

MANOVRA CORRETTIVA: la nuova ritenuta del 5% per gli interessi sui prestiti a società estere del gruppo – coordinamento con le previsioni in materia di CFC e di costi esteri

di Fabio Carriolo

Aspetti generali

L'art. 23, c. 1, del D.L. 6.7.2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla legge 15.7.2011, n.111 (art. 23, cc. 1-4), ha introdotto nell'art. 26-*quater* del D.P.R. n. 600/1973 il nuovo comma 8-*bis*, il quale prevede l'applicazione di una ritenuta alla fonte del 5% sugli interessi corrisposti da società italiane a società estere «consociate», cioè a società di altri Stati dell'Unione europea in linea di principio destinatarie delle disposizioni di cui alla direttiva 2003/49/CE.

Tale problematica viene di seguito illustrata facendo riferimento alle precisazioni fornite dall'Agenzia delle Entrate con **circolare n. 41/E del 5.8.2011**, nonché considerando i possibili intrecci tra tale normativa e le disposizioni in materia di società controllate e collegate estere (CFC), ora applicabile anche con riferimento alle società non – *black list* («CFC *white*») e ai servizi infragruppo, nel'ambito dei quali possono includersi i finanziamenti.

www.commercialistatelematico.com

E' vietata ogni riproduzione totale o parziale di qualsiasi tipologia di testo, immagine o altro.
Ogni riproduzione non espressamente autorizzata è violativa della Legge 633/1941 e pertanto perseguibile penalmente

La direttiva comunitaria su interessi e royalties

In sede comunitaria, si è ritenuto di **esentare da ritenute fiscali** i corrispettivi per interessi¹ e canoni (royalties)² corrisposti all'interno dell'Unione (Direttiva del Consiglio 2003/49/CE del 3.6.2003).

Ciò nonostante, per finalità eminentemente antielusive, il legislatore italiano aveva mantenuto – nel decreto di recepimento 143/2005 - l'obbligo della ritenuta per tutti i pagamenti di interessi e di canoni maturati prima dell'1.1.2004.

La reazione delle istituzioni comunitarie si era manifestata con l'emanazione di un parere motivato, nell'ambito del procedimento di infrazione previsto dall'art. 226 del Trattato CE.

Secondo quanto manifestato nel Comunicato stampa n. IP/07/17 del 9.1.2007 dalla Commissione UE – autrice del parere motivato -, l'obiettivo della direttiva 2003/49/CE è di abolire l'imposizione fiscale *«sui pagamenti di interessi e di canoni fra società consociate di Stati membri diversi nello Stato membro da cui essi*

¹ Nell'art. 2, lett. a, della Direttiva 2003/49/CE, è affermato che sono considerati «interessi» i «redditi da crediti» di qualsiasi natura, garantiti o non da ipoteche e recanti o meno clausole di partecipazione agli utili del debitore e, in particolare, i redditi derivanti da titoli e da obbligazioni di prestiti, compresi i premi collegati a tali titoli; le penali per tardivo pagamento non sono invece considerate interessi.

Si rammenta che il c.d. «risparmio transfrontaliero» è stato regolamentato in sede comunitaria dalla Direttiva 3.6.2003, n. 2003/48/CE, finalizzata primariamente a evitare i fenomeni di competizione fiscale dannosa all'interno dell'Unione. L'ingresso delle nuove norme nell'ordinamento tributario italiano è stato mediato dal D.Lgs. 18.4.2005, n. 84, applicabile ai pagamenti di interessi successivi all'1.7.2005 effettuati da parte di banche, SIM, Poste italiane S.p.a., SGR, società finanziarie e società fiduciarie, nei confronti di beneficiari persone fisiche residenti in altri Stati membri. Le regole di dettaglio necessarie a far funzionare concretamente la nuova normativa sono state emanate con i due Provvedimenti direttoriali dell'Agenzia delle Entrate dell'8.7.2005.

