

Abuso, elusione fiscale e società conduit: ancora significative pronunce da parte della giurisprudenza di merito.

Premessa

La Commissione Tributaria Provinciale di Pescara con tre distinte pronunce¹ conferma l'operato dell'Agenzia delle Entrate nel contenzioso tra il Centro operativo di Pescara e tre importanti gruppi finanziari e industriali di rilevanza mondiale (per un valore della lite complessivamente superiore ai cento milioni di euro). Si va così consolidando la giurisprudenza tributaria favorevole nelle ormai numerose vertenze relative a rimborsi d'imposta di particolare rilievo, nelle quali sono stati disconosciuti i crediti vantati a causa dell'elusività delle operazioni poste in essere².

Le indagini hanno riguardato le istanze di rimborso di ritenute e crediti d'imposta su dividendi (previsto dal combinato disposto degli artt. 14 e 105 del DPR 22.12.1986 n. 917) presentate da soggetti residenti all'estero³ nel periodo 1992-2003⁴: va sottolineato il fatto che il controllo di queste istanze in via esclusiva per tutto il territorio nazionale è stato affidato al suddetto Ufficio dell'Agenzia delle Entrate a far data dall'1/1/2002 ed è stato decisivo per ottenere una visione complessiva ed unitaria del fenomeno che in precedenza non era possibile avere in ragione della distribuzione tra più Uffici.

Nell'ambito di questo tipo di attività ha assunto un particolare rilievo il credito d'imposta sui dividendi, che viene riconosciuto dall'Italia reciprocamente con l'altro Stato soltanto nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni, sottoscritte rispettivamente con la Gran Bretagna⁵ e la Francia⁶, al fine di restituire le imposte già pagate in Italia dalla società distributrice dei dividendi.

Disconosciuti i crediti d'imposta su dividendi a causa del carattere elusivo delle operazioni poste in essere con il meccanismo del *dividend washing*.

La vicenda ha preso il via da due diverse verifiche, con la prima delle quali il COP ha recepito il contenuto dei PVC rimessigli dalla Guardia di Finanza – Gruppo Tutela Spesa Pubblica di Roma – al termine delle indagini disposte dalla Procura della Repubblica di Pescara che ha rilevato l'utilizzo artificioso di una conduit (società-sponda) nel Regno Unito, idonea a figurare come beneficiaria dei dividendi distribuiti da una società italiana, quando, al contrario, il *dominus* effettivo era un soggetto residente negli Stati Uniti. Obiettivo dell'operazione era ottenere i rimborsi previsti dalla favorevole convenzione stipulata tra Italia e UK per evitare le doppie imposizioni e di effettuare un "lavaggio" dei dividendi (c.d. *dividend washing*) con la realizzazione dei suoi favorevoli effetti. I due soggetti, con diverso sistema di tassazione dei dividendi, travestivano, quindi, i proventi di capitale in corrispettivi di cessioni dei titoli stessi, realizzando un complessivo vantaggio fiscale ripartito tra di essi.

¹ Commissione Tributaria Provinciale di Pescara, n. 324/01/09 del 12 marzo 2009, depositata il 4 novembre 2009; n. 415/01/09 del 26 novembre 2009, depositata il 31 dicembre 2009; n. 226/04/09 del 15 dicembre 2009, depositata il 31 dicembre 2009.

² Per una più completa trattazione si rinvia all'articolo dello stesso Autore, *"Il treaty-shopping nell'esperienza italiana: nullità dei contratti in caso di dividend washing"*, in Dialoghi di Diritto Tributario n. 12/2007, pagg. 1589 ss.

³ Su questa competenza, assegnata al Centro Operativo di Pescara con decorrenza 1/1/2002, oltre al Provvedimento del 7/12/2001, vd. anche Provvedimento del Direttore dell'Agenzia Entrate del 27/2/2002.

⁴ Ossia dopo le modifiche apportate all'art. 14 dal D.L. 9 settembre 1992, nr. 372 conv. con mod. nella Legge 5 novembre 1992, nr. 429 che vi hanno introdotto i commi 6-bis e 7-bis;

⁵ Art. 10 della Convenzione contro le doppie imposizioni Italia-Gran Bretagna, ratificata dalla L. 5/11/1990 n. 329.

⁶ Art. 10 della Convenzione Italia – Francia, ratificata dalla L. 7/01/1992 n. 20.

