



CONSORZIO
STUDI E
RICERCHE
FISCALI

GRUPPO
INTESA  SANPAOLO

Alle Società Consorziate

CIRCOLARE INFORMATIVA N. 3/2016

del 12 ottobre 2016

**L. 7 luglio 2016, n. 122 (cd. Legge Europea) - Direttiva “società
matri e figlie” - imposizione diretta delle remunerazioni
costituite da utili**

Redatta da:

Nicola Manuti
nicola.manuti@consorziosrf.com

Consorzio Studi e Ricerche Fiscali
Gruppo Intesa Sanpaolo
Viale dell'Arte, 68
00144 Roma
Tel. 0659593059-3030
E-mail: info@consorziosrf.com
www.consorziosrf.com

Rif.: 507.6.1

Oggetto: L. 7 luglio 2016, n. 122 (cd. Legge Europea 2015-2016) - Direttiva “società madri e figlie” - imposizione diretta delle remunerazioni costituite da utili

Indice

1. Regime degli utili esteri	1
2. Le modifiche apportate alla Direttiva “madri e figlie” e la loro attuazione in Italia	5
2.1 Disciplina dei finanziamenti ibridi	6
2.2 La norma anti elusione	11

1. Regime degli utili esteri

L’art. 26 della “*Legge Europea 2015-2016*”⁽¹⁾ ha dato attuazione alle novità apportate in sede comunitaria alla Direttiva “*società madri e figlie*”⁽²⁾ e ha modificato, con effetti che retroagiscono al 1° gennaio 2016, la disciplina dei redditi costituiti, in tutto o in parte, da utili societari o da remunerazioni commisurate ai risultati economici di altri soggetti passivi, definendo altresì le regole per contrastare eventuali abusi o elusioni d’imposta.

La Direttiva “*società madri e figlie*” ha, come noto, lo scopo di eliminare il fenomeno della “doppia (o plurima) imposizione” internazionale degli utili all’interno dei gruppi societari, che ostacola la libertà di circolazione transfrontaliera dei capitali e la

¹ Pubblicata sulla G.U. n. 158 dell’8 luglio 2016.

² La direttiva di riferimento è, attualmente, la 2011/96/UE, nella quale è stata trasfusa la originaria direttiva 90/435/CEE. Le modifiche sono state apportate dalle direttive 2014/86/UE e (UE)2015/121 e avrebbero dovuto essere recepite entro il 31 dicembre 2015; nelle more la U.E. ha avviato la procedura d’infrazione n. 2016/0106.

creazione di raggruppamenti di società a livello dell'Unione. Essa prevede che, in presenza di determinati requisiti (da intendere, tuttavia, come minimali e suscettibili di essere derogati *pro contribuente* in sede di attuazione negli Stati membri), gli utili distribuiti, in occasione diversa dalla liquidazione, da una "società figlia" di uno Stato membro alla propria "società madre" di un altro Stato membro non debbano essere assoggettati, in uscita, a ritenuta alla fonte nel primo Stato e che, nel secondo Stato, i medesimi utili non siano sottoposti ad imposizione per almeno il 95%⁽³⁾ ("metodo dell'esclusione") oppure siano imponibili ma sia altresì ammessa la deducibilità dall'imposta della società madre della quota dell'imposta pagata dalla società figlia a fronte di detti utili ("metodo dell'imputazione con credito d'imposta").

I requisiti di accesso "oggettivi" - che fanno riferimento all'entità ed alla stabilità del legame partecipativo nella società "figlia" detenibile, dalla società "madre", anche mediante una propria "stabile organizzazione" purché localizzata in altro Stato membro della U.E. - sono stati gradualmente ridotti, dal 25% al 10%, dei diritti di voto o di partecipazione al capitale; il requisito di un periodo minimo di detenzione della partecipazione ("*minimum holding period*") non può eccedere 2 anni, ma è stato chiarito che può realizzarsi anche dopo che gli utili siano stati distribuiti.

Sotto il profilo soggettivo, la Direttiva si applica alle società di capitali aventi le forme elencate in allegato alla Direttiva stessa, il cui domicilio fiscale sia in uno Stato membro anche ai sensi delle convenzioni contro le doppie imposizioni e che siano assoggettate, senza possibilità di opzione e senza esserne esentate, ad una o più delle imposte sul reddito societario anch'esse elencate in allegato alla Direttiva; qualora la "società figlia" sia fiscalmente "trasparente", rileva l'imposta dovuta, nello Stato membro della società figlia, dalla società madre sugli utili che le sono imputati.

