

Sentenza del 27/04/2023 n. 11091 - Corte di Cassazione - Sezione/Collegio 5

Testo

Testo:

ALLIANZ Spa , in proprio ed in qualità di incorporante della A.C.I.F. ALLIANZ COMPAGNIA ITALIANA FINANZIAMENTI Spa , in persona del legale rappresentante pro tempore, domiciliata in Roma, via Sicilia, n. 66, presso lo studio Fantozzi & Associati, con il Prof. Avv. Augusto Fantozzi, e l'Avv. Lucia Montecamozzo, che la rappresentano e difendono, per procura speciale;

- controricorrente -

per la cassazione della sentenza della Commissione tributaria regionale del Friuli-Venezia Giulia, n. 215/03/2018, depositata il 31 ottobre 2018;

Udita la relazione svolta dal Consigliere Dott. Michele Cataldi, nella pubblica udienza del 14 marzo 2023;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale, nella persona del sostituto Dott. Troncone Fulvio, che ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso;

udito per la ricorrente l'Avvocato dello Stato Paolo Gentili;

udito, per la controricorrente, che ha fatto istanza per la discussione orale, l'Avvocato l'Avv. Lucia Montecamozzo.

Svolgimento del processo

1. Nel 2006, il gruppo Allianz, di cui era capogruppo Allianz s.e., interessato ad una partecipazione nella banca cinese Industria and Commercia Bank of China (ICBC), condusse una trattativa, per entrare nell'azionariato della banca, con le autorità cinesi, che, almeno inizialmente, posero la condizione che la titolarità delle azioni spettasse ad un soggetto esercente l'attività bancaria.

Pertanto, l'acquisto delle azioni della ICBC venne effettuato dal gruppo Allianz per il tramite della banca Dresdner Bank Luxembourg s.a. (DREBA), che emise strumenti finanziari, denominati perpetua equity inked notes (notes), che conferivano allo stesso gruppo Allianz diritti sulle medesime azioni.

Le notes vennero acquistate dalla Puxian Investment I s.a.r.l., poi ridenominata Allianz Investment I Luxembourg (LUX I), società lussemburghese che svolgeva unicamente l'attività di gestione delle predette notes ed era partecipata da Allianz Spa Le notes venivano poi conferite

dalla LUX I nella neocostituita Allianz Investment II Luxembourg (LUX II), sempre appartenente al gruppo Allianz, che a sua volta svolgeva unicamente l'attività di gestione delle predette notes, ed era interamente controllata dalla LUX I, che pertanto da tale momento svolgeva unicamente l'attività di gestione delle azioni in LUX II, che, a sua volta, svolgeva unicamente l'attività di gestione delle notes.

Successivamente le autorità cinesi acconsentirono al trasferimento delle azioni della ICBC anche ad un soggetto che non svolgesse attività bancaria, controllato totalmente da Allianz s.e.

Pertanto, dal 2008, il gruppo Allianz estromise la DREBA con una serie di operazioni.

Le azioni della ICBC vennero infatti cedute dalla DREBA alla Allianz Investment III Luxembourg (LUX III), società interamente controllata da Allianz s.e.

Il 2 aprile 2009, poi, Allianz Spa cedette alla Alliance Finance II s.a.r.l. (FIN II) le partecipazioni detenute in LUX I, generando una plusvalenza di 55.497.385,65.

Nel periodo d'imposta interessato, Allianz Spa e la sua controllante A.C.I.F. ALLIANZ COMPAGNIA ITALIANA FINANZIAMENTI Spa (A.C.I.F.) avevano esercitato l'opzione per la tassazione di gruppo e la plusvalenza era stata fatta concorrere alla formazione del reddito imponibile della consolidata Allianz Spa, riportato nel modello CNM presentato dalla consolidante A.C.I.F., che successivamente aveva anche versato la relativa quota dell'Ires (il 27,5 per cento della plusvalenza), pari ad Euro 15.385.531,05.

