

AVV. GABRIELE ESCALAR
DOTT. COMM. ARIANNA PALMIERI
AVV. STEFANO SELBMANN
AVV. GRETA GALLETTI

AVV. SIMONE BERTOLAMI
AVV. ANDREA CURZIO
AVV. FRANCESCO ELEOPRA
DOTT. AGOSTINO AURELIO SARZANA
AVV. ALESSANDRO SIRACUSA
AVV. GIANLUCA SORIANO

Viale G. Mazzini, 11 - 00195 Roma
Tel. 0039 0687390002
Fax 0039 0687390003
e-mail: segreteriaroma@escalar.it

Corso Venezia, 12 - 20121 Milano
Tel. 0039 0247701904
Fax 0039 0247701902
e-mail: segreteria milano@escalar.it

c. fiscale/p.iva
15010881009
www.escalar.it

LA SVOLTA DELLA CASSAZIONE VERSO UNA RICOSTRUZIONE DELLA NOZIONE DI EFFETTIVO BENEFICIARIO PIÙ COMPIUTA ED ADERENTE A QUELLA FORNITA IN SEDE INTERNAZIONALE

La Corte di Cassazione con la sentenza n. 14756 del 10 luglio 2020 ha compiuto una svolta verso una ricostruzione del significato della condizione di effettivo beneficiario a cui è subordinata l'applicazione del regime di esenzione dei pagamenti di interessi e canoni fra società unionali e dei benefici previsti dalle convenzioni fiscali non solo più compiuta, ma anche più aderente a quella che ne è stata fornita in sede internazionale dall'OCSE, nella versione 2014 del Commentario, e dalla Corte di Giustizia, nelle sentenze sul caso relativo agli interessi e dividendi pagati da società danesi.

Il caso affrontato nella sentenza concerne l'applicazione del regime di esenzione da ritenuta accordato dall'art. 26-*quater* del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 agli interessi pagati da una società veicolo italiana ad una società lussemburghese, la GPP C sarl sulla base di un contratto di finanziamento che la prima si era accollata a titolo di pagamento del prezzo di acquisto della partecipazione di controllo di due società italiane. L'Agenzia delle Entrate aveva infatti contestato l'applicabilità di tale esenzione per il fatto che tali interessi erano stati retrocessi mediante una catena di contratti di finanziamento speculari dalla società lussemburghese ad altra società del gruppo, la quale a sua volta li aveva retrocessi ad altra società fino a risalire alla capogruppo.

Ebbene, la Suprema Corte, dopo aver richiamato la definizione di effettivo beneficiario piuttosto vaga e contraddittoria utilizzata dall'Agenzia delle Entrate nella circolare 2 novembre 2005, n. 47/E, secondo cui sarebbe tale *“solo il soggetto sottoposto alla giurisdizione dell'altro stato contraente, che abbia l'effettiva disponibilità giuridica ed economica del provento percepito”* e poi da essa inizialmente ripresa nella sentenza 30 settembre 2019, n. 24287, nonché la definizione altrettanto vaga inizialmente fornita dall'OCSE, secondo cui sarebbero società interposte *“le società che dispongono nella pratica soltanto di poteri molto limitati, risultando essere semplici fiduciarie o semplici amministratori agenti per conto delle parti interessate”*, ha ricostruito in maniera più

compiuta il significato della predetta nozione sulla base dei chiarimenti forniti dal predetto organismo nella versione 2014 del Commentario al Modello di Convenzione fiscale e poi dalla Corte di Giustizia nelle recenti sentenze sul significato della condizione di effettivo beneficiario prevista dalle direttive interessi e canoni.

In particolare, la Suprema Corte ha innanzitutto fatto presente che, secondo l'OCSE, per la qualificazione come effettivo beneficiario del diretto percipiente di dividendi, interessi, e canoni rileva *“la circostanza che il diritto del beneficiario dei flussi non sia vincolato da specifici obblighi legali o contrattuali di ritrasferimento”* e che pertanto *“nei casi di agente, nominee, conduit company, fiduciario o amministratore, il percettore non è qualificabile come beneficiario effettivo perché il suo diritto di godere e disporre dei flussi è limitato da un'obbligazione legale o contrattuale di trasferire i pagamenti ricevuti a terzi ... che, di norma, deriva da documenti legali, ma può anche discendere da circostanze di fatto”* e *“deve però riguardare lo specifico pagamento ricevuto”*.