Tale operazione permetteva al fondo, o comunque alla società americana o giapponese (in ogni caso extra-UE), nel cedere la titolarità delle azioni di ottenere i seguenti vantaggi: a) realizzare una plusvalenza, derivante dal differenziale tra prezzo di cessione e riacquisto del titolo, pari al dividendo netto cui aveva rinunciato più la quota di guadagno fiscale concordata (commisurato al credito d'imposta che la cessionaria avrebbe ricevuto dallo Stato italiano); b) e, nel caso la società fosse stata un fondo, il trattare un dividendo, che era in via di pagamento su un titolo in suo possesso, come una plusvalenza fiscalmente esente⁷, dal momento che i fondi sono soggetti trasparenti ed in quanto tali, non assoggettati alle imposte sui redditi.

Dall'altra parte la società di capitali inglese realizzava invece altri speculari vantaggi: A) nell'incassare il dividendo scomputava la ritenuta di acconto; B) acquisiva il diritto a chiedere il rimborso del credito d'imposta allo Stato italiano; C) imputava al conto economico una minusvalenza da negoziazione fiscalmente deducibile, tale da compensare il dividendo incassato.

In seguito ad una complessa istruttoria svolta dalla GdF e recepita nei suoi contenuti principali dai provvedimenti emessi nell'esercizio della propria attività amministrativa dall'ufficio, il Centro operativo di Pescara ha individuato una serie di operazioni elusive consistenti nell'acquisizione, da parte di una banca d'affari statunitense, della disponibilità di una rilevante massa di titoli azionari emessi da società italiane mediante contratti di *stock loan* (prestito titoli) stipulati con vari investitori.

L'attività elusiva ha poi riguardato la successiva cessione di tali titoli ad una controllata residente nel Regno Unito prima del pagamento del dividendo, e dopo il relativo incasso, anche la restituzione dei titoli, alla scadenza del contratto di *stock loan*, all'originario detentore. Tale comportamento avrebbe permesso di ottenere, oltre al pagamento del dividendo, anche il rimborso del credito d'imposta da parte dell'Amministrazione finanziaria italiana, con un notevole vantaggio per i soggetti coinvolti.

Le condizioni che legittimavano il soggetto UK, presentandosi come effettivo beneficiario dei dividendi, a richiedere il rimborso del credito d'imposta, erano riassumibili in:

- l'artificiosa temporaneità *ab origine* di ogni trasferimento di titolarità delle azioni italiane;
- la brevità del lasso di tempo intercorso tra la stipula dello *stock loan* e la restituzione finale dei titoli al mutuante;
- dalla disponibilità media mensile di un modesto numero di azioni della specie detenute dalle società nel corso dell'intero anno, che ne hanno acquisito una rilevante quantità solo in prossimità della data di stacco del dividendo;
- dalla mancanza delle c.d. "valide ragioni economiche", ossia di un qualsiasi "rischio" economico connesso alla gestione dei titoli italiani in capo alla banca inglese che percepirebbe i dividendi: ciò è stato verificato anche attraverso l'analisi del comportamento tenuto sul mercato borsistico dal soggetto estero, così da escludere che le operazioni rilevate fossero afferenti ad un normale aumento dell'attività speculativa posta in essere nel periodo a cavallo dello stacco del dividendo, mirata alla capitalizzazione degli eventuali maggiori guadagni derivanti dall'incasso del dividendo in pagamento da parte delle società italiane quotate in borsa.

L'abuso di diritto contestato alle società coinvolte veniva realizzato tramite il *treaty shopping*⁸, che mira allo sfruttamento di un regime vantaggioso contro la doppia imposizione esistente tra due Paesi, attraverso l'inserimento da parte di un residente in un Paese terzo di una struttura economica in uno dei due Paesi stipulanti la convenzione, affinché sia funzionale alla fruizione delle agevolazioni previste dal trattato, che altrimenti non gli sarebbero state accessibili.

⁷ Ai sensi dell'art. 9, comma 1, della Legge 23/3/1983, n. 77 (sost. dal D.Lgs 25/1/1992, n. 83), i fondi comuni di investimento non sono soggetti alle imposte sui redditi.