In seguito, Allianz Spa e la controllante A.C.I.F. presentarono istanza di rimborso parziale dell'imposta liquidata e pagata, assumendo che alla plusvalenza in questione potesse applicarsi il regime di esenzione - participation exemption (pex)- di cui all'art. 87 t.u.i.r., con esenzione dall'imposizione del 95 per cento dell'ammontare della plusvalenza, che avrebbe pertanto dovuto concorrere alla formazione del reddito della consolidata, e quindi alla tassazione di gruppo, generando l'Ires nella minor misura di Euro 763.089,05, con conseguente diritto delle istanti al rimborso della parte eccedente di imposta versata.

2. Avverso il silenzio-rifiuto opposto dall'Agenzia delle entrate alla loro istanza, le contribuenti hanno proposto ricorso, che è stato rigettato dalla Commissione tributaria provinciale di Trieste con una motivazione (riprodotta nel ricorso per cassazione erariale) che fa perno essenzialmente sulla non riconducibilità delle notes agli "strumenti finanziari simili alle azioni" di cui all'art. 44, comma 2, lett. a) t.u.i.r., richiamato dall'art. 87, comma 3 t.u.i.r., e comunque alle "partecipazioni" di cui al successivo comma 5 dello stesso art. 87 t.u.i.r.

Nella sostanza, secondo la CTP, le notes avevano natura assimilabile alle obbligazioni piuttosto che alle azioni, poichè esse:

non conferivano a chi le deteneva poteri amministrativi di gestione rispetto ad ICBC, poteri che rimanevano invece di spettanza della partecipante DREBA;

non trasferivano al detentore il rischio dei risultati economici della ICBC;

la loro remunerazione non era totalmente indeducibile nella determinazione del reddito nello Stato estero di residenza del soggetto emittente, come richiesto dall'art. 44, comma 2, lett. a) t.u.i.r. , nonostante l'ineducibilità risultasse dalla dichiarazione dell'emittente stesso (nel caso di specie dall'incorporante di DREBA);

non conferivano alla LUX I ed alla LUX II alcuna partecipazione rilevante in ICBC, precludendo quindi la qualificazione delle prime come holding e perciò non consentendo di applicare l'art. 87, comma 5 t.u.i.r. , secondo cui i requisiti di cui all'art. 87 t.u.i.r. , comma 1, lett. c) e d) possono essere verificati nei confronti della partecipata indiretta (ICBC).

L'appello della Allianz Spa , in proprio e quale incorporante l'A.C.I.F., avverso la sentenza di primo grado è stato accolto dalla Commissione tributaria regionale del Friuli-Venezia Giulia con la sentenza qui impugnata, secondo cui, in sintesi, le notes potevano qualificarsi come " strumenti finanziari simili alle azioni" ai sensi dell'art. 44, comma 2, lett. a) t.u.i.r. e perciò anche ai fini di cui all'art. 87, comma 3 e 5 t.u.i.r., in quanto:

la loro remunerazione dipendeva dalle oscillazioni del valore delle azioni IBC, delle quali assumeva pertanto il rischio il detentore delle stesse notes;

esse attribuivano comunque poteri di gestione rispetto ad ICBC, posto che il delegato dalla partecipante DREBA ad esercitare il diritto di voto era un incaricato di LUX, titolare delle notes, e considerato che quest'ultima aveva la facoltà di emettere direttive proprio con riferimento all'esercizio del diritto di voto della DREBA in ICBC;

la loro remunerazione era totalmente indeducibile nella determinazione del reddito nello Stato estero di residenza del soggetto emittente, come richiesto dall'art. 44, comma 2, lett. a) t.u.i.r. , come risultante dalla dichiarazione dell'emittente stesso (nel caso di specie dall'incorporante di DREBA), oltre che dal bilancio fiscale di LUX II e dal contesto finanziario complessivo dell'operazione, elementi dai quali risultava che la titolare delle notes era l'unico soggetto su cui gravava il rischio finanziario dell'investimento nelle azioni della ICBC, mentre l'emittente DREBA era un mero mandatario, privo di interesse diretto nella gestione dei titoli.

L'Agenzia delle entrate ha proposto ricorso per la cassazione della sentenza d'appello, affidato a tre motivi, mentre la contribuente, in proprio e nelle predette qualità, ha resistito con controricorso, coadiuvato da successiva memoria.

Il Procuratore generale ha prodotto conclusioni scritte, chiedendo di rigettare il ricorso.