Il giudice di legittimità, così argomentando, ha dunque fatto propria la nuova definizione di effettivo beneficiario fornita dall'OCSE nella versione 2014 del Commentario secondo cui il diretto percipiente di dividendi, interessi, e canoni non può essere considerato tale soltanto qualora ne sia un mero amministratore o fiduciario in quanto siano soddisfatte non una, ma due distinte condizioni e cioè la condizione che tale soggetto abbia assunto l'obbligazione legale o contrattuale di trasferire i pagamenti ricevuti a terzi e la condizione che tale obbligazione abbia ad oggetto gli specifici pagamenti da lui ricevuti nel senso che, cioè, si sia obbligato ad eseguire a valle a favore di terzi soltanto i pagamenti che abbia a sua volta ricevuto a monte dal proprio creditore così da non essere soggetto all'obbligazione di dover eseguire pagamenti anche nel caso in cui non li abbia ricevuti. Ed infatti l'OCSE nel par. 10.2. del predetto Commentario ha precisato non solo che *“the direct recipient of the interest is not the “beneficial owner” because that recipient’s right to use and enjoy the interest is constrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person”*, ma anche che *“this type of obligation would not include contractual or legal obligations that are not dependent on the receipt of the payment by the direct recipient such as an obligation that is not dependent on the receipt of the payment and which the direct recipient has as a debtor or as a party to financial transactions...”*. Pertanto, secondo tale organismo, precludono il riconoscimento della qualità di effettivo beneficiario soltanto le obbligazioni di esecuzione di pagamenti di dividendi, interessi e canoni che *“dipendono”* e cioè sono subordinate nell'*an* e nel *quantum* all'incasso di speculari pagamenti per il fatto che tali obbligazioni non comportano l'assunzione del rischio di dover pagare proventi che non siano stati previamente percepiti, diversamente dalle obbligazioni di pagamento derivanti da strumenti finanziari derivati che sono invece indipendenti dall'incasso dei pagamenti di dividendi, interessi e canoni in quanto devono essere adempiute anche nel caso in cui tali pagamenti non siano stati percepiti (per maggiori

approfondimenti si veda il mio articolo su *“La nuova definizione OCSE di effettivo beneficiario”* Corr. Trib. 2019 p. 3685 e segg.).

Inoltre, la Corte di Cassazione ha rilevato che, secondo quanto emerge dalle ultime sentenze pronunciate dalla Corte di Giustizia sulla condizione di effettivo beneficiario prevista dalla direttiva sugli interessi e canoni (CGUE 26 febbraio 2019, Cause nn. 115/16, *N.Luxemburg*; 118/16, *X Denmark*; 119/16, *C. Danmark*; 299/16, *Z Denmark*) può ravvisarsi una pratica abusiva soltanto se la società diretta percipiente dei pagamenti di interessi e dividendi debba ritrasferirli *“ad un terza società, non rispondente ai requisiti d'applicazione della direttiva 2003/49 ... con la conseguenza che essa realizza unicamente un utile imponibile insignificante, agendo da società interposta al fine di consentire il flusso finanziario dalla società debitrice verso l'entità effettiva beneficiaria delle somme versate (paragrafo 130)”* perché *“l'unica attività della medesima sia costituita dal percepimento degli interessi e dal loro successivo trasferimento al beneficiario effettivo (paragrafo 131; anche Corte Giustizia Ue, 26 febbraio 2019, Causa C 116/16, T Danmark; n. 117/16, y Denmark, in tema di "dividendi", al paragrafo 101)”*. Pertanto il giudice di legittimità, così argomentando, ha aderito all'orientamento consolidato del giudice unionale secondo cui possono dar luogo ad una pratica abusiva soltanto *“le costruzioni puramente formali o artificiose prive di qualsiasi giustificazione economica e commerciale”* realizzate *“essenzialmente al fine di beneficiare di un indebito vantaggio”*, (si veda *“Per una rilettura critica della nozione unionale di abuso del diritto fiscale”* Corriere Tributario 2019, pag. 291 seguenti) nel senso che cioè è necessario che la società diretta percipiente dei pagamenti di interessi e di dividendi sia priva di effettività economica per il fatto che non svolga un'effettiva attività economica produttiva di utili sulla base di *“un'analisi complessiva dei pertinenti elementi attinenti, in particolare, alla gestione della società, al suo bilancio d'esercizio, alla struttura dei suoi costi ed ai costi realmente sostenuti, al personale impiegato nonché ai locali ed alle attrezzature di cui dispone”*, ma si limiti soltanto a ribaltare i pagamenti di dividendi ed interessi.