L'Italia attua la Direttiva in parola mediante l'esclusione da IRES del 95% dei redditi "partecipativi" provenienti dalla Unione europea, giusta l'art. 89 del DPR n. 917 del

³ Il residuo 5% esprime forfettariamente le spese di gestione della partecipazione, che altrimenti sarebbero indeducibili.

1986 – TUIR, introdotto dal 1° gennaio 2004 con il D.lgs. 344/2003, in attuazione della riforma “Tremonti” (4).

Invero, il perimetro di applicazione è più ampio di quello della Direttiva, innanzitutto perché l’esclusione spetta non solo alle società di capitali ma anche agli enti commerciali residenti [di cui, rispettivamente, all’art. 73, comma 1, lettere a) e b), TUIR] e, in base al rinvio fatto dall’art. 152, comma 1, TUIR, alle stabili organizzazioni domestiche di società commerciali non residenti [di cui alla successiva lett. d) dell’art. 73 cit.], anche non comunitarie.

Inoltre, l’esclusione riguarda tutti gli “utili” percepiti, sia domestici che esteri, anche non comunitari, purché l’entità partecipata da cui provengono non risieda in Stati o territori a regime fiscale “privilegiato” (5); non occorrono requisiti minimi né di durata né di entità del possesso.

⁴ In precedenza, la Direttiva aveva trovato attuazione con l’art. 96-bis del “vecchio” TUIR, introdotto dal D.Lgs. 6 marzo 1993, n. 136, con il quale è stata disciplinata anche la inapplicabilità della ritenuta sugli utili “in uscita” dall’Italia verso una società madre comunitaria, di cui all’art. 27-bis del DPR n. 600 del 1973. Successivamente, è intervenuta la legge delega n. 80 del 2003 che prevede all’art. 4, comma 1, lett. c) “l’introduzione del principio di esenzione dei proventi e irrilevanza degli oneri connessi al possesso di partecipazioni, cosiddetta “**participation exemption**”, con conseguente revisione sostanziale della disciplina dei dividendi e delle plusvalenze” (cfr. la Circolare dell’A.d.E. n. 26/E del 16 giugno 2004, cap. 1). Una rilevante eccezione è prevista per i soggetti IAS adopter, ai quali l’esclusione non si applica in relazione ai dividendi percepiti su strumenti finanziari classificati come “held for trading”, che sono, dunque, pienamente imponibili ai fini IRES.

⁵ Il comma 3 dell’articolo 89 fa ancora testuale riferimento ai Paesi a regime fiscale privilegiato “inclusi nel decreto o nel provvedimento emanati ai sensi dell’articolo 167, comma 4” del TUIR (che, nella formulazione vigente fino al periodo d’imposta in corso al 31 dicembre 2015, prevedeva che “si considerano privilegiati i regimi fiscali di Stati o territori individuati, con decreti del Ministro delle finanze da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale” nonché “i regimi fiscali speciali che consentono un livello di tassazione inferiore al 50 per cento di quello applicato in Italia”). Tale disposizione è stata tuttavia sostituita, a decorrere dal periodo d’imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2015, dall’articolo 1, comma 142, lettera b), n. 2), della legge 28/12/2015, n. 208 (legge di stabilità 2016) e dispone ora che si considerano “privilegiati” i regimi fiscali, anche speciali, “laddove il livello nominale di tassazione risulta inferiore al 50 per cento di quello applicabile in Italia”. Al riguardo, la circolare dell’Agenzia delle Entrate n. 35/E del 4 agosto 2016 precisa, tra l’altro, quanto segue (cfr. il par. 3.2):

- nel caso in cui gli utili o le plusvalenze si debbano qualificare, sulla base delle disposizioni in vigore *ratione temporis* - al momento della percezione o della realizzazione in capo al socio italiano - come provenienti da un regime fiscale privilegiato, gli stessi saranno assoggettati al regime di integrale concorrenza al reddito imponibile, salvo che il contribuente dimostri la ricorrenza, sin dall’inizio del periodo di possesso della partecipazione, dell’esimente di cui all’articolo 167, comma 5, lettera b), del TUIR alla luce dei chiarimenti resi al successivo paragrafo 3.4;
- nel caso in cui gli utili o le plusvalenze si debbano qualificare, sulla base delle disposizioni in vigore *ratione temporis* - al momento della percezione o realizzazione in capo al socio italiano - come non provenienti da un regime fiscale privilegiato, potranno beneficiare del regime di parziale esclusione, salvo il riscontro della sussistenza del requisito stesso anche rispetto al momento di effettiva formazione dell’utile distribuito.”.

