



Direzione Centrale Affari Legali e Contenzioso

Roma, 8 luglio 2011

OGGETTO: Rimborsi delle ritenute applicate sui dividendi corrisposti alle società e agli enti residenti nell'Unione europea e nei Paesi aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo

INDICE

1. PREMESSA	3
2. L'APPLICAZIONE DELLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITA' EUROPEE DEL 19 NOVEMBRE 2009	5
2.1 <i>Condizioni soggettive</i>	7
2.2 <i>Condizioni oggettive</i>	9
2.2.1 <i>Condizioni oggettive di ordine temporale</i>	9
2.2.2 <i>Condizioni oggettive di ordine sostanziale</i>	10
2.2.3 <i>Onere della prova e meccanismi di imputazione</i>	12
2.2.4 <i>Valutazioni in merito all'effettivo stabilimento in uno Stato UE della società titolare della partecipazione nella società italiana che distribuisce i dividendi e alle operazioni di trasferimento temporaneo delle azioni</i>	13
2.2.5 <i>Società con sede in uno Stato compreso in una black list o non compreso in una white list</i>	18

1. PREMESSA

La legge 24 dicembre 2007, n. 244 (finanziaria 2008), ha modificato la disciplina delle ritenute sui dividendi in uscita, corrisposti a soggetti residenti nell'Unione europea e nei Paesi aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo, di cui all'art. 27 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, al fine di renderla compatibile con i principi comunitari di non discriminazione, di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali.

In particolare, l'art. 1, comma 67, della legge finanziaria 2008 ha aggiunto, al citato art. 27 del DPR n. 600 del 1973, il comma 3-ter, il quale stabilisce che *“La ritenuta è operata a titolo di imposta e con l'aliquota dell'1,375 per cento sugli utili corrisposti alle società e agli enti soggetti ad un'imposta sul reddito delle società negli Stati membri dell'Unione europea e negli Stati aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo che sono inclusi nella lista di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, ed ivi residenti, in relazione alle partecipazioni, agli strumenti finanziari di cui all'articolo 44, comma 2, lettera a), del predetto testo unico e ai contratti di associazione in partecipazione di cui all'articolo 109, comma 9, lettera b), del medesimo testo unico, non relativi a stabili organizzazioni nel territorio dello Stato”*.

Ai sensi del successivo comma 68 dello stesso art. 1, *“Le disposizioni di cui al comma 67 si applicano agli utili formati a partire dall'esercizio successivo a quello in corso al 31 dicembre 2007. A tal fine, le società ed enti che distribuiscono i dividendi indicano in dichiarazione gli ammontari degli utili o delle riserve di utili formati a partire dall'esercizio di cui al periodo precedente e di quelli formati in altri esercizi”*.

In proposito, con circolare 21 maggio 2009, n. 26/E, è stato precisato che la nuova disciplina opera con riferimento “agli utili ‘formatisi’ a partire dall’esercizio successivo a quello in corso al 31 dicembre 2007” e che “La riduzione non trova dunque applicazione riguardo agli utili generati negli esercizi precedenti, per i quali continua a valere la maggiore ritenuta pari al 27 per cento”.

Successivamente, la Corte di giustizia delle Comunità europee, con sentenza del 19 novembre 2009, emessa nella causa C-540/07, ha stabilito che “La Repubblica italiana, avendo assoggettato i dividendi distribuiti a società stabilite in altri Stati membri ad un regime fiscale meno favorevole di quello applicato ai dividendi distribuiti alle società residenti, è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell’art. 56, n. 1, CE”.

I Giudici europei hanno inoltre affermato che “l’interpretazione che la Corte, nell’esercizio della competenza attribuitale dall’art. 234 CE, fornisce di una norma di diritto comunitario chiarisce e precisa il significato e la portata della norma stessa, quale deve o avrebbe dovuto essere intesa ed applicata sin dal momento della sua entrata in vigore ..., a meno che la Corte non abbia limitato per il passato la possibilità di invocare la disposizione così interpretata ...” (cfr. punto 63 della predetta sentenza).

