiva attività di gestione di partecipazioni, tipica di una *holding*.

Sulla scorta delle argomentazioni qui riassunte, allora, i giudici hanno correttamente ritenuto di confermare la decisione di prime cure.

Le contestazioni delle ritenute sui flussi in uscita

La sentenza in commento si inserisce nel ricco e sempre attuale filone sulle contestazioni in tema di ritenute sui flussi in uscita dall'Italia, siano essi a titolo di dividendi, interessi o *royalties*.

Con specifico riferimento ai dividendi, nella prassi operativa sono frequenti le verifiche

(3) È appena il caso di notare che il richiamo effettuato dall'Ufficio alla nozione di "soggetto meramente interposto" riecheggia la clausola del beneficiario effettivo che, tuttavia, non è specificamente contemplata nella Direttiva Madre-Figlia. Simili (e frequenti) contestazioni da parte dell'Amministrazione finanziaria finiscono per determinare la surrettizia applicazione, anche in materia di dividendi intra-UE, della clausola in parola, la quale, tuttavia, mal si attaglia al caso

dei dividendi i quali, per loro natura, tendono a salire lungo la catena societaria, senza che questo denoti necessariamente una forma di abuso. Per un approfondimento di queste tematiche, vedasi, Assonime, *Note e Studi*, n. 17/2016, "Imprese multinazionali: aspetti societari e fiscali", con commento di Piazza - Resnati - Trainotti, "Concetto di beneficiario effettivo: l'analisi di Assonime sulle numerose incertezze", in *il fisco*, n. 3/2017.

dell'Amministrazione finanziaria rivolte a società italiane, facenti parte di gruppi multinazionali, volte a sindacare le distribuzioni infragruppo in esenzione di imposta (o con ritenuta ridotta all'1,20%) di dividendi, operate in base alla Direttiva Madre-Figlia. Tali distribuzioni sono particolarmente attenzionate quando le percipienti sono *sub-holding* europee (tipicamente insediate in Paesi come il Lussemburgo, l'Olanda, il Regno Unito), che, a loro volta, sono controllate dalle *top holdings* dei rispettivi gruppi, con sedi fuori dal territorio unionale.

Le verifiche in tale ambito spesso si concludono con contestazioni rivolte alle società "figlie" per omessa effettuazione delle ritenute sui dividendi in uscita. Le contestazioni, come si legge peraltro anche nella sentenza in commento, sono di solito fondate (i) sull'assenza di un'adeguata struttura organizzativa in capo alla percipiente, in termini di personale dipendente, uffici, strutture operative, oppure (ii) sul limitato "potere decisionale" in capo alla *sub-holding* UE in ordine all'utilizzo dei flussi di dividendi, specie quando vengono poi traslati alle rispettive capo-gruppo (4).

Dal punto di vista operativo, l'Agenzia delle entrate richiede alle società italiane "figlie" di produrre, oltre ai certificati di residenza delle controllanti, anche una serie di documenti relativi alle società "madri", quali i bilanci di esercizio, i verbali di assemblea soci o il libro adunanze del c.d.a., e, a volte, persino, gli estratti conto bancari della controllante.

Sulla scorta della documentazione, spesso inevitabilmente parziale, raccolta e prodotta dalle società "figlie" (5), l'Agenzia delle entrate costruisce la propria ripresa, valorizzando tutta

una serie di elementi - quali ad esempio, la scarsità dei costi per personale o per uffici rilevata nei bilanci delle *sub-holding* UE - al fine di sostenere la natura di *conduit* delle società "madri". Il più delle volte, quindi, le contestazioni sono quasi di natura formale; di rado vi è un reale approfondimento sull'effettivo vantaggio fiscale abusivo che sarebbe derivato dalla distribuzione dei flussi.

In altre parole, considerando sovente le *sub-holding* europee alla stregua di "costruzioni di puro artificio", solo perché aventi una struttura dei costi snella e perché a loro volta controllate da soggetti extra-UE (c.d. controllo "a cascata"), l'Amministrazione finanziaria finisce per fondare le riprese su una vera e propria presunzione di elusione, evidentemente in contrasto con la libertà di stabilimento riconosciuta a livello europeo (6).

La libertà di stabilimento

Difatti, non va dimenticato che la Direttiva Madre-Figlia, implementata a livello domestico dagli artt. 27 e 27-bis, D.P.R. n. 600/1973, agendo sulla variabile fiscale, assicura concreta applicazione alla citata libertà di stabilimento (7).

Come si evince dal suo terzo considerando, infatti, la Direttiva mira a eliminare le limitazioni alla cooperazione fra le società di stati membri diversi e a facilitarne il raggruppamento a livello europeo, affinché il "mercato unico" possa effettivamente avere tutte le caratteristiche di un "mercato interno".