Per “utili” si intendono sia quelli in senso proprio, derivanti dalla partecipazione al capitale o al patrimonio di una entità, sia quelli derivanti da titoli e strumenti finanziari, se assimilati alle azioni ai sensi dell’art. 44, comma 2, lett. a), del TUIR (in quanto la remunerazione è costituita “totalmente” dalla partecipazione ai risultati economici), sia le “remunerazioni dei contratti di cui all’articolo 109, comma 9, lettera b)” (si tratta delle partecipazioni agli utili cui si ha diritto in base a contratti di associazione in partecipazione – a.i.p. - o di cointeressenza di cui all’art. 2554 del codice civile allorché sia previsto un apporto diverso da quello di opere e servizi, la cui remunerazione è indeducibile in base all’art. 109 citato). Inoltre, quando la partecipazione è ai risultati economici di entità residenti all’estero, occorre che si verifichi anche “la condizione di cui all’articolo 44, comma 2, lettera a), ultimo periodo” e cioè che tanto l’utile quanto la remunerazione degli strumenti finanziari o dei contratti di a.i.p. “sia totalmente indeducibile nella determinazione del reddito nello Stato estero di residenza del soggetto” partecipato, emittente o controllante.

Il regime di esclusione dei redditi partecipativi è coordinato con quello delle plusvalenze e delle minusvalenze da cessione a titolo oneroso dei titoli, strumenti finanziari e contratti partecipativi. È, in particolare, prevista (art. 87 del TUIR) l’esenzione al 95% delle plusvalenze e l’indeducibilità integrale delle minusvalenze, in caso di classificazione tra le immobilizzazioni finanziarie e di decorso di almeno dodici mesi interi di possesso successivi a quello di acquisto ⁽⁶⁾.

L’esonero dalla ritenuta “in uscita” – di cui all’art. 27-bis del DPR n. 600 del 1973 – ha, invece, un perimetro applicativo più ristretto di quello dell’art. 89 citato, in quanto si ha diritto al rimborso ovvero alla disapplicazione della ritenuta solo se l’utile, proveniente da una società residente in Italia, è distribuito ad una società estera in possesso dei requisiti previsti dalla Direttiva per essere considerata “madre”. Deve,

Soprattutto, viene chiarito “che il regime di integrale tassazione di dividendi e plusvalenze non riguarda dividendi e plusvalenze originati in Stati membri dell’Unione europea o aderenti allo Spazio economico europeo (SEE) che garantiscono lo scambio di informazioni”. Tuttavia, nel caso di società estere controllate, ancorché residenti in Stati membri, sono integralmente imponibili i dividendi formati, a loro volta, con utili provenienti dai predetti Stati o territori a regime fiscale privilegiato.

⁶ Inoltre, le valutazioni delle partecipazioni sono generalmente irrilevanti (art. 110, commi 1 ed 1-bis, TUIR) e, mediante i commi da 3-bis a 3-sexies dell’art. 109 TUIR, sono indeducibili le minusvalenze o i differenziali realizzati per la parte che eccede la quota imponibile degli utili percepiti sulle stesse partecipazioni.

quindi, sussistere una partecipazione diretta nella società residente, detenuta ininterrottamente per almeno un anno, non inferiore al 20 (dal 2009, da intendersi 10) per cento del capitale, da parte di un soggetto comunitario avente una forma giuridica ed assoggettato ad una imposta sul reddito, senza fruire di regimi di opzione o di esonero, previste dalla Direttiva ⁽⁷⁾. Il regime di esonero da ritenuta si estende, sempre nei soli rapporti tra società “madri” e “figlie”, alle ulteriori fattispecie sopra descritte (titoli similari, a.i.p.) compresi gli interessi non dedotti in base alla disciplina della *thin capitalization* (oggi abrogata; cfr. l’art. 98 TUIR) ⁽⁸⁾.

