

# Rinuncia al credito e beneficiario effettivo di interessi

di Massimo Antonini (\*) e Maria Letizia Mariella (\*\*)

La **sentenza** della **Commissione tributaria** provinciale di **Milano n. 4091/2017** esprime alcune considerazioni, non tutte condivisibili, in tema di rinuncia al credito da parte del socio, sulla nozione di beneficiario effettivo (ai sensi dell'art. 26-quater, comma 4, del D.P.R. n. 600/1973), e sul ruolo attribuibile al Modello di Convenzione OCSE e al relativo Commentario nell'interpretazione di tale concetto. Con riferimento alla nozione di **beneficiario effettivo** degli **interessi**, la **struttura organizzativa** del percettore **non** deve assumere **rilevanza**, dovendosi invece attribuire **importanza** ad ulteriori elementi, quali eventuali **vincoli** di **trasferimento** delle somme percepite. Vincoli che, come correttamente riconosciuto dalla sentenza in esame, sono insussistenti se chi percepisce gli interessi ha altresì il potere di rinunciarvi.

La Commissione tributaria provinciale di Milano, con sentenza n. 4091/2017 (1), si è pronunciata in merito alla rinuncia al credito da parte del socio nonché sulla nozione di "beneficiario effettivo", con riferimento all'art. 26-quater del D.P.R. del 29 settembre 1973, n. 600.

Da quanto è possibile desumere dalla (non chiarissima) motivazione della sentenza, la vicenda trae origine da un contratto di finanziamento *intercompany* stipulato da una società olandese ("Parent-NL") a favore della propria controllata italiana ("Sub-ITA").

Parent-NL era stata finanziata da un'altra sua controllata ("Sub-NL"), residente anch'essa in Olanda, la quale a sua volta aveva ricevuto un finanziamento da una banca residente nei Paesi Bassi.

L'Agenzia delle entrate emetteva un avviso di accertamento con il quale contestava, applicando le tesi del c.d. incasso giuridico (in quanto tali interessi non erano stati corrisposti, ma oggetto di rinuncia da parte della controllante olandese, unitamente all'intero credito da essa vantato), l'omessa applicazione di ritenute sugli interessi maturati in capo a Sub-ITA a beneficio di Parent-NL.

In particolare, l'Ufficio rilevava l'assenza della qualifica di beneficiario effettivo in capo a Pa-

rent-NL, asserendo che Sub-NL fosse l'effettiva beneficiaria di tali interessi.

I giudici hanno, da un lato, condiviso la tesi dell'Ufficio secondo cui la rinuncia al credito equivale alla percezione dello stesso e, dall'altro, accolto il ricorso del contribuente ritenendo che Parent-NL dovesse considerarsi il beneficiario effettivo di tali interessi.

Con particolare riferimento a tale ultimo aspetto, la Commissione tributaria, richiamando i principi forniti dal Commentario al Modello di Convenzione OCSE, ha valorizzato principalmente i seguenti elementi:

- (i) Parent-NL era una società "dotata di propria struttura e perfettamente operativa";
- (ii) essa disponeva, inoltre, del diritto di rinunciare al proprio credito;
- (iii) non vi era coincidenza tra il tasso d'interesse pattuito tra Parent-NL e Sub-ITA e quello convenuto tra Parent-NL e Sub-NL;
- (iv) Parent-NL aveva rinunciato alla clausola *Events of default* che prevedeva che la Sub-ITA avrebbe dovuto immediatamente restituire le somme ricevute, qualora le stesse fossero state richieste dal creditore principale;
- (v) i certificati rilasciati dall'autorità fiscale olandese dimostravano che anche Sub-NL avrebbe potuto comunque "beneficiario dell'e-

(\*) *Avvocato, LL.M, Responsabile dipartimento fiscale Chiomenti*

(\*\*) *Associate, Chiomenti*

(1) Il testo della sentenza è riportato a seguire.

senzione prevista dalla normativa comunitaria”.

Tale sentenza ha svolto delle interessanti considerazioni, non tutte condivisibili, in merito sia alla tesi del c.d. incasso giuridico, sia alla nozione di beneficiario effettivo di interessi, ex art. 1, comma 4, della Direttiva 2003/49/CE (“Direttiva interessi-canonici”), recepita con l’art. 26-*quater*, comma 4, del D.P.R. n. 600/1973.

### La teoria del c.d. incasso giuridico

Come espresso dalla sentenza in esame, la nozione del c.d. incasso giuridico è stata affermata per la prima volta nella circolare del Ministero delle Finanze 27 maggio 1994, n. 73/E, con la quale è stato chiarito che:

a) i crediti cui il socio rinuncia incrementano il costo della partecipazione;

b) la rinuncia del socio ai crediti vantati nei confronti della società, cui corrispondono redditi tassati per cassa (tra i quali sono stati espressamente richiamati gli interessi relativi a finanziamenti dei soci), equivale all’effettiva percezione degli stessi, con conseguente applicazione della relativa imposta, anche sotto forma di ritenuta (2).

La teoria dell’Amministrazione finanziaria avrebbe lo scopo di evitare possibili salti d’imposta dovuti al fatto che, alla deduzione del costo per competenza da parte della società, non corrisponde poi la tassazione del relativo reddito, anche se non effettivamente percepito dal titolare dello stesso (3).

La tesi dell’incasso giuridico è stata avallata anche dalla giurisprudenza di legittimità per la quale, nonostante l’art. 88, comma 4, del T.U.I.R. preveda che la rinuncia al credito non costituisce sopravvenienza attiva, “tale norma agevolativa non vale ad alterare, tuttavia, il regime fiscale di ciò che costituisce oggetto di rinuncia, dovendosi ritenere che (...) la rinuncia operata dal socio ne presupponga logicamente il conseguimento con ineludibile soggezione al proprio regime fiscale” (4).

La Corte di cassazione, anche più recentemente con ordinanza n. 1335/2016 (anch’essa citata nella motivazione della sentenza in commento), ha ribadito che la rinuncia al credito da parte del socio rappresenta la volontà di patrimonializzare la società e, pertanto, presuppone il conseguimento del credito, nonché il relativo riutilizzo (5).