A seguito della pubblicazione della richiamata sentenza, numerose istanze di rimborso sono state presentate dalle società comunitarie e di Paesi terzi assoggettate alla ritenuta di cui all’art. 27, comma 3, del DPR n. 600 del 1973, denunciando il contrasto con i principi comunitari dell’art. 1, comma 68, della legge n. 244 del 2007, nella parte in cui opera una limitazione temporale alla decorrenza del nuovo sistema di tassazione dei dividendi in uscita.

Nel diffuso contenzioso che ne è scaturito le società interessate hanno spesso chiesto ai giudici, anche di legittimità, di tener conto della sopravvenuta pronuncia della Corte di giustizia.

Sulla specifica problematica la scrivente ha acquisito il parere dell'Avvocatura generale dello Stato, reso con note part. n. 345623-AL 40368/10 dell'11 novembre 2010 e part. n. 222981-AL 40368/10 del 6 luglio 2011.

Con la presente circolare si forniscono, pertanto, chiarimenti in ordine ai criteri di valutazione delle istanze di rimborso concernenti le ritenute sui dividendi in uscita, corrisposti alle società e agli enti residenti nell'Unione europea e nei Paesi aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo, alla luce di quanto statuito dalla Corte di giustizia con la richiamata sentenza del 19 novembre 2009.

Si forniscono, inoltre, chiarimenti sulla gestione del contenzioso originato dalle predette istanze di rimborso.

2. L'APPLICAZIONE DELLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITA' EUROPEE DEL 19 NOVEMBRE 2009

Argomentando anche sulla base del parere reso dall'Organo legale con nota part. n. 345623-AL 40368/10 dell'11 novembre 2010, si ritiene che, al fine di dare piena ed effettiva applicazione all'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, anche per i dividendi formati prima del 1° gennaio 2008 vada esclusa l'applicazione della ritenuta di cui all'art. 27, comma 3, del DPR n. 600 del 1973, dovendosi invece applicare - al pari dei dividendi distribuiti alle società residenti - il regime "ordinario", che prevede l'assoggettamento a tassazione del solo 5 per cento dell'imponibile.

Ne consegue che ai dividendi corrisposti alle società e agli enti residenti nell'Unione europea e nei Paesi aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo, anche se formati prima del 1° gennaio 2008, è applicabile una ritenuta ridotta rispetto a quella prevista dal citato comma 3 dell'art. 27.

In particolare si osserva che, per effetto dell'aliquota di imposta IRES vigente prima del 1° gennaio 2008, pari al 33 per cento, la misura della ritenuta ridotta da applicare ai dividendi erogati prima del 1° gennaio 2008 è pari all'1,65 per cento (ossia pari al 5 per cento di 33). La misura della ritenuta dell'1,375 - puntualmente indicata dall'art. 27, comma 3-ter, del DPR n. 600 del 1973 - è invece applicabile ai dividendi erogati a partire dal 1° gennaio 2008, corrispondendo al 5 per cento di 27,5 (aliquota IRES vigente dalla medesima data).

Alla luce di quanto sopra esposto, le maggiori ritenute operate ai sensi dell'art. 27, comma 3, del DPR n. 600 del 1973, potranno essere rimborsate - anche se applicate sui dividendi formati prima del 1° gennaio 2008 - solo in presenza di specifici presupposti.

Ferma restando la verifica in concreto, da condursi caso per caso, sulla ricorrenza delle condizioni, soggettive ed oggettive, di seguito indicate e corrispondenti ai limiti di applicabilità della sentenza della Corte di giustizia, le strutture territoriali provvederanno:

- ad applicare, nel caso di istanze di rimborso, la nuova disciplina - secondo i parametri sopra specificati - a prescindere dalla decorrenza prevista dal comma 68 dell'art. 1 della finanziaria 2008, sempreché sussistano gli altri requisiti richiesti dalla normativa interna per il riconoscimento della spettanza dei rimborsi in esame;
- ad abbandonare, nei contenziosi pendenti, le eccezioni aventi ad oggetto l'irretroattività delle modifiche della finanziaria 2008, fermi restando gli eventuali altri profili attinenti alla difesa erariale.

