

La ritenuta sui dividendi verso non residenti: possibile contrasto con i principi fondamentali dell'UE

Un contrasto correttamente evidenziato in punto di diritto ma di difficile eliminazione



Alberto Crosti

Dottore Commercialista e Revisore legale in Milano,
Componente della Commissione di Fiscalità
Internazionale dell'O.D.C.E.C. Milano

L'assoggettare alla ritenuta convenzionale il flusso di dividendi tra gli Stati membri è in contrasto con i principi di funzionamento dell'UE. In questo modo si è espressa la CGUE con riferimento alla tassazione sui dividendi erogati da un soggetto di diritto francese verso società di diritto belga, in quanto la società beneficiaria dei dividendi potrebbe essere finanziariamente danneggiata rispetto alla società di diritto francese percettrice di dividendi, quest'ultima pagando le imposte sui dividendi solo se la base imponibile è attiva. L'Italia si trova sostanzialmente nella stessa situazione normativa della Francia per quanto concerne il trattamento domestico dei dividendi e, quindi, potrebbe essere a sua volta oggetto delle censure della CGUE. Se in linea di principio la sentenza non è criticabile, la sua applicazione da un punto di vista pratico solleva problemi di non poco conto ai quali è difficile dare una risposta.

I. Premessa.....	377
II. La società non residente vs. la società residente: posizione di svantaggio.....	378
III. Alcune riflessioni sulle implicazioni operative.....	379
IV. La normativa italiana e la sentenza della CGUE	379
V. Conclusioni.....	380

I. Premessa

Tre società di diritto belga (società Sofina SA, Rebelco SA e Sidro SA), detentrici di partecipazioni in società di diritto francese, beneficiavano della distribuzione di dividendi dalle partecipate francesi nel rispetto della Convenzione per evitare le doppie imposizioni tra la Francia e il Belgio (CDI FR-B) che prevede all'art. 15, l'assoggettamento alla ritenuta in uscita del 10% o del 15%, a seconda della percentuale di detenzione del capitale, almeno il 10% nel primo caso, dei dividendi verso soggetti non residenti per i quali non ricorrono ovviamente le condizioni della Direttiva n. 2011/96/UE (cd. "Madre-Figlia").

Le tre società in questione, quindi, erano assoggettate ad un prelievo fiscale a prescindere dalla circostanza di una loro effettiva posizione debitoria ai fini fiscali verso l'Amministrazione finanziaria belga, posizione che di fatto non avrebbe originato alcun debito stante la chiusura degli esercizi finanziari a fronte dei quali erano stati percepiti i dividendi (per la precisione gli anni 2008, 2009, 2010 e 2011) in perdita. Questa situazione non permetteva loro utilizzare la ritenuta operata dalla Francia a fronte delle imposte maturate in Belgio, perdendo di fatto il credito d'imposta ed assoggettandole comunque ad una tassazione, anche se prive di base imponibile. Ciò ha indotto le tre società a presentare un'istanza di rimborso delle imposte trattenute alla fonte dall'Amministrazione finanziaria francese e, di fronte al rifiuto della stessa di procedere alla restituzione delle stesse, hanno presentato ricorso ai giudici competenti i quali, sia in primo che in secondo appello, respingevano le domande di restituzione. Ancora i contribuenti hanno presentato ricorso avanti al Consiglio di Stato. Quest'ultimo, con decisione del 20 settembre 2017, sospendeva il procedimento avendo ravvisato la possibile esistenza di un contrasto tra la normativa nazionale francese ed il diritto dell'Unione europea (UE) al fine di sottoporre alla Corte di Giustizia dell'UE (CGUE) una domanda di pronuncia pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 63 e 65 del Trattato sul funzionamento dell'UE (TFUE).

In particolare, sono state sottoposte le seguenti pregiudiziali:

- 1) se gli artt. 63 e 65 TFUE debbano essere interpretati nel senso che le minori disponibilità liquide risultanti dall'applicazione di una ritenuta alla fonte ai dividendi versati a società non residenti deficitarie, mentre le società residenti deficitarie sono tassate sull'importo dei dividendi percepiti solo nel corso dell'esercizio durante il quale divengono, eventualmente, nuovamente debtrici d'imposta, costituisca di per sé una differenza di trattamento costitutiva di una restrizione alla libertà di circolazione dei capitali;
- 2) se l'eventuale restrizione alla libertà di circolazione dei capitali menzionata al quesito precedente possa essere giustificata, con riguardo alle esigenze risultanti dagli

artt. 63 e 65 TFUE, dalla necessità di garantire l'efficacia della riscossione dell'imposta, dal momento che le società non residenti non sono soggette al controllo dell'Amministrazione finanziaria francese, o anche dalla necessità di tutelare la ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri;