2. Le modifiche apportate alla Direttiva “madri e figlie” e la loro attuazione in Italia

Le modifiche del “regime fiscale comune” varate dall’Unione europea nel 2014 e nel 2015 - il cui mancato recepimento dall’Italia entro il 31/12/2015 ha causato l’apertura di una procedura d’infrazione - hanno essenzialmente la finalità di ridefinire le fattispecie coperte dalla Direttiva, riconducendole a quelle dove effettivamente si verificherebbe la doppia (o plurima) imposizione degli utili societari.

Un primo intervento è la correzione delle situazioni di doppia deduzione, doppia non imposizione o di deduzione senza imposizione degli utili causate dalle differenze di qualificazione giuridica negli Stati membri delle remunerazioni dei finanziamenti “ibridi”, che cumulano caratteristiche sia di debito che di capitale ⁽⁹⁾.

⁷ Con un Provvedimento del Direttore dell’A.d.E. del 1° luglio 2013 è stato approvato il modello per l’applicazione della Direttiva.

⁸ Ricordiamo che, in estrema sintesi, la disciplina della *thin capitalization* comportava la indeducibilità degli interessi passivi su finanziamenti, eccedenti il quadruplo del patrimonio netto, concessi da soci qualificati e che anche l’art. 89, comma 2, TUIR fa ancora riferimento, per escluderne il 95% della base imponibile, alla “remunerazione dei finanziamenti eccedenti di cui all’art. 98 direttamente erogati dal socio o da sue parti correlate”. Nulla è, invece, previsto (cfr. il comma 3) per eliminare la doppia imposizione degli interessi corrisposti da società estere che non siano stati dedotti sulla base di analoghe discipline.

⁹ Si tratta di un intervento previsto anche dall’OCSE che, nell’ambito del progetto di contrasto al fenomeno delle strategie fiscali internazionali mirate a ridurre le basi imponibili degli Stati in cui il reddito è prodotto, cc.dd. BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), ha individuato e dettagliato, nel *Final Report* del 2015, ben 15 “azioni” che devono essere intraprese dagli Stati membri. Tra queste, la *Action 2* è mirata a neutralizzare gli effetti distorsivi dei c.d. *hybrid mismatch arrangements*, cioè degli accordi e delle strategie con i quali si creano situazioni di vantaggio indebito approfittando delle asimmetrie tra i diversi ordinamenti nazionali.

L'altro intervento consiste nell'aggiunta alla Direttiva di una norma - la c.d. "clausola anti abuso" minima e comune - che ha la finalità di impedirne la strumentalizzazione attraverso costruzioni artificiose, quando ne risulta la doppia assenza di imposizione sugli utili, indesiderata perché potenzialmente dannosa alla concorrenza tra gli Stati.

2.1 Disciplina dei finanziamenti ibridi

La Direttiva 2014/86/UE, al fine di evitare incongruenze nel trattamento fiscale delle distribuzioni di utili tra Stati membri (cfr. il terzo considerando), che peraltro avvantaggerebbero i gruppi multinazionali rispetto a quelli nazionali, ha fissato il principio secondo cui lo Stato membro della "società madre" non deve permetterle di beneficiare dell'esenzione fiscale applicata agli utili provenienti dalla "figlia", se e nella misura in cui tali utili siano deducibili per la "società figlia".

In considerazione di ciò, l'art. 1, paragrafo 1, n. 1), della Direttiva 2014/86/UE ha modificato l'art. 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2011/86/UE che ora recita come segue: *"quando una società madre o la sua stabile organizzazione, in virtù del rapporto di partecipazione tra la società madre e la sua società figlia, riceve utili distribuiti in occasione diversa dalla liquidazione della società figlia, lo Stato membro della società madre e lo Stato della sua stabile organizzazione si astengono dal sottoporre tali utili a imposizione nella misura in cui non sono deducibili per la società figlia e sottopongono tali utili a imposizione nella misura in cui essi sono deducibili per la società figlia"* (sottolineatura aggiunta) ⁽¹⁰⁾.

