Sentenza del 20/07/2021 n. 20646 - Corte di Cassazione - Sezione/Collegio 5

Testo

Testo:

1.La Commissione tributaria regionale dell'Abruzzo, sezione distaccata di Pescara, con sentenza n. 61/07/2012, depositata il 28 maggio 2012, rigettava l'appello proposto dall'Agenzia delle entrate avverso la sentenza della Commissione tributaria provinciale di Pescara (n. 23/3/2009), che aveva accolto parzialmente (per la somma di Euro 815.285,00) il ricorso proposto da UOP Limited, società residente nel (---), contro il silenzio-rifiuto formatosi sull'istanza di rimborso del credito d'imposta, per l'anno 2003, pari ad Euro 1.055.765, sui dividendi erogati in suo favore dalla controllata italiana UOP MS s.r.l. In particolare, il giudice d'appello evidenziava che la società aveva dimostrato l'assoggettamento ad imposizione da parte del Regno Unito dei dividendi pagati dalla controllata italiana, essendo stato prodotto il relativo documento.

Dichiarava inammissibile il motivo di impugnazione che introduceva un nuovo tema di indagine e decisione, costituito dalla asserita incompatibilità tra le disposizioni in materia di direttiva madre-figlia n. 90/435/CE e la Convenzione Italia-Regno Unito. Precisava che la contribuente aveva prodotto copia della nota di accredito dei dividendi, avendo successivamente esibito l'originale su espresso invito del giudice di primo grado.

2. Avverso tale sentenza propone ricorso per cassazione l'Agenzia delle entrate.

3. Resiste con controricorso la società contribuente, depositando memoria scritta.

4.La società ha presentato istanza di discussione orale D.L. n. 137 del 2020, ex art. 23.

Motivi della decisione

1.Con il primo motivo di impugnazione l'Agenzia delle entrate deduce la "violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 57 e dell'art. 112 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, ed al D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 62, comma 1. Invero, per la ricorrente non v'era stata alcuna modifica nella linea difensiva del Centro operativo di Pescara (COP), in quanto la società aveva fruito del regime previsto dalla direttiva madre-figlia (435/90/CE), che era alternativo a quello convenzionale (L. n. 329 del 1990, art. 10 Convenzione Italia-Regno Unito) e che le aveva consentito di percepire dividendi distribuiti dalla società madre italiana senza applicazione di alcuna imposta. Pertanto, il secondo motivo di appello del COP non si fondava su fatti e/o su eccezioni nuove, ma individuava esclusivamente una questione di diritto che il giudice di primo grado avrebbe dovuto esaminare anche d'ufficio, sulla base della situazione di fatto risultante dagli atti, nell'adempimento del suo dovere di verificare l'effettivo fondamento giuridico della domanda presentata dalla società. Era, infatti, pacifico tra le parti che i dividendi erano stati

percepiti dalla UOP Limited, residente nel (---), società madre, senza l'applicazione di alcuna ritenuta in Italia, ai sensi del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27-bis che aveva recepito nell'ordinamento italiano la direttiva madre-figlia (435/90/CE). La società aveva dedotto con memoria difensiva prodotta per udienza di discussione che il credito d'imposta vantato, pari ad Euro 1.055.764,00 era "al lordo" dell'eventuale ritenuta del 5% prevista dall'art. 10, comma 2, lett. a) della Convenzione tra l'Italia ed il Regno Unito, sicchè, ove l'Agenzia avesse ritenuto applicabile tale ritenuta, l'ammontare netto del rimborso sarebbe stato di Euro 815.285,00. La Commissione tributaria provinciale ha dimostrato piena consapevolezza di tale circostanza ed ha, dunque, disposto il rimborso del credito d'imposta, non nella misura integrale di Euro 1.055.765,00 richiesta in via principale, ma della predetta somma di Euro 1.055.765,00, diminuita della ritenuta di Euro 187.691,55, applicabile sui dividendi di Euro 3.753.831,00 percepiti e dell'ulteriore ritenuta del 5% sul credito d'imposta, per un importo di Euro 52.788,25 e, conseguentemente, il rimborso è stato determinato in Euro 815.286,00. Con tale ragionamento, il giudice di primo grado ha correttamente compreso che, al momento della riscossione del dividendo, la ricorrente era stata esonerata dall'obbligo delle ritenute, in evidente e chiara applicazione dell'esonero previsto dalla direttiva madre-figlia. Il giudice d'appello, allora, ha ritenuto, sia pure implicitamente, che, con la domanda di rimborso del credito d'imposta, la società avesse la possibilità di mutare regime, transitando da quello di "esenzione" di fatto applicato al momento della riscossione del dividendo, in base alla direttiva madre-figlia, di cui al D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27-bis al regime di tassazione con l'aliquota del 5% + 5%, previsto invece dal regime della Convenzione Italia-Regno Unito. Il Centro Operativo di Pescara ha contestato questa determinazione sostenendo che, per il regime di alternatività, la società estera che avesse fruito del regime di esenzione previsto dalla direttiva madre-figlia e di fatto applicato al momento della riscossione dei dividendi, non avrebbe potuto applicare il diverso sistema di imponibilità con applicazione di ritenuta del 5% sul dividendo e sul credito d'imposta, previsto invece dalla Convenzione tra Italia e Regno Unito contro le doppie imposizioni. Non si è trattato, quindi, di introdurre una questione nuova, ma si è denunciato l'errore di diritto in cui sarebbero incorsi i primi giudici, per aver ritenuto che l'avvenuta applicazione del regime della direttiva madre-figlia, non impedisse di applicare il regime alternativo convenzionale.

2. Con il secondo motivo di impugnazione la ricorrente lamenta la "violazione e falsa applicazione dell'art. 10 della Convenzione stipulata tra Italia e Regno Unito per evitare le doppie imposizioni, approvata e resa esecutiva con L. 5 novembre 1990, n. 329, in relazione al D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27-bis ed alla direttiva madre-figlia (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, e dal D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 62, comma 1). Invero, ove fosse stato esaminato, il motivo sviluppato sulla intervenuta applicazione della direttiva madre-figlia e sulla conseguente inapplicabilità della disciplina alternativa prevista dalla normativa convenzionale, avrebbe dovuto trovare accoglimento. E' pacifico, infatti, che la società non ha subito alcuna ritenuta sui dividendi riscossi, in applicazione del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27-bis che ha recepito la direttiva madre-figlia nel nostro ordinamento. L'avvenuta applicazione della direttiva madre-figlia impedirebbe di applicare contestualmente alla fattispecie in esame la Convenzione Italia-Regno Unito contro le doppie imposizioni, in base alla quale la società farebbe derivare il diritto al pagamento del credito d'imposta. Il sistema del credito d'imposta trova, infatti, la sua giustificazione nella necessità di evitare la doppia tassazione economica, e quindi di evitare che lo stesso reddito sia