Per quanto concerne le condizioni - soggettive ed oggettive - alla stregua delle quali valutare l'istanza di rimborso fondata sull'applicabilità diretta dei principi affermati dalla Corte di giustizia, ai fini del riconoscimento della spettanza del rimborso, si osserva quanto segue.

2.1 *Condizioni soggettive*

Il campo di applicazione della sentenza della Corte di giustizia - secondo quanto si evince dai punti 30 e 31 della medesima sentenza del 19 novembre 2009 - va limitato soggettivamente alle sole partecipazioni transfrontaliere non “qualificate” ai sensi della Direttiva 90/435/CE (c.d. Direttiva madre-figlia).

La disciplina del trattamento fiscale dei dividendi in uscita distribuiti a titolo di partecipazioni così qualificate è infatti contenuta nell’art. 27-*bis* del DPR n. 600 del 1973, che prevede, in conformità con la suddetta Direttiva, il rimborso integrale, a richiesta, della ritenuta applicata ai sensi dell’art. 27, commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*.

Pertanto, la prima valutazione da compiere a fronte di un’istanza di rimborso fondata sull’applicabilità diretta dei principi affermati dalla Corte di giustizia è se la partecipazione detenuta dalla società istante ricada nell’ambito della suddetta Direttiva.

Se le richieste di rimborso riguardano ritenute applicate su dividendi contemplati dalla Direttiva 90/435/CE, l’esame va condotto esclusivamente alla stregua delle disposizioni contenute nel citato art. 27-*bis*, contenente la completa disciplina sostanziale e procedurale di tali rimborsi.

Al riguardo, al punto 2 della citata circolare n. 26/E del 2009 si è chiarito che, *“qualora i soggetti UE beneficiari dei dividendi posseggano i requisiti previsti per l’applicazione della Direttiva madre-figlia (...), la disciplina di cui all’articolo 27-bis prevale rispetto a quella prevista dal nuovo comma 3-ter: ai dividendi corrisposti da società “figlie” residenti a società “madri” non residenti, pertanto, non si applica la ritenuta dell’1,375 per cento, ma continua ad applicarsi il regime comunitario, che prevede, in alternativa, l’esenzione*

totale dei dividendi distribuiti dalla ritenuta o il rimborso integrale della medesima”.

Ne consegue che, qualora i soggetti UE beneficiari dei dividendi non posseggano i requisiti previsti per l'applicazione della Direttiva madre-figlia, di cui all'art. 27-bis del DPR n. 600 del 1973, trova applicazione il regime “ordinario” e la misura della ritenuta ridotta, da applicare in sede di esame delle istanze di rimborso relative ai dividendi erogati prima del 1° gennaio 2008, per effetto dell'aliquota di imposta IRES vigente prima del 1° gennaio 2008, è pari all'1,65 per cento, come già chiarito al precedente punto 2.

Si osserva, infine, che l'incompatibilità della discriminazione è stata affermata dalla Corte di giustizia soltanto in relazione ai dividendi in uscita verso Stati membri dell'UE, e non anche ai dividendi in uscita verso Stati terzi, quand'anche aderenti all'Accordo SEE.

Al punto 3 della richiamata circolare n. 26/E del 2009 si è osservato che *“Per quanto riguarda la localizzazione dei beneficiari, ..., il nuovo comma 3-ter dell'articolo 27 prevede che la ritenuta ridotta si applichi alle società e agli enti “soggetti ad un'imposta sul reddito delle società negli Stati membri dell'Unione europea e negli Stati aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo che sono inclusi nella lista di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, ed ivi residenti”.*

Peraltro, nelle more dell'emanazione del citato decreto del Ministro, occorre fare riferimento alla lista di cui al decreto del Ministro delle finanze 4 settembre 1996, e successive modificazioni, che contiene l'elenco degli Stati con i quali è attuabile lo scambio di informazioni ai sensi delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni sul reddito in vigore con la Repubblica italiana.

Per quanto concerne la Norvegia si osserva che la stessa è stata inclusa nella c.d. *white list*, fin dalla prima approvazione del citato decreto ministeriale del 1996.