¹⁰ La Direttiva 86/2014, dunque, per neutralizzare la discrasia dà rilevanza al regime fiscale previsto nello Stato membro della società figlia, che condiziona il regime fiscale applicabile nello Stato membro della società madre. Lo stesso criterio, tuttavia, non è stato seguito con la Direttiva (UE) 2016/1164 del 12 luglio 2016, recante "norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno". L'art. 2, n. 9, definisce «**disallineamento da ibridi**» "una situazione che insorge tra un contribuente in uno Stato membro e un'impresa associata in un altro Stato membro o una modalità strutturata tra parti negli Stati membri in cui il seguente risultato è imputabile a differenze della caratterizzazione giuridica di uno strumento finanziario o di un'entità: a) lo stesso pagamento, le stesse spese o le stesse perdite sono dedotti sia nello Stato membro in cui il pagamento ha origine, le spese sono sostenute o le perdite sono subite sia in un altro Stato membro («doppia deduzione»); o b) a un pagamento è applicata una deduzione nello Stato membro in cui il pagamento ha origine senza una corrispondente inclusione, a fini fiscali, dello stesso nell'altro Stato membro («deduzione senza inclusione»)). L'art. 9 che segue stabilisce che: "1. Nella misura in cui un disallineamento da ibridi determini una **doppia deduzione**, la deduzione si applica unicamente nello Stato membro in cui detto

Le nuove regole sono state attuate, per gli utili e le remunerazioni pagati ad un soggetto partecipante residente, con l'aggiunta all'art. 89 del TUIR di due nuovi commi, il 3-bis⁽¹¹⁾ ed il 3-ter⁽¹²⁾. Per quelli "in uscita" si applica, invece, il nuovo comma 1-bis dell'articolo 27-bis del DPR n. 600 del 1973⁽¹³⁾.

Invero, fin dalla sua emanazione l'art. 89 del TUIR è stato conforme al secondo dei due nuovi precetti comunitari - quello secondo cui gli Stati membri "sottopongono tali utili a imposizione nella misura in cui essi sono deducibili per la società figlia" - in quanto l'esclusione da IRES di cui al comma 2 riguarda solo partecipazioni ad utili domestici integralmente indeducibili, mentre il comma 3 prevede espressamente l'imponibilità

pagamento ha origine. 2. Nella misura in cui un disallineamento da ibridi determini una deduzione senza inclusione, lo Stato membro del contribuente nega la deduzione di detto pagamento.". Secondo la Direttiva "antielusione", dunque, la discrasia consistente nella "deduzione senza inclusione" andrebbe risolta nello Stato membro della società figlia pagatrice, negando la deduzione della remunerazione corrisposta (non è del tutto chiaro, tuttavia, come disconoscere nello Stato del pagatore la deduzione prima che il componente reddituale sia escluso dall'altro Stato). Inoltre, solo i rapporti tra le imprese "associate" sono destinatari della disciplina in questione. L'art. 2, n. 4, definisce «impresa associata»:

a) un'entità nella quale il contribuente detiene direttamente o indirettamente una partecipazione in termini di diritto di voto o proprietà del capitale pari o superiore al 25 per cento o ha il diritto di ricevere una percentuale degli utili di tale entità pari o superiore al 25 per cento;

b) un individuo o un'entità che detiene direttamente o indirettamente nel patrimonio di un contribuente una partecipazione in termini di diritto di voto o proprietà del capitale pari o superiore al 25 per cento o ha il diritto di ricevere una percentuale degli utili del contribuente pari o superiore al 25 per cento.

Se un individuo o un'entità detiene direttamente o indirettamente nel patrimonio di un contribuente e in una o più entità una partecipazione pari o superiore al 25 per cento, tutte le entità interessate, contribuente compreso, sono considerate imprese associate.

Ai fini dell'articolo 9, qualora il disallineamento coinvolga un'entità ibrida, la definizione è modificata in modo tale da sostituire il requisito del 25 per cento con un requisito del 50 per cento.

¹¹ Che recita: "**3-bis.** L'esclusione di cui al comma 2 si applica anche: a) alle remunerazioni sui titoli, strumenti finanziari e contratti indicati dall'articolo 109, comma 9, lettera a) e b), limitatamente al 95% della quota di esse non deducibili ai sensi dello stesso articolo 109; b) alle remunerazioni delle partecipazioni al capitale o al patrimonio e a quelle dei titoli e degli strumenti finanziari dell'articolo 44, provenienti dai soggetti che hanno i requisiti individuati nel successivo comma 3-ter, limitatamente al 95% della quota di esse non deducibile nella determinazione del reddito del soggetto erogante."