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo di ricorso l'Amministrazione lamenta, ai sensi dell'art. 360 c.p.c. , comma 1, n. 5, "l'omesso esame di punti di fatto decisivi e controversi", che in sintesi sarebbero costituiti dalle seguenti circostanze:

le notes non assicuravano al loro detentore effettivi poteri partecipativi, poichè il relativo contratto tra LUX I e DREBA, sottostante la loro emissione, escludeva, alla clausola 2, ogni responsabilità dell'emittente DREBA in caso di voto difforme dalle direttive di LUX; per soddisfare

l'originaria pretesa delle autorità cinesi che la partecipazione in ICBC fosse acquisita da un soggetto autorizzato all'esercizio dell'attività bancaria, DREBA doveva essere effettivamente l'azionista di ICBC, e non poteva esserlo solo apparentemente, venendo poi "depotenziato" dai relativi poteri nei rapporti interni con il titolare delle notes;

l'art. 2.2. del contratto prevedeva che, in caso di insolvenza dell'emittente, "le notes permettono di considerare creditore della società il titolare delle notes medesime", senza neppure che il loro (dei titolari delle notes) credito venisse subordinato a quello di altre categorie di creditori "ordinari" (come i clienti della Banca emittente o i suoi dipendenti)", il che avrebbe consentito ad Allianz Spa, tramite LUX, il rimborso del capitale investito nell'acquisto delle stesse notes, escludendo pertanto il rischio dell'operazione cui esse erano sottese.

2. Con il secondo motivo di ricorso l'Amministrazione lamenta, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, "l'omesso esame di punti di fatto decisivi e controversi", che in sintesi sarebbero costituiti dalle seguenti circostanze:

la relazione della società di revisione prodotta dalle ricorrenti evidenziava che, secondo la legge lussemburghese, l'emissione delle notes dava luogo ad un guadagno di capitale che era solo in parte esente da imposta, per cui i relativi costi erano indeducibili solo in parte, ovvero nei limiti in cui si applicava il regime pex lussemburghese, residuando quindi una parziale deducibilità, che non avrebbe pertanto consentito di applicare l'art. 44, comma 2, lett. a) t.u.i.r.;

in appello, la contribuente ha prodotto un ulteriore parere, con il quale è stato chiarito che DREBA non ha dedotto la remunerazione riconosciuta a LUX I ed a LUX II, ma solo gli interessi passivi da essa sostenuti per l'acquisto delle azioni in ICBC: trattandosi di costi comunque riferibili all'acquisto delle azioni su richiesta di Allianz, la CTR avrebbe dovuto valutare tale circostanza ai fini di verificare l'ineducibilità di cui al ridetto art. 44, comma 2, lett. a) t.u.i.r.

3. Con il terzo motivo di ricorso l'Amministrazione lamenta, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la violazione e la falsa applicazione degli artt. 87, commi 1, 3 e 5, e 44, comma 2, lett. a) t.u.i.r.

L'Ufficio rileva in particolare che, in base al collegamento fra l'art. 87, comma 5 e l'art. 44, comma 2, lett. a) t.u.i.r., gli strumenti finanziari in questione non potrebbero essere equiparati alle azioni perchè:

non attribuiscono diritti di ingerenza, direzione ed influenza;

la loro remunerazione non è connessa alla redditività di DREBA, ma di ICBC;

il regime della pex sarebbe stato indebitamente esteso ad un caso in cui Allianz Spa cede partecipazioni in una sua holding (LUX), che possiede non azioni di una società, ma notes emesse da una terza società (DREBA), che attribuiscono diritti assimilati a quelli di partecipazione, ma nei confronti di una quarta società (ICBC), sicchè mancherebbe il requisito dell'esercizio, da parte della società partecipata, di un'impresa commerciale, richiesto dall'art. 87, comma 1, lett. d) t.u.i.r.; nè sussisterebbe comunque la seconda ipotesi dell'art. 44, comma 2, lett. a) t.u.i.r., ovvero quella della remunerazione costituita totalmente dalla partecipazione ai

risultati economici " dell'affare in relazione al quale i titoli e gli strumenti finanziari sono stati emessi", non potendo qualificarsi come "affare" l'acquisizione di azioni della banca ICBC. 4. Giova innanzitutto richiamare le norme rilevanti, *ratione temporis*, ai fini della controversia.