La tesi dell’incasso giuridico, in relazione alla rinuncia ai crediti, è sempre stata dibattuta, anche per l’assenza di una norma che espressamente la legittimi (6).

La Commissione tributaria provinciale di Milano, con la sentenza in esame, ne ha affermato la legittimità.

Ad avviso di chi scrive, tale teoria non può essere condivisa, quantomeno a partire dal periodo di imposta 2016.

Infatti, il D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 147, ha aggiunto all’art. 88 T.U.I.R. il comma 4-*bis*, in forza del quale la rinuncia al credito da parte di un socio genera una sopravvenienza attiva (per la società che ne beneficia) pari alla parte

(2) A commento della circolare n. 73/1994, cfr. D. Stevanato, “Le rinunce dei soci a crediti per somme dedotte dalla società: se il reddito del socio è imponibile ‘per cassa’ si può evitare un salto d’imposta”, in *Rass. trib.*, n. 10/1994, pag. 1555.

(3) Si veda G. Pagani, “Compensi e Tfm amministratori e rinuncia dei soci ai compensi: questioni controverse”, in *il fisco*, n. 42/2010, pag. 6774, secondo il quale, applicando la tesi dell’incasso giuridico, il socio realizzerebbe una sorta di “arricchimento figurativo (...) generatore di reddito imponibile”.

(4) Cfr. Cass. n. 26842 del 18 dicembre 2014.

(5) A commento dell’ordinanza si veda F. Gallio, “Tassate le somme rinunciate dal socio-amministratore e dedotte dalla società”, in *il fisco*, n. 8/2016, pag. 781. Secondo l’Autore le conclusioni cui sono pervenuti i giudici “si scontrano con la normativa in vigore, che non prevede mai una tassazione in capo ai soci in caso di una rinuncia del loro credito (...). Infatti, nell’ipotesi di redditi tassati per cassa, il presupposto per il sorge-

re dell’obbligazione tributaria è l’effettiva disponibilità del denaro o del corrispettivo in natura, a nulla rilevando i crediti maturati e non riscossi”.

(6) Cfr. tra gli altri, R. Artina, “Incasso giuridico: tassata la rinuncia al compenso del socio amministratore”, in *Bilancio e reddito d’impresa*, n. 6/2016, pag. 53, secondo cui “la disciplina dell’incasso giuridico promossa dall’Agenzia delle entrate ed avallata dalla Suprema Corte risulta difficilmente condivisibile, in quanto presta il fianco ad ipotesi di violazione di simmetrie a livello sistematico, nonché del principio di capacità contributiva”; A. Garcea, “Rinunce dei soci ai compensi imponibili per cassa: analisi critica delle teorie sulla tassabilità”, in *il fisco*, n. 42/1995, pag. 10168; D. Stevanato, op. cit., il quale afferma che “resta da verificare se sia possibile percorrere la seconda alternativa, e cioè l’imposizione in capo al socio. È questa la strada, peraltro, su cui si è confusamente mosso il Ministero, con l’inaccettabile teoria dell’incasso giuridico”.

di credito che eccede il relativo valore fiscale (7).

Posto che il costo fiscale del credito per interessi è ordinariamente pari a zero, la rinuncia a tale credito da parte del socio dovrebbe comportare, in capo alla società partecipata, l'emersione di una sopravvenienza attiva imponibile e, conseguentemente, non si verificherebbe alcun salto di imposta.

Se, anche a seguito dell'introduzione del comma 4-bis, si avallasse la teoria dell'incasso giuridico, la rinuncia al credito da parte del socio che comporti per la società una sopravvenienza attiva imponibile genererebbe una duplice ingiustificata imposizione, sia in capo al socio stesso, sia in capo alla società che ne beneficia, producendo così un effetto distorsivo e peggiorativo rispetto all'effettivo incasso da parte del socio e il successivo conferimento di tali somme nella società.

### **L'utilizzo del Mod. OCSE e del Commentario nell'interpretazione di beneficiario effettivo prevista dalla Direttiva Interessi e Canoni**

L'art. 26-*quater*, comma 4, lett. c), del D.P.R. n. 600/1973, recependo quanto previsto dall'art. 1, comma 4, della Direttiva interessi-canoni (8) (disposizione non ancora oggetto di specifici chiarimenti da parte della Corte di Giustizia) definisce come beneficiari effettivi

di interessi le società che "ricevono i pagamenti in qualità di beneficiario finale e non di intermediario, quale agente, delegato o fiduciario di un'altra persona" (9).

Come anticipato, la Commissione tributaria provinciale di Milano per interpretare tale nozione ha operato un espresso riferimento al Commentario (il "Commentario OCSE") al Modello di Convenzione OCSE sul reddito e sul patrimonio (il "Modello OCSE").

Occorre preliminarmente domandarsi se tale ricorso al Commentario OCSE sia legittimo al fine di interpretare il concetto di beneficiario effettivo.

Il tema è molto dibattuto in quanto, da un lato, la sostanziale corrispondenza della nozione comunitaria con quella prevista dal Commentario OCSE sembrerebbe consentire tale richiamo (10).

D'altro canto, tuttavia, si potrebbe anche ritenere che alla nozione di "beneficiario effettivo", prevista dall'art. 1, comma 4, della Direttiva interessi-canoni, debba essere attribuito uno specifico significato, uniforme in tutti gli Stati Membri, che prescindendo sia dall'interpretazione data alla stessa clausola nei diversi Stati, sia dall'interpretazione del Commentario OCSE che è evidentemente applicabile anche a Stati non appartenenti all'Unione Europea (11).

(7) Per un attento e approfondito commento sull'inapplicabilità della tesi dell'incasso giuridico a seguito delle modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 147/2015, si veda in particolare G. Andreani - A. Tubelli, "La tesi dell'incasso giuridico alla luce della disciplina delle rinunce dei soci ai crediti", in *il fisco*, n. 27/2017, pag. 2620.

(8) Al contrario di quanto prescritto nella Direttiva interessi-canoni, la nozione di beneficiario effettivo non è stata mai inserita nella Direttiva 90/435/CEE (ora Direttiva 2011/96/UE, "Direttiva madre figlia") che disciplina le conseguenze fiscali derivanti dalla distribuzione di dividendi tra società residenti all'interno dell'Unione Europea.