- 3) nel caso in cui l'applicazione della ritenuta alla fonte risulti, in linea di principio, ammissibile rispetto alla libertà di circolazione dei capitali, se tali disposizioni ostino alla riscossione di una ritenuta alla fonte sui dividendi versati da una società residente a una società deficitaria non residente di un altro Stato membro, qualora quest'ultima cessi la propria attività senza essere nuovamente tornata in attivo fiscale, mentre una società residente che si trovi nella stessa situazione non è effettivamente tassata sull'importo di tali dividendi.

II. La società non residente vs. la società residente: posizione di svantaggio

La società non residente, che contabilizza una perdita di bilancio, viene a trovarsi rispetto ad una società residente in Francia in una posizione di svantaggio per lo meno finanziario, stante che la seconda, se si trovasse nella stessa condizione della società non residente (in perdita) non pagherebbe imposta alcuna non avendo subito al momento dell'erogazione dei dividendi alcuna ritenuta. Il momento impositivo si realizzerebbe alla chiusura dell'esercizio e a condizione che il soggetto presenti una base imponibile positiva. Quanto precede potrebbe essere sintetizzato nell'affermare che il soggetto non residente viene assoggettato ad una imposizione immediata e definitiva, ciò che, invece, non accade nel caso di soggetto percettore residente dato che la tassazione dipende dal risultato d'esercizio.

Questo svantaggio di tesoreria, che è il primo punto di criticità riscontrato, è stato messo in evidenza dal Consiglio di Stato che si è posto la domanda se la disparità di trattamento possa costituire una restrizione alla circolazione dei capitali, restrizione che è vietata dall'art. 63 TFUE, ma che potrebbe, però, giustificarsi nell'ottica di garantire la riscossione dell'imposta, riscossione che obbedirebbe all'esigenza di ripartire il potere impositivo tra i vari Stati, quello di residenza e quello di origine del reddito.

Vi sarebbe un ulteriore vantaggio, argomentazione elaborata dal Consiglio di Stato, che concerne l'esenzione fiscale *de facto* di cui godrebbe la società residente qualora, dopo avere chiusi gli esercizi in perdita, cessi l'attività, non avendo mai, quindi, sottoposto a tassazione i dividendi, situazione invece di cui non godrebbe la società non residente.

Infine, il Consiglio di Stato considera anche le modalità di calcolo della base imponibile dei dividendi a seconda della residenza del soggetto percettore, stante che la base imponibile di tassazione del soggetto residente è influenzata positivamente dai costi connessi alla percezione dei dividendi, in contrasto con l'assunzione come base imponibile del dividendo lordo al momento in cui viene effettuata la ritenuta.

Il Consiglio di Stato, tenute presenti le argomentazioni brevemente esposte, ha sospeso il giudizio ed ha sottoposto alla CGUE le pregiudiziali conseguenti proprio ai vari aspetti critici sollevati.

La CGUE, con la sentenza del 22 novembre 2018 (Causa C-575/17) ha concluso affermando: "[p]er questi motivi, la Corte (Quinta Sezione) dichiara: gli articoli 63 e 65 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa di uno Stato membro, come quella oggetto del procedimento principale, per effetto della quale i dividendi distribuiti da una società residente sono assoggettati a ritenuta alla fonte se percepiti da una società non residente, mentre, nel caso in cui vengano percepiti da una società residente, la loro tassazione, secondo il regime di diritto comune d'imposta sulle società, si realizza alla chiusura dell'esercizio di loro percepimento subordinatamente alla condizione che il risultato della società medesima realizzato nell'esercizio medesimo sia in attivo, laddove la tassazione dei dividendi può, eventualmente, non verificarsi mai qualora la società stessa cessi la propria attività senza aver ottenuto un risultato in attivo successivamente al percepimento dei dividendi".

La situazione discriminatoria posta in evidenza nel contenzioso commentato potrebbe da un lato dissuadere una società non residente dall'effettuare investimenti in società localizzate in Francia, dall'altro a disincentivare da parte di soggetti investitori francesi ad acquisire partecipazioni in società non residenti, di fatto, quindi, la libera circolazione dei capitali verrebbe ad essere ristretta, scontrandosi in questo modo con l'art. 63 par. 1 TFUE.