Infine, la Cassazione ha richiamato l'orientamento precedentemente espresso in materia di dividendi, secondo cui anche *“una subholding "pura" può essere considerata "beneficiario effettivo", ove gli stessi siano regolarmente appostati in bilancio e siano quindi aggredibili dai creditori e liberamente utilizzabili (Cass., sez. 5, 28 dicembre 2016, n. 27112)”* per il fatto che *“la circostanza che la società percipiente detenga, tra le proprie attività, unicamente delle partecipazioni di controllo, così come l'eventualità che essa stessa sia a sua volta controllata interamente da altra società non residente in uno Stato stipulante (c.d. controllo "a cascata"), non comprovano, di per sé, l'artificialità ovvero la strumentalità della medesima”*, essendo *“in tal caso, ... necessario valutare alcuni parametri-spia per valutare in concreto la sussistenza dell'unico elemento normativamente rilevante ai fini della nozione di "beneficiario effettivo”, quali la “padronanza ed autonomia della società-madre*

percipiente”, “l'adozione delle decisioni di governo ed indirizzo delle partecipazioni detenute” ed il “trattenimento ed impiego dei “dividendi” percepiti ... in alternativa alla loro tassazione alla capogruppo sita in un Paese terzo”. Di conseguenza, “in caso di holding o subholding “pura” ... non può farsi riferimento agli elementi caratteristici della società operativa, dando rilievo ai modesti crediti operativi, alla mancanza di dipendenti e di una struttura organizzativa adeguata, dovendosi, invece, apprezzare l'autonomia organizzativa e gestionale della società”.

Ebbene, la Cassazione, così argomentando, pur avendo giustamente ribadito che non possono assurgere ad indizio dell'assenza della qualità di effettivo beneficiario, non solo la consistenza dell'organizzazione di beni e persone impiegata da una sub-*holding* o da una *holding* per l'esercizio della loro attività, posto che tali società presentano di regola una struttura organizzativa alquanto scarna, ma anche la loro sottoposizione al controllo della *holding* ovvero della capogruppo, posto che la sussistenza di una relazione di controllo costituisce requisito per l'appartenenza al gruppo, è sembrata attribuire rilevanza a questo fine anche all'autonomia gestionale di tale società derivante dalla “*padronanza ed autonomia della società-madre percipiente*” e all' “*adozione delle decisioni di governo ed indirizzo delle partecipazioni detenute*”.

Senonché il giudice di legittimità in tal modo si è parzialmente distaccato dagli orientamenti dell'OCSE e della Corte di Giustizia in quanto tali organismi non sembrano attribuire rilevanza al grado di autonomia gestionale delle società dirette percipienti degli interessi e dividendi, non potendo che risultare alquanto ridotta tale autonomia nel caso in cui siano a loro volta controllate da una *Holding* o dalla capogruppo, bensì, come si è visto, alla sussistenza dell'obbligazione di ritrasferire i pagamenti di dividendi ed interessi a terzi, dopo che li abbiano ricevuti e pertanto alla titolarità del potere di disporre economicamente degli interessi e dividendi (par.132 CGUE *N.Luxemburg* e par. 105 CGUE *T Danmark*).

Una volta così compiutamente ricostruita la nozione di effettivo beneficiario, la Corte di Cassazione ha concluso che la sentenza della CTR impugnata dall'Agenzia delle Entrate sia *in parte qua* legittima in quanto si è “*attenuta ai principi giurisprudenziali sopra citati, fornendo una precisa e congrua motivazione, nella quale ha indicato con precisione le ragioni per cui la GGP C Sarl era l'effettivo beneficiario e non la capogruppo, o comunque, le società poste al vertice della catena di controllo (come la Monumental oppure la Lender o altre ancora)*”. Ed infatti, nel caso di specie i giudici d'appello hanno accertato che tale società svolgeva “*il ruolo di una vera e propria holding di partecipazione, come centrale finanziaria internazionale dell'intero gruppo, per gestire tutte le esigenze di tesoreria e finanziamento*” non solo perché aveva l’*incarico di armonizzazione degli investimenti e di gestione dei flussi finanziari, ad essa confluendo i proventi finanziari delle società del gruppo e non soltanto quelli della contribuente Global Garden*”, ma anche perché sui proventi da essa riscossi “*non vi è alcun obbligo giuridico a retrocederli a soggetti terzi, godendo di*

piena titolarità e disponibilità”, posto che dal suo “conto economico ... emergono utili di esercizio, non insignificanti, che provengono proprio dallo svolgimento di tale attività e non è in alcun modo ravvisabile il “ribaltamento” dei proventi allegato dall’Agenzia delle entrate”. Inoltre, i giudici di appello hanno rilevato che la società lussemburghese diretta percipiente degli interessi aveva assunto la regia di un’operazione di *leverage buy out*, acquistando per il tramite dell’indebitamento con due società veicolo, rispettivamente, le società italiane e quelle estere di un altro gruppo. Pertanto la Suprema Corte ha ritenuto che la società lussemburghese diretta percipiente degli interessi ne era effettiva beneficiaria in quanto non si limitava a ribaltarli a terzi, ma svolgeva una reale attività economica produttiva di utili.

Non resta a quanto punto che auspicare che l’Agenzia delle Entrate e le Commissioni Tributarie si uniformino al nuovo orientamento espresso dalla Corte di Cassazione nella sentenza che si è qui commentata.

Roma 4 settembre 2020

Gabriele Escalar