Con riferimento all'Islanda, occorre considerare che la Convenzione tra la Repubblica italiana e la Repubblica islandese per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito, è stata ratificata con legge 4 agosto 2008, n. 138, entrata in vigore dal 14 ottobre 2008. Inoltre, l'Islanda aveva già ratificato la Convenzione di Strasburgo, concernente la reciproca assistenza amministrativa in materia fiscale tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa e i Paesi membri OCSE (entrata in vigore 1° novembre 1996), non opponendo riserve in materia di notifiche e riscossione. Lo strumento dello scambio di informazioni previsto dalla Convenzione di Strasburgo si deve ritenere pertanto utilizzabile nei rapporti con l'Islanda.

Per quanto sopra, si ritiene che l'interpretazione riguardante il trattamento fiscale dei dividendi in uscita, fornita con la presente circolare, possa essere estesa anche all'Islanda e alla Norvegia.

2.2 Condizioni oggettive

2.2.1 Condizioni oggettive di ordine temporale

Vanno prese in considerazione soltanto istanze relative a ritenute su dividendi soggetti al nuovo regime tributario in vigore dal 1° gennaio 2004. La sentenza della Corte di giustizia ha infatti esaminato soltanto gli effetti discriminatori derivanti dal regime della cosiddetta *participation exemption* per i dividendi domestici introdotto a partire da quella data. Dovranno quindi respingersi eventuali istanze di rimborso basate sulle differenze del trattamento fiscale dei dividendi intracomunitari in uscita rispetto a quelli domestici applicabile nel periodo precedente.

E' necessario che l'istanza di rimborso sia tempestiva e dunque presentata entro il termine, previsto dall'art. 38 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, di quarantotto mesi, decorrenti dall'effettuazione della ritenuta. Infatti, per consolidata giurisprudenza, anche ai rimborsi di imposte basati sul diritto comunitario si applicano le decadenze di diritto interno qualora queste - come è il caso del termine previsto dal citato art. 38 - siano conformi ai principi di equivalenza (trattamento procedurale uguale dei diritti di matrice interna e di matrice comunitaria) e di effettività (trattamento procedurale tale da non rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto).

2.2.2 Condizioni oggettive di ordine sostanziale

In base a quanto rilevato dalla Corte di giustizia (punti 44 e 45 della sentenza del 19 novembre 2009), la differenza di trattamento tra le modalità di tassazione dei dividendi distribuiti a società stabilite in altri Stati membri e quelle dei dividendi distribuiti alle società residenti potrebbe, in linea di principio, produrre un effetto dissuasivo degli investimenti, contrario alla libertà di circolazione dei capitali.

Pertanto, si rende necessario esaminare la posizione della società richiedente, per valutare se essa abbia scontato – in termini attuali o potenziali - una discriminazione tale da comportare una limitazione nelle sue possibilità di effettuare investimenti in Italia.

La sussistenza di un attuale o potenziale effetto dissuasivo va valutata avendo riguardo al trattamento fiscale riservato al soggetto percipiente nello Stato di residenza.

Al riguardo si ritiene che possano valere le considerazioni già espone nella circolare 21 maggio 2009, n. 26/E, in ordine all'ammissione al regime agevolato introdotto a decorrere dall'1° gennaio 2008 dall'art. 27, comma 3-ter, del DPR n. 600 del 1973. Conseguentemente, per beneficiare della ritenuta

ridotta, gli enti e società esteri devono essere soggetto passivo ai fini della locale imposta sul reddito delle società. Tale condizione va interpretata come assoggettabilità di carattere generale ad imposizione, soddisfatta da tutte quelle società potenzialmente soggette all'IRES (o alle corrispondenti imposte cui sono soggetti le società e gli enti non residenti), indipendentemente dalla circostanza che “*godono, di fatto, di agevolazioni comunque compatibili con la normativa comunitaria*” (cfr. circolare 2 novembre 2005, n. 47/E, par. 2.2., in relazione ad analogo requisito previsto dalla Direttiva 2003/49/CE, cd. Direttiva “interessi e canoni”). Ne consegue che possono fruire della ritenuta ridotta tutte le società o enti ai quali è riconosciuta soggettività passiva ai fini delle imposte societarie, inclusi quelli che non pagano imposte in virtù di particolari esenzioni oggettive collegate alla tipologia del reddito da loro prodotto (es. esenzione sui *passive income*) o del luogo in cui è svolta l'attività. Non beneficiano della ritenuta ridotta, per converso, gli enti e le società estere che non rientrano nel presupposto soggettivo di applicazione del tributo.