¹² Che recita: "**3-ter.** La disposizione di cui alla lettera b) del comma 3-bis si applica limitatamente alle remunerazioni provenienti da una società che riveste una delle forme previste dall'Allegato I, parte A, della direttiva 2011/96/UE del Consiglio, del 30 novembre 2011, nella quale è detenuta una partecipazione diretta nel capitale non inferiore al 10%, ininterrottamente per almeno un anno, e che: a) risiede ai fini fiscali in uno Stato membro dell'Unione europea, senza essere considerata, ai sensi di una convenzione in materia di doppia imposizione sui redditi con uno Stato terzo, residente al di fuori dell'Unione europea; b) è soggetta, nello Stato di residenza, senza possibilità di fruire di regimi di opzione o di esonero che non siano territorialmente o temporalmente limitati, a una delle imposte elencate nell'Allegato I, parte B, della citata direttiva o a qualsiasi altra imposta che venga a sostituire una delle imposte indicate"

¹³ Che ora recita: "**1-bis.** La disposizione del comma 1 si applica altresì alle remunerazioni di cui all'articolo 89, comma 3-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, in misura corrispondente alla quota non deducibile nella determinazione del reddito della società erogante, sempreché la remunerazione sia erogata a società con i requisiti indicati nel comma 1.

Il successivo comma 5 è sostituito dal seguente:

"5. La direttiva (UE) 2015/121 del Consiglio, del 27 gennaio 2015, è attuata dall'ordinamento nazionale mediante l'applicazione dell'articolo 10-bis della legge 27 luglio 2000, n. 212".

per l'intero importo degli utili esteri se dedotti dalla partecipata/emittente ovvero dall'associante in partecipazione/cointeressante. Non altrettanto può dirsi, invece, per l'altro precetto comunitario, secondo cui gli Stati membri *"si astengono dal sottoporre tali utili a imposizione nella misura in cui non sono deducibili"* – in quanto sia il comma 2 sia il comma 3 dell'art. 89 non escludono da IRES nemmeno in parte le remunerazioni che siano solo parzialmente costituite da utili (e, quindi, parzialmente indeducibili).

Le modifiche all'art. 89 del TUIR hanno, pertanto, l'effetto di ampliare le fattispecie reddituali che sono escluse (per il 95%) dalla base imponibile IRES.

In particolare, al punto a) del nuovo comma 3-*bis* si dispone che sia esclusa da IRES anche la quota di remunerazione indeducibile in Italia ai sensi dell'art. 109, comma 9, lett. a), del TUIR, vale a dire, per i *"titoli e gli strumenti finanziari, comunque denominati di cui all'articolo 44"* TUIR, la (eventuale) quota di remunerazione che comporta la partecipazione ai risultati economici della società emittente. L'esclusione può quindi ora applicarsi anche a investimenti in strumenti finanziari che non sono azioni o titoli simili alle azioni perché solo parzialmente "partecipativi", purché si tratti di rapporti finanziari, comunque denominati, connotati da impiego di capitale (ad esempio, un'obbligazione partecipativa il cui regolamento di emissione prevede, oltre ad una remunerazione condizionata nell'*an* e nel *quantum* ai risultati economici, anche una cedola ulteriore e fissa). Finora, se la remunerazione non era costituita "totalmente" dalla partecipazione ai risultati economici si verificava, per tali strumenti, una parziale "doppia imposizione" perché in capo al finanziatore la remunerazione era imponibile anche per la quota non dedotta dall'emittente.

In conseguenza della nuova disciplina, sorge la necessità di distinguere, nell'ambito della remunerazione di uno stesso titolo o strumento finanziario ibrido, la "quota partecipativa" esclusa [corrispondente a quella non dedotta dall'emittente ai sensi dell'art. 109, comma 9, lett. a) del TUIR] e la "quota a reddito fisso" da tassare. Tuttavia, in mancanza di previsioni al riguardo, sulla quota partecipativa resta ferma l'applicazione delle ritenute alla fonte e delle imposte sostitutive eventualmente previste, sia pure a titolo di acconto per i redditi d'impresa (cfr. l'art. 5 del D.L. n. 512

del 1983 per i titoli “atipici”), per il cui scomputo e per l’eventuale situazione creditoria che si ingenera dovrebbero valere le regole ordinarie.

Occorre altresì notare che la quota partecipativa della remunerazione è esclusa da imposizione (per il 95%) solo nei riguardi di taluni percipienti (soggetti passivi IRES “commerciali”), mentre per gli altri percipienti, commerciali (società di persone, diverse da quelle semplici, e imprese individuali) e non commerciali, resta integralmente imponibile. Ciò in quanto non sono state apportate modifiche alle corrispondenti disposizioni applicabili a tali soggetti, vale a dire gli articoli 47 e 59 del TUIR, per i quali osta il fatto di non rientrare nell’ambito applicativo soggettivo della direttiva.