Argomentare inoltre che la tassazione sotto esame risponda ad esigenze di riscossione della imposta, tesi avanzata dall'Amministrazione francese, non tocca la sostanza della problematica che di fatto concretizza un vero e proprio vantaggio fiscale sostanziale.

La CGUE, inoltre, controbatte all'Amministrazione finanziaria francese anche sulla necessità di ripartire il carico fiscale tra lo Stato della residenza e quello della fonte, sostenendo che quello della fonte, vale a dire la Francia, non perderebbe il diritto d'assoggettamento a tassazione dei dividendi in quanto il diritto in questione potrebbe anche essere esercitato non nel momento in cui i dividendi escono dalla Francia, ma in quello in cui la società beneficiaria chiudesse il proprio esercizio in attivo, realizzando in questo modo una precisa uguaglianza con un soggetto beneficiario francese.

Infine, l'affermare che la definitiva cessazione di attività della società non residente causerebbe un danno fiscale definitivo alla Francia se le ritenute non fossero applicate, è in netto contrasto con ciò che si verifica nel caso in cui il soggetto partecipante francese dovesse cessare l'attività dato che, anche in questo caso, l'Amministrazione finanziaria francese non godrebbe di alcun introito.

La CGUE vede nel differimento della tassazione, al momento in cui ve ne fossero i presupposti, la soluzione all'obiettivo di

riscossione delle imposte dovute sui dividendi, differimento che troverebbe nella Direttiva n. 2008/55/CE^[1] un quadro di riferimento al quale ricorrere per garantire l'effettiva riscossione delle imposte dovute alla fonte: secondo la CGUE la Direttiva citata offre all'Amministrazione finanziaria dello Stato membro di origine un quadro di cooperazione e di assistenza tale da consentire loro l'effettiva riscossione di crediti fiscali nello stato membro di residenza.

Grazie al differimento impositivo il soggetto non residente verrebbe a trovarsi sullo stesso piano del soggetto residente, eliminando in questo modo qualsiasi restrizione alla libera circolazione dei capitali.

III. Alcune riflessioni sulle implicazioni operative

Se da un lato, avuto riguardo al rispetto dei principi fondamentali, la pronuncia della CGUE merita un plauso ed uno sguardo di favore, adottando una prospettiva meramente pratica, questa risulta di più difficile implementazione.

Calare la sentenza della CGUE nella realtà operativa avrebbe alcune conseguenze non di poco conto stante che il soggetto erogatore dei dividendi, il quale secondo la CDI in vigore con il Paese del soggetto beneficiario avrebbe il diritto/dovere di assoggettare i dividendi alla ritenuta convenzionale, dovrebbe essere edotto non solo della situazione economica del soggetto beneficiario, ma anche del fatto che alla fine dell'esercizio nel quale sono introitati i dividendi, il medesimo soggetto dichiara un utile fiscale che gli permetta di recuperare la ritenuta alla fonte subita.

La conoscenza della situazione del beneficiario non può che essere acquisita chiedendo allo stesso beneficiario di informare il soggetto erogante della sua situazione, che però potrebbe variare considerevolmente dal momento in cui il dividendo è distribuito a quello di chiusura dell'esercizio; basterebbe pensare ad una distribuzione di dividendi effettuata all'inizio di un anno non assoggettata a ritenute sulla base di proiezioni negative circa l'andamento dell'esercizio, che a fine anno chiude con una base imponibile positiva.

Dato che, come affermato in precedenza, la CGUE ravvisa nella Direttiva n. 2008/55/CE lo strumento che permetterebbe di superare questa situazione. Sembra interessante, pertanto, analizzare il contenuto onde verificare se, oltre ai termini astratti, la stessa consenta all'amministrazione finanziaria di gestire una situazione in cui il soggetto domestico non operi la ritenuta su richiesta del percettore non residente, cioè procedere al recupero della mancata ritenuta.