tassato, prima, a carico della società che distribuisce dividendi, quali redditi di impresa, e poi a carico del socio che li riceve, quali redditi di capitale. Tale ratio, però, non ricorre nel caso di applicazione del sistema previsto dalla direttiva madre-figlia che, escludendo oneri di imposta a carico del socio per i dividendi distribuiti dalla società italiana, non consente di configurare un fenomeno di doppia imposizione economica che la norma convenzionale si propone di evitare. Il credito di imposta in questi casi si rivela un beneficio indebito, conseguito a fronte di imposte non dovute e si traduce in un doppio privilegio a favore del soggetto non residente, con ingiusta disparità di trattamento rispetto residente. La questione attiene alla verifica se la società britannica, che abbia fruito della esenzione sui dividendi erogati dalla società figlia italiana, ai sensi del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27-bis possa, in aggiunta, fruire anche del beneficio del credito d'imposta previsto dalla normativa convenzionale contro le doppie imposizioni. In realtà, deve applicarsi la norma più vantaggiosa per il contribuente, come previsto dalla circolare n. 151 del 18 agosto 1994 del Ministero delle Finanze, non potendosi cumulare gli effetti della direttiva e delle singole convenzioni. Pertanto, per l'interpretazione ministeriale, potrà trovare applicazione la normativa comunitaria, con esenzione dei dividendi dalla ritenuta, restando comunque possibile per il percettore estero il diritto di chiedere il rimborso del credito d'imposta previsto dalla normativa convenzionale, alla condizione, però, che corrisponda tutte le ritenute, sia sull'ammontare del dividendo che sull'ammontare del rimborso, previste da tale regime, come è attualmente previsto dal D.P.R. n. 917 del 1986, art. 169. Pertanto, è prevista l'opzione per il contribuente tra l'applicazione della direttiva o della convenzione e direttiva, ma in nessun caso è possibile il cumulo dei benefici per l'inderogabilità del principio di non discriminazione nei confronti degli altri soggetti passivi residenti nei rispettivi paesi che, versando nella stessa fattispecie, subirebbero una imposizione superiore. L'unico modo per la società britannica di optare per l'applicazione della normativa convenzionale era quello di dimostrare che aveva efficacemente rinunciato a tutti i benefici della direttiva madre-figlia, di fatto applicata, e si fosse assoggettata ad una doppia imposizione giuridica sullo stesso reddito: una prima volta dello Stato di produzione del reddito, ed una seconda volta nel paese di residenza. Questa affermazione trova giustificazione nella disciplina tributaria vigente in Italia prima del 2004, con applicazione del meccanismo del credito d'imposta per evitare la doppia imposizione, una prima volta in capo alla società che ha prodotto il reddito, la seconda in capo al soggetto che percepisce dividendo. Proprio l'attribuzione del credito d'imposta ai soci percettori di dividendi, in misura corrispondente all'imposta già versata dalla società erogatrice, evitava che il medesimo reddito (dividendo), già inciso in capo al soggetto distributore, venisse nuovamente inciso in capo al soggetto percettore. Tale metodo è stato utilizzato fino al 31 dicembre 2003 anche in relazione agli utili distribuiti da società residenti a soci non residenti, seppur alle condizioni inserite nei singoli trattati bilaterali contro le doppie imposizioni. Ai sensi dell'art. 10 della Convenzione Italia-Regno Unito è stata presentata la richiesta di rimborso al COP di Pescara dalla società. Tale norma prevede il diritto del soggetto residente in uno dei due Stati, che riceva un dividendo da un residente dell'altro Stato (Italia), di ottenere dall'Amministrazione finanziaria del paese "della fonte" il rimborso del credito d'imposta che sarebbe spettato ad un soggetto (persona fisica) residente. Tale diritto è riconosciuto dagli Stati su base di reciprocità, anche se la concessione del credito d'imposta da parte della Gran Bretagna in relazione dividendi distribuiti a soci italiani è venuta meno a far data dal 6 aprile 1999, in seguito all'abolizione dell'"advanced corporation tax". In base all'art. 10 della Convenzione, dunque, i

soggetti residenti in (---), quando percepiscono un dividendo distribuito da una società italiana, non subiscono una ritenuta alla fonte del 27%, ai sensi del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27, comma 3, prima della riforma introdotta dalla L. 24 dicembre 2007, n. 244, ma una ritenuta pari al 15% ovvero al 5%, prevista dall'paragrafo 2 del suddetto articolo. Inoltre, fino al 31 dicembre 2003, quando è stato abolito anche in Italia il meccanismo del credito d'imposta, avevano altresì diritto al credito d'imposta previsto per i soggetti residenti in (---). Sono due, dunque, i requisiti per il diritto al rimborso: quello soggettivo, ossia essere un soggetto previsto da convenzione; e quello oggettivo, ossia l'aver subito una doppia imposizione sui dividendi percepiti. La società deve dimostrare di avere incluso nella base imponibile dell'imposta inglese sulle società l'ammontare lordo dei dividendi per i quali chiede rimborso del credito di imposta e di aver subito su di essi un'effettiva imposizione. In realtà, però, non vi è stata alcuna doppia imposizione in quanto, al momento della distribuzione, i dividendi ricevuti dalla società inglese non hanno scontato alcuna imposizione in Italia, in applicazione della direttiva madre-figlia. In aggiunta, poi, la società ha evitato la doppia imposizione economica nel paese di residenza, in modo analogo a quanto avviene per un socio residente in Italia, attraverso la concessione di un credito d'imposta corrispondente alla frazione di imposta corrisposta "a monte" dalla società figlia nel paese comunitario in cui reddito è stato prodotto. Non sussistevano, dunque, le condizioni per chiedere l'applicazione dell'art. 10 della Convenzione Italia-Regno Unito, per insussistenza della doppia imposizione. La società inglese pretende, quindi, di rimediare a tale impedimento attraverso lo spontaneo assoggettamento a ritenuta d'imposta in Italia, chiedendo che la ritenuta, non applicata al momento della riscossione dei dividendi, sia invece applicata al momento dell'opzione per il regime convenzionale e sia quindi portata in diminuzione del credito d'imposta previsto dall'art. 10 della Convenzione. In sostanza, la società pretende di "scambiare" il diritto al credito d'imposta sui dividendi (1.055.765,00) con il pagamento delle modeste ritenute a titolo d'imposta del 5% +5% (e cioè di Euro 187.691,55+ Euro 52.788,25) previste dalla Convenzione, in deroga alla ritenuta del 27% prevista in via ordinaria del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27. A tale logica hanno aderito i primi giudici che hanno, infatti, accolto la domanda proposta nei limiti della somma di Euro 815.285,00, previa appunto sottrazione delle predette ritenute dall'ammontare del credito d'imposta richiesto. Neppure in questo modo, però, si configura il requisito della doppia imposizione giuridica. L'imposta spontaneamente corrisposta in Italia al fine di configurare una doppia imposizione, mediante detrazione del credito d'imposta richiesto, viene contestualmente recuperata nell'altro Stato in base ai meccanismi della direttiva madre-figlia. In tal caso, la doppia imposizione è solo apparente, in quanto i benefici della direttiva madre-figlia, ai quali la società richiedente apparentemente rinuncia in Italia, in realtà permangono nella propria interezza, perchè consentono ad essa di evitare sia la doppia tassazione economica (mediante recupero dell'imposta versata "a monte" dalla società figlia distributrice dei dividendi), sia la doppia tassazione giuridica, mediante recupero della ritenuta subita in Italia. Se si accordasse la restituzione del credito d'imposta si consentirebbe alla società di accrescere il dividendo di un ulteriore importo pari al credito rimborsato, ponendo in essere una discriminazione rispetto agli altri soggetti italiani.

3. Preliminarmente, deve essere rigettata l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla società controricorrente avverso il ricorso per cassazione che ha indicato, erroneamente, quale provvedimento impugnato la sentenza n. 611/9/2012 della CTR dell'Abruzzo, sezione distaccata

di Pescara, in data 26 aprile 2012, depositata il 28 maggio 2012, anzichè la sentenza n. 610/9/2012, della CTR dell'Abruzzo, sezione distaccata di Pescara, in data 26 aprile 2012, depositata il 28 maggio 2012.

E' evidente che si è trattato di un mero errore materiale, in quanto le due sentenze della Commissione tributaria regionale dell'Abruzzo, sezione distaccata di Pescara, sono state pronunciate nella stessa giornata, dallo stesso collegio, con il medesimo esito, favorevole alla società, con riferimento a due annualità diverse.

