

Febbraio 2017

**Forme di coordinamento tra disciplina comunitaria e norme convenzionali in materia di tassazione dei dividendi. Commento a Cassazione Civile, Sez. V, 28 dicembre 2016, n. 27111.**

*Elio Andrea Palmitessa, Dottore Commercialista in Milano*

La quinta Sezione della Corte di Cassazione, con la recente Sentenza n. 27111 del 28 dicembre 2016, si è pronunciata su un tema riguardante l'utilizzo delle norme comunitarie e pattizie nei casi di erogazione di dividendi tra società residenti in differenti Stati Membri, con particolare riguardo al rapporto che lega i due istituti quali strumenti di prevenzione dai fenomeni di doppia imposizione giuridica ed economica. Il principio enunciato dai Giudici ermellini tende a legittimare la **coesistenza**, ancorché all'interno di un **proprio spazio autonomo di applicazione**, tra la Direttiva 90/435/CEE del 23 luglio 1990 (poi rifiuta nella Direttiva 2011/96/UE del 30 novembre 2011, come modificata dalle Direttive 2014/86/UE dell'8 luglio 2014 e 2015/121/UE del 27 gennaio 2015) e le norme contenute nei modelli convenzionali contro le doppie imposizioni.

Nella fattispecie oggetto della controversia, una società di diritto tedesco proponeva alla valutazione della giurisprudenza di legittimità la Sentenza n. 237/2010 della Commissione Tributaria Regionale dell'Abruzzo (sez. distaccata di Pescara) che, confermando il parere espresso in primo grado, respingeva il ricorso presentato contro il silenzio-rifiuto opposto dall'amministrazione finanziaria in relazione al mancato riconoscimento, sulla quota dei dividendi distribuiti nel 2003 dalla partecipata italiana, del credito d'imposta previsto nell'ambito dell'art. 10, comma 4, lettera b) del Trattato contro le doppie convenzioni tra Italia e Francia (dunque, Paese UE terzo rispetto ai protagonisti della vicenda).

Sulla base dell'unico motivo di ricorso presentato dal contribuente, disciplinante la "violazione e falsa applicazione degli art. 43, 48 e 12 del Trattato Istitutivo (ora, rispettivamente, artt. 49, 58 e 18 TFUE) in relazione all'art. 10, comma 4, lett. b) della convenzione italo-francese contro le doppie imposizioni [...]", la richiesta troverebbe fondamento nell'eventuale discriminazione che si verrebbe a creare laddove ad un soggetto residente in Germania, che, al pari di un soggetto residente in Francia, può **già** beneficiare del regime di non-imponibilità dei dividendi garantito dalla Direttiva Madre-Figlia, non fosse garantito **anche** l'accesso al credito d'imposta quale "mero beneficio o vantaggio addizionale" che verrebbe riconosciuto ad una "società-madre" francese.

Pertanto, il rinvio alla Corte di Cassazione muove sulla questione di compatibilità della convenzione italo-francese con i principi di libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali, nonché con il divieto di discriminazione a motivo della nazionalità, sanciti nell'ambito del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

Il contesto appena descritto ci consente di esaminare con maggiore chiarezza la genesi e le finalità delle motivazioni espresse dalla Corte di Cassazione nel **rigettare** la domanda pregiudiziale del ricorrente, anche per quanto concerne il tema della tassazione dei dividendi in ambito internazionale e per affrontare il profilo della compatibilità, nonché di gerarchia delle fonti, tra disciplina comunitaria e disciplina convenzionale, tenuto conto:

- dei presupposti oggettivi e soggettivi al ricorrere dei quali si rendono applicabili gli istituti in commento, quali norme di prevenzione ai fenomeni di doppia imposizione giuridica ed economica;
- della mancata armonizzazione, in ambito comunitario, dei tributi in materia di imposte dirette (in particolare, imposte sui redditi e sul patrimonio) e della conseguente necessità di ricorrere a forme di coordinamento delle pretese fiscali tra Stati Membri;
- degli orientamenti della Corte di Giustizia Europea, finalizzati a valutare l'eventuale connessione tra i principi di libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali, con le norme convenzionali.