Non sono state emanate, inoltre, disposizioni che, in modo coerente col sistema, disciplinino i componenti derivanti dalle valutazioni e dalle cessioni a titolo oneroso di questi strumenti ibridi, per la parte riferibile alla quota partecipativa della remunerazione. Infatti, l’esenzione di cui all’art. 87 TUIR riguarda, oltre alle partecipazioni societarie ed alle a.i.p., solo i titoli e gli strumenti finanziari similari alle azioni.

Per le remunerazioni dei contratti di associazione in partecipazione e di cointeressenza, con apporto diverso da opere e servizi, di cui all’art. 109, comma 9, lettera b) – richiamati anch’essi dal punto a) del comma 3-bis - il rinvio sembrerebbe superfluo, considerato che la relativa remunerazione era ed è, per il 95%, già totalmente esclusa da IRES in base al comma 2 del medesimo art. 89 perché totalmente indeducibile. Ciò a meno che il riferimento non serva ad estendere la disciplina in esame ai finanziamenti “parzialmente partecipativi”, non realizzati mediante titoli o strumenti finanziaria bensì con contratti individuali, che non sono agevolmente riconducibili nella lettera a) dell’art. 109, comma 9, cit..

Il punto b) del comma 3-bis si riferisce, invece, unicamente alle partecipazioni, al capitale o al patrimonio, ed ai titoli e strumenti finanziari non similari alle azioni emessi da determinati soggetti non residenti, da identificare in quelli rispetto ai quali l’investitore residente assume lo *status* di “società madre” ai sensi della Direttiva. Secondo quanto ora previsto in combinazione con il comma 3-ter, il partecipante

residente in Italia avrà diritto al regime di esclusione da IRES del 95% della (sola) quota di remunerazione “partecipativa”, cioè ancorata ai risultati economici della “società figlia”, a condizione che questa, oltre a non dedurre la quota: i) sia residente in uno Stato membro della UE, anche ai sensi delle convenzioni contro le doppie imposizioni, ii) rivesta una delle forme giuridiche e iii) sia soggetto passivo, senza possibilità di opzione o di esserne esentato, di una delle imposte previste dalla direttiva stessa e iv) sia partecipata dall’investitore per almeno il 10% e per almeno un anno. In difetto anche di uno solo dei predetti requisiti l’esclusione da IRES della remunerazione non competerebbe, anche se si trattasse di un emittente residente in uno Stato membro, oppure in uno Stato elencato nella lista dei Paesi virtuosi che acconsentono ad un adeguato scambio di informazioni ⁽¹⁴⁾, con mantenimento della doppia imposizione. Ciò diversamente da quanto si verifica per gli strumenti finanziari ibridi emessi da imprese residenti di cui al punto a) del comma 3-*bis*, nel quale le citate condizioni non sono previste. Resta altresì fermo che la doppia imposizione sulla quota partecipativa dei finanziamenti ibridi non è eliminata anche quando al finanziatore residente non si applica l’art. 89 del TUIR.

Anche l’intervento sull’art. 27-*bis* del DPR n. 600 citato per le remunerazioni “in uscita” degli strumenti ibridi si presta a considerazioni analoghe, in quanto il comma 1-*bis* prevede, in stretto recepimento della Direttiva, che la ritenuta sia rimborsata o disapplicabile solamente per i pagamenti, fatti a “società madri”, della “quota partecipativa” di titoli e strumenti finanziari ibridi. Al riguardo, si osserva che limitare l’esonero da ritenuta in uscita ai soli pagamenti fatti a società estere “madri” potrebbe configurare una discriminazione a vantaggio delle società residenti, per le quali l’esonero da ritenuta e l’esclusione da IRES sono incondizionati, come già è successo per i dividendi veri e propri, per i quali l’Italia ha dovuto ridurre l’aliquota della ritenuta alla fonte all’1,375% per gli utili corrisposti alle società ed agli enti soggetti ad un’imposta sul reddito delle società negli Stati membri della U.E. o del S.E.E. (cfr. l’art. 27, comma 3-*ter*, DPR n. 600 cit.).