² La nozione di «canoni» adottata dalla Direttiva 2003/49/CE del Consiglio del 3.6.2003 ricalca quella assunta in ambito OCSE, e dunque nelle convenzioni internazionali. Si tratta dunque di compensi di qualsiasi natura ricevuti per l'uso o la concessione in uso del diritto d'autore (si tratta, chiaramente, del diritto c.d. «patrimoniale») su opere letterarie, artistiche o scientifiche, comprese le pellicole cinematografiche e i software, nonché di brevetti, marchi di fabbrica o di commercio, disegni o modelli, progetti, formule o processi segreti o per informazioni concernenti esperienze di carattere industriale, commerciale o scientifico. Sono altresì considerati «canoni» i compensi per l'uso o la concessione in uso di attrezzature industriali, commerciali o scientifiche.

provengono e garantire così la parità di trattamento fiscale tra operazioni nazionali e operazioni transfrontaliere». Da ciò si evince che non poteva essere avvalorata una limitazione dell'esenzione da ritenuta che tenesse conto della «maturazione» degli stessi (oltre al «pagamento», che rappresenta il solo criterio-guida accolto dalla Commissione UE).

Il D.L. 15.2.2007, n. 10, ha sanato la violazione, disponendo altresì la restituzione delle ritenute già effettuate da parte dei soggetti che avevano disposto i pagamenti.

Nella sostanza, la direttiva 2003/49/CE del Consiglio obbliga gli Stati membri a non tassare – né in via principale, tramite ritenuta alla fonte, né in via successiva, attraverso l'attività di accertamento – i pagamenti di interessi e canoni da essi provenienti³.

Attraverso la direttiva, il trattamento dei redditi prodotti nel territorio dello Stato e tassati anche in capo ai soggetti non residenti veniva differenziato in ragione della residenza (UE o extra-UE) del soggetto beneficiario.

L'esenzione operante in via generale

Secondo l'art. 26-*quater*, c. 1, del D.P.R. 600/1973, come innovato dal decreto legislativo del 2005, gli interessi e le *royalties* pagati a società non residenti aventi i requisiti di cui al quarto comma, lettera a, o a una stabile organizzazione, situata in un altro Stato membro, di società che hanno i suddetti requisiti sono esentati da ogni imposta quando tali pagamenti sono effettuati:

- da società ed enti che rivestono una delle forme previste dall'all. A, che risiedono, ai fini fiscali, nel territorio dello Stato e sono assoggettate all'IRES senza fruire di regimi di esonero;
- da una stabile organizzazione, situata nel territorio dello Stato e assoggettata all'IRES senza fruire di regimi di esonero, di società non residenti aventi i predetti

³ Cfr. G. De Capitani e P. Comuzzi, «La Direttiva n. 2003/49/CEE in tema di interessi e royalties: qualche primo commento», *Il Fisco* n. 29/2003, fasc. 1, p. 4568.

requisiti, se gli interessi od i canoni sono inerenti all'attività della stabile organizzazione.

Il secondo comma dell'articolo stabilisce che i soggetti beneficiari degli interessi e dei canoni hanno diritto all'esenzione se:

- la società che effettua il pagamento, o la società la cui stabile organizzazione effettua il pagamento, detiene direttamente una percentuale non inferiore al 25% dei diritti di voto nella società che riceve il pagamento, o nella società la cui stabile organizzazione riceve il medesimo pagamento;
- la società che riceve il pagamento, o la società la cui stabile organizzazione riceve il pagamento, detiene direttamente una percentuale non inferiore al 25% dei diritti di voto nella società che effettua il pagamento, o nella società la cui stabile organizzazione effettua il medesimo pagamento;
- una terza società avente i requisiti di cui alla lett. a) del co. 4 (società con forme giuridiche «europee» soggetta ad imposte sulle società comunitarie) detiene direttamente una percentuale non inferiore al 25% dei diritti di voto sia nella società che effettua il pagamento, o nella società la cui stabile organizzazione effettua il pagamento, sia nella società che riceve il pagamento, o in quella la cui stabile organizzazione riceve il medesimo pagamento;
- i diritti di voto detenuti nelle società ed enti residenti nel territorio dello Stato, sono quelli esercitabili nell'assemblea ordinaria prevista dagli artt. 2364, 2364-bis e 2479-bis, c.c.;
- le partecipazioni che attribuiscono i diritti di voto sono detenute ininterrottamente per almeno un anno.