L'Agenzia delle entrate, peraltro, ha notificato alla controparte atto di correzione di errore materiale del ricorso per cassazione, proprio per aver indicato la sentenza n. 611, relativa all'anno 2004, in luogo di quella n. 610, in relazione all'anno di imposta 2003.

Per questa Corte la discordanza tra gli estremi della sentenza appellata, come precisati nell'atto di impugnazione, e i corrispondenti dati identificativi della sentenza prodotta in copia autentica dell'appellante non è di per sè significativa, potendo essere conseguenza di un mero errore materiale, senza comportare incertezza nell'oggetto del giudizio, qualora la corrispondenza tra la sentenza depositata e quella nei cui confronti è rivolta l'impugnazione sia confermata da una verifica della congruenza tra contenuto della sentenza in atti e motivi dell'appello (Cass., sez.L, 2 ottobre 2014, n. 20828). Le medesime considerazioni valgono anche per il giudizio di legittimità, sicchè, proprio in base alla lettura del ricorso per cassazione emerge che l'impugnazione attiene specificamente alla sentenza n. 610 del 2012, della Commissione tributaria regionale dell'Abruzzo, sezione distaccata di Pescara, depositata il 28 maggio 2012, con riferimento all'anno di imposta 2003, e non all'anno di imposta 2004. Corretti sono anche i riferimenti all'importo della richiesta di rimborso per Euro 1.055.765,00 ed alla sentenza della CTP (23 marzo 2009).

Già a pagina 2 del ricorso per cassazione vi è un espresso riferimento al "credito d'imposta sui dividendi ricevuti dalla società UOP MS srl nell'anno 2003".

4.Il primo ed ii secondo motivo, che vanno esaminati congiuntamente per ragioni di connessione, sono infondati nei termini di cui motivazione.

4.1. I fatti di causa sono estremamente chiari. La società italiana (figlia) ha erogato nell'anno 2003 dividendi per Euro 3.753.831,00 in favore della società britannica (madre, socia al 99,99) UOP Limited s.p.a., senza applicare alcuna ritenuta alla fonte sui dividendi.

4.2. Tale condotta tributaria era consentita dall'applicazione della direttiva madre-figlia del 23 luglio 1990, n. 435. La ratio della direttiva è quella di implementare i rapporti societari a livello comunitario, tanto che nel considerando si legge "che le attuali disposizioni fiscali che disciplinano le relazioni tra società madri e società figlie di Stati membri diversi variano sensibilmente da uno Stato membro all'altro e sono, in generale, meno favorevoli di quelle applicabili alle relazioni tra società madri e società figlie di uno stesso Stato membro; che la cooperazione tra società di Stati membri diversi viene perciò penalizzata rispetto alla cooperazione tra società di uno Stato membro; che occorre eliminare questa penalizzazione

instaurando un regime comune e facilitare in tal modo il raggruppamento di società a livello comunitario".

Si chiarisce anche che "è inoltre opportuno esentare la ritenuta alla fonte, salvo in taluni casi particolari, gli utili conferiti da una società figlia alla propria società madre".

Pertanto, la ratio della direttiva è di consentire che le società estere siano trattate allo stesso modo delle società italiane, con riferimento alla disciplina tributaria, in modo da evitare ogni disparità di trattamento tra società dell'Unione Europea. L'art. 2 della direttiva 435/90/CE prevede che "ai fini dell'applicazione della presente direttiva, il termine "società di uno Stato membro" designa qualsiasi società:a) che abbia una delle forme enumerate nell'allegato;b) che, secondo la legislazione fiscale di uno Stato membro, sia considerata come avente il domicilio fiscale in tale Stato e, ai sensi di una convenzione in materia di doppia imposizione conclusa con uno Stato terzo, non sia considerata come avente tale domicilio fuori della comunità;c) che, inoltre, sia assoggettata, senza possibilità di opzione e senza esserne esentata, a una delle seguenti imposte".

L'art. 4 della direttiva prevede, poi, una doppia possibilità alternativa per la tassazione dei dividendi ricevuti dalla società madre:la completa esenzione; la maturazione di un credito d'imposta in caso di tassazione dei dividendi da parte del paese di residenza della società figlia, a carico di quest'ultima. Pertanto, si dispone che "quando una società madre... riceve utili distribuiti in occasione diversa dalla liquidazione della società figlia, lo Stato della società madre e lo Stato della sua stabile organizzazione: - si astengono dal sottoporre tali utili ad imposizione, o - li sottopongono ad imposizione, autorizzando però detta società madre o la sua stabile organizzazione a dedurre dalla sua imposta la frazione dell'imposta societaria relativa ai suddetti utili e pagata dalla società figlia e da una sua sub-affiliata, a condizione che a ciascun livello la società e la sua sub-affiliata soddisfino i requisiti di cui agli artt. 2 e 3 entro i limiti dell'ammontare dell'imposta corrispondente dovuta".

L'art. 5 della direttiva 345/90/CE chiarisce che "gli utili distribuiti da una società figlia alla sua società madre sono esenti dalla ritenuta alla fonte".

L'art. 7, poi, dispone, al comma 2, che "La presente direttiva lascia impregiudicata l'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali intesi a sopprimere o ad attenuare la doppia imposizione economica dei dividendi, in particolare delle disposizioni relative al pagamento di crediti di imposta ai beneficiari dei dividendi". Quest'ultima disposizione è particolarmente rilevante perchè manifesta in modo espresso il principio di compatibilità tra la direttiva madre-figlia e le convenzioni contro la doppia imposizione stipulate dai singoli Stati.

4.3. La disciplina relativa alla direttiva madre-figlia è stata inserita nell'ordinamento italiano e riprodotta del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27-bis. Se, dunque, sussistono i requisiti per l'applicazione della direttiva madre-figlia, che hanno innervato il D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27-bis vi è una totale esenzione d'imposta sui dividendi distribuiti. Infatti, all'art. 27-bis, comma 1 si prevede la possibilità di chiedere il "rimborso" delle ritenute effettuate, con la previsione che "le società che detengono una partecipazione diretta non inferiore al 20% del capitale della società che distribuisce gli utili, hanno diritto, a richiesta, al rimborso della ritenuta di cui all'art. 27,

commi 3, 3-bis e 3-ter sede: a) rivestono una delle forme previste nell'allegato della direttiva n. 435/90/CEE del Consiglio del 23 luglio 1990; b) risiedono, 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; c) sono soggette, nello Stato di residenza, senza fruire di regimi di opzione o di esonero che non siano territorialmente o temporalmente limitati, ad una delle imposte indicate nella predetta direttiva; d) la partecipazione sia detenuta ininterrottamente per almeno un anno".

Dell'art. 27-bis, il comma 3 invece, prevede la possibilità di non applicare in alcun modo la ritenuta. In tal caso, si dispone che "ove ricorrano le condizioni di cui al comma 1, a richiesta della società beneficiaria dei dividendi, i soggetti di cui all'art. 23 possono non applicare la ritenuta di cui all'art. 27, commi 3, 3-bis e 3-ter. In questo caso, la documentazione di cui al comma 2 deve essere acquisita entro la data del pagamento degli utili e conservata, unitamente alla richiesta, fino a quando non siano decorsi i termini per gli accertamenti relativi al periodo di imposta in corso alla data di pagamento dei dividendi".

Proprio del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27-bis, il comma 3 è stato applicato nella erogazione dei dividendi da parte della società figlia italiana in favore della società madre britannica UOP Limited s.p.a., non essendo stata applicata pacificamente alcuna ritenuta alla fonte.