⁸ L'espressione, di origine americana, deriva dal c.d. "*forum shopping*", attività che consiste nella ricerca della Corte di Giustizia che si ritiene più indicata per ottenere una favorevole decisione (V.UCKMAR, Le convenzioni contro le doppie imposizioni con riguardo all'America Latina, in Dir. Prat. Trib., 1996, pag. 1196).

E' in effetti una vera e propria operazione elusiva caratterizzata da: a) comportamenti (intesi come una serie di atti, fatti e negozi) la cui sequenza appaia anomala in relazione al risultato economico cui essi sono stati preordinati; b) assenza di una qualsiasi plausibile ragione "non fiscale" della loro concatenazione; c) sussistenza di un'interdipendenza funzionale tra le singole operazioni che, apparentemente autonome e casuali nella loro successione, perseguono nella sostanza uno scopo unitario.

Tale attività si sostanzia in:

- *risparmio d'imposta* (nel caso in esame il rimborso del credito d'imposta) *indebito*;
- *assenza di valide ragioni economiche*;
- *aggiramento di obblighi o divieti*.

Il secondo tipo di indagine invece è stato condotto dal COP su una fattispecie in cui la capo-gruppo americana aveva utilizzato nel Regno Unito una società-sponda, c.d. *conduit*, non operativa, costituita per figurare come beneficiaria dei dividendi distribuiti da una società italiana, quando, al contrario, il *dominus* effettivo era un soggetto residente negli Stati Uniti, al fine di godere dei più favorevoli effetti della convenzione sottoscritta dall'Italia con quel Paese anziché con gli USA.

Il complesso esame di questo tipo di situazioni ha comportato una verifica puntuale delle dichiarazioni presentate nel Regno Unito dalle società che apparivano quali presunti beneficiari effettivi dei dividendi e delle movimentazioni bancarie delle corrispondenti società americane a cui transitavano i pagamenti per poi essere veicolati nella maggior parte dei casi verso paradisi fiscali.

Oltre a questi elementi di mero fatto, sono stati posti all'attenzione dei giudici di prime cure anche degli argomenti in punta di diritto circa l'attribuzione del beneficio convenzionale ai soggetti inglesi: dall'esame comparato della normativa convenzionale (art. 10 Convenzione Italia-UK), delle norme comunitarie di cui le società avevano già usufruito (Direttiva Madre-Figlia n. 435/90/CEE), e della stessa normativa inglese che consentiva al rigo 61A della dichiarazione dei redditi alle società del proprio Paese di esentare da doppia tassazione (*double taxation relief*) le imposte relative ai dividendi percepiti dall'estero, l'Ufficio è pervenuto alla determinazione che alle società inglesi non spettasse nulla in quanto il beneficio convenzionale è alternativo⁹ a quello della direttiva.

Il provvedimento emesso dal COP, per un controvalore complessivamente pari a quasi trentasei milioni di euro, veniva notificato oltre ai soggetti inglesi che avevano presentato le istanze di rimborso, anche al sostituto d'imposta italiano e alle capo-gruppo americane in litisconsorzio necessario.

Le pronunce della Ctp di Pescara

Come anticipato in premessa, le tesi dianzi proposte dal COP sono state integralmente condivise dai giudici di primo grado.

Con le prime due sentenze, i giudici di prime cure hanno innanzitutto affermato un importante principio circa la paventata (dai ricorrenti) decadenza dei termini, sia in relazione all'azione di recupero dei crediti di imposta già rimborsati che al diniego dei crediti di imposta non ancora rimborsati: essi hanno infatti statuito che *"in materia di crediti da convenzioni non risultano applicabili i termini previsti dagli artt. 43 del DPR 600/73 e DPR 602/73, ma il termine di prescrizione decennale previsto dall'art. 2946 c.c."*.

Le Commissioni proseguono nell'esegesi della fattispecie affermando che *"i termini di decadenza nei rapporti tributari devono essere necessariamente applicati all'interno dello Stato nei confronti sia di un soggetto italiano che nei confronti di un soggetto estero con stabile organizzazione in Italia in quanto sottoposti alle identiche regole per l'accertamento e la riscossione. Ma tale principio deve essere applicato*

⁹ Relazione Parlamentare 5 marzo 1993 allo schema di decreto legislativo per l'introduzione in Italia della direttiva Madre-figlia; e C.M. 18 agosto 1994 n. 151.

solo quando una convenzione lo prevede espressamente o fa riferimento alle leggi applicate all'interno dello Stato".