Ai sensi del sesto comma dell'articolo, ai fini dell'esenzione dev'essere prodotta un'attestazione dalla quale risulti la residenza del beneficiario effettivo e, nel caso di stabile organizzazione, l'esistenza della stabile organizzazione stessa, rilasciata dalle competenti autorità fiscali dello Stato in cui la società beneficiaria è residente ai fini

fiscali o dello Stato in cui è situata la stabile organizzazione, nonché una dichiarazione dello stesso beneficiario effettivo che attesti la sussistenza dei requisiti indicati nei commi 2 e 4. Tale documentazione va presentata ai soggetti «pagatori» entro la data del pagamento degli interessi o dei canoni e produce effetti per un anno a decorrere dalla data del rilascio.

La stessa documentazione deve essere conservata fino a quando non siano decorsi i termini per gli accertamenti relativi al periodo di imposta in corso alla data di pagamento degli interessi o dei canoni, e comunque fino a quando non siano stati definiti gli accertamenti stessi (art. 26-*quater*, c. 7, D.P.R. 600/1973).

In sintesi: i requisiti per l'esenzione

Richiamando la precedente circolare n. 47/E del 2.11.2005, la pronuncia di prassi del 2011 illustra la normativa puntualizzando quanto segue:

le società e gli enti che effettuano il pagamento e le società beneficiarie consociate devono rivestire una delle forme indicate nell'allegato alla direttiva, che siano residenti nel territorio di uno Stato membro, senza fruire di regimi di esonero da una delle imposte indicate nella direttiva stessa, sempre che gli interessi siano comunque assoggettati a una delle predette imposte;

le condizioni che devono ricorrere affinché le società possano essere considerate consociate sono quelle sopra illustrate, commentando il secondo comma dell'articolo; ai sensi della lettera c del quarto comma dell'art. 26-*quater*, l'esenzione si applica a condizione che le società siano beneficiarie effettive; a tal fine, si considerano «beneficiarie effettive» le società aventi i requisiti sopra elencati che ricevono i pagamenti **in qualità di beneficiario finale e non di intermediario, quale agente, delegato o fiduciario di un altro soggetto.**

Affinché il soggetto possa considerarsi *beneficiario effettivo*, è quindi necessario che la società che percepisce gli interessi o i canoni tragga un proprio beneficio economico

dall'operazione posta in essere, attraverso la titolarità nonché la disponibilità dei medesimi interessi, e a tal fine devono essere valutati i profili economici e contrattuali delle operazioni poste in essere, nonché la presenza di una struttura adeguata e la capacità di gestione dei rischi finanziari.

Il regime ordinario di tassazione degli interessi

In assenza dei requisiti previsti per l'applicazione dell'esenzione di cui all'art. 26-*quater*, gli interessi relativi ai prestiti pagati a soggetti non residenti sono sottoposti a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta ai sensi delle disposizioni dell'art. 26, quinto comma, del D.P.R. n. 600/1973.

La ritenuta, pari al 12,50%, è operata in ogni caso, anche se i redditi sono prodotti nell'ambito del reddito d'impresa. La misura del prelievo è del 27% per cento nel caso di corresponsione a soggetti «*black list*».

L'integrazione normativa del 2011

Il nuovo comma 8-*bis* dell'art. 26-*quater* prevede l'applicazione di una ritenuta alla fonte a titolo di imposta del 5%, in luogo della ritenute ordinarie previste dalla normativa nazionale, sugli interessi pagati a soggetti non residenti in particolari casi in cui, fermi restando gli altri requisiti precedentemente richiamati, il percettore non sia in grado di dimostrare adeguatamente il proprio *status* di «beneficiario effettivo» secondo quanto previsto dal sesto comma del medesimo art. 26-*quater*.

Pertanto, la normativa di esenzione (richiesta, come precisato sopra, in attuazione della direttiva comunitaria) permane, e il nuovo comma 8-bis si riferisce solamente a ipotesi nelle quali le condizioni espressamente previste (per l'esenzione) non ricorrano. Finora, tali ipotesi erano soggette alla più onerosa tassazione ordinaria, rispetto alla quale il regime della ritenuta risulta più favorevole.