5. Resta ora da valutare se, una volta che sui dividendi distribuiti alla UOP Limited, non sia stata applicata alcuna ritenuta, ai sensi del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27-bis possa la società madre chiedere l'applicazione, non più del regime di esenzione stabilito con la direttiva madre-figlia 345/90/CEE, ma dell'art. 10 della Convenzione Italia-Regno Unito, che si fonda sul meccanismo, ben diverso, del credito di imposta. Dovrà tenersi conto anche che il sistema impositivo del credito d'imposta a favore dei soci italiani che hanno ricevuto dividendi da società italiane è stato eliminato a partire dal 1 gennaio 2004 e sostituito con il sistema dell'esenzione del 95% dei dividendi ricevuti dalla società.

5.1. L'art. 10 della Convenzione Italia-Regno Unito, del 5 novembre 1990, n. 329 (dividendi), prevede che "i dividendi pagati da una società residente di uno Stato contraente ad un residente dell'altro Stato contraente sono imponibili in detto altro Stato". Si aggiunge, al comma 2, che "tuttavia, tali dividendi possono essere tassati anche nello Stato contraente di cui la società che paga i dividendi è residente ed in conformità alla legislazione di detto Stato ma, se la persona che percepisce i dividendi ne è l'effettivo beneficiario, l'imposta così applicata non può eccedere: a) il 5% dell'ammontare lordo dei dividendi se l'effettivo beneficiario è una società che controlla, direttamente o indirettamente, almeno il 10% del potere di voto della società che paga dividendi; b) il 15% dell'ammontare lordo dei dividendi in tutti gli altri casi".

Nella fattispecie in esame la società madre britannica UOP Limited s.p.s. controlla il 99,99% della società figlia italiana UOP MS s.r.l., sicchè trova applicazione l'art. 10, comma 2, lett. a), per cui l'imposta eventualmente applicata dalla società britannica, in relazione ai dividendi ricevuti dalla società figlia, non può eccedere il 5% dell'ammontare lordo dei dividendi, essendo l'effettiva beneficiaria che controlla, direttamente o indirettamente, almeno il 10% del potere di voto della società italiana che ha pagato dividendi.

Dell'art. 10, il 40 comma, lett. a) della Convenzione Italia-Regno Unito stabilisce poi, quanto al credito di imposta, che "un residente del Regno Unito che riceve dividendi da una società residente dell'Italia - fatte salve le disposizioni del sub-paragrafo b) del presente paragrafo - ha diritto, se è il beneficiario effettivo dei dividendi, al credito d'imposta con riguardo a tali dividendi cui una persona fisica residente dell'Italia avrebbe avuto diritto se avesse ricevuto gli stessi dividendi, previa deduzione dell'imposta prevista nel sub-paragrafo b) del paragrafo 2 del presente articolo. Questa disposizione non si applica se la persona che percepisce dividendi ed il credito d'imposta non è a tale titolo soggetta all'imposta del Regno Unito".

Alla fattispecie in esame va, però, applicato l'art. 10, comma 4, lett. b) della Convenzione Italia-Regno Unito, il quale prevede che "le disposizioni del sub-paragrafo a) del presente paragrafo non si applicano quando il beneficiario effettivo dei dividendi è una società che controlla da sola od insieme ad una o più società collegate, direttamente o indirettamente, il 10% o più del potere di voto nella società che paga dividendi. In tal caso, una società residente del Regno Unito che riceve dividendi da una società residente dell'Italia ha diritto, a condizione che sia la beneficiaria effettiva dei dividendi, ad un credito di imposta pari alla metà del credito d'imposta cui una persona fisica residente in Italia avrebbe diritto se avesse ricevuto gli stessi dividendi, previa deduzione dell'imposta prevista al sub-paragrafo a) del paragrafo 2 del presente articolo ed a condizione che la società alla quale riceve dividendi ed il credito di imposta sia a tale titolo soggetta all'imposta del Regno Unito".

5.2. Pertanto, in astratto, la società contribuente britannica UOP Limited s.p.a., con riferimento ai dividendi conseguiti dalla società italiana figlia UOP MS s.r.l., per l'anno 2003, avrebbe potuto optare per l'applicazione della Convenzione Italia-Regno Unito, con il conseguente assoggettamento alla imposizione fiscale di cui alla L. 5 novembre 1990, n. 329, art. 10, comma 4, lett. b. In tal caso, la società madre britannica avrebbe dovuto subire una ritenuta pari al 5% sui dividendi ricevuti di Euro 3.753.831,00, quindi nella misura di Euro 187.691,55. Ciò in applicazione della ritenuta sui dividendi di cui all'art. 10, comma 2, lett. a), trattandosi di società madre che controllava il 100% della società figlia italiana.

Inoltre, la società madre britannica avrebbe dovuto subire una ulteriore ritenuta del 5% sul credito d'imposta, come calcolato dall'art. 10, comma 4, lett. b), per la somma di Euro 52.788,25. Infatti, la somma pacificamente spettante alla UOP Limited s.p.a., come credito d'imposta, calcolato in base alla Convenzione Italia-Regno Unito, pari alla somma di Euro 1.055.765,00, avrebbe comportato l'applicazione della ritenuta del 5%, pari ad Euro 52.788,25.

Pertanto, alla società contribuente sarebbe spettato, come credito d'imposta, in applicazione dell'art. 10 della Convenzione Italia-Regno Unito, la somma di Euro 815.286,00, ottenuta sottraendo al credito d'imposta, computato correttamente per un importo pari alla metà del credito d'imposta cui una persona fisica residente in Italia avrebbe diritto se avesse ricevuto gli stessi dividendi, la prima ritenuta di Euro 187.691,55, applicabile sui dividendi nella misura del 5%, con la seconda ritenuta, sempre pari al 5%, sul credito d'imposta riconosciuto, pari ad Euro 52.788,25.

6. Con la richiesta di rimborso del credito d'imposta, sostanzialmente la società contribuente UOP Limited s.p.a., società madre residente in (---), ha rinunciato all'applicazione della direttiva

madre-figlia n. 435/90/CE, che prevedeva l'esenzione totale dalle ritenute applicabili sui dividendi distribuiti dalla società figlia italiana in favore della società madre britannica, per accedere alla disciplina del credito d'imposta di cui alla Convenzione Italia-Regno Unito, ai sensi della L. 5 novembre 1990, n. 329, art. 10.

La società britannica ha, quindi, chiesto il credito d'imposta, ma ha anche chiesto espressamente che venissero applicate le ritenute del 5% sui dividendi ricevuti e del 5% sul credito d'imposta spettante, proprio come previsto dall'art. 10 della Convenzione Italia-Regno Unito.

Che sia questa la questione dirimente è chiarito dalla stessa Agenzia delle entrate nel ricorso per cassazione laddove evidenzia, a pagina 23, che "la società inglese pretende di rimediare a tale impedimento attraverso lo spontaneo assoggettamento alla ritenuta di imposta in Italia: concede infatti che la ritenuta non applicata al momento della riscossione sia applicata al momento dell'opzione per il regime convenzionale e sia quindi portata in diminuzione del credito d'imposta previsto dall'art. 10 della Convenzione. In sostanza, essa pretende di "scambiare" il diritto al credito di imposta sui dividendi (Euro 1.055.765,0) con il pagamento delle modeste ritenute a titolo d'imposta del 5% +5% (cioè di 187.691,55+ Euro 52.788,25) previste dalla convenzione, in deroga alla ritenuta del 27% prevista in via ordinaria del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27".