Secondo Assonime, *Note e studi* n. 17/2016, allegato n. 2, pag. 8, la clausola del beneficiario effettivo risulterebbe, *ab origine*, difficilmente applicabile alla distribuzione di dividendi dove "non sono ravvisabili obbligazioni di 'ritrasferimento' *back to back* alla controllante o ai soci di livello superiore e tanto meno obbligazioni correlate in senso tecnico ai dividendi stessi che possano mettere in discussione, ai fini convenzionali, lo status di beneficiario effettivo di una *subholding*". Secondo altri Autori, invece, essa ha un fondamento storico: la proposta della Direttiva madre figlia risale al 1969 quando nel Modello OCSE non vi era ancora nessun riferimento al *beneficial owner*; cfr. J. L. Rodriguez - G. Kofler, "Beneficial Ownership and EU Law", in *Beneficial Ownership: recent trends*, IBFD, 2014.

(9) L'Agenzia delle entrate ha interpretato tale nozione dapprima chiarendo che il percettore degli interessi ne è beneficiario effettivo se trae un beneficio economico "dall'operazione posta in essere", cfr. circolare 2 novembre 2005, n. 47/E.

Successivamente, essa ha altresì specificato che al fine di stabilire se tale condizione si è verificata, è necessario analizzare "sia i profili economici e contrattuali delle operazioni poste in essere, sia la presenza di un'adeguata struttura che la capacità di gestione dei rischi finanziari", cfr. circolare 11 agosto 2011, n. 41/E. Con la circolare n. 6/E del 30 marzo 2016, l'Agenzia delle entrate, sempre in tema di interessi, ha ritenuto legittime le contestazioni (basate sull'assenza dei requisiti della clausola del beneficiario effettivo) effettuate sulle strutture IBLOR opache e ha aggiunto che tali tipi di rilievi devono essere svolti sulla base dell'analisi delle "clausole contrattuali e della documentazione contabile ed extracontabile, ossia da riscontri di fatto comprovanti il ruolo di mero intermediario sostanziale".

(10) In tal senso si veda, tra gli altri, F. Avella, "Nuove pronunce nella giurisprudenza di merito in materia di beneficiario effettivo nelle convenzioni contro le doppie imposizioni", in *Riv. dir. trib.*, V, 2014, pag. 32; M. Bargagli - M. Thione, "Ritenuta agevolata sulle 'royalties' in uscita solo se il percipiente è il beneficiario effettivo del reddito", in *Azienda & Fisco*, n. 2/2012, pag. 22.

(11) Cfr. D.G. Duff, "Beneficial ownership recent trends", in

Alcune Commissioni tributarie si sono espresse sulla vicenda, affermando la legittimità dell'utilizzo del Commentario OCSE per l'interpretazione di concetti comunitari (12), mentre la Corte di Giustizia, ad oggi, non si è ancora espressa specificamente su tale tematica (13).

Soltanto nella causa C-397/09, Scheuten Solar Technology GmbH, proprio con riferimento alla Direttiva interessi-canonici, l'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni ha riconosciuto che la proposta di Direttiva era stata fortemente influenzata dal Modello OCSE; tuttavia la Corte ha ritenuto di non esprimersi sul punto (14).

Non essendo questa la sede per esaminare nel dettaglio tale complessa questione, ci si limita ad osservare come tale dibattito si appresti a trovare soluzione, dato che due Corti danesi hanno recentemente rimesso alla Corte di Giustizia europea (anche) la questione se la nozione di beneficiario effettivo inserita nella

Direttiva interessi-canonici debba essere interpretata conformemente agli orientamenti espressi nel Modello OCSE e nel relativo Commentario e, eventualmente, a quale versione del Modello OCSE si debba fare riferimento (15).

### La rilevanza della rinuncia al credito quale elemento costitutivo del requisito del beneficiario effettivo

Si ritiene condivisibile la tesi della Commissione tributaria provinciale di Milano la quale ha riconosciuto in capo a *Parent-NL* la qualifica di beneficiaria effettiva degli interessi dovuti da parte della propria controllata italiana.

Tra i diversi elementi valorizzati dalla Commissione tributaria, risulta anche il diritto, in capo alla controllante olandese, di rinunciare al proprio credito.

La rinuncia al credito comporta l'estinzione dell'obbligazione per mezzo di un atto dispositi-

op. cit., pag. 17; L. Verdoner - R. Offermanns - S. Huibregste, "A cross country perspective on Beneficial Ownership", in *European Taxation*, September 2010. Gli Autori affermano "The European Union has, therefore, followed the path set by the OECD but has slightly narrowed the scope of beneficial ownership by introducing its own definition in the Interest and Royalties Directive, thereby contributing to the confusion regarding the delineation of the economic aspect of the concept".

(12) Cfr. Comm. trib. reg. Veneto, 4 ottobre 2016, n. 1048; Comm. trib. reg. Piemonte, 12 marzo 2012, n. 15/6/12.

(13) In taluni casi infatti la Corte di Giustizia ha effettuato un mero richiamo al Modello di Convenzione OCSE.

A mero titolo esemplificativo, nella nota sentenza Schumacher, la Corte ha richiamato l'art. 15 del Modello di Convenzione OCSE nella parte in cui stabilisce che è nella potestà impositiva dello Stato di residenza tassare un contribuente per la totalità dei suoi redditi, prendendo in considerazione gli elementi inerenti alla condizione personale e familiare.

Nella causa C-324/00, Lankhorst-Hohorst, la Corte di Giustizia ha richiamato l'art. 9 del Modello di Convenzione OCSE, stabilendo la contrarietà al diritto di stabilimento di una norma tedesca che riquilificava in distribuzione di dividendi dissimulata il pagamento di interessi da una società controllante tedesca al socio unico residente in altro Stato membro.

In altre pronunce, invece, la Corte ha stabilito che "non è irragionevole che gli Stati membri si ispirino alle prassi internazionali e al Modello di Convenzione elaborato dall'OCSE".