Il legislatore ha quindi previsto che, ai fini dell'applicazione della ritenuta del 5%, devono sussistere i seguenti requisiti:

- **gli interessi devono essere destinati a finanziare il pagamento di interessi e altri proventi su prestiti obbligazionari emessi dai percettori (gli interessi corrisposti devono essere utilizzati dalla società consociata che li riceve per pagare ulteriori interessi e altri proventi relativamente ad obbligazioni dalla stessa emesse);**
- **i prestiti obbligazionari devono essere negoziati in mercati regolamentati degli Stati membri dell'Unione europea e degli Stati aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo che sono inclusi nella lista di cui al D.M. 4.9.1996 e s.m.i. (comma 8-bis, lett. a);**
- **i prestiti devono essere garantiti dai soggetti di cui all'art. 23 del D.P.R. n. 600/1973 che corrispondono gli interessi ovvero dalla società capogruppo controllante ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile ovvero da altra società controllata dalla stessa controllante (comma 8-bis, lett. b).**

«Pertanto, potranno usufruire dell'applicazione della ritenuta nella misura del 5 per cento gli interessi derivanti da titoli obbligazionari negoziati in mercati regolamentati di Stati facenti parte dell'Unione europea, nonché in mercati

regolamentati di Stati aderenti all'Accordo sullo Spazio economico europeo con i quali sussistono strumenti che consentono un adeguato scambio di informazioni, inclusi nel decreto ministeriale 4 settembre 1996 (cosiddetta white list) vale a dire la Norvegia».

Inoltre, i prestiti obbligazionari in relazione ai quali sono corrisposti gli interessi devono essere garantiti:

- dal soggetto che corrisponde gli interessi, che deve essere uno dei soggetti indicati dall'art. 23 del DPR n. 600/1973 (sostituto d'imposta);
- dalla società controllante, capo del gruppo cui appartengono sia la società che paga gli interessi che quella che li riceve.

La decorrenza

Secondo quanto è stabilito dal secondo comma dell'art. 23 del D.L. n. 98/2011, la normativa in commento risulta applicabile agli interessi corrisposti a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto, ossia dal 6.7.2011.

Il quarto comma dello stesso articolo prevede, inoltre, con riferimento ai prestiti in corso alla data di entrata in vigore della normativa, la possibilità di applicare le disposizioni di cui al comma 8-bis anche agli interessi pagati anteriormente al 6.7.2011; a tal fine, il sostituto d'imposta deve versare la ritenuta dovuta e i relativi interessi legali entro il 30.11.2011.

Relativamente agli interessi già corrisposti la ritenuta è applicata nella misura del 6% ed è anche sostitutiva dell'**imposta di registro sull'atto di garanzia del prestito obbligazionario**.

La disposizione si applica inoltre anche agli interessi oggetto di una attività di accertamento già avviata e non ancora resasi definitiva.

Servizi infragruppo e CFC

L'art. 13 del D.L. n. 78/2008 ha disposto, ai fini di evitare gli arbitraggi fiscali e nell'ottica del coordinamento con gli altri ordinamenti europei (con particolare riferimento ad operazioni infragruppo), le seguenti modificazioni all'art. 167 del TUIR:

– la lettera a) del quinto comma, ove è prevista la dimostrazione dell'effettivo svolgimento di attività commerciale nello Stato estero, è stata integrata puntualizzando che l'attività deve anche svolgersi **«nel mercato dello stato o territorio di insediamento»**, mentre per le attività bancarie, finanziarie e assicurative la medesima condizione si intende soddisfatta **« ... quando la maggior parte delle fonti, degli impieghi o dei ricavi originano nello Stato o territorio di insediamento »**;

– dopo il quinto comma, è stato aggiunto un nuovo comma 5-bis in forza del quale la previsione di cui alla lett. a) del quinto comma (relativa, appunto, alla dimostrazione del requisito dell'attività nello Stato o territorio estero) diviene inapplicabile⁴ **« ... qualora i proventi della società o altro ente non residente provengono per più del 50% dalla gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie, dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica, nonché dalla prestazione di servizi nei confronti di soggetti che direttamente o indirettamente controllano la società o l'ente non residente, ne sono**