In altri termini qualora la società percipiente non fosse assoggettata all'imposta sul reddito nello stato di residenza, potrà ritenersi che la ritenuta in uscita applicata in Italia non abbia costituito un disincentivo ad effettuare investimenti in Italia.

L'accertamento delle predette condizioni da parte degli uffici dovrà avvenire sulla base di idonea certificazione prodotta dalla parte e a mezzo dell'attivazione delle procedure di cooperazione fiscale transfrontaliera previste dalla Direttiva 77/799/CEE (cfr. punto 60 della sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 2009).

Il principio di libera circolazione dei capitali ha la finalità di evitare che le decisioni delle imprese circa il collocamento dei capitali siano condizionate da variabili fiscali nazionali. Eccederebbe la portata del principio applicarlo in modo tale da produrre come effetto una situazione di vantaggio per le società interessate, che pur non essendo soggetti passivi della locale imposta sulle

società potrebbero fruire del rimborso della ritenuta italiana. In questo modo, tali società otterrebbero un trattamento migliore delle società stabilite in Italia e così l'applicazione del principio di libera circolazione produrrebbe, contraddittoriamente, una tipica discriminazione "all'indietro", cioè a danno delle società residenti in Italia; laddove la sua finalità sta nell'evitare discriminazioni in qualsiasi direzione.

I criteri di non discriminazione ricavabili dalla sentenza della Corte di giustizia confortano nel ritenere che la limitazione prevista dalla nuova disposizione è compatibile con il principio comunitario di libera circolazione dei capitali. Nello specifico ambito delle ritenute in uscita, quel principio si compendia infatti, come detto, soltanto nell'escludere forme di imposizione a catena discriminatorie, e non implica invece un divieto assoluto di applicare ritenute in uscita maggiori dell'imposizione domestica dei dividendi.

2.2.3 Onere della prova e meccanismi di imputazione

In base alle regole generali del diritto interno, l'onere di dimostrare la sussistenza dei presupposti per ottenere un rimborso di imposta grava sul contribuente che lo richiede.

Tale regola trova necessariamente applicazione anche per le istanze di rimborso in esame. Analogamente a quanto prescritto dall'art. 27-bis, comma 2, del DPR n. 600 del 1973 per i rimborsi a favore di società "madri", anche i rimborsi in questione saranno subordinati alla dimostrazione da parte delle società interessate, tramite certificazione del proprio Stato di residenza, di essere soggetti passivi nel proprio Stato di residenza di una imposta sul reddito delle società analoga all'IRES tale che l'applicazione della ritenuta italiana in misura piena darebbe luogo ad un'imposizione discriminatoria rispetto all'analoga situazione interna all'ordinamento italiano. La verifica delle certificazioni che le società interessate produrranno potrà avvenire, come già ricordato, avvalendosi

delle regole di collaborazione fiscale transfrontaliera previste dalla Direttiva 77/799/CEE, o di analoghe regole previste da convenzioni bilaterali.

I meccanismi di imputazione nello Stato di residenza della società percettrice della ritenuta in uscita applicata in Italia possono essere previsti dal diritto interno dello Stato di residenza, o da convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni. La Corte di giustizia ha ritenuto che l'esistenza in astratto di tali meccanismi di imputazione non è sufficiente ad escludere la discriminazione insita nell'applicazione di una ritenuta in uscita che incide sui dividendi in misura superiore all'aliquota dell'imposta interna sulle società, perché non vi è garanzia che l'imposta sulle società scontata nello Stato di residenza sia sempre di entità tale da "coprire" la ritenuta italiana, così da consentirne lo scomputo dalla medesima imposta sulle società. Il credito di imposta concesso dallo Stato di residenza o dalla convenzione contro le doppie imposizioni può essere infatti "pieno", cioè pari in ogni caso all'entità della ritenuta italiana; o "limitato", cioè riconosciuto solo fino a concorrenza dell'imposta dovuta nello Stato di residenza.