I giudici del primo grado proseguono la loro disamina precisando altresì che *"non è applicabile neanche un principio di simmetria tra i termini di presentazione dell'istanza di rimborso, che sono di quattro anni, e i termini per esperire l'azione di diniego/recupero del credito d'imposta"*. Ciò significando che *"la mancata previsione nella Convenzione di un termine di decadenza per il recupero delle somme rimborsate o il diniego di quelle che non lo sono ancora state, evidenzia la volontà concordata di applicare il termine di cui all'art. 2946 di prescrizione decennale"*, non senza aver ricordato che *"in diritto tributario è impedito il ricorso all'analogia nell'individuazione dei termini e che i termini di decadenza devono essere espressamente previsti"*.

Il secondo profilo delle sentenze esaminate che merita attenzione consiste nella constatazione che i giudici fanno della validità dell'analisi statistico-matematica fatta attraverso l'utilizzo di un campione di istanze, atteso che *"sarebbe stato quasi impossibile ricorrere all'analisi analitica che avrebbe richiesto tempi lunghissimi e costi elevati"*: ciò ha consentito ai giudici di far superare la contestazione nel merito avanzata dalle ricorrenti sul presunto difetto assoluto di prova circa l'artificialità delle operazioni di compravendita azionaria, statuendo che *"l'analisi effettuata dal Nucleo di Polizia Tributaria di Roma con l'ausilio del CTU nominato dalla Procura di Pescara è accurata ed ha dato pienamente cognizione dei fatti accaduti"*.

I giudici hanno ulteriormente osservato sul punto rilevando che *"la ricostruzione fatta dalla società in merito ai crediti relativi ad alcuni titoli è parziale e non esaustiva ed è finalizzata ad evidenziare la legittimità di una sola parte delle transazioni effettuate mentre quella fatta dai verificatori, se pur a campione, individua con maggior precisione la percentuale delle transazioni che potevano beneficiare del rimborso del credito d'imposta"*.

Va registrato sul punto che la Suprema Corte di Cassazione – Sezione Tributaria, tornando di recente sul tema del *dividend washing*, stabilendo l'irrilevanza fiscale delle operazioni di *dividend washing* anche con riferimento a fatti verificatisi prima dell'entrata in vigore del D.L. 9.9.1992, n. 372 e ponendosi in tal modo in contrasto con il precedente orientamento¹⁰, ha affermato i seguenti importanti principi, prontamente recepiti dall'Agenzia delle Entrate in una esaustiva circolare¹¹:

- 1) la nullità dei contratti di compravendita che integrano le operazioni di *dividend washing* per difetto di causa ai sensi dell'art. 1418, comma 2 e 1325, n. 2 del codice civile¹²;
- 2) l'Amministrazione finanziaria, quale terzo interessato alla regolare applicazione delle imposte, è legittimata a dedurre (prima in sede di accertamento fiscale, poi in sede contenziosa) la simulazione assoluta o relativa dei contratti stipulati dal contribuente, o la loro nullità per "abuso di diritto"¹³;
- 3) sono nulle le pattuizioni volte alla modifica di un regime fiscale¹⁴.

Con la terza sentenza in commento, vengono affrontati e risolti in senso favorevole alle tesi dell'A.F. altri profili tra i quali in particolare ce ne sono due da valorizzare che attengono al litisconsorzio necessario e, nel merito, alla non spettanza delle agevolazioni richieste essendo alternative a quelle, già usufruite, della Direttiva madre-figlia.

Quanto al primo, i giudici di prime cure, nel disporre la riunione dei tre distinti ricorsi proposti, hanno giustificato tale scelta in quanto vi è *"un rapporto tributario sostanzialmente unico ab origine con pluralità di soggetti passivi, caratterizzato dal vincolo di consequenzialità necessaria fra i diversi atti di gravame,*

¹⁰ Corte di Cassazione - Sezione Tributaria - 26/1/2000 n. 3979, 3/9/2001 n. 11351 e 18/12/2001 n. 3345;

¹¹ Circolare n.39/E del 27/6/2007.

¹² Corte Cassazione – Sez. Trib. sentenze n. 20398 del 21/10/2005, e n. 22932 del 15/11/ 2005.

¹³ Corte Cassazione – Sez. Trib. sentenze n. 20816 del 26/10/2005.