¹⁴ La diversità di trattamento tra emittenti domestici ed esteri è stata stigmatizzata da P. Arginelli e R. Michelutti in “*Dividendi transfrontalieri, in arrivo nuove violazioni*” sul Quotidiano del Fisco del 4 agosto 2016.

2.2 La norma anti elusione

Il contrasto alle pratiche fiscali abusive che sfruttano la disciplina “società madri e figlie” è normato dalla Direttiva (UE) 2015/121 la quale, al 5° considerando, afferma che *“l’inclusione di una norma minima comune antiabuso nella direttiva 2011/96/UE sarebbe molto utile per evitare l’uso improprio di tale direttiva e garantire maggiore coerenza nella sua applicazione nei diversi Stati membri”*.

La norma “minima comune” antiabuso in questione è stata inserita nell’art. 1, commi 2 e seguenti, della Direttiva “società madri e figlie” ed è formulata come segue: *«Gli Stati membri non applicano i benefici della presente direttiva a una costruzione o a una serie di costruzioni che, essendo stata posta in essere allo scopo principale o a uno degli scopi principali di ottenere un vantaggio fiscale che è in contrasto con l’oggetto o la finalità della presente direttiva, non è genuina avendo riguardo a tutti i fatti e le circostanze pertinenti.*

Una costruzione può comprendere più di una fase o parte.

3. Ai fini del paragrafo 2, una costruzione o una serie di costruzioni è considerata non genuina nella misura in cui non è stata posta in essere per valide ragioni commerciali che riflettono la realtà economica.

4. La presente direttiva non pregiudica l’applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali necessarie per evitare l’evasione fiscale, la frode fiscale o l’abuso».

Il legislatore italiano ha attuato la norma minima comune antiabuso inserendo, nel comma 5 dell’art. 27-bis, un mero rinvio all’articolo 10-bis della legge 27 luglio 2000, n. 212, cioè ad una norma dotata di valenza generale secondo la quale *“configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti”*.

Il legislatore ha, dunque, considerato sostanzialmente sovrapponibili le due discipline, sia quanto ai presupposti sia quanto agli effetti ⁽¹⁵⁾. Infatti, ambedue le

¹⁵ Secondo l’ASSONIME – Circolare n. 21 del 4 agosto 2016, pag. 21 – *“Il fatto che l’attuazione della Direttiva n. 121 del 2015 sia avvenuta con il mero richiamo all’art. 10 bis è particolarmente significativo. Si tratta infatti del riconoscimento esplicito che la clausola dell’art. 10 bis è conforme al modello previsto dalla Direttiva e*

discipline identificano l'abuso del diritto con l'indebito conseguimento di un vantaggio fiscale in contrasto con l'oggetto o la finalità della Direttiva, ma solo se ciò viene ottenuto con operazioni/costruzioni giuridiche "non genuine" ovvero "prive di sostanza economica". A quest'ultimo riguardo, la Direttiva, se da un lato raccomanda un esercizio proporzionato del potere di disconoscimento del beneficio, dall'altro ne ammette l'uso anche quando, ad esempio, le due società siano di per sé "genuine" e non si tratti, quindi, di costruzioni artificiose, ma la titolarità delle azioni non rispecchi la realtà economica. Il rinvio all'art. 10-bis citato dovrebbe peraltro comportare, nei rapporti tra Fisco e contribuente, l'applicazione delle relative disposizioni procedurali in tema di accertamento e di onere della prova nonché attribuire la facoltà di presentare l'interpello antiabuso di cui all'art. 11, comma 1, lettera c), della legge 212 citata, oltre alla non punibilità ai sensi delle leggi penali tributarie.

Pertanto, nella tipica fattispecie elusiva della ritenuta alla fonte che, prima della modifica, era espressamente disciplinata dal comma 5 - "società figlia" italiana che distribuisce dividendi alla società madre comunitaria, a sua volta controllata direttamente o indirettamente da uno o più soggetti non residenti in Stati della Comunità europea - la disapplicazione della ritenuta non è più subordinata alla dimostrazione di non detenere la partecipazione allo scopo esclusivo o principale di beneficiare del regime in esame ma il vantaggio fiscale potrà essere successivamente disconosciuto qualora il Fisco dimostri la condotta abusiva ed il contribuente non dimostri l'esistenza di valide ragioni economiche.

Nicola Manuti

NM_Circ_SRF_032016_ibridi madri figlia

che essa è in grado di operare anche in relazione a fattispecie transnazionali che siano disciplinate da norme interne".