La Direttiva n. 2010/24/UE, che ha abrogato la Direttiva n. 2008/55/CE, giudicata molto rigida e sovente paralizzata da formalismi eccessivi, stabilisce le regole secondo le quali i Paesi dell'UE devono prestare assistenza reciproca ai fini del

[1] Direttiva n. 2008/55/CE del Consiglio, del 26 maggio 2008, sull'assistenza reciproca in materia di recupero dei crediti risultanti da taluni contributi, dazi, imposte ed altre misure. La stessa è stata abrogata a partire dal 1° gennaio 2012 dall'emanazione della Direttiva n. 2010/24/UE del 16 marzo 2010.

recupero dei crediti relativi a dazi, imposte e altre misure. La Direttiva è stata completata dal Regolamento di esecuzione n. 1189/2011/UE, dalla Decisione di esecuzione del 18 novembre 2011, e recepita nel diritto italiano con il Decreto legislativo (D.Lgs.) n. 149/2012. Le richieste di assistenza sono inoltrate tramite appositi modelli e inviati su specifiche caselle di posta elettronica. Per assicurare la confidenzialità delle trasmissioni con mezzi elettronici tra le autorità degli Stati membri, viene utilizzata una piattaforma comune criptata basata sulla rete di comunicazione "CCN" sviluppata dall'UE. I modelli sono accompagnati da strumenti comuni europei, validi sia ai fini delle notifiche (modello UNF) sia per le richieste di recupero vere e proprie (modello UIPE, titolo esecutivo europeo).

Per quanto riguarda gli aspetti organizzativi, l'autorità competente per l'Italia è il Direttore generale delle finanze, mentre le autorità abilitate a gestire le istanze di mutua assistenza sono:

- l'Ufficio di collegamento dell'Agenzia delle Entrate, competente per i crediti derivanti dall'IVA, imposte sui redditi, imposte sui premi assicurativi, imposte sulle successioni e donazioni ed imposte sui mezzi di trasporto;
- l'Ufficio di collegamento dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, competente in materia di diritti doganali, dazi e accise, per le restituzioni, agli interventi e le altre misure che fanno parte del sistema di finanziamento integrale o parziale del Fondo europeo agricolo di garanzia (FEAGA) e del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR); nonché per i contributi e gli altri dazi previsti nell'ambito dell'organizzazione comune dei mercati nel settore dello zucchero;
- l'Ufficio di collegamento del Dipartimento delle finanze, che tratta le richieste di mutua assistenza relative ai tributi locali. L'Agenzia delle Entrate, in qualità di Ufficio Centrale di Collegamento (C.L.O.), responsabile principale dei contatti con la Commissione europea e con gli altri Stati membri, svolge inoltre funzioni di coordinamento con gli altri uffici di collegamento.

Completano l'iter di recepimento, tre provvedimenti amministrativi attuativi:

- decreto del 5 agosto 2013 (relativo al C.L.O.);
- decreto del 28 ottobre 2013 (in materia di notifica);
- decreto del 28 febbraio 2014 (che definisce le varie fasi procedurali per il recupero di un credito).

IV. La normativa italiana e la sentenza della CGUE

Quanto argomentato in precedenza fa riferimento, da un lato, alla normativa francese applicata al momento della erogazione dei dividendi e, dall'altro, al testo della CDI FR-B.

Al fine di verificare se una problematica medesima possa essere sollevata se fosse l'Italia il Paese che eroga i dividendi verso un soggetto non residente è necessario fornire gli elementi essenziali del sistema domestico di tassazione dei dividendi verso soggetti societari, residenti e non residenti, questi ultimi coperti dalla CDI.

Allo scopo di chiarire la fattispecie or ora descritta si fornisce un caso teorico simile: si assuma che la partecipata sia collocata in Belgio, Paese con il quale l'Italia ha stipulato una CDI.

Analizziamo innanzitutto due capisaldi del regime fiscale vigente^[2] secondo cui i dividendi sono assoggettati a tassazione in Italia:

- in tutti i casi in cui il soggetto che li distribuisce sia residente o stabilito in Italia, prescindendo dunque dalla residenza nel territorio italiano del soggetto percipiente, e
- solo quando siano distribuiti ad un soggetto residente, o stabilito, se il soggetto che li eroga è fiscalmente residente all'estero.

La fattispecie reddituale dei dividendi è potenzialmente esposta ad un caso di doppia imposizione non solo nell'ipotesi di potestà impositiva concorrente tra Stati, ma anche nel caso di soggetti, erogante e percipiente, residenti in Italia^[3]:

- in *primis*, durante l'esercizio di formazione in capo alla società e, successivamente,
- nel momento di erogazione in capo al socio percettore.