L'art. 87 t.u.i.r. così dispone:

" 1. Non concorrono alla formazione del reddito imponibile in quanto esenti le plusvalenze realizzate e determinate ai sensi dell'art. 86, commi 1, 2 e 3 relativamente ad azioni o quote di partecipazioni in società ed enti indicati nell'art. 5, escluse le società semplici e gli enti alle stesse equiparate, e nell'art. 73, comprese quelle non rappresentate da titoli, con i seguenti requisiti:

a) ininterrotto possesso dal primo giorno del dodicesimo mese precedente quello dell'avvenuta cessione considerando cedute per prime le azioni o quote acquisite in data più recente;

b) classificazione nella categoria delle immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso;

c) residenza fiscale della società partecipata in uno Stato o territorio diverso da quelli a regime fiscale privilegiato di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'art. 167, comma 4, o, alternativamente, l'avvenuta dimostrazione, a seguito dell'esercizio dell'interpello secondo le modalità dello stesso art. 167, comma 5, lett. b), che dalle partecipazioni non sia stato conseguito, sin dall'inizio del periodo di possesso, l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori in cui sono sottoposti a regimi fiscali privilegiati di cui al predetto decreto ministeriale;

d) esercizio da parte della società partecipata di un'impresa commerciale secondo la definizione di cui all'art. 55. Senza possibilità di prova contraria si presume che questo requisito non sussista relativamente alle partecipazioni in società il cui valore del patrimonio è prevalentemente costituito da beni immobili diversi dagli immobili alla cui produzione o al cui scambio è effettivamente diretta l'attività dell'impresa, dagli impianti e dai fabbricati utilizzati direttamente nell'esercizio d'impresa. Si considerano direttamente utilizzati nell'esercizio d'impresa gli immobili concessi in locazione finanziaria e i terreni su cui la società partecipata svolge l'attività agricola.

2. I requisiti di cui al comma 1, lett. c) e d) devono sussistere ininterrottamente, al momento del realizzo, almeno dall'inizio del terzo periodo d'imposta anteriore al realizzo stesso.

3. L'esenzione di cui al comma 1 si applica, alle stesse condizioni ivi previste, alle plusvalenze realizzate ai sensi dell'art. 86, commi 1 e 2, relativamente agli strumenti finanziari simili alle azioni ai sensi dell'art. 44 ed ai contratti di cui all'art. 109, comma 9, lett. b).

4. Fermi rimanendo quelli di cui alle lett. a), b) e c), il requisito di cui alla lett. d) del comma 1 non rileva per le partecipazioni in società i cui titoli sono negoziati nei mercati regolamentati. Alle plusvalenze realizzate mediante offerte pubbliche di vendita si applica l'esenzione di cui ai commi 1 e 3 indipendentemente dal verificarsi del requisito di cui alla predetta lett. d).

5. Per le partecipazioni in società la cui attività consiste in via esclusiva o prevalente nell'assunzione di partecipazioni, i requisiti di cui al comma 1, lett. c) e d) si riferiscono alle

società indirettamente partecipate e si verificano quando tali requisiti sussistono nei confronti delle partecipate che rappresentano la maggior parte del valore del patrimonio sociale della partecipante.

6. Nei casi di cui all'art. 47, comma 5, alle somme ed al valore normale dei beni ricevuti a titolo di ripartizione delle riserve ivi previste per la parte che eccede il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione si applica quanto previsto nei precedenti commi.

7. Nei casi di cui all'art. 47, comma 7, l'esenzione di cui al presente articolo si applica, alle stesse condizioni di cui ai commi precedenti, alla differenza tra le somme o il valore normale dei beni ricevuti a titolo di ripartizione del capitale e delle riserve di cui all'art. 47, comma 5, e il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione." A sua volta l'art. 44, comma 2, lett. a), così prevede:

" 2. Ai fini delle imposte sui redditi:

a) si considerano simili alle azioni, i titoli e gli strumenti finanziari emessi da società ed enti di cui all'art. 73, comma 1, lett. a), b) e d), la cui remunerazione è costituita totalmente dalla partecipazione ai risultati economici della società emittente o di altre società appartenenti allo stesso gruppo o dell'affare in relazione al quale i titoli e gli strumenti finanziari sono stati emessi. Le partecipazioni al capitale o al patrimonio, nonché i titoli e gli strumenti finanziari di cui al periodo precedente emessi da società ed enti di cui all'art. 73, comma 1, lett. d), si considerano simili alle azioni a condizione che la relativa remunerazione sia totalmente indeducibile nella determinazione del reddito nello Stato estero di residenza del soggetto emittente; a tale fine l'ineducibilità deve risultare da una dichiarazione dell'emittente stesso o da altri elementi certi e precisi;".

5. Il punto cruciale controverso tra le parti consisteva quindi nei giudizi di merito, e consiste ora, nei limiti dei motivi del ricorso di legittimità, nel verificare se le notes emesse da DREBA e detenute prima da LUX I e poi da LUX II, partecipata interamente dalla LUX I, potessero considerarsi simili alle azioni ai sensi dell'art. 44, comma 2, lett. a) t.u.i.r. e consentissero di qualificare LUX I e LUX 2 quali holding ai fini di cui all'art. 87, comma 5 t.u.i.r. e di verificare positivamente la sussistenza dei requisiti di cui allo stesso art. 87, comma 1, lett. c) e d) in capo alla società indirettamente partecipata, ovvero a ICBC (e non con riferimento alle holding LUX interposte).

L'esame della natura dei titoli in questione, ai fini della relativa disciplina fiscale, non può prescindere dalla verifica (da condurre secondo i criteri che si indicheranno infra) delle caratteristiche che ad essi le parti, nell'esercizio dell'autonomia negoziale, abbiano concretamente attribuito nel contratto che ne ha previsto e disciplinato l'emissione. Pertanto, senza nessuna pretesa di anticipare un'astratta tipizzazione dei titoli, solo al fine di introdurre l'argomento può rilevarsi che le perpetual notes costituiscono strumenti "ibridi", che possono assumere in concreto le caratteristiche peculiari dell'azione o dell'obbligazione, originariamente previsti dall'ordinamento inglese, ma successivamente diffusi nel contesto Europeo, la cui peculiarità, implicita nel nomen iuris, è il carattere di prestito perpetuo, irredimibile o di lunghissima durata, la cui scadenza, ove sia prevista, di solito coincide con il verificarsi della data

di scioglimento della società emittente o con il termine della stessa previsto dallo statuto, parimenti a quanto normalmente accade per gli strumenti finanziari partecipativi.

Di regola al titolare di tali strumenti è riconosciuto anche il diritto di chiedere la dichiarazione di fallimento della società emittente in caso di insolvenza della stessa e di inadempimento dell'obbligo di pagamento degli interessi, qualora tale obbligazione periodica sia prevista.

Se pattuita, la correlazione diretta ed esclusiva della loro remunerazione con i risultati economici dell'emittente, o comunque con quelli dell'affare sottostante la loro emissione, costituisce uno dei dati che è stato valorizzato, a volte, in dottrina per evidenziarne la maggior vicinanza alle azioni e ad altri strumenti di capitale di rischio, piuttosto che di debito. La partecipazione al risultato economico della società comporta infatti che i sottoscrittori degli strumenti finanziari partecipativi subiscano l'alea della gestione, quindi da un lato partecipino agli utili della società; ma, dall'altro, siano esposti al rischio di mancata remunerazione dell'investimento (nel caso in cui la società non produca utili, oppure quando gli stessi non possano essere distribuiti, poichè debbano essere destinati a copertura delle perdite), nonchè al rischio di subire comunque le perdite della società.

6. Passando dunque all'esame delle censure proposte dalla ricorrente, il primo motivo è infondato, nella parte in cui vuole negare che le notes siano simili alle azioni ai sensi dell'art. 44, comma 2, lett. a) t.u.i.r. , perchè dall'interpretazione di alcune clausole del contratto sottostante alla loro emissione e dalle finalità dello stesso accordo, "fatti" che la CTR avrebbe omesso di valutare, si ricaverebbe trattarsi di strumenti finanziari che non attribuirebbero al loro detentore effettivi poteri partecipativi - di ingerenza, direzione ed influenza- rispetto alla banca cinese ICB, rimanendo titolare di tale complesso di facoltà soltanto la stessa emittente DREBA, titolare delle azioni che garantiscono la partecipazione al relativo capitale sociale.