Ne è esempio il caso C-336/96, Gilly, nel quale la Corte ha stabilito che non era contrario alla libertà di stabilimento il combinato disposto degli artt. 13, 14 e 16 della Convenzione Francia - Germania in forza del quale il potere impositivo è suddiviso diversamente tra i due Stati contraenti, da un lato, per i lavoratori frontalieri a seconda che essi lavorino nel settore privato o nel settore pubblico e, qualora lavorino nel settore pubblico, a seconda che abbiano o meno la cittadinanza dello Stato cui appartiene l'amministrazione da cui dipendono.

Ancora, nel caso C-375/12 Bouanich, la Corte di Giustizia europea ha utilizzato i chiarimenti forniti dal Commentario agli

artt. 10 e 13 del Modello OCSE per stabilire se fosse contraria alla libertà di stabilimento una norma svedese applicabile ai casi di riacquisto di azioni da parte della società. Cfr. C. Brolind, "The ECJ Bouanich Case: The Capital Gains and Dividend Classification of Share Buy-Backs in Swedish Tax Law", in *European Taxation*, giugno 2006, pag. 268.

(14) La Corte di Giustizia europea era stata chiamata a decidere se l'art. 1, n. 1, della Direttiva 2003/49, osta ad una disposizione di diritto tributario nazionale in forza della quale gli interessi versati da una società avente sede in uno Stato membro ad una società consociata avente sede in altro Stato membro devono essere computati dalla prima società nella base imponibile dell'imposta sul reddito da attività produttive. La Corte di Giustizia europea ha risposto in senso negativo ritenendo che "l'ambito di applicazione dell'art. 1, n. 1, della Direttiva 2003/49, non può estendersi oltre l'esenzione prevista in tale disposizione". Cfr. M. Tenore, "Taxes Covered: The OECD Model (2010) versus EU Directives", in *Bullettin for International Taxation*, 2012, vol. 66. A commento delle conclusioni dell'Avvocato Generale si veda, T. Dubut "The Court of Justice and the OECD Model Tax Convention on the uncertainties of the distinction between hard law, soft law, and no law in the European case law", in *Intertax*, gennaio 2012, pag. 2 ss.

(15) Cfr. CGE, cause C-118/16; C-119/16 C Danmark I v. Skatteministeriet; CGE, causa C-682/16 BEI ApS vs Skatteministeriet; cfr. F. Avella, "Beneficiario effettivo con perimetro da circoscrivere", in *Quotidiano del Fisco*, Il Sole - 24 Ore del 12 aprile 2017, E. Della Valle - F. Franconi, "Certificati dei Paesi europei con piena valenza probatoria", in *Il Sole - 24 Ore* del 23 giugno 2017. La Corte danese ha fatto correttamente riferimento alla versione del Modello OCSE del 1977, considerato che la clausola del beneficiario effettivo non è mai mutata; al contrario, ha richiesto alla Corte di Giustizia se si possa tenere conto delle versioni del Commentario OCSE successive all'introduzione della Direttiva interessi-canonici, le quali ampliano la nozione di beneficiario effettivo oltre il dato letterale dell'art. 1, comma 4, della Direttiva.

vo del diritto del creditore. Come giustamente osservato, tale “atto (...) può essere inteso come momento insieme di acquisizione e di destinazione dei corrispondenti mezzi finanziari” (16).

La rinuncia rappresenta dunque un atto unilaterale ricettizio con il quale il creditore “dispone volontariamente del suo diritto, rinunciandovi” (17).

Non vi è dubbio, pertanto, che la rinuncia al credito da parte del socio rappresenti un indice di pieno ed incondizionato utilizzo del credito, che non può che spettare all'effettivo titolare dello stesso, quale “beneficiario finale” del relativo pagamento (se non rinunciato).

Il diritto a tale rinuncia esclude altresì che il suo titolare sia limitato da obbligazioni - legali o contrattuali - tali da costringerlo a trasferire il flusso reddituale ad un altro soggetto, integrando dunque la nozione di beneficiario effettivo degli interessi prevista dal Commentario OCSE all'art. 11 del Modello OCSE (nella versione del 15 luglio 2014) (18).

Sul punto, in conclusione, non possono che condividersi le considerazioni svolte dalla

#### SOLUZIONI OPERATIVE

##### Rinuncia al credito da parte del socio

La rinuncia al credito da parte del socio rappresenta un indice di pieno ed incondizionato **utilizzo del credito**, che non può che spettare all'**effettivo titolare** dello stesso, quale “**beneficiario finale**” del relativo pagamento (se non rinunciato). Il **diritto** a tale **rinuncia esclude** altresì che il suo titolare sia limitato da **obbligazioni** - legali o contrattuali - tali da costringerlo a trasferire il flusso reddituale ad un **altro soggetto**, integrando dunque la nozione di beneficiario effettivo degli interessi prevista dal Commentario OCSE all'art. 11 del Modello OCSE.

Commissione tributaria provinciale di Milano, che ha riconosciuto nella titolarità del diritto di rinunciare al credito per interessi un elemento determinante per l'individuazione del beneficiario effettivo degli stessi.

##### L'irrilevanza della struttura operativa ai fini dell'analisi sul beneficiario effettivo

A diverse conclusioni si deve invece giungere con riferimento all'affermazione

dei giudici tributari secondo cui *Parent-NL* si configura quale beneficiaria effettiva degli interessi in quanto è “una società dotata di propria struttura e perfettamente operativa, per cui anche sotto tale profilo non può certo essere ricondotta al ruolo di mero intermediario, che si interpone in maniera fittizia fra il pagatore e il mero beneficiario degli interessi corrisposti”.

Detta considerazione non è del tutto condivisibile in quanto l'esistenza di una struttura operativa non rileva ai fini dell'individuazione dell'effettivo beneficiario di un provento “passivo” (19).

(16) G. Zizzo, “Brevi note sulla nozione di ‘pagamento dei dividendi’ nelle convenzioni contro le doppie imposizioni”, in *Rass. trib.*, n. 3/2013, pag. 675.

(17) P. Boero, *Commentario del codice civile*, diretto da A. Gabrielli, UTET giuridica, 2015, pagg. 553-554.