Pertanto, qualora, in base alla certificazione dello Stato di residenza che la società interessata al rimborso dovrà produrre nei modi sopra specificati, risulti che in concreto essa ha scontato un'imposta sulle società di entità tale da consentire la deduzione integrale della ritenuta scontata in Italia, o che nello Stato di residenza, o in base ad una convenzione bilaterale, sussiste comunque un credito di imposta pieno, l'istanza di rimborso non potrà essere accolta perché sarà escluso il rischio di una imposizione a catena (cfr. anche sent. 8 novembre 2007, causa C-379/05, Amurta, punto 83).

2.2.4 Valutazioni in merito all'effettivo stabilimento in uno Stato UE della società titolare della partecipazione nella società italiana che distribuisce i dividendi e alle operazioni di trasferimento temporaneo delle azioni

Altro elemento di valutazione concerne la possibilità che l'incasso dei dividendi da parte della società titolare della partecipazione si inserisca nell'ambito di una "costruzione di puro artificio".

Da questo punto di vista rilevano i fenomeni di interposizione reale realizzati sia attraverso "insediamenti" ("società *conduit*"), sia attraverso "transazioni" ("operazioni *conduit*").

La prima fattispecie attiene al caso in cui lo stabilimento in uno stato UE della società titolare della partecipazione nella società italiana sia connotato dall'assenza di una effettiva attività e di una reale struttura.

La seconda fattispecie attiene al caso in cui la società percettrice dei dividendi abbia acquistato il titolo, da cui i medesimi dividendi provengono, tramite operazioni di trasferimento temporaneo consistenti nell'acquisto delle azioni *cum cedola* e nella successiva retrocessione delle medesime azioni *ex cedola* e, esplicitamente o implicitamente, dei relativi frutti (*manufactured dividend*) a vantaggio di una identificata controparte non legittimata a godere del trattamento fiscale dei dividendi intracomunitari.

Nel caso in cui emergano i suddetti elementi, si procederà al disconoscimento della condizione oggettiva di accoglimento dell'istanza sulla base dell'interesse generale a contrastare le frodi fiscali.

Va subito rilevato che la presente condizione attiene ad ipotesi di illecito commesso dal contribuente, nella forma dell'"abuso di forme giuridiche". Da ciò consegue che, diversamente da quanto osservato a proposito delle precedenti condizioni oggettive, l'onere di provare che lo stabilimento in altro Stato UE della società titolare delle partecipazioni o che le transazioni aventi ad oggetto le medesime partecipazioni costituiscono una costruzione di mero artificio grava in linea di principio sull'amministrazione finanziaria.

Anche a questo riguardo vale il principio di collaborazione tra amministrazioni fiscali degli Stati UE codificato dalla Direttiva 77/799/CEE, da

cui discende il diritto di ciascuno Stato membro ad ottenere dagli altri tutte le informazioni necessarie ad accertare se in singoli casi il comportamento di determinati contribuenti soggetti alla giurisdizione fiscale dello Stato richiesto abbia costituito un comportamento contrario ai principi del sistema.

Per quanto attiene alla definizione “comunitaria” di costruzione di mero artificio, sia con riguardo agli insediamenti sia con riguardo alle transazioni, occorre tenere presente che:

- la costruzione di puro artificio va individuata, in concreto, attraverso un’analisi basata sul criterio della prevalenza della sostanza sulla forma¹;
- per garantire che transazioni e insediamenti effettivi non vengano indebitamente sanzionati è essenziale che, ove si presuma l’esistenza di una costruzione di puro artificio, il contribuente sia messo in grado, senza eccessivi oneri amministrativi, di produrre elementi relativi alle eventuali ragioni commerciali in merito all’insediamento o alla transazione;
- il mero stabilimento in uno Stato a fiscalità “tenue” non integra gli estremi della costruzione di puro artificio (cfr. comunicazione della Commissione europea del 10 dicembre 2007 sulla “applicazione di misure antiabuso nel settore dell’imposizione diretta” - doc. COM(2007) 785 definitivo). Anche la Corte di giustizia ha confermato che è perfettamente legittimo tener conto di considerazioni di ordine fiscale per decidere dove creare uno stabilimento secondario: l’obiettivo di ridurre al minimo l’onere fiscale costituisce di per sé una considerazione commerciale valida, purché le costruzioni attuate a questo fine non comportino trasferimenti fittizi di utili; nel campo degli

¹ Per quanto riguarda gli insediamenti, nella sentenza della causa *Cadbury*, la Corte di giustizia ha sostenuto che l’insediamento di una società è da considerare effettivo quando, sulla base di elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi, in particolare a livello della sua presenza fisica in termini di locali, di personale e di attrezzature, corrisponde a una realtà economica, ossia una società reale che svolge attività economiche effettive e non una società “fantasma” o “schermo”.

Per quanto riguarda le transazioni, nella Sentenza *Glaxo*, La Corte di Giustizia ha stabilito che si deve procedere ad un esame caso per caso, prendendo in considerazione le peculiarità di ciascuna fattispecie, sulla base di elementi oggettivi, al fine di tener conto del comportamento abusivo o fraudolento dei soggetti interessati.

insediamenti o stabilimenti societari sospetti di costituire costruzioni di mero artificio si deve dare rilievo preminente, alla stregua della giurisprudenza comunitaria, all'attività effettiva e alla effettiva consistenza strutturale della società cui vengono imputati i redditi transfrontalieri, per cui società che non presentino un'attività o una struttura apprezzabili, e nondimeno ottengano il possesso di redditi provenienti da società stabilite in altri Stati membri, possono giustificare il sospetto che l'insediamento nello Stato membro prescelto sia privo di ragioni economiche diverse dalla finalità di sottrarre quei redditi alla fiscalità dello Stato di provenienza. Ne consegue che non sono opponibili all'amministrazione finanziaria i procedimenti negoziali e societari che non evidenzino alcuna concreta ragione economica diversa dal risparmio fiscale. Anche gli insediamenti transfrontalieri delle società titolari di partecipazioni che chiedono il rimborso di ritenute in uscita potranno quindi essere valutati in questa prospettiva, in particolare adottando il criterio dell'esistenza o meno di una effettiva attività e di una reale struttura;

- la valutazione del carattere "inerte" e, quindi, potenzialmente artificioso di una società stabilita in un determinato Stato membro va condotta con particolare cautela nel caso delle società finanziarie di partecipazione (*holding*) - che costituiscono parte importante delle società interessate ai rimborsi in questione - poiché queste di regola non sviluppano nella loro attività una "presenza fisica significativa", ma non possono per questo essere tutte considerate quali forme di abuso del diritto di stabilimento;
- norme antielusione a carattere presuntivo non sono in linea di principio incompatibili con le quattro libertà fondamentali (compendiate nel più generale divieto di discriminazione), purchè se ne faccia un'applicazione equilibrata, e in particolare si ripartisca equamente l'onere della prova tra contribuente e amministrazione, non gravando il contribuente di oneri probatori eccessivamente ardui.

- per quanto riguarda le operazioni aventi ad oggetto le partecipazioni, al fine di verificare se le stesse possano essere considerate o meno nel novero delle cd. “operazioni conduit” e, quindi, di valutare la spettanza del rimborso, si potrà richiedere un’autocertificazione concernente specifici elementi informativi, in analogia a quanto già previsto nell’ordinamento italiano da disposizioni aventi le medesime finalità (ad es., come previsto, per i periodi d’imposta dal 2004 in poi in tema di cd. “dividend washing”, cfr. articolo 5-quinquies del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248, laddove è prevista la comunicazione, da parte dei soggetti IRES residenti, di dati e notizie “necessari al fine di consentire l’accertamento della conformità delle relative operazioni alle disposizioni dell’articolo 37-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600”).