⁴ Per le «CFC white», la richiesta di disapplicazione presentata dal soggetto controllante residente può essere comunque effettuata in base alla prima esimente, dimostrando che la società estera non è una **«costruzione di puro artificio»** intesa a conseguire indebiti vantaggi fiscali, secondo i criteri enucleati dalla giurisprudenza comunitaria (sentenza «Cadbury-Schweppes» del 12.9.2006 - causa C-196/04), e codificati dalla Commissione Europea (comunicazione COM(2007) 785 def del 10 dicembre 2007, riguardante «L'applicazione di misure anti-abuso nel settore dell'imposizione diretta all'interno dell'UE e nei confronti dei Paesi terzi») (c.d. *terza esimente*).

*controllati o sono controllati dalla stessa società che controlla la società o l'ente non residente, ivi compresi i **servizi finanziari***⁵;

– dopo l'ultimo comma, sono stati aggiunti i nuovi commi 8-*bis* e 8-*ter*, per effetto dei quali – salva la facoltà di esercizio dell'interpello speciale a norma del quinto comma - i vincoli in materia di CFC vengono applicati anche se i soggetti controllati sono localizzati in Stati o territori diversi da quelli *black list*, qualora ricorrono **congiuntamente** le condizioni della soggezione a tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbero stati soggetti se residenti in Italia e del conseguimento di proventi derivanti per oltre il 50% « ... *dalla gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie, dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti immateriali relativi alla proprietà industriale, letteraria o artistica nonché dalla prestazione di servizi nei confronti di soggetti che direttamente o indirettamente controllano la società o l'ente non residente, ne sono controllati o sono controllati dalla stessa società che controlla la società o l'ente non residente, ivi compresi i servizi finanziari*»⁶.

Il **26.1.2011** ha avuto luogo l'annuale edizione della videoconferenza «**Telefisco**», che è servita a chiarire, con il supporto dei rappresentanti dell'Agenzia delle Entrate, alcuni aspetti problematici delle norme CFC.

⁵ Anche tale nuova previsione, indotta dall'esigenza di circoscrivere in maniera sempre più netta l'area dell'attività economica «commerciale» della società estera (che non deve prestarsi ad abusi collegati a diritti e servizi finanziari o immateriali, con particolare riferimento alle operazioni tra soggetti «consociati», può generare nuove problematiche e richiede una pronta cognizione della situazione da parte degli uffici preposti all'interpello. L'eventuale errore dell'Amministrazione (che potrebbe anche essere all'oscuro, ad esempio, delle partecipazioni estere, e quindi non in grado di ricostruire la reale situazione del gruppo) non potrebbe comunque dar luogo a un parere produttivo di effetti, atteso che, nell'ambito dell'interpello ordinario – al quale il *ruling* CFC si richiama -, la risposta è in grado di generare i propri effetti solamente se la prospettazione dell'istante è esauriente e conforme a verità.

⁶ Particolarmente insidiosa, anche per l'Amministrazione, risulta tale ultima previsione, che chiaramente rende necessaria anche in sede di controllo fiscale e accertamento l'acquisizione di informazioni precise sulla fiscalità degli Stati e territori di insediamento, con riferimento puntuale alla situazione del soggetto controllante (che potrebbe essere soggetto, ad esempio, a norme agevolative secondo le normative estere). È inoltre immaginabile qualche problematica in relazione ai soggetti fiscalmente domiciliati in altri Stati dell'UE.

In particolare, l'Agenzia ha osservato che rientrano nella tipologia delle prestazioni di servizi infragruppo con riferimento alle quali sussiste l'obbligo di presentazione dell'istanza di interpello, per la valutazione delle possibili situazioni elusive:

- le operazioni di compravendita di merci e prodotti finiti effettuate da «*trading company*» in nome e per conto di controparti appartenenti al medesimo gruppo;
- i servizi produttivi (come ad esempio la lavorazione) svolti dalle partecipate estere a favore di società del gruppo.

Non è pertanto possibile escludere tali servizi dal calcolo dei servizi infragruppo ai fini della quantificazione dei c.d. «*passive income*» [art. 167, comma 8-bis, lett. b), TUIR]. È stato poi esaminato l'importante profilo dedicato al radicamento della società CFC nel mercato locale, relativamente al quale era stato chiesto all'Agenzia delle Entrate se tale requisito possa considerarsi sempre presente nel caso in cui la società svolga nel paese estero un'attività di produzione.