(18) Il concetto di beneficiario effettivo è comparso per la prima volta nella Convenzione tra Regno Unito e Stati Uniti sull'imposta sulle successioni e donazioni del 1945. Cfr. A. Balancin, “La nozione di ‘beneficiario effettivo’ nelle convenzioni internazionali e nell'ordinamento tributario italiano”, in *Rass. trib.*, n. 1/2006, pag. 209. Nella versione del Modello OCSE del 1977, la prima in cui compare la nozione di beneficiario effettivo, il Commentario agli artt. 10, 11 e 12 stabiliva che non dovevano considerarsi beneficiari effettivi intermediari quali mandatarî, agenti o fiduciari. Ulteriori modifiche al Commentario OCSE sono state apportate nel 2003. Per un'approfondita ricostruzione delle evoluzioni al Commentario OCSE relative alla nozione di beneficiario effettivo si veda anche M. Piazza, “Concetto di beneficiario effettivo: l'analisi di Assonime sulle numerose incertezze”, in *il fisco*, n. 3/2017. La definizione di beneficiario effettivo introdotta nel Commentario OCSE nel 2014 era già stata espressa nella giurisprudenza internazionale. A tal riguardo, cfr. U.K. Court of Appeal, sent. *Indofone International Finance Ltd, v. JPMorgan Chase Bank N.A., London Branch*,

commentata da A. M. Jimenez, “*Beneficial Ownership: Current Trends*”, in *World Tax Journal*, 2010, Vol. 2; Conseil d'Etat, sent. n. 283314 del 29 dicembre 2006 (Bank of Scotland), commentate da L. Verdoner - R. Offermanns - S. Huijbregste, op. cit.; Tribunale Amministrativo Federale Svizzero, sent. A./AS v. Federal Tax Administration, del 7 marzo 2012, commentata da B.J. Arnold, “*Tax Treaty Case Law News - A Trio of Recent Cases on Beneficial Ownership*”, in *Bulletin for International Taxation*, 2012, vol. 66, n. 6, pag. 323; *Ostre Landsret, ISS Equity v. Skat*, del 20 dicembre 2011 (FS invest), commentata da B.J. Arnold, op. cit.

(19) Comm. trib. reg. Abruzzo, nn. 958/2012 e 307/2011. Cfr. E. Della Valle, “‘Conduit companies’ e beneficiario effettivo dei dividendi in uscita”, in *GT - Riv. giur. trib.*, n. 1/2013, pag. 51, che afferma: “tali circostanze, infatti, non depongono affatto (o comunque non sono per nulla risolutive) nel senso di escludere che la società residente in UK sia un mero intermediario (agente o *nominee*), e ciò, vuoi sulla base di un approccio tecnico-giuridico, vuoi sulla base di un approccio economico-sostanziale, ovvero, alternativamente, nel senso di dimostrare che essa abbia la titolarità e la concreta disponibilità dei dividendi distribuiti dalla partecipata italiana (non avendo l'obbligo, contrattuale o meno, di trasferire i dividendi percepiti al socio)”.

Il tema è stato affrontato maggiormente con riferimento alle *holding* statiche percettrici di dividendi e analoghe considerazioni valgono anche per gli interessi.

L'Agenzia delle entrate, con circolare n. 32/E dell'8 luglio 2011, ha identificato una costruzione di puro artificio in una società connotata dall'assenza di una effettiva attività e di una reale struttura (20).

Tale concetto è stato ribadito, seppur in termini leggermente diversi, anche nella circolare n. 6/E, riguardante le operazioni di *Merger Leveraged Buy-Out*, nella quale è stata riconosciuta la natura di società *conduit* all'entità caratterizzate da una struttura organizzativa "leggera" "(ad esempio il personale, i locali e le attrezzature potrebbero risultare messe a disposizione da società domiciliatarie attraverso contratti di *management service*), priva di effettiva attività e di una reale consistenza".

Tale tesi non può essere accolta poiché non tiene in considerazione la circostanza che una verifica basata sull'operatività e sulla struttura organizzativa della *holding* che percepisce il reddito risulti di difficile applicazione in presenza di società di pura partecipazione che, per definizione, non necessitano di strutture operative complesse (senza che questo comporti che agiscano in qualità di società *conduit*) (21).

#### SOLUZIONI OPERATIVE

##### Verifica sulla natura di "beneficiario effettivo"

L'irrelevanza dell'esame sulla **struttura organizzativa** e sull'**operatività** di una società è evidente con specifico riferimento alla verifica della sussistenza della natura di **beneficiario effettivo**, posto che, in tali casi, l'analisi deve essere rivolta esclusivamente alla presenza di **vincoli di trasferimento** dei flussi reddituali dal percettore immediato degli stessi ad un soggetto **terzo**.

Inoltre, l'irrelevanza dell'esame sulla struttura organizzativa e sull'operatività di una società è ancor più evidente con specifico riferimento alla verifica della sussistenza della natura di beneficiario effettivo, posto che, in tali casi, l'analisi deve essere rivolta esclusivamente alla presenza di vincoli di trasferimento dei flussi reddituali

dal percettore immediato degli stessi ad un soggetto terzo.

A tal proposito, la Corte di cassazione, con sentenze nn. 27112, 27113, 27115 e 27116 del 28 dicembre 2016, è stata chiamata a stabilire se fosse legittima la sentenza della Commissione tributaria dell'Aquila 29 ottobre 2010, n. 328/10/10, nella quale i giudici avevano ritenuto che una società francese non poteva considerarsi beneficiaria effettiva dei dividendi ad essa distribuiti dalla propria controllante italiana, sulla base dell'assunto secondo cui la società francese non disponeva di un'adeguata struttura organizzativa (22).

La Corte di cassazione ha chiarito che non può negarsi la qualifica di beneficiario effettivo ad una società madre per il sol fatto che non presenta le caratteristiche tipiche di una società operativa ovvero di una *holding* mista.

La stessa Agenzia delle entrate, successivamente agli interventi sopra citati, ha riconosciuto, con risoluzione n. 69/E del 5 agosto 2016 - in relazione ai presupposti richiesti per usufruire

(20) L'Agenzia delle entrate ha individuato due fenomeni di interposizione reale: il primo realizzato attraverso "società *conduit*", connotate dall'assenza di una effettiva attività e di una reale struttura; il secondo perfezionato mediante "operazioni *conduit*", che si configurano nei casi in cui la società percettrice dei dividendi abbia acquistato le quote della società figlia tramite operazioni di trasferimento temporaneo in favore di un soggetto non legittimato a godere del regime previsto per la distribuzione di dividendi *intra* UE.