Ricordiamo, prima di tutto, che la Direttiva Madre-Figlia 90/435/CEE (anche “la *Direttiva*”) disciplina la tassazione degli utili societari tra soggetti residenti (persone giuridiche) in diversi Stati Membri e in vigore di specifici legami partecipativi, con l'obiettivo di eliminare la possibilità di doppia imposizione degli utili distribuiti in forma di dividendi a seguito del simultaneo intervento di regimi tributari differenti<sup>1</sup>. La *Direttiva*, pertanto, interviene sia sul dividendo “in uscita” dal paese di residenza della “società-figlia”, prevedendo l'esenzione da ritenuta alla fonte (art. 5 della *Direttiva*), e sia sul dividendo “in entrata” nel paese di residenza della “società-madre”, prevedendo un meccanismo di esenzione ovvero di rimborso (sotto forma di credito d'imposta equivalente all'imposta sugli utili pagata all'estero dalla controllata sugli dividendi

---

<sup>1</sup> La Direttiva Madre-Figlia trova applicazione qualora:

- le società rivestano una delle forme previste nell'Allegato I, Parte A della *Direttiva*;
- le società risiedano, 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;
- le società siano soggette, nello Stato di residenza, ad una delle imposte indicate nell'Allegato I, Parte B della *Direttiva*;
- la “società-madre” possieda una partecipazione diretta nella “società-figlia” (erogante gli utili) non inferiore al 10% del capitale di quest'ultima;
- la partecipazione sia stata detenuta per un periodo ininterrotto di almeno 12 mesi.

distribuiti, nel limite dell'importo dell'imposta nazionale) dell'eventuale tassazione subita dalla "società-madre" nel paese di residenza (art. 4 della *Direttiva*).

Con la prima istanza si interviene sulla *doppia imposizione giuridica*, che si realizza quando uno stesso soggetto, relativamente alla stessa fattispecie imponibile e per lo stesso periodo d'imposta, viene colpito da imposizione in entrambi gli Stati contraenti. Di contro, con il secondo intervento si agisce sulla *doppia imposizione economica*, che si concretizza quando, sugli utili societari, interviene un duplice livello impositivo su una medesima ricchezza: dapprima, in capo alla "società-figlia" al momento della sua produzione, e, successivamente, in capo alla "società-madre" nel momento della sua distribuzione.

Sintetizzando, l'intento del legislatore europeo è quello di confinare la possibilità di tassazione dell'utile societario nel solo territorio di produzione: lo stato di residenza della "società-figlia".

Viceversa, le convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni si limitano a regolare l'esercizio della facoltà impositiva degli Stati contraenti riguardo ad un'ampia platea di soggetti passivi (persone giuridiche e persone fisiche), e su presupposti d'imposta già radicalizzati negli ordinamenti tributari di detti Stati<sup>2</sup>. Non definiscono, pertanto, la norma tributaria applicabile ad una singola fattispecie reddituale né prevedono per l'erosione della potestà impositiva di uno Stato contraente, quanto piuttosto si limitano a circoscrivere gli ambiti di applicazione delle norme interne secondo logiche di ripartizione degli imponibili e dell'imposta, definite dagli Stati al termine di contrattazioni bilaterali.

All'interno del quadro descritto, l'art. 10 del modello Convenzionale Ocse contro le doppie imposizioni individua le *allocation rules* con le quali riprendere a tassazione (concorrente) i dividendi transfrontalieri (che, normalmente, si traducono in una limitazione nello Stato della fonte reddituale). Dopodiché, con le disposizioni contenute negli artt. 23 A (metodo dell'esenzione) e 23 B (metodo del credito d'imposta) del modello Convenzionale Ocse (adeguatamente recepiti dagli Stati contraenti nel corso

---

<sup>2</sup> Come regola generale, l'art. 10 del Modello Convenzionale Ocse non prevede una tassazione esclusiva in uno Stato quanto piuttosto una tassazione concorrente tra Stato della fonte (ove è residente la "società-figlia") e Stato della residenza (della "società-madre"). I limiti alla tassazione nello Stato della fonte risiedono nel fatto che tale tassazione non può eccedere (secondo il Modello Convenzionale) le seguenti aliquote:

- 5% dell'ammontare lordo dei dividendi, se questi sono percepiti da una società che detiene una partecipazione di almeno il 25% del capitale della società o ente che paga i dividendi;
- 15% dell'ammontare lordo negli altri casi.

Per fruire dei benefici convenzionali, a differenza della norma comunitaria, non è richiesto un *holding period*. Infatti, è sufficiente che il rapporto partecipativo sia esistente al momento in cui i dividendi sono legalmente disponibili agli azionisti.

delle negoziazioni bilaterali<sup>3</sup>), si interviene per attenuare e/o eliminare i fenomeni di doppia imposizione (che, a differenza della *Direttiva*, vengono affrontati in maniera complementare).