A tale riguardo, seguendo la linea interpretativa della circolare n. 51/E del 2010, è stato affermato che, se la CFC non si rivolge al mercato locale né in fase di approvvigionamento né in fase di distribuzione, sorge un indizio del mancato esercizio da parte della stessa di un'effettiva attività commerciale nel territorio di insediamento. Dovranno quindi essere esposte in sede di interpello, e adeguatamente valutate dall'Agenzia, **le ragioni economiche e imprenditoriali** che hanno indotto l'impresa a effettuare l'investimento all'estero.

Interessi e canoni: problematiche elusive

Trattandosi di interessi e royalties, occorre considerare che, secondo quanto è stato precisato dall'Agenzia delle Entrate con la propria circolare 2.11.2005, n. 47/E (par. 3), «*al fine di impedire possibili abusi, l'art. 5, paragr. 1, della Direttiva prevede che si rendono applicabili le disposizioni nazionali o convenzionali necessarie per impedire frodi o abusi*».

«Il successivo paragr. 2 prevede, inoltre, che nel caso di transazioni aventi come obiettivo principale, anche se non esclusivo, l'evasione o l'elusione fiscale, o comunque abusi, gli Stati membri possono revocare il beneficio derivante dalla mancata applicazione della ritenuta (o dalla sua applicazione in misura ridotta) ovvero rifiutare l'applicazione delle disposizioni comunitarie».

Su tali basi, il legislatore italiano, con l'art. 1, primo comma, lett. b), del D.Lgs. 30.5.2005, n. 143, ha incluso tra le operazioni «a rischio di elusione» di cui all'art. 37-bis anche i **pagamenti di interessi e canoni di cui all'art. 26-quater, se effettuati a soggetti direttamente o indirettamente controllati da uno o più soggetti non residenti in uno Stato UE.**

Ciò consente all'Amministrazione di disconoscere, in presenza dei presupposti previsti dalla legge, il regime di esenzione per gli interessi e i canoni pagati a soggetti che, direttamente o indirettamente, sono controllati da uno o più soggetti extra-UE allo scopo di beneficiare delle disposizioni stesse.

La medesima circolare n. 47/E del 2005 aggiunge che i contribuenti possono interpellare preventivamente l'Amministrazione in merito all'eventuale elusività fiscale dell'operazione progettata, secondo le ordinarie regole dell'**interpello antielusivo** ex art. 21, L. n. 413/1991.

Per quanto è stato evidenziato sopra, la nuova normativa sulla ritenuta del 5% interviene in un ambito nel quale, vigendo una normativa generale di esenzione

fiscale, il legislatore presidia i confini dell'agevolazione e richiede a tali fini la sussistenza di particolari requisiti.

Occorre altresì considerare la presenza della normativa CFC, applicabile anche alle *CFC white*, la quale potrebbe richiedere – ricorrendo le condizioni della prevalente produzione di *passive income* e del basso «*tax rate*» estero – la produzione di una specifica istanza di interpello per escludere la tassazione della partecipata estera in Italia.

Si tratta insomma di ipotesi che devono essere verificate con attenzione, per escludere potenziali rischi e contestazioni da parte dell'amministrazione, mediante le forme di *ruling* consentite, ovvero – nel caso dell'interpello CFC – obbligatorie⁷.

13 ottobre 2011

Fabio Carriolo

⁷ La circolare n. 51/E (paragrafo 6), richiamando la precedente circolare n. 32/E del 14.6.2010, riafferma che «l'interpello CFC rule si caratterizza per l'obbligatorietà della presentazione della relativa istanza ai fini dell'ottenimento del parere favorevole all'accesso al regime derogatorio rispetto a quello legale, normalmente applicabile. L'obbligo di presentazione dell'istanza previsto dalla normativa di riferimento, risponde peraltro all'esigenza di consentire all'Amministrazione finanziaria un monitoraggio preventivo in merito a particolari situazioni considerate dal legislatore potenzialmente elusive».