7. E' evidente che la questione della possibile opzione per la tassazione dei dividendi secondo il regime convenzionale Italia-Regno Unito, invece che secondo il regime di esenzione totale dalle ritenute, di cui al D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27-bis costituiva, sin dal ricorso originario l'oggetto della richiesta di rimborso e, quindi, del perimetro del giudizio innestato dal rigetto della richiesta da parte del Centro operativo di Pescara sulla istanza di rimborso del credito d'imposta. In tal senso deve, quindi, essere corretta la motivazione della Commissione tributaria regionale dell'Abruzzo che ha ritenuto inammissibile, in quanto nuova, la questione sollevata dalla Agenzia delle entrate in ordine alla impossibilità per la società contribuente di formulare l'opzione per la tassazione dei dividendi in base alla Convenzione Italia-Regno Unito sulla doppia imposizione.

Peraltro, costituisce orientamento consolidato di legittimità, cui si intendere dare seguito, quello per cui, in tema di contenzioso tributario, il contribuente che impugni il rigetto dell'istanza di rimborso di un tributo riveste la qualità di attore in senso sostanziale, con la duplice conseguenza che grava su di lui l'onere di allegare e provare i fatti a cui la legge ricollega il trattamento impositivo rivendicato nella domanda e che le argomentazioni con cui l'Ufficio nega la sussistenza di detti fatti, o la qualificazione ad essi attribuita dal contribuente, costituiscono mere difese, come tali non soggette ad alcuna preclusione processuale, salva la formazione del giudicato interno (Cass., sez. 5, 2 luglio 2014, n. 15026).

Non v'è dubbio che i "fatti" siano stati tutti compiutamente allegati dalla società nel ricorso di primo grado, anche con riferimento alla possibilità di optare per il credito di imposta, al fine di evitare la doppia imposizione "economica" e che la tesi dell'Ufficio fondata sulla impossibilità di modificare la originaria opzione costituisce una mera difesa.

8. Quanto al merito della controversia, però, va confermata la decisione del giudice di appello.

8.1. Invero, è ben possibile che la società contribuente UOP Limited s.p.a., residente in (---), che inizialmente aveva beneficiato dell'esenzione totale dalle ritenute sui dividendi ricevuti dalla società figlia, residente in (---), possa chiedere l'applicazione della disciplina tributaria del credito d'imposta ai sensi della L. 5 novembre 1990, n. 329, art. 10, comma 4, (Convenzione Italia-Regno Unito).

Non trova in alcun modo applicazione il principio di "alternatività", in termini assoluti, tra la disciplina di esenzione totale dalle ritenute sui dividendi erogati alla società britannica, di cui al D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27-bis e la disciplina tributaria del credito d'imposta, sempre relazione ai medesimi dividendi, di cui all'art. 10 della Convenzione Italia-Regno Unito, affermato dall'Agenzia delle entrate nel ricorso per cassazione.

8.2. Il principio di alternatività, in termini assoluti, non trova, infatti, conferma, nella Convenzione Italia-Regno Unito. In essa, infatti, l'art. 10, comma 4, consente l'applicabilità della disciplina del credito d'imposta esclusivamente nel caso in cui "la società la quale riceve i dividendi ed il credito d'imposta sia a tale titolo soggetta all'imposta del Regno Unito".

Sulla questione, però, il giudice d'appello, con pieno accertamento di fatto, ha stabilito che è stato assolto "l'onere, gravante sulla società, dell'assoggettamento ad imposizione da parte del Regno Unito dei dividendi pagati dalla controllata italiana: e agli atti, infatti, il relativo documento".

Nella Convenzione, invece, non si fa alcuna menzione in ordine all'applicabilità necessaria del regime previsto dalla direttiva madre-figlia in relazione ai dividendi distribuiti. In realtà, è la stessa disciplina madre-figlia (435/90/CE) a prevedere la doppia possibilità di tassazione dei dividendi, come emerge dal preambolo in cui si evidenzia che "quando una società madre, in veste di socio, riceve dalla società figlia utili distribuiti, lo Stato della società deve: - astenersi dal sottoporre tali utili a imposizione, - oppure sottoporli a imposizione, autorizzando però detta società madre a dedurre dalla sua imposta la frazione dell'imposta pagata dalla società figlia a fronte di detti utili". Allo stesso modo, ai sensi dell'art. 4 della direttiva madre-figlia si prevede che lo Stato della società madre possa astenersi dal sottoporre gli utili distribuiti ad imposizione, oppure sottoporli ad imposizione, autorizzando però la società madre a dedurre dalla sua imposta la frazione dell'imposta societaria relativa ai suddetti utili e pagata dalla società figlia, entro i limiti dell'ammontare dell'imposta corrispondente dovuta.

La Convenzione Italia-Regno Unito si mostra, dunque, di contenuto più ampio rispetto a quello della direttiva, in quanto si prevede l'estensione da parte dello Stato della fonte, ossia dello Stato di residenza della società che distribuisce dividendi (Italia) del credito di imposta sui dividendi anche ai soggetti non residenti. Invero, in assenza di tale previsione convenzionale il socio non residente non avrebbe avuto diritto al credito d'imposta.

Tra l'altro, l'Amministrazione fiscale del Regno Unito, sin dall'entrata in vigore della Convenzione, ha sempre regolarmente erogato il credito d'imposta, anche nel caso in cui i dividendi erano a beneficio di una società madre residente in Italia, che aveva optato per il regime di esenzione di cui al D.P.R. n. 917 del 1986, art. 96-bis con cui l'Italia ha dato attuazione alla direttiva madre-figlia. Infatti, il D.P.R. n. 917 del 1986, art. 96-bis (dividendi distribuiti da società non residenti),

all'epoca vigente, prevede che "gli utili distribuiti, in occasione diversa dalla liquidazione, da società non residenti aventi requisiti di cui al comma successivo, se la partecipazione diretta nel loro capitale è non inferiore al 25% ed è detenuta ininterrottamente per almeno un anno, non concorrono alla formazione del reddito della società o dell'ente ricevente per il 95% del loro ammontare".

Deve, quindi, essere adottata una interpretazione della Convenzione secondo buona fede, anche in base ai principi stabiliti dalla Convenzione di Vienna sui diritti dei trattati, anche se la Gran Bretagna non ha aderito alla stessa. I criteri dettati dagli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, conclusa il 23 maggio 1969, di cui è parte l'Italia, prevede come regola generale che il contratto deve essere interpretato in buona fede, in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo. Tali regole sono applicabili anche alle convenzioni sulle doppie imposizioni stipulate tra gli Stati (Cass., sez. 5, 14 novembre 2019, n. 29635; Corte di giustizia, sent. 12 settembre 2017, n. 648/2015, ai punti 35-39 della motivazione).

8.3. Il principio di "alternatività", in termini assoluti, non trova alcuna conferma neppure nella direttiva madre-figlia 345/90/CE, in cui, anzi, l'art. 7, paragrafo 2, stabilisce in modo incontestabile che "La presente direttiva lascia impregiudicata l'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali intesi a sopprimere o ad attenuare la doppia imposizione economica dei dividendi, in particolare delle disposizioni relative al pagamento di crediti di imposta ai beneficiari dei dividendi". Si è statuita, quindi, la permanente efficacia degli accordi bilaterali anche in relazione alla direttiva madre-figlia (Cass., sez. 5, 19 ottobre 2018, n. 26412).

Tale disposizione è stata introdotta, su richiesta di alcuni degli Stati membri, proprio al fine di evitare che potessero emergere dubbi in merito alla compatibilità della direttiva madre-figlia con talune disposizioni convenzionali volte ad eliminare o mitigare la doppia imposizione sui dividendi.