Nello specifico caso in commento, i giudici annotano che nessuna delle due discipline esposte può innescare una *competizione di efficacia normativa secondo il criterio generale di gerarchia*. Al contrario, proprio perché le due fonti poggiano su differenti approcci all'eliminazione della doppia imposizione internazionale, questo le pone in una posizione di *alternatività*. In questo senso, il legislatore comunitario ha voluto imprimere un'*opzione* ben precisa (soprattutto nella forma tipica di doppia tassazione in materia di dividendi, quella *economica*), disponendo che “*la presente direttiva (N.d.A.: 90/435/CEE) lascia impregiudicata l'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali intese a sopprimere o ad attenuare la doppia imposizione economica dei dividendi [...]*” (tenuto conto che l'obiettivo principale della *Direttiva* non è quello di eliminare ogni forma di doppia imposizione economica, quanto piuttosto, come evidenziato nel proseguo di questo contributo, garantire un regime di neutralità fiscale volto a stimolare la crescita di un mercato unico a livello comunitario). Dunque, l'appurata genuinità del vincolo tra *Direttiva* (recepita nel nostro ordinamento con l'art. 27-bis del DPR 600/73, rubricato “*Rimborso della ritenuta su dividendi distribuiti a soggetti non residenti*”, che consente alla “*società-madre*” di chiedere a rimborso la ritenuta applicata ai sensi dell'art. 27, commi 3, 3-bis e 3-ter del DPR 600/73, ovvero l'esenzione dall'applicazione della ritenuta alla fonte da parte della “*società-figlia*”) e convenzioni contro le doppie imposizioni, tende ad escludere che la contemporanea presenza delle due fonti normative “*implichi un'automatica incompatibilità tale da determinare l'applicazione della prima ad esclusione della seconda*”.

Viene pertanto ribadita la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalle norme comunitaria e pattizia, pur sapendo che, in nessun caso, né ad una “*società-madre*” francese (per ricollegarci alla pretesa originaria del ricorrente) né ad una “*società-madre*” residente in altro Stato Membro, avrebbe potuto riconoscersi il cumulo dei due benefici.

Ferme le riflessioni fin qui svolte, le argomentazioni sollevate dai giudici di Cassazione insistono anche sulla *dimensione* che occupano le due discipline (comunitaria e convenzionale) in un'ottica di coniugazione tra armonizzazione a livello comunitario

---

<sup>3</sup> Ricordiamo infatti, che il Commentario Ocse agli artt. 23 A e 23 B, nel paragrafo 2) denominato “*Economic double taxation out of scope*” prevede che: “*[...] If two States wish to solve problems of economic double taxation, they must do so in bilateral negotiations*”.

dei tributi in materia di imposte dirette<sup>4</sup> e coordinamento della tassazione dei redditi d'impresa tra gli Stati Membri<sup>5</sup>.

In specie, tenuto conto che in assenza di armonizzazione tutti gli Stati Membri sono liberi di scegliere, anche sotto forma di accordi bilaterali, gli strumenti più idonei al raggiungimento degli obiettivi precipui posti in ambito tributario internazionale<sup>6</sup>, non può tuttavia derogarsi all'esigenza di giungere a forme di coordinamento delle pretese fiscali dello Stato della fonte e dello Stato della residenza. In quest'ottica, è con gli strumenti dell'ordinamento comunitario che si persegue, in prima battuta, l'obiettivo di salvaguardia degli assetti tributari dei singoli Stati Membri prevedendo un regime di neutralità fiscale sulla distribuzione di dividendi, e confinando la tassazione nello Stato di produzione (residenza della "società-figlia")<sup>7</sup>. Questo perché le direttive comunitarie (come già evidenziato) sono improntate in un'unica direzione, ovvero l'ottimizzazione del funzionamento del mercato unico, che si concretizza con l'eliminazione della *competizione fiscale* tra Stati Membri, quale fattore di *distorsione* e *discriminazione* nella localizzazione di un investimento in ambito comunitario. In tal senso, come anche annotato dai giudici di Cassazione, una "*estensione generalizzata di una determinata convenzione bilaterale a società-madri residenti in uno Stato diverso da quelli stipulanti*" non permetterebbe di raggiungere i medesimi risultati, tanto che lo stesso ricorrente specificava di non richiedere "*l'accesso al trattato stipulato tra l'Italia e la*

---

<sup>4</sup> Tramite il quale si rendono omogenee le legislazioni fiscali dei diversi Stati Membri, con l'obiettivo di eliminare distorsioni che possano favorire casi di doppia imposizione ovvero creare ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali in ambito comunitario.

<sup>5</sup> Inteso come quel procedimento volto a favorire lo sviluppo di politiche fiscali tese ad incentivare l'integrazione tra gruppi di imprese residenti negli Stati Membri.