¹⁴ La stessa Corte, già in altre occasioni e precisamente con le sentenze nr. 6445/1985; nr. 6232/1991, nr. 6037/1993 e nr. 13261/1999, ha ritenuto nulle le pattuizioni volte alla modifica di un regime fiscale.

ovvero di pregiudizialità e/o di continenza: si che il rapporto è da trattare necessariamente, sul piano processuale, in maniera unitaria: cfr. Cassazione SSUU -14815/2008".

Quanto al secondo profilo invece, i giudici muovono dall'assunto che la Direttiva "Madre-Figlia" CEE 23/07/1990, n. 435 va a regolare *ex novo* l'imposizione dei dividendi transfrontalieri tra gli Stati membri dell'UE, sovrapponendosi in una parte considerevole delle fattispecie, alle regole contenute nella Convenzione Italia - Regno Unito.

Mentre la Convenzione stabilisce il principio della tassazione dei dividendi nel Paese di destino, mitigato dal principio della concorrenza (ciascuna metà dei dividendi sottoposta ad imposizione nei rispettivi Paesi contraenti), al contrario la Direttiva stabilisce l'esclusione della tassazione nel Paese di destino dei dividendi.

Anche per mezzo del richiamo alla Relazione Parlamentare del 5 marzo 1993 allo schema di Decreto Legislativo recante il regime fiscale applicabile alle società madri e figlie, che stabilisce che *"restano impregiudicate le diverse e specifiche disposizioni contenute in alcune convenzioni internazionali per evitare le doppie imposizioni (esempio Francia, Regno Unito) e in particolare il regime delle ritenute alla fonte applicabile in forza delle stesse convenzioni. Ciò in quanto dette convenzioni realizzano già l'eliminazione della doppia imposizione e, pertanto, rappresentano un regime alternativo a quello previsto dalla direttiva"*, i giudici della Ctp pescarese giungono alla conclusione che *"da ciò sembra ragionevole poter evincere che non possono essere applicate, contemporaneamente, sia la Convenzione contro le doppie imposizioni che la Direttiva madre-figlia"*.

E questo rilevano i giudici, *"in quanto sia le convenzioni contro le doppie imposizioni che la Direttiva madre-figlia UE hanno entrambe lo scopo di evitare che un reddito transfrontaliero riceva una doppia imposizione: prima nello Stato della fonte e poi nello Stato di destino. Allorché viene richiesta l'applicazione della Convenzione nello Stato della fonte del reddito transfrontaliero non si può di contro applicare la Direttiva madre-figlia nello Stato di destino del reddito in quanto si otterrebbe una doppia NON imposizione determinata dalla restituzione delle imposte pagate nello Stato della fonte (art. 10 Convenzione) e contemporaneamente ottenere la non imposizione degli stessi redditi nello Stato di destino (Direttiva 90/435/CEE)"*.

I giudici, oltre a questi elementi di per sé sufficienti al rigetto dei ricorsi, hanno viepiù attribuito notevole importanza anche *"alle prove addotte dal COP, consistenti nelle seguenti dimostrazioni:*

- a) Gli utili distribuiti dalla società italiana non risultano essere mai giunti nel Regno Unito;*
- b) la società inglese è stata costituita sì nel Regno Unito, ma ivi non risulta svolgere alcuna reale attività come da bilanci presentati;*
- c) gli amministratori della società inglese risulta siano americani: non risultano neppure esser domiciliati nel Regno Unito"*.

Ciò ha portato i giudici di prime cure al convincimento che *"questi ulteriori elementi provano che la società inglese non è il "beneficiario effettivo" dei dividendi: essa è qualificabile come soggetto interposto -conduit company: in ogni caso non sembra ragionevolmente ipotizzabile poter beneficiare della normativa convenzionale e della Direttiva madre figlia UE"*.

Date le suddette premesse, i giudici hanno infine stabilito l'importantissimo principio secondo cui *"la disapplicazione della normativa convenzionale rende palese anche la corretta rideterminazione delle ritenute in misura piena effettuata dall'Ufficio tributario, sui dividendi distribuiti"*: ossia, una volta disconosciuti i benefici alla società inglese in quanto ritenuta fittiziamente interposta, le ritenute applicabili sui dividendi in uscita dall'Italia vanno correttamente rideterminate in capo alla società americana in misura piena, non potendo godere dei benefici comunitari previsti dalla direttiva madre-figlia.