In senso analogo si è espressa anche la Comm. trib. prov. di Venezia, n. 107/13/13. La Corte ha ritenuto che non fossero legittimate ad usufruire dell'esenzione da ritenuta sulla distribuzione di dividendi due società residenti nel territorio di due Stati membri dell'Unione Europea poiché le stesse erano interamente controllate da una società residente nelle Bermuda ed erano "totalmente prive di una Struttura operativa".

(21) Assonime, circolare n. 17 del 14 giugno 2015, pag. 27; G.M. Committeri, "Acquisizione con indebitamento: il focus si sposta su finanziatori e investitori non residenti", in *il fisco*, n. 31/2016, pag. 3025; L. Rossi, "Per i *private equity* esteri incertezze sui disinvestimenti", in *Il Sole - 24 Ore* del 20 aprile 2016. Analoghe perplessità erano state espresse anche in un precedente contributo, M. Antonini - R. Papotti, "Luci e ombre dei chiarimenti dell'Agenzia sulle operazioni di *Leveraged Buy-Out*", in *Corr. Trib.*, n. 20/2016, pag. 1541 ss.

(22) A commento della sentenza, cfr. F. Roccatagliata, "'Sede di direzione effettiva' e 'beneficiario effettivo' nel quadro dei rapporti italo-francesi", in *Corr. Trib.*, n. 16/2017, pag. 1270; A. Tommasini - A. Sandalo, "La Cassazione traccia i confini del concetto di beneficiario effettivo", in *GT - Riv. giur. trib.*, n. 3/2017, pag. 238; Assonime, circolare n. 10 del 2 maggio 2017, pag. 9.

del regime di *exit tax* previsto dall'art. 166-bis del T.U.I.R. - che lo svolgimento di un'attività commerciale deve intendersi riferibile a tutti i soggetti che sono titolari di reddito d'impresa, "a prescindere dall'attività economica concretamente svolta dai medesimi" (23).

Conseguentemente, il dover prescindere dall'attività economica significa confermare l'irrelevanza della tipologia di struttura organizzativa della società.

Anche con circolare n. 40/E del 26 settembre 2016, in materia di consolidato fiscale c.d. tra sorelle, l'Agenzia delle entrate ha richiesto, come condizione di accesso al regime, che la controllante comunitaria, al fine di non essere

#### LA PRASSI AMMINISTRATIVA

##### Exit tax

L'Agenzia delle entrate ha riconosciuto, in relazione ai presupposti richiesti per usufruire del regime di *exit tax*, che lo svolgimento di un'attività commerciale deve intendersi riferibile a tutti i soggetti che sono titolari di reddito d'impresa, a prescindere dall'attività economica concretamente svolta dai medesimi. Conseguentemente, il dover prescindere dall'attività economica significa confermare l'irrelevanza della tipologia di struttura organizzativa della società.

considerata costruzione di puro artificio, svolga un'attività economica, senza quindi l'ulteriore requisito della commercialità di tale attività (24).

In conclusione, pertanto, con riferimento alla nozione di beneficiario effettivo degli interessi, la struttura organizzativa del percettore non deve assumere rilevanza, dovendosi invece attribuire importanza ad

ulteriori elementi, quali eventuali vincoli di trasferimento delle somme percepite.

Vincoli che, come correttamente riconosciuto dalla sentenza in esame, sono insussistenti se chi percepisce gli interessi ha altresì il potere di rinunciarvi.

## LA SENTENZA

Commissione tributaria provinciale di Milano, Sez. VIII, Sent. 12 giugno 2017 (30 maggio 2017), n. 4091 - Pres. Duchi - Rel. Zucchini

**Ai fini fiscali, la rinuncia al credito equivale ad incasso del medesimo da parte del creditore (c.d. incasso giuridico), con conseguente assoggettamento delle somme ai tributi previsti dalla legge. La rinuncia, infatti, è considerata in ogni modo manifestazione di capacità contributiva, vale a dire indice di ricchezza da sottoporre a tassazione.**

#### Fatto

La società (...) (di seguito, anche solo "società" oppure (...)), opera nel settore degli apparecchi medicali per l'udito ed è controllata dalla società di diritto olandese (...), con sede nei P.B. (di seguito, anche solo (...)).

Con avviso di accertamento relativo all'anno di imposta 2012, l'Agenzia delle entrate, Direzione Provinciale I di Milano, contestava alla società l'omesso pagamento delle ritenute sugli interessi corrisposti dalla medesima alla propria controllante olandese, a fronte di un finanziamento erogato da quest'ultima alla controllata italiana.

In pratica, a detta dell'Ufficio, sarebbe stato violato l'art. 26 del D.P.R. n. 600 del 1973, che - nella versione applicabile *ratione temporis* alla presente fattispecie - imponeva l'assoggettamento di tali interessi alla ritenuta d'acconto del 20%, da indicare nel quadro SH del Modello 770.

Contro tale avviso di accertamento era proposto il ricorso in epigrafe, affidato ad una serie di articolati ed analitici motivi di gravame.

Si costituiva in giudizio l'Ufficio, formulando articolate controdeduzioni e concludendo per il rigetto del ricorso.

All'udienza del 30 maggio 2017, la causa era discussa e trattenuta in decisione.

(23) Cfr. G.M. Committeri, "'Entry tax': nel trasferimento degli 'asset' l'Agenzia dà rilevanza agli aspetti sostanziali", in

Corr. Trib., n. 44/2016, pag. 3414.

(24) Cfr. Assonime, *Note e studi* n. 16/2017, all. 2, pag. 12.

## Diritto

**1.1.** Preliminarmente, allo scopo della corretta comprensione della presente complessa vicenda, si ricorda che l'art. 26, comma 5 del D.P.R. n. 600 del 1973 - nella versione applicabile alla presente fattispecie - imponeva l'assoggettamento alla ritenuta d'acconto del 20% degli interessi passivi corrisposti da un operatore nazionale ad altro residente all'estero.