<sup>6</sup> Sul punto annotiamo anche l'intervento della giurisprudenza comunitaria, causa C-336/96 del 12 maggio 1998, *Gilly contro Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*, nel paragrafo 23): "Anche se l'eliminazione della doppia imposizione all'interno della Comunità figura, come emerge dal punto 16 di cui sopra, tra gli obiettivi del Trattato, si deve tuttavia constatare che a tutt'oggi, a prescindere dalla Convenzione 23 luglio 1990, relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate (GU L 225, pag. 10), nessuna misura di unificazione o di armonizzazione diretta ad eliminare le doppie imposizioni è stata adottata nell'ambito comunitario e che gli Stati membri non hanno stipulato, in forza dell'art. 220 del Trattato, nessuna convenzione multilaterale in materia", e nel paragrafo 24): "Essendo competenti a determinare i criteri d'imposizione sui redditi e sul patrimonio al fine di eliminare, se del caso mediante convenzioni, le doppie imposizioni, gli Stati membri hanno stipulato numerose convenzioni bilaterali, ispirate, in particolare, ai modelli di convenzione tributaria concernenti il reddito e il patrimonio, elaborati dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico".

Dello stesso tenore anche le motivazioni riportate nella causa C- 374/04, 12 dicembre 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation contro Commissioners of Inland Revenue*, paragrafo 81).

<sup>7</sup> Come osservato dagli stessi Giudici della Corte di Cassazione nella Sentenza in commento, al paragrafo 3.3): "[...] Fatte appunto salva la necessità di non violare i principi istitutivi, l'obiettivo di uniformizzazione e di incentivazione alla localizzazione transazionale in ambito UE dei gruppi societari viene perseguito, nel caso di specie, tramite la direttiva madre-figlia, e non attraverso una – inesistente – regola di estensione generalizzata di una determinata convenzione bilaterale a società-madri residenti in uno Stato diverso da quelli stipulanti"

Francia”, quanto piuttosto “*il riconoscimento del vantaggio concesso dall’Italia sulla base della convenzione in commento ad una società madre residente della Francia in relazione ai dividendi distribuiti da una società figlia italiana*”.

A questo punto, per riprendere la contestazione del ricorrente sul raddoppio del beneficio economico a favore di un percipiente francese (esenzione più credito d’imposta), la questione si pone ad un livello superiore, ovvero il tema della compatibilità delle discipline convenzionali in rassegna con i principi in materia di libertà fondamentali statuiti nell’ambito del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea.

Il caso citato nella Sentenza è la causa C-374/04 del 12 dicembre 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation contro Commissioners of Inland Revenue*, laddove la Corte di Giustizia Europea, trovandosi a stabilire sulla conformità di clausole di limitazione dei benefici (in tema di dividendi percepiti da soggetti residenti o non residenti) con i principi di libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali, ha rigettato le questioni pregiudiziali sollevate dalla ricorrente prevedendo per l’inesistenza di una violazione delle libertà fondamentali.

Infatti, nella dimensione convenzionale, “*il fatto che diritti e obblighi reciproci si applichino soltanto a soggetti residenti in uno dei due Stati membri contraenti è una conseguenza inerente alle convenzioni bilaterali volte a prevenire la doppia imposizione*”, (paragrafo 91 della causa C-374/04), in quanto frutto di negoziazioni limitate ai soggetti residenti nei detti Stati Membri.

Di conseguenza, non si rileva contraria ai principi in tema di libertà fondamentali una disciplina che impedisca, ad un soggetto residente in uno Stato Membro, l’accesso alle disposizioni, ai diritti ed agli obblighi inerenti a convenzioni bilaterali sottoscritte tra Stati Membri di cui lo stesso percipiente non sia anche residente, né una tale fattispecie prefigura una violazione sul campo della discriminazione (prevista dall’art. 12 del Trattato Istitutivo, ora art. 18 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea, che dispone che “*nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità*”) nei confronti di società non residenti in uno dei due Stati Membri contraenti.

In conclusione, secondo i giudici di Cassazione, la **disciplina comunitaria** e quella **pattizia** rappresentano **fonti normative concorrenti e non denominate secondo un criterio generale di gerarchia**. Pertanto il contribuente è libero di optare per la forma a lui più conveniente per raggiungere l’obiettivo del superamento della doppia imposizione sulla distribuzione di dividendi tra soggetti residenti in diversi Stati Membri, tenuto conto dei presupposti soggettivi, delle soglie di accesso e delle modalità applicative delle norme.

Allo stesso modo **le due discipline non sono cumulabili** e, come tale, risulta priva di fondamento la tesi secondo cui l'estensione dei benefici convenzionali previsti dal trattato tra Italia e Francia anche a "società-madri" residenti in altri Stati Membri, risponderebbe all'esigenza di uniformità e compatibilità ai principi comunitari. Infatti, tenuto conto dell'impossibilità per una società francese di cumulare i benefici in parola, ecco che tanto un percipiente residente in Francia quanto uno residente in Germania avrebbero la medesima possibilità di attivare le disposizioni comunitarie e godere del regime di neutralità fiscale garantito dalla *Direttiva*.