

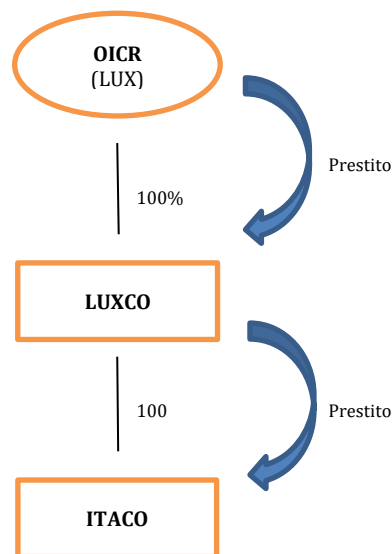
Commissione Tax&Legal, Approfondimenti, gennaio 2020

a cura di Eugenio Romita (Giovannelli e Associati)

Novità in giurisprudenza tributaria sull'esenzione da tassazione in Italia dei finanziamenti indiretti dei fondi esteri a società italiane

Nel corso del 2019 abbiamo assistito ad una rivisitazione dell'Agenzia delle Entrate, in chiave restrittiva, della tematica dell'esenzione da imposizione – via ritenuta alla fonte – sui pagamenti di interessi passivi corrisposti da società italiane a finanziatori esteri qualificati (art. 26, comma 5-bis, d.P.R. 600/1973). Registriamo ora che verso la fine dello stesso anno è stata emessa la prima (a quanto consta) sentenza di merito sulla stessa materia, la quale va in direzione opposta.

Il giudice tributario (Commissione Tributaria Provinciale di Milano, Sez.18, sentenza n. 4708 dell'11 novembre 2019) ha esaminato la seguente situazione, che viene qui raffigurata e semplificata per riferirla alla tematica oggetto della presente nota.



ItaCo, società di capitali italiana, contrae un prestito con il suo socio lussemburghese LuxCo, anch'esso società di capitali ma lussemburghese, quest'ultima, a sua volta contrae un prestito con OICR, fondo di investimento alternativo lussemburghese ivi soggetto a vigilanza; i due prestiti hanno caratteristiche assimilabili sotto diversi profili.

La controversia in giudizio nasce perché l'Agenzia delle Entrate in sede di accertamento, dopo aver contestato la condizione di beneficiario effettivo di LuxCo ed averla rinvenuta su OICR, e per questa via negato i benefici della Direttiva Interessi-Royalty (esenzione da ritenuta alla fonte sul pagamento degli interessi) nel rapporto finanziario diretto tra ItaCo e LuxCo, non ha riconosciuto la spettanza dei benefici della legge nazionale più sopra richiamata (art. 26, comma 5-bis, d.P.R. 600/1973) nel rapporto finanziario indiretto tra ItaCo e OICR, sul presupposto che quest'ultima

disposizione di esenzione trovi applicazione soltanto nei finanziamenti diretti, sposando quindi la sua lettura formalistica, cioè legata alla verifica dei requisiti di legge in capo al percettore formale degli interessi anche ove esso non ne sia il beneficiario effettivo in quanto “passante” in relazione al pagamento degli interessi medesimi.

A tale tesi formalistica fanno eco due recenti pronunciamenti dell’Agenzia delle Entrate a livello centrale: la risoluzione 76/E del 12 agosto 2019 e la risposta ad interpello n. 423 del 24 ottobre 2019. In entrambi l’Agenzia afferma, invero senza un grande impianto argomentativo, che l’esenzione da ritenuta alla fonte di cui all’art. 26, comma 5-*bis*, del d.P.R. 600/1973 si applica ai soli finanziamenti diretti e non si estende a quelli indiretti dove il soggetto erogante è sostanzialmente interposto, come nelle strutture *IBLOR* dove l’erogante svolge attività di *fronting* nell’interesse dei *participant* esteri che sono gli eroganti sostanziali del finanziamento.

Con dette posizioni del 2019 l’Agenzia ha mutato completamente opinione rispetto a quanto sostenuto tre anni prima nella circolare 6/E del 30 marzo 2016 e a seguire in risposte ad interpello non pubblicate (ricordiamo che la prassi di pubblicare le risposte agli interPELLI è stata introdotta solo nel 2018), nelle quali alla norma di esenzione venne data, con riferimento alle operazioni “passanti” o *conduit*, una lettura sostanzialistica; ciò al fine di riconoscere l’esenzione da imposta in Italia al beneficiario effettivo degli interessi, beninteso ove ricorressero tutti i presupposti di legge¹, e non invece al percettore formale.