Nel caso di specie, la controllante olandese (...), ha rinunciato al proprio credito per interessi maturati a carico della controllata italiana, allo scopo evidente di favorire quest'ultima nell'ambito del medesimo gruppo societario; del resto la controllante può agevolare in vari modi la propria controllata ed uno di tali modi è la rinuncia ad un credito vantato verso la controllata medesima (cfr. per la lettera di rinuncia, l'allegato 9 della ricorrente).

Orbene, l'Agenzia delle entrate, richiamando sul punto la circolare ministeriale n. 73/E del 1994, ha affermato che, quanto meno a fini fiscali, la rinuncia al credito equivale in ogni modo ad incasso del medesimo da parte del creditore (c.d. incasso giuridico), con conseguente assoggettamento delle somme ai tributi previsti dalla legge, nel caso di specie la già citata ritenuta di cui all'art. 26 del D.P.R. n. 600 del 1973.

La rinuncia, infatti, è considerata in ogni modo manifestazione di capacità contributiva, vale a dire un indice di ricchezza da sottoporre a tassazione (si veda in tal senso, fra le tante, Cassazione civile, sez. VI, ord. 26.1.2016, n. 1335).

La ricorrente, pur contestando la teoria del c.d. incasso giuridico (che è però avallata dalla Suprema Corte di cassazione, dalle cui decisioni lo scrivente giudice non ravvisa ragioni per discostarsi), ritiene tuttavia che nella presente fattispecie trovi applicazione la normativa sull'esenzione da ritenuta di cui all'art. 26-*quater* del D.P.R. n. 600 del 1973, norma attuativa della Direttiva dell'Unione Europea 2003/49/CE, la quale - sussistendo certe condizioni - prevede l'esenzione dalla ritenuta sugli interessi pagati a soggetti residenti nell'Unione Europea.

L'Agenzia, nel proprio avviso di accertamento (cfr. l'allegato 1 della ricorrente, vale a dire la copia del provvedimento impugnato), esclude l'applicazione del regime fiscale di esenzione per difetto di un presupposto essenziale, vale a dire la qualifica di "beneficiario effettivo" del pagamento in capo alla società olandese (...).

La nozione di "beneficiario effettivo" (*beneficial owner*), introdotta dalle convenzioni OCSE (Organizza-

zione per la cooperazione e lo sviluppo economico), contro le doppie imposizioni, deve intendersi in senso sostanziale, vale a dire colui che trae un effettivo vantaggio economico dal pagamento degli interessi, con esclusione quindi dei meri intermediari, vale a dire di coloro che solo apparentemente sono destinatari effettivi del pagamento, ma che in realtà si frappongono fra il pagatore e l'effettivo percipiente, al solo scopo di godere di indebiti vantaggi fiscali (in tale senso la citata norma dell'art. 26 D.P.R. n. 600 del 1973 *quater* può reputarsi norma anti elusiva).

L'Agenzia esclude in capo alla controllante olandese la natura di beneficiario effettivo, sulla base della propria valutazione dei complessi rapporti di finanziamento esistenti all'intero del gruppo (...).

Infatti, il finanziamento concesso dalla casa madre olandese alla controllata italiana si collega ad un ulteriore contratto di finanziamento fra (...) e la sua controllata di diritto olandese (...).

Quest'ultima, infatti, dopo avere ottenuto un prestito bancario dalla nota banca olandese (...), ha finanziato la propria controllante (...), la quale a sua volta ha effettuato un prestito a favore della controllata italiana oggetto della verifica fiscale poi sfociata nell'avviso ivi gravato.

Ciò premesso, continua l'Agenzia, tenuto anche conto che la misura degli interessi passivi nei due contratti di finanziamento è identica (...), non sarebbe il beneficiario effettivo degli interessi pagati dalla controllata italiana, dovendo invece reputarsi quale beneficiario effettivo la società olandese (...) a sua volta finanziatore di (...).

La tesi dell'Ufficio non appare condivisibile, in quanto non tiene in debita considerazione gli effettivi rapporti all'interno del gruppo societario, né il reale ruolo di (...), la quale deve invece, per varie ragioni, reputarsi beneficiario effettivo del pagamento (seppure avvenuto nella forma dell'incasso giuridico mediante rinuncia al credito), con conseguente applicazione dell'esenzione di cui al citato art. 26 D.P.R. n. 600 del 1973 *quater*.

Risulta infatti provato *per tabulas* (cfr. la documentazione di parte ricorrente), che la banca (...) stipulò il contratto di finanziamento con la società (...), volendo che il proprio credito fosse direttamente ed immediatamente garantito dalle disponibilità patrimoniali esistenti in capo alla società finanziata.

A tale originario contratto, hanno fatto seguito altre pattuizioni contrattuali, fra cui un finanziamento di (...) a (...), la cui restituzione era subordinata al pagamento del debito di quest'ultima nei confronti di (...) (cfr. l'allegato 3 della ricorrente).



In tale contratto, l'interesse passivo a carico di (...) è pari al (...).

Il collegamento fra tale finanziamento e quello originario con (...) è dimostrato altresì dal fatto che la stessa (...) ammette la compensazione fra i propri crediti e i debiti di (...) verso (...) (cfr. gli allegati 6 e 7 della ricorrente).

Tale complesso schema negoziale è rappresentato graficamente nell'allegato alla memoria illustrativa della società depositata il 19.5.2017, da cui risultano, oltre ai tre prestiti indicati dall'Agenzia ( (...): (...)), anche il prestito con interesse al (...) da (...) alla propria controllata (...), la cui restituzione è subordinata al pagamento dei debiti bancari di quest'ultima.

Quanto sopra esposto vale già di per sé a dimostrare che (...) ha certamente un interesse economico a finanziare (seppure nella forma della rinuncia al credito), la propria controllata italiana, senza che si possa affermare che in realtà il vero beneficiario sia soltanto (...), che al contrario assolve al ruolo di formale "percettore" del credito bancario all'interno del gruppo, senza però che (...) abbia abdicato al proprio ruolo di controllo e di direzione dell'intero gruppo.

Infatti, (...) non avrebbe alcuna ragione per subordinare la restituzione del proprio prestito al saldo del debito bancario di (...), se non fosse la vera interessata all'ottenimento del credito da (...).