Si è, infatti, affermato che il prelievo del 5 per cento previsto dalla Convenzione sulla doppia imposizione, costituisce una ritenuta alla fonte sugli utili distribuiti da una società controllata alla sua società capogruppo, vietata dall'art. 5, n. 1, della direttiva 23 luglio 1990 n. 90/435/Cee, cd. madri e figlie, solo nella parte in cui colpisce i dividendi versati dalla società controllata alla sua società capogruppo con sede in un altro Stato membro. Pertanto, nella parte in cui tale prelievo colpisce il credito d'imposta, cui la distribuzione di dividendi dà diritto, tale imposizione non è una ritenuta alla fonte vietata dalla stessa direttiva (Corte giustizia, 25 settembre 2003, n. 58). In tale decisione si è anche aggiunto al paragrafo 84 che "è sempre stato sostenuto nell'ambito del presente procedimento che l'art. 7, n. 2, della direttiva è stato redatto.... prendendo in considerazione il sistema britannico, nel quale la distribuzione di dividendi si accompagna ad un diritto al pagamento di un credito d'imposta parziale qualora ciò sia previsto dalla convenzione sulla doppia imposizione conclusa tra lo Stato membro sede della società madre e il Regno Unito, nella consapevolezza che l'importo cumulato del dividendo distribuito e del credito d'imposta parziale è soggetto nel Regno Unito al prelievo del 5%. Una siffatta argomentazione presuppone che il detto prelievo costituisce, almeno in parte, una trattenuta alla fonte ai sensi dell'art. 5, n. 1 della direttiva".

La deroga al generale divieto di imposizione alla fonte di cui all'art. 5, n. 1, della direttiva madre-figlia (435/90/CE), è, dunque, ammessa solo a condizione che lo Stato della società che distribuisce dividendi elimini la doppia imposizione economica, costituita dall'imposizione degli utili in capo alla società distributrice e dal successivo prelievo alla fonte al momento della distribuzione. Ciò avviene con il pagamento in favore della società madre non residente di un credito d'imposta relativo alle imposte pagate dalla società figlia. Pertanto, ai sensi dell'art. 7, paragrafo 2 della direttiva, può applicarsi la ritenuta eventualmente prevista da un trattato contro le doppie imposizioni, in deroga al divieto di ritenuta di cui all'art. 5, paragrafo 1 della direttiva, se tale ritenuta "può essere considerata come rientrante in un insieme di disposizioni convenzionali relative al pagamento di crediti di imposta ai beneficiari di dividendi e diretta perciò stesso ad attenuare la doppia imposizione" (Corte giustizia, 25 settembre 2003, n. 58, paragrafo 88). Con tale decisione, si consente la contestuale applicazione della direttiva e delle disposizioni convenzionali volte al riconoscimento del credito d'imposta sui dividendi. I due sistemi normativi, costituiti dalla direttiva madre-figlia e dalla Convenzione Italia-Regno Unito non sono in alcun modo incompatibili, ma possono anche essere applicati in modo contestuale nei casi in cui la ritenuta sui dividendi costituisca parte integrante di un insieme di disposizioni convenzionali volte ad attenuare la doppia imposizione. Non v'è, dunque, alcuna preclusione all'applicazione del credito d'imposta convenzionale, anche in presenza dei requisiti di applicazione della direttiva madre-figlia. Per questa Corte, peraltro, il concorso formale fra norma bilaterale e norma comunitaria è risolto, nel senso della sopravvivenza della prima, dall'art. 7, paragrafo 2, della direttiva 435/90/CE, che "lascia in pregiudicata l'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali intesi a sopprimere o ad attenuare la doppia imposizione economica dei dividendi (Cass., sez. 5, 14 novembre 2019, n. 29635; Cass., 27 ottobre 2017, n. 25585).

Peraltro, anche il Considerando sub 10, della direttiva CE n. 123 del 22 dicembre 2003, che ha modificato la direttiva 90/435/CE (poi abrogata e sostituita dalla direttiva 2011/96/UE del Consiglio del 30 novembre 2011), è coerente con la disposizione pattizia, laddove precisa che "quando gruppi societari sono organizzati in catene di società, e gli utili sono distribuiti attraverso la catena di affiliate alla società madre, la doppia imposizione dovrebbe essere eliminata per mezzo di esenzione o di credito d'imposta. Nel caso di credito d'imposta, la società madre dovrebbe poter dedurre le imposte pagate da qualsiasi società affiliata della catena, a condizione che siano rispettati i requisiti della direttiva 90/435/CE". Nè alcun rilievo può essere attribuito al recente recesso del Regno Unito di Gran Bretagna ed Irlanda del Nord ("Brexit") dall'Unione Europea, il cui accordo (in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 31 gennaio 2020), all'art. 127, prevede che, salvo che l'accordo medesimo non disponga diversamente "il diritto dell'unione si applica al Regno Unito e nel Regno Unito durante il periodo di transizione", che, per effetto del precedente art. 126, decorre dalla data di entrata in vigore dell'accordo stesso sino al 31 dicembre 2020, in cui termina, non rientrando, per quanto in questa sede specificamente rileva, la direttiva del Consiglio concernente il regime fiscale madre-figlia tra quelle immediatamente abrogate. Nè alcuna disposizione specifica è dettata riguardo al regime dei dividendi. Peraltro, gli articoli di interesse fiscale (come per esempio l'art. 51 in tema di Iva, art. 52 in materia di accise e 47 riguarda i dazi), confermano espressamente l'applicazione del

diritto unionale se il momento impositivo si colloca prima della fine della fase transitoria, come si è detto, al 31 dicembre 2020 (Cass., sez.5, 19 novembre 2020, n. 26307).

8.4. Il principio di "alternatività", in termini assoluti, tra direttiva madre-figlia e Convenzione Italia-Regno Unito non trova alcuna conferma neppure nelle norme italiane che hanno recepito la direttiva madre figlia e, segnatamente in relazione al D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27-bis e del D.P.R. n. 917 del 1986, art. 96 bis che regola il regime fiscale dividendi distribuiti a società residenti in Italia da società residenti in altri Stati membri dell'Unione Europea.

Anzi, il D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27-bis, comma 4, all'epoca vigente, prevede che "resta in pregiudicata l'applicazione di ritenute alla fonte previste da disposizioni convenzionali che accordano rimborsi di somme afferenti i dividendi distribuiti".

8.5. Sul punto, l'Agenzia delle entrate, con circolare del 10 agosto 1994, n. 151, ha previsto espressamente l'ipotesi in cui la società madre estera ha usufruito inizialmente della esenzione totale dalle ritenute sui dividendi percepiti, in base alla direttiva madre-figlia, ma poi ha optato per il regime a lei più favorevole del credito d'imposta, provvedendo ovviamente a sopportare le ritenute fiscali necessarie. Si è, quindi, chiarito che "in presenza dei requisiti sostanziali e formali previsti dal D.Lgs. n. 136 del 1993 i sostituti d'imposta, sotto la propria responsabilità potrebbero essersi astenuti dall'applicazione della ritenuta sui dividendi da essi erogati". Si è aggiunto che "a seguito dell'istanza della società madre residente nel (---) volta ad ottenere il rimborso del credito d'imposta spettante ai sensi dell'art. 10 della vigente Convenzione per evitare la doppia imposizione da presentarsi alle direzioni delle entrate-sezioni staccate, queste ultime applicheranno la ritenuta prevista dal trattato sia sull'ammontare del credito d'imposta sia - ove non l'abbiano effettuata i sostituti - sull'ammontare dei dividendi e provvederanno a detrarre la ritenuta così applicata dalla somma dovuta quale credito d'imposta".

Si è concluso che "in quest'ultima ipotesi cioè di dividendi pagati da una società figlia italiana ad una società madre inglese (e non assoggettati ad alcuna ritenuta), quest'ultima avrà ugualmente diritto alle condizioni previste dal trattato, al pagamento di una somma pari alla metà del credito d'imposta, ma in tal caso la ritenuta del 5% dovrà essere applicata sia sull'importo del credito d'imposta spettante sia sull'importo dei dividendi (rimborso 21,72%)".