Il nostro legislatore ha, per questo motivo, previsto un regime domestico di esenzione in base al quale in linea di principio sia i dividendi nazionali che quelli di fonte estera percepiti da società di capitali concorrono alla formazione del reddito imponibile solo per il 5% del loro ammontare (art. 89, comma 2, TUIR).

Fermo restando la necessità di coordinare tale norma con altri casi particolari^[4], che per ragioni di sintesi non trattiamo in tale sede, rileva osservare come la disciplina operi in modo diverso in ragione della differente natura del soggetto che percepisce i dividendi. In tal caso, infatti, il dividendo erogato al soggetto passivo dell'Imposta sul reddito delle società (IRES) residente non viene assoggettato ad alcuna ritenuta mentre, tornando al nostro esempio, se il soggetto è un non residente, il soggetto che eroga ha l'obbligo di applicare la ritenuta e, soddisfatte certe condizioni, nel caso prospettato la ritenuta massima applicabile è del 15%.

Accanto ad una prima paritetica situazione (nessuna ritenuta applicata) ve n'è una seconda, dato che i dividendi sono tassati in capo alla società percettrice a condizione che la stessa chiuda il proprio bilancio con un risultato fiscale positivo, nel caso contrario si riproporrebbe la stessa situazione che si realizza in Francia.

Alla luce della sentenza della CGUE emerge una variabile che andrebbe tenuta in considerazione nel momento in cui il soggetto residente opera la ritenuta, variabile che concerne la situazione reddituale della partecipante, situazione che potrebbe trasformare una ritenuta da utilizzare a compensazione con le imposte domestiche del Belgio in una tassazione definitiva.

Da un lato, quindi, la partecipante belga soggiacerebbe ad un costo fiscale, dall'altro la partecipante italiana non subirebbe alcuna tassazione, alla fonte ma semplicemente sottoporrebbe a tassazione il 5% dei dividendi.

Siamo quindi in grado di affermare che la situazione ipotetica illustrata per l'Italia è molto simile a quella francese, situazione che ha indotto la CGUE a formulare la sentenza commentata.

V. Conclusioni

È molto complesso gestire il trattamento dei dividendi in uscita, qualora assoggettabili a ritenuta di acconto, nell'ottica di evitare di addossare al soggetto percettore un costo fiscale piuttosto che di operare una ritenuta di acconto, stante che la variabile da prendere in considerazione, esercizio in perdita fiscale con non tassazione dei dividendi, da un lato è totalmente gestibile e pilotabile dal beneficiario dei dividendi unico soggetto a conoscenza della sua situazione, dall'altro è influenzabile dalla regolamentazione fiscale della tassazione dei dividendi dei vari Stati membri.

Il soggetto erogante si verrebbe a trovare tra "l'incudine", costituita dall'obbligo di operare la ritenuta in uscita ai sensi sia della CDI sia delle norme interne, obbligo da rispettare anche se il beneficiario rilascia un attestato di manleva dichiarando di essere in perdita fiscale, ed il "martello" della sentenza che però a ben vedere non riguarda il soggetto erogante, ma l'Amministrazione finanziaria. Quest'ultima avrebbe poi la possibilità di ricorrere alla Direttiva n. 2010/24/UE con tutte le implicazioni operative derivanti, sia in termini di gestione amministrativa, sia in termini di numero di possibili situazioni da gestire nelle quali il soggetto domestico non ha applicato la ritenuta in ossequio alla sentenza.

Vi è, quindi, in definitiva, la sensazione che la strada indicata dalla CGUE sia praticamente impercorribile, tenendo anche presente l'enorme difficoltà che la nostra Amministrazione finanziaria ha nella gestione del recupero dei crediti fiscali limitatamente al solo contesto domestico.

^[2] Per effetto della lettura combinata dell'art. 3 e dell'art. 23 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR), sulla determinazione della base imponibile e sull'applicazione dell'imposta ai non residenti.

^[3] Cfr. PARISI PAOLO, *Dividendi, presupposto impositivo*, in: *Fisconline guide operative*.

^[4] Il riferimento è alla disciplina *Participation Exemption* (PEX) (ex art. 87, comma 7, TUIR), alla distribuzione di utili in caso di società che abbiano optato per la tassazione di Gruppo (ai sensi dell'art. 122, comma 1, TUIR) e all'opzione per la trasparenza fiscale (ex art. 115 TUIR).