Per quanto riguarda, inoltre, le regole in base alle quali è consentito considerare una società di pura partecipazione come una entità economicamente reale o, invece, artificiosa può essere utile, mancando precedenti specifici, riferirsi all’elaborazione della giurisprudenza comunitaria in tema di aiuti di Stato. E’ infatti noto che il presupposto soggettivo preliminare per ravvisare l’esistenza o meno di un aiuto di Stato è che destinataria ne sia un’impresa. Ai fini dell’individuazione della natura “commerciale” del soggetto, occorre in concreto distinguere la figura del mero proprietario di partecipazioni (che non è un’impresa), dal soggetto che della proprietà di partecipazioni societarie faccia, appunto, la propria impresa. Ciò perché vi sono *holding* che esercitano concretamente attività di gestione e coordinamento delle partecipazioni detenute ed erogano servizi in modo accentrato alle società controllate, ed *holding* che, diversamente, si limitano a detenere partecipazioni e ad incassarne i relativi frutti, senza svolgere alcuna attività.

Al riguardo un importante contributo è fornito dalla sentenza 10 gennaio 2006, C-222/2004, Cassa di Risparmio di Firenze S.p.A. (in tema di agevolazioni

fiscali alle Fondazioni bancarie), in cui la Corte di giustizia ha affermato che *«il semplice possesso di partecipazioni, anche di controllo, non è sufficiente a configurare un'attività economica del soggetto che detiene tali partecipazioni, quando tale possesso dà luogo soltanto all'esercizio dei diritti connessi alla qualità di azionista o socio nonché, eventualmente, alla percezione dei dividendi, semplici frutti della proprietà di un bene. Viceversa, un soggetto che, titolare di partecipazioni di controllo in una società, eserciti effettivamente tale controllo partecipando direttamente o indirettamente alla gestione di essa, deve essere considerato partecipe dell'attività economica svolta dall'impresa controllata»*².

In conclusione, qualora la società percettrice dei dividendi all'epoca in cui avvenne la distribuzione di questi fosse configurabile come semplice possessore delle partecipazioni, fosse stabilita in uno Stato membro in cui il trattamento fiscale complessivo dei redditi societari era significativamente migliore di quello che sarebbe stato applicabile ad analogo soggetto stabilito in Italia, non svolgesse attività diverse dal mero possesso delle partecipazioni, e il numero e l'importanza di queste dimostrassero che il centro esclusivo o prevalente dei suoi interessi era in Italia, il suo stabilimento nell'altro Stato membro potrà essere considerato come una costruzione di mero artificio, avente la sola finalità di eludere la ritenuta italiana all'epoca vigente, e l'istanza di rimborso proposta da un soggetto così configurabile dovrà essere respinta.

2.2.5 Società con sede in uno Stato compreso in una *black list* o non compreso in una *white list*

Infine, si evidenzia che lo stabilimento di una società in uno Stato compreso in una *black list* o non compreso in una *white list* comporta la presunzione legale del carattere elusivo di tale stabilimento. Peraltro, la

² Per la giurisprudenza nazionale si richiamano, invece, le sentenze della Corte di Cassazione a sez. un. 22 gennaio 2009, n. 1576 e 22 gennaio 2009, n. 1593, riferite al caso delle fondazioni bancarie, secondo cui *«anche la detenzione di partecipazioni, quando si traduce in un vero e proprio controllo, dà luogo ad esercizio di impresa e ad assoggettamento a procedura concorsuale»*.

Commissione non ha escluso la compatibilità con il principio di non discriminazione di norme nazionali che apprestino misure antielusive basate su presunzioni legali, purché dette presunzioni siano ragionevoli, cioè fondate sull'esperienza reale dei comportamenti elusivi, e il contribuente possa opporre a tali presunzioni prove contrarie non eccessivamente onerose.

Le Direzioni regionali vigileranno affinché le istruzioni fornite e i principi enunciati con la presente circolare vengano puntualmente osservati dalle Direzioni provinciali e dagli Uffici dipendenti.

IL DIRETTORE DELL'AGENZIA