A tal fine, la Direttiva vuole istituire un regime fiscale comune che assicuri la neutralità delle

(4) Sulla incompatibilità, per un certo verso genetica, di tale contestazione, tipica dello "strumentario" addotto dalla clausola del beneficiario effettivo, rispetto ai flussi in uscita di dividendi, si rimanda all'analisi di Assonime, già citata alla nota n. 3. Ci si permette di aggiungere solamente che l'inconferenza di una simile argomentazione rispetto al caso dell'abuso della Direttiva Madre-Figlia è stata precisamente rilevata anche dalla giurisprudenza di merito (cfr. Commissione tributaria regionale Lombardia, n. 3631/02/2017 del 19 settembre 2017).

(5) Chiunque abbia avuto esperienza diretta di tali verifiche ha potuto constatare la difficoltà di assecondare le richieste documentali dell'Amministrazione finanziaria, poiché attinenti a società che, per quanto parte del medesimo gruppo, costituiscono comunque entità diverse dalla verificata.

(6) Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale, causa C-116/16 del 1° marzo 2018, punto 58.

(7) La libertà di stabilimento è sancita dall'art. 49 T.F.U.E. il quale statuisce: "Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'art. 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali".

distribuzioni di utili operate fra società collegate, entro i confini del territorio dell'Unione (8).

Naturalmente, si badi bene, di tale fondamentale libertà non può fraudolentemente abusarsi. La libertà di stabilimento, infatti, non si estende fino a ricomprendere anche comportamenti abusivi, privi di ogni funzione economica, ma dettati solo da esigenze di risparmio fiscale (9).

Sul punto, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha elaborato principi che possono ritenersi ormai pacifici.

In particolare, si è affermato che i cittadini non possono essere privati della possibilità di avvalersi delle disposizioni dei Trattati solo perché hanno inteso approfittare dei vantaggi fiscali offerti dalle norme in vigore in un altro stato membro (10); oppure, che non costituisce necessariamente abuso di tale libertà, la circostanza che una società sia stata creata in uno Stato membro per fruire di una legislazione più vantaggiosa (11).

Viceversa, però, è stato chiarito che una restrizione della libertà di stabilimento è ammessa per contrastare costruzioni di puro artificio finalizzate a sottrarre l'impresa alla legislazione dello Stato membro (12), con il corollario che, perché sia giustificata da motivi di lotta a pratiche abusive, una restrizione alla libertà di stabilimento deve avere lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiose, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale (13).

La libertà di stabilimento, dunque, ha un'estensione sì ampia, ma non illimitata; incontra un limite fondamentale, rappresentato dall'effettività dell'insediamento all'estero della società.

Tali principi, naturalmente, devono rilevare anche nel caso delle distribuzioni di dividendi, nel cui ambito non dovrebbe sanzionarsi, con l'applicazione della ritenuta domestica, la scelta di costituire una *sub-holding* europea, ritenuta *sic et simpliciter* una "costruzione di puro artificio" con finalità elusive.

È proprio qui dunque - come emerge anche dalla lettura della sentenza in commento - il nocciolo della questione. L'Amministrazione finanziaria tende a guardare alle *holding* di partecipazioni, con le lenti con cui valuterebbe l'effettività dell'insediamento di una società operativa, considerando, ad esempio, solo l'esiguità dei costi di esercizio per personale e strutture, e deducendo da tale circostanza, del tutto fisiologica per una *holding*, la natura "artificiosa" dell'insediamento. Contestazioni fondate su questi presupposti, tuttavia, non colgono l'effettiva sussistenza di un disegno elusivo e si prestano a fondate contestazioni, come nel caso in commento.

Fortunatamente, però, recenti arresti giurisprudenziali pare stiano mettendo un po' d'ordine nella questione.

La Corte di Giustizia Europea, ad esempio, ha recentemente chiarito che, in termini generali, non integra gli estremi di una costruzione artificiosa, la circostanza che la società "madre" non residente sia dedita esclusivamente alla gestione di beni economici (ad esempio, partecipazioni) (14).

L'Avvocato Generale (15), poi, ha ulteriormente affinato questo principio, sottolineando l'esigenza di valutare con estrema attenzione il carattere "artificioso" di una società *sub-holding* dedita ad attività di gestione patrimoniale, poiché, alla luce delle poche attività da essa svolte, tale criterio deve essere subordinato a valutazioni poco rigorose; una volta dimostrato che la società

(8) Non è questa la sede opportuna per vagliare *funditus* le ragioni sottostanti all'introduzione del meccanismo dell'esenzione della ritenuta sulle distribuzioni di dividendi intra-UE. A tal proposito, ci si limita a rimandare alle limpide conclusioni rese dall'Avvocato Generale presso la Corte di Giustizia Europea, Julienne Kokott, presentate il 1° marzo 2018 nell'ambito della causa C-116/16, punti 36 ss.