Risulta, inoltre, che (...) sia una società dotata di propria struttura e perfettamente operativa (circo- stanza questa non smentita dall'Ufficio), per cui anche sotto tale profilo non può certo essere ricondotta al ruolo di mero intermediario, che si interpone in maniera fittizia fra il pagatore ed il vero beneficiario degli interessi corrisposti (cfr. i documenti 19, 20 e 21 della ricorrente sulla struttura di (...)).

A ciò si aggiunga che, secondo le disposizioni approvate in sede OCSE (cfr. i documenti 16, 17 e 18 della ricorrente), la qualifica di beneficiario effettivo è esclusa in capo a soggetti privi di reali poteri, tali da renderli meri intermediari (ovvero fiduciari), di altri soggetti, sicché in caso di incasso di somme a titolo di interessi, gli stessi devono essere riversati immediatamente in capo agli effettivi beneficiari.

(...) non ha però alcun obbligo di tale genere nei confronti di (...), che è invece soggetta al controllo della prima ed a conferma di tale asserzione, basti pensare alla circostanza che (...), sia nell'anno che qui interessa (2012), sia per altre annualità (2009 e 2010), ha rinunciato ad ottenere gli interessi dalla propria controllata italiana ed è inverosimile che un mero intermediario rinunci ad incassare somme che avrebbe dovuto invece percepire per poi corrisponde-

re senza indugio all'effettivo beneficiario (se (...) fosse l'effettivo beneficiario ed (...) un mero intermediario, non si comprende perché la prima abbia consentito a non incassare le somme a titolo di interessi da pagarsi da parte di (...)).

L'Ufficio, per sostenere la propria tesi, insiste dapprima sulla circostanza che vi è identità del saggio di interesse passivo (...) sia nel contratto di finanziamento fra (...) e (...) sia in quello fra (...) ed (...), il che escluderebbe che quest'ultima abbia un interesse economico proprio alla rinuncia agli interessi.

Tale argomento difensivo è però dapprima smentito dalla circostanza che l'ulteriore prestito "subordinato" fra (...) e (...) prevede un interesse del (...) a vantaggio della prima (cfr. ancora l'allegato 3 della ricorrente), senza contare che in realtà il tasso di interesse nel prestito dalla casa madre olandese alla controllata italiana è pari al (...), quindi superiore a quello del (...) del contratto con (...) (cfr. l'allegato 2 dei documenti depositati in data 9.5.2017 dalla ricorrente).

Ancora, l'Agenzia insiste sulla circostanza che al punto 4.3 del contratto di finanziamento (...) è previsto che quest'ultima restituirà immediatamente le somme ottenute a prestito, laddove le stesse sono richieste dal creditore principale, cioè la società (...) (cfr. l'allegato 8 della ricorrente).

La citata clausola 4.3 vale però per i casi in cui (...) decida di avvalersi nei confronti di (...) della clausola denominata "*Events of default*"; tuttavia la stessa (...) decideva di rinunciare a tale clausola (cfr. l'allegato 7 della ricorrente), per cui anche per tale profilo, la tesi dell'Ufficio risulta smentita.

**1.2.** Al di là dei profili per così dire sostanziali sopra rappresentati, i quali provano che (...) deve concretamente essere reputata quale beneficiario effettivo dell'operazione di rinuncia al credito, occorre altresì evidenziare che sussistono anche profili di ordine formale a sostegno della tesi della ricorrente, che l'Ufficio non ha però correttamente valutato.

In particolare, l'Agenzia ha illegittimamente disconosciuto i certificati provenienti dalle autorità fiscali dei Paesi Bassi, attestanti la residenza fiscale della società beneficiaria del pagamento e il suo assoggettamento a tassazione.

Tali certificati sono contemplati dal già citato art. 26-*quater* del D.P.R. n. 600 del 1973, attuativo di superiori disposizioni normative dell'Unione Europea. Nel caso di specie, sono state prodotte all'Ufficio le certificazioni delle autorità fiscali olandesi relative sia ad (...) sia a (...) (cfr. i documenti 11 e 14 della ricorrente), che l'Ufficio però non ha tenuto in alcuna considerazione.

Si badi che dalla lettura dei suddetti certificati, si verrebbe alla conclusione che anche (...) potrebbe beneficiare dell'esenzione prevista dalla normativa comunitaria (ora trasfusa nel citato art. 26 D.P.R. n. 600 del 1973 *quater*), il che conferma l'illegittimità della pretesa erariale, oltre che il carattere non fiscalmente elusivo dell'operazione posta in essere nell'ambito del gruppo (...).

La posizione sul punto dell'Agenzia appare poco chiara, in quanto finisce per disconoscere certificati provenienti in ogni modo da Paesi membri dell'Unione Europea.

In definitiva, si conferma l'accoglimento del presente ricorso, con assorbimento di ogni altra censura e con conseguente integrale annullamento dell'avviso di accertamento impugnato.

2. Le spese possono nondimeno essere interamente compensate, attesa la rilevante complessità delle questioni fattuali e giuridiche poste all'attenzione della Commissione.

**P.Q.M.**

La Commissione accoglie il ricorso.  
Spese compensate.

## RIVISTE



## L'IVA

**Mensile per la gestione delle problematiche relative all'Imposta sul valore aggiunto**

**Comitato di Redazione:** P. Centore, R. Fanelli, F. Ricca

La prima Rivista interamente dedicata alle tematiche riguardanti l'**IVA**, le **dogane** e le **accise** che garantisce l'aggiornamento costante sulle novità riguardanti l'**imposizione nazionale e comunitaria** e i rapporti **import-export con paesi terzi**.

Una **guida pratica** che fornisce le giuste chiavi di lettura a **professionisti e aziende** per svolgere i numerosi adempimenti in scadenza e risolvere i casi che si presentano nella prassi quotidiana.

L'abbonamento comprende:  
– **2 Monografie tascabili**

**Supporto: carta, web, tablet**

**Per informazioni:**

- **Servizio Informazioni Commerciali:**  
Tel. 02.82476794  
E-mail: [info.commerciali@ipsoa.it](mailto:info.commerciali@ipsoa.it)
- **Agenzia Ipsoa di zona**  
([www.ipsoa.it/agenzie](http://www.ipsoa.it/agenzie))
- **[www.edicolaprofessionale.com](http://www.edicolaprofessionale.com)**