Pertanto, si ammette la possibilità, ai sensi del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27-bis, comma 4, dell'applicazione della ritenuta sui dividendi per i quali è riconosciuto il credito d'imposta, anche se la ritenuta non era stata originariamente applicato, in esenzione ai sensi della direttiva madre-figlia.

8.6. Del resto, anche la pronuncia citata dall'Agenzia delle entrate (Cass., sez. 5, 12 marzo 2009, n. 5943), pur attenendo ad un'ipotesi diversa, nella quale la società madre, oltre a beneficiare del credito d'imposta nei confronti dello Stato di residenza della società figlia che aveva erogato i dividendi, non potendosi cumulare tale beneficio (credito di imposta) con il rimborso della ritenuta sui dividendi, pretendeva anche la restituzione della ritenuta del 5% operata ai sensi dell'art. 10, comma 2, della Convenzione Italia-Regno Unito, resta nel solco dei principi sopra enunciati. Infatti, si legge in motivazione che "la disposizione di non imponibilità degli utili di cui all'art. 5 n. 1 della direttiva non si applica se già la normativa convenzionale o quella interna

contengono norme che realizzano la finalità di sopprimere o attenuare la doppia imposizione economica, trattandosi di disposizione che non determina un'eccezione al divieto di doppia imposizione, ma semmai lo rafforza attraverso una saldatura delle norme convenzionali con quelle comunitari (anche Cass., 19152/2004, in motivazione).

Si è chiarito che sia la direttiva 435/90/CE, sia la Convenzione Italia-Regno Unito sono strumenti convergenti nel fine di evitare le doppie imposizioni, sicchè le stesse norme impediscono "sommatorie" di benefici. Se è, dunque, accordato il credito d'imposta in favore della società madre, quest'ultima non può pretendere il rimborso della ritenuta alla fonte operata sui dividendi dallo Stato che eroga il credito d'imposta. L'opzione operata dalla società madre in ordine al riconoscimento del credito d'imposta, in ottemperanza alla convenzione, esclude automaticamente l'applicazione della esenzione dalle ritenute di cui al D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27-bis (Cass., 12 marzo 2009, n. 5943).

8.7. Tale ricostruzione trova conferma anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia che ha evidenziato che il 30 Considerando della direttiva 90/435/CE mira ad eliminare, instaurando un regime fiscale comune, qualsiasi penalizzazione della cooperazione tra società di Stati membri diversi rispetto alla cooperazione tra società di uno stesso membro e a facilitare in tal modo il raggruppamento di società a livello dell'unione, tendendo così ad assicurare la neutralità, sotto il profilo fiscale, della distribuzione di utili da parte di una società figlia con sede in uno Stato membro alla sua società madre stabilita in altro Stato membro (Corte giustizia, 19 dicembre 2019, Causa C-389/18, paragrafo 35). Per tale ragione, l'art. 4, paragrafo 1, primo trattino della direttiva madre-figlia, vieta agli Stati membri di sottoporre ad imposizione la società madre a titolo di utili distribuiti dalla sua società figlia, senza distinguere a seconda che l'imposizione da società madre abbia come fatto generatore la percezione di tali utili o la loro ridistribuzione, sicchè rientra in tale divieto anche una normativa nazionale che, pur non assoggettando ad imposta i dividendi percepiti dalla società madre in quanto tali, può comportare che la società madre subisca indirettamente una imposizione su tali dividendi (paragrafo 37 della sentenza della Corte di giustizia, 19 dicembre 2019, citata).

8.8. Questa Corte (Cass., sez. 5, 31 gennaio 2020, n. 2313), peraltro, ha affermato in una controversia sorta su istanza di rimborso presentata da una società del Regno Unito per il rimborso del credito d'imposta relativo ai dividendi percepiti da società da essa controllate, con sede in Italia, che era fondato il motivo di impugnazione proposto dalla società britannica, per cui il giudice d'appello "ha errato laddove ha escluso l'applicabilità dell'art. 10 paragrafo 4 della suddetta convenzione per la circostanza che il rischio di doppia imposizione sarebbe stato eliminato dal fatto che la società aveva fruito dell'esonero della ritenuta sui dividendi, ai sensi del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27-bis in attuazione della direttiva madre-figlia". Infatti, per questa Corte la questione va analizzata alla luce del principio, di matrice Euro-unitaria, della neutralità nella tassazione in rapporti transnazionali, sicchè il fatto che la distribuzione del dividendo da parte della società figlia non sia stato soggetto a ritenuta in Italia non elimina necessariamente il rischio della doppia imposizione economica e della violazione della neutralità fiscale (Cass., 31 gennaio 2020, n. 2313, citata). In tale sentenza si fa un espresso richiamo alla stessa circolare dell'Agenzia delle entrate n. 151 del 1994. Occorre, quindi, evitare non solo la tassazione diretta dei dividendi in capo alla società madre, ma anche quella indiretta, intesa come conseguenza

dell'applicazione di meccanismi che, sebbene accompagnati da esenzioni o deduzioni generate dalla volontà di tenere conto delle imposte pagate dalla società figlia nel proprio Stato, in concreto potrebbero causare in capo alla società madre un trattamento deteriore rispetto a quello che spetterebbe qualora le due società (madre e figlia) fossero dello stesso Stato.

8.9. Ciò che si deve evitare è che l'eliminazione o attenuazione della doppia imposizione determini l'effetto contrario rappresentato dalla duplice non-imposizione, conseguenza che può essere evitata proprio in forza della scelta effettuata dalla contribuente tra le modalità alternative previste dalla convenzione bilaterale (riconoscimento del credito d'imposta) e dalla direttiva (esenzione dalla ritenuta), non potendo in alcun caso essere riconosciuta alla società madre sia l'esenzione della ritenuta sull'utile distribuito, sia il credito d'imposta (Cass., sez. 5, 19 ottobre 2018, n. 26412, paragrafo 5). Non sarebbe, dunque, possibile per la società madre usufruire del credito d'imposta di fonte convenzionale, se la società figlia italiana non effettui alcuna ritenuta sui dividendi attribuiti, mentre, nel caso in esame, la società madre britannica ha chiesto correttamente, con la domanda di rimborso del credito d'imposta, anche l'applicazione di ritenute non effettuate in origine.

Pertanto, l'alternatività tra la norma sovranazionale Euro-unitaria e quella di natura convenzionale non comporta una alternatività in termini assoluti. Si è affermato (Cass., sez. 5, 19 novembre 2020, n. 26307) che se non sono state applicate le ritenute ai dividendi distribuiti in favore della società britannica da parte del sostituto d'imposta italiano, ciò non preclude in alcun modo il rimborso del credito d'imposta secondo la normativa di fonte convenzionale, in quanto non si tratta, con riferimento alla scelta originaria della contribuente, di un'opzione irrevocabile per un sistema piuttosto che per l'altro. Tale irrevocabilità non è prevista da alcuna norma. Ciò che non è consentito è soltanto la scelta selettiva tra le singole componenti di ogni sistema sulla base della convenienza individua.