(9) Cfr. CGE, 12 settembre 2006, Cadbury Schweppes (causa C-196/04, punto 35); Id., 21 febbraio 2006, Halifax (causa C-255/02, punti 68 e 69).

(10) Cfr. CGE, 11 dicembre 2003, causa C-364/01, Barbier, punto 71.

(11) Cfr. CGE, 9 marzo 1999, causa C-212/97, Centros, punto 27.

(12) Cfr. CGE, 12 settembre 2006, causa C-196/04, Cadbury Schweppes, punto 51.

(13) Cfr. CGE, Cadbury, cit., punto 55.

(14) Cfr. CGE, 20 dicembre 2017, cause riunite C-504/16 e C-613/16, Deister Holding AG, punto 73.

(15) Conclusioni presentate il 1° marzo 2018 nell'ambito della causa C-116/16, punto 55.

è dotata di risorse proporzionate alle proprie finalità sociali, sostiene l'Avvocato Generale, non potrà essere considerata una costruzione artificiosa.

Sul punto, si deve registrare anche la condivisibile posizione della Corte di cassazione, la quale ha chiarito che, quando si deve giudicare di *holding* o *sub-holding* di partecipazioni, l'effettività dell'insediamento non può essere esclusa per il solo fatto della mancanza di una struttura organizzativa "pesante", corredata da significativi costi gestionali e crediti operativi, richiedendosi, piuttosto, un'indagine attenta sulla capacità di gestire in autonomia i flussi in entrata (16).

Considerazioni conclusive

Non resta, allora, che registrare con favore la sentenza della Commissione tributaria regionale in commento, poiché essa va a inserirsi nel solco della giurisprudenza citata, avendo valorizzato, da un lato, la natura di *sub-holding* di partecipazioni della società "madre" olandese, e dall'altro avendo effettivamente indagato sull'assenza, nel caso di specie, di ogni potenziale vantaggio fiscale elusivo.

Da un lato, infatti, la Commissione tributaria regionale ha dato risalto alla presenza di operazioni su partecipazioni, che costituiscono il *core business* di una *holding* di partecipazioni,

dimostrando l'effettività economica dello stabilimento in Olanda; dall'altro, ha rilevato che senza la distribuzione dei dividendi verso Paesi terzi (extra-UE), nessun vantaggio tributario, tanto meno abusivo, può essere integrato (17).

Si auspica che questo livello di approfondimento della tematica raggiunto dalla giurisprudenza (18) possa influenzare positivamente anche l'Amministrazione finanziaria, distogliendola dal sostenere contestazioni che non tengono adeguatamente conto delle realtà economiche e operative che intendono contrastare.

Si è, infatti, tutti ben consapevoli dell'esigenza di perseguire con efficacia le forme più aggressive di elusione fiscale internazionale e di colpire quei gruppi che, proprio su strutture fiscali troppo aggressive, costruiscono vantaggi concorrenziali, questi sì, davvero indebiti; occorre tuttavia raggiungere questo obiettivo distinguendo tali costruzioni, indubbiamente abusive, dalle genuine forme di manifestazione della libertà di stabilimento.

Operare nel mercato unico europeo, del resto, questo significa: riconoscere il diritto di poter condurre il proprio *business* in uno spazio economico aperto, ampio e concorrenziale, ove esiste un formidabile patrimonio di opportunità economiche che occorre preservare e a cui, si auspica, anche il sistema fiscale possa fornire il corretto riconoscimento e supporto.

(16) Cass., Sez. trib., 28 dicembre 2016, n. 27113 in *GT - Riv. giur. trib.*, n. 3/2017, con nota di Tomassini - Sandalo, "La mera funzione di holding statica non esclude la qualifica di beneficiario effettivo".

(17) A maggior ragione se, come nel caso di specie, viene fornita la prova dell'utilizzo "operativo" dei flussi, impiegati per ripianare un debito infragruppo.

(18) Relativamente a profili parzialmente diversi rispetto a quello in oggetto, ma comunque affini, si segnalano Comm. trib. prov. di Milano, Sez. VIII, 12 giugno 2017, n. 4091, con commento di Antonini - Mariella, "Rinuncia al credito e beneficiario effettivo di interessi", in *Corr. Trib.*, n. 35/2017; Comm. trib. reg. Lombardia, Sez. II, 19 settembre 2017, n. 3631; Comm. trib. reg. Piemonte, Sez. IV, 4 gennaio 2018, n. 16.