Questo cambio di fronte dell’Agenzia delle Entrate ha gettato incertezza nell’industria del *corporate lending* internazionale e non ha certo giovato alle imprese italiane, le quali dichiaratamente² costituiscono il destinatario dell’intervento legislativo di cui al suddetto comma 5-*bis*. Detto altrimenti, una norma nata per mettere al centro le imprese italiane favorendo per esse, sul piano fiscale, il ricorso al credito alternativo al canale bancario nazionale, a causa di una interpretazione formalistica (e fors’anche miope) finisce per allontanare le imprese italiane dal predetto centro, sostituendo ad esse il finanziatore estero formale, in tal modo disinteressandosi completamente della dignità rispetto all’ordinamento italiano del finanziatore estero sostanziale che, ove mancasse di tale dignità, potrebbe limitarsi a rimanere schermato dietro ad un finanziatore formale che di tale dignità fosse dotato. Il tutto con buona pace del principio, di derivazione costituzionale, del possesso del reddito quale presupposto base dell’imposizione reddituale. Sullo sfondo, merita di essere notato che da qualche tempo a questa parte tutte le amministrazioni fiscali dei Paesi OCSE mostrano una chiara propensione verso il principio della prevalenza della sostanza sulla forma nell’interpretazione fiscale dei fenomeni transnazionali; e dal momento che l’Amministrazione italiana non è da meno in questo processo, anzi possiamo ben dire che si situa in prima linea, è curioso che per non meglio spiegate ragioni essa sposi qui il principio opposto.

¹ Nel caso oggetto della sentenza qui commentata, (i) l’essere il finanziatore un investitore istituzionale estero istituito in uno Stato collaborativo con l’Italia ed ivi soggetto a vigilanza, (ii) l’essere il finanziamento a medio-lungo termine, (iii) l’essere il soggetto finanziato un’impresa italiana.

² Si vedano gli atti parlamentari e governativi di accompagnamento al d.l. 91/2014 che ha introdotto il comma in parola, ripresi da quelli di accompagnamento al d.l. 18/2016 emendativo del medesimo comma, nei quali si legge: “*Al fine di favorire i finanziamenti alle imprese, [il comma in commento, ndr] mira ad ampliare il regime di esenzione da ritenuta alla fonte sugli interessi [...]. Con questa misura, limitata ai finanziamenti a favore di soggetti che esercitano attività di impresa in qualsiasi forma [...] [si intende favorire, ndr] l’accesso delle imprese italiane a costi competitivi anche a fonti di finanziamento estere*”.

Della problematica in discorso si avvede il giudice tributario di Milano nella sentenza sopra richiamata il quale, accogliendo il ricorso del contribuente, si pone in contrasto con la tesi tanto dell'ufficio impositore nella controversia specifica quanto dell'Agenzia delle Entrate a livello centrale nelle interpretazioni del 2019 dianzi criticate. Andando al cuore del giudicato, il giudice afferma che nell'impianto del citato comma 5-*bis* la circostanza che il finanziamento sia diretto o indiretto non assume rilevanza, giacché la *ratio legis* è quella di favorire il ricorso delle imprese italiane al credito di provenienza estera. La sentenza conferma quindi che la disposizione normativa mette a fuoco l'impresa italiana finanziata e non il finanziatore estero, per favorire la prima e non il secondo; il quale, basta osservare il mercato per capirlo, si mostra indifferente alla applicazione o meno dell'esenzione da ritenuta alla fonte sui pagamenti di interessi ad esso dovuti allorché, come sempre accade, impone contrattualmente all'impresa italiana finanziata (con clausole di *tax indemnity* e di *gross-up*) la lordizzazione nel pagamento degli interessi fino ad ottenere, appunto, la sua indifferenza sul piano economico alla variabile fiscale.

A questo punto non rimane che augurarsi che il qui commentato primo pronunciamento giurisprudenziale in materia si consolidi, per indurre l'Agenzia delle Entrate ad abbandonare la sua più recente posizione ed a riconfermare quella meno recente. Ma anche chissà, per indurre il legislatore ad intervenire sul testo normativo chiarendone definitivamente la portata.