9.Le recenti decisioni di questa Corte (Cass., sez. 5, 31 gennaio 2020, n. 2313; Cass., sez. 5, 19 novembre 202, n. 26307; Cass., sez. 5, 20 maggio 2021, n. 13845, quest'ultima in relazione alla Convenzione Italia-Francia), maturate dunque, dopo la sentenza della Corte di giustizia UE del 19 dicembre 2019 (Brussels Securities), si collocano in continuità tra loro, secondo un trend che consente alla società madre estera che, aveva inizialmente beneficiato della integrale esenzione dei dividendi erogati dalla società figlia italiana, di optare successivamente per l'applicazione della Convenzione sulla doppia imposizione Italia-Regno Unito, con l'applicazione della ritenuta del 5% sui dividendi e di un ulteriore 5% sul credito di imposta. In sostanza, non si è affermata la c.d. tax equalization, ossia l'equilibrio nel quale la tassazione interna è esattamente coordinata e integrata con quella degli altri stati UE, ma si è fatto riferimento al concetto comunitario di "neutralità", che è mutuato dalla dottrina economico-finanziaria che conosce la categoria concettuale della international tax neutrality ed efficiency. La neutralità ed efficienza fiscale internazionale, nell'allocazione delle risorse nel rispetto (anche convenzionale) della intercountry equity, comporta un'equa ripartizione del gettito tra gli stati impositori.

Tanto è vero che sia la Francia (istructions dell'11 marzo 1994, n. 1413-1-94, del 3 agosto 1992 e del 1 novembre 1995), sia l'Italia (C.M. 10 agosto 1994, n. 151/E), che il Regno Unito (art. 231, n. 3 dell'ITCA del 1988) hanno convenuto di elaborare un approccio comune, consentendo alla

società madre di cumulare il rimborso convenzionale del credito di imposta con il regime comunitario della direttiva madri-figlie, restando dovute le ritenute alla fonte (nella misura convenzionale) che colpiscono sia il dividendo che il credito di imposta.

Ai sensi dell'art. 384 c.p.c., comma 1, trattandosi di questione di particolare importanza, deve essere enunciato il seguente principio di diritto: "In tema di imposte sui dividendi corrisposti da una società figlia, residente in (---), ad una società madre, residente nel (---), l'esenzione integrale da imposta sui dividendi riconosciuta in Italia ai sensi del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27-bis che ha attuato la direttiva madre-figlia n. 453/1990/CE, non elimina necessariamente il rischio di doppia imposizione economica nè di violazione del principio di neutralità fiscale, secondo l'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia (causa C-389/18, del 19 dicembre 2019, Brussels Securities). Pertanto, è consentito alla società madre, che originariamente non abbia subito in Italia ritenute sui dividendi ricevuti D.P.R. n. 600 del 1973, ex art. 27 bis di optare successivamente per l'applicazione dell'art. 10, par.4 lett. b, della Convenzione contro le doppie imposizioni Italia-Regno Unito, ratificata con L. 5 novembre 1990, n. 329, chiedendo un credito di imposta, che deve però subire una doppia ritenuta, del 5% sull'ammontare dei dividendi ricevuti e di un ulteriore 5 sull'importo del credito di imposta, non sussistendo una alternatività, in termini assoluti, tra le due fonti normative ed in applicazione del principio di neutralità ed efficienza fiscale internazionale (international tax neutrality ed efficiency), espressione della intercountry equity".

10. Con il terzo motivo di impugnazione la ricorrente si duole della "violazione e falsa applicazione dell'art. 16 preleggi e dell'art. 10 della Convenzione stipulata tra Italia e Regno Unito per evitare le doppie imposizioni, approvata e resa esecutiva con L. 5 novembre 1990, n. 329, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3 e dal D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, art. 62, comma 1". Invero, i giudici di secondo grado non hanno verificato il rispetto del principio di reciprocità sotteso alla concessione del beneficio richiesto in base alla Convenzione stipulata tra Italia Regno Unito. Infatti, dal 6 aprile 1999 il Regno Unito ha modificato il regime di tassazione dividendi con la soppressione dell'istituto dell'advanced corporation act, passando dal sistema del credito d'imposta a quello dell'esenzione. Pertanto, a decorrere da tale data, il socio inglese che riceve dividendi da una società del Regno Unito non ha più diritto al credito d'imposta. Ciò si riflette sulla posizione del socio italiano che abbia ricevuto dividendi nel Regno Unito, perchè egli non potrà più ricevere alcun credito d'imposta, non previsto in via ordinaria per i residenti. Tale circostanza farebbe venir meno il principio di reciprocità.

10.1. Il motivo è inammissibile.

10.2. Invero, per questa Corte, con riguardo al diritto azionato dallo straniero, l'insussistenza della "condizione di reciprocità", prevista dall'art. 16 preleggi, non può essere dedotta per la prima volta in sede di legittimità, trattandosi di fatto costitutivo del diritto stesso, la cui ricorrenza deve essere contestata nel giudizio di merito (Cass., sez. 1, 26 novembre 1987, n. 8764; Cass., sez. 3, 7 maggio 2009, n. 10504).

10.3. Il motivo è comunque infondato, in quanto l'art. 16 preleggi si riferisce ai diritti di carattere privatistico ("diritti civili attribuiti al cittadino"), sicchè si sottraggono all'operatività della condizione di reciprocità le norme interne di applicazione necessaria, quali quelle tributarie.

Inoltre, la dottrina ha sottolineato che il principio di reciprocità, nonostante sia stato introdotto a tutele di interesse pubblicistici, non è stato applicato in modo diffuso e sistematico, ma soltanto in relazione alla fruibilità di alcuni diritti civili. L'entrata in vigore della Costituzione, poi, ha comportato la distinzione dei diritti fondamentali dai diritti civili, attribuendo i primi ad ogni persona con norme divenute immediatamente applicabili e, quindi subito incidenti sulla portata dell'art. 16 preleggi. L'art. 16 è, dunque, divenuto, da disposizione di carattere generale, un precetto residuale.

In dottrina si è anche chiarito che non sussiste una principio di reciprocità in materia di doppia imposizione sui dividendi, sicchè, dopo che il Regno Unito ha modificato il regime del credito di imposta sarebbe stato auspicabile che il dettato contenuto nell'art. 10 della convenzione, che fino al 6 aprile 1999, per entrambi i Paesi, consentiva di raggiungere gli obiettivi per il quale era stato previsto "venisse rinegoziato dalle Autorità competenti di entrambi i Paesi". Si rilevava anche non sembrava più "ragionevole" che lo Stato italiano continuasse a concedere dei benefici ormai ingiustificati allo Stato britannico. Pertanto, la dottrina ha soltanto evidenziato che la mancanza di reciprocità (di fatto) ha comportato che il socio inglese continuasse a beneficiare di una detassazione parziale dell'utile connesso al suo investimento in Italia, mentre al socio italiano era stato sottratto il medesimo beneficio sugli investimenti nel Regno Unito.

10.4. Il commentario l'art. 10 del modello OCSE si limita a rimettere gli Stati contraenti ogni valutazione in ordine all'opportunità di stipulare convenzioni contro la doppia imposizione che prevedano obblighi reciproci in materia di riconoscimento del credito d'imposta in favore dei soci non residenti; ciò non costituisce certo conferma dell'immanenza del principio di reciprocità, essendo invece necessario che le parti valutino l'opportunità di inserire clausole specifiche in materia di reciprocità.

11. Le spese del giudizio di legittimità vanno poste a carico dell'Agenzia delle entrate, per il principio della soccombenza, e si liquidano come da dispositivo.

12. Non opera a carico dell'Agenzia ricorrente il raddoppio del contributo unificato (Cass., 890/2017; Cass., 5955/2014).

P.Q.M.

rigetta il ricorso;

condanna l'Agenzia delle entrate a rimborsare in favore della controricorrente società le spese del giudizio di legittimità che si liquidano in complessivi Euro 13.000,00, di cui Euro 200 per esborsi, Iva e cpa, oltre spese generali nella misura forfettaria del 15%.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio, il 9 giugno 2021.

Depositato in Cancelleria il 20 luglio 2021

Documenti citati

Documenti collegati

- Normativa
- Prassi
- Giurisprudenza