6.1. Invero si tratta di "fatti" che comunque non sono decisivi ai fini della qualificazione delle notes come simili alle azioni ai sensi dell'art. 44, comma 2, lett. a) t.u.i.r. , disposizione che richiede infatti, quale unico requisito ai fini dell'assimilazione, che si tratti di titoli e strumenti finanziari, emessi da società ed enti di cui all'art. 73, comma 1, lett. a), b) e d), la cui remunerazione sia costituita totalmente dalla partecipazione ai risultati economici della società emittente o di altre società appartenenti allo stesso gruppo o dell'affare in relazione al quale i titoli e gli strumenti finanziari sono stati emessi.

E' quindi la remunerazione, costituita totalmente dalla partecipazione ai risultati economici, che costituisce l'elemento che rende, " ai fini delle imposte sui redditi", i titoli e gli strumenti finanziari simili alle azioni. Non occorre, pertanto, che sussista anche la concorrente attribuzione al detentore delle notes di quei poteri di partecipazione che invece ritiene indispensabili la ricorrente, con una tesi che si pone in contraddizione innanzitutto con l'evidenza del testo normativo dell'art. 44, comma 2, lett. a), che non richiede tale ulteriore requisito. Ma la tesi contraddice la stessa prassi dell'amministrazione, secondo cui " è sufficiente la previsione di una remunerazione totalmente legata ai risultati economici di un'impresa (o di una società appartenente al suo gruppo o di un singolo affare), per assimilare il titolo o lo strumento ad una partecipazione azionaria, indipendentemente dal rapporto sottostante in base al quale il titolo è stato creato. In questi casi, infatti, il titolo è considerato "partecipativo"

anche se incorpora un rapporto di mutuo;" (circolare n. 4/E del 2006, pag. 4 e susseguenti). Pertanto " sulla base del secondo periodo di tale disposizione (art. 44, comma 2 , t.u.i.r.), le partecipazioni al capitale o al patrimonio, nonchè i titoli e gli strumenti finanziari emessi da società ed enti non residenti si considerano simili alle azioni alla sola condizione che la relativa remunerazione sia totalmente indeducibile nella determinazione del reddito nello Stato estero di residenza del soggetto emittente.

Tale disposizione ha dunque inteso eliminare la discriminazione che la previgente formulazione della norma aveva creato a danno degli strumenti finanziari esteri, prevedendo che sia verificato, nell'ambito della legislazione estera, l'effettivo trattamento della remunerazione dei titoli esteri come vero e proprio dividendo e la sua conseguente indeducibilità dal reddito dell'emittente estero.

Pertanto, ai fini dell'assimilazione alle azioni, le partecipazioni nonchè gli strumenti finanziari emessi da soggetti non residenti devono presentare le seguenti caratteristiche:

1. la relativa remunerazione deve essere costituita esclusivamente da utili, ossia essere rappresentativa di una partecipazione ai risultati economici della società emittente (di società appartenenti allo stesso gruppo o dell'affare in relazione al quale gli strumenti finanziari sono stati emessi);

2. tale remunerazione deve essere totalmente indeducibile dal reddito della società emittente secondo le regole proprie vigenti nel Paese estero di residenza." (circolare n. 4/E del 2006, ibidem, anche con specifico riferimento alle modifiche apportate sul punto dal D.Lgs. 18 novembre 2005, n. 247 , relativamente all'assimilazione fiscale dei titoli e degli strumenti finanziari esteri alle azioni, per eliminare la discriminazione che la previgente formulazione della norma aveva creato a danno degli strumenti finanziari esteri).

In maniera ancora più netta, recentemente la prassi erariale ha evidenziato la sufficienza del requisito della remunerazione (fatto salvo, per quanto infra si dirà, quello ulteriore dell'indeducibilità relativamente ai titoli ed agli strumenti finanziari esteri), individuando anche le modalità con le quali va condotta la relativa verifica: " La risoluzione n. 30/E del 2019 ha inoltre chiarito che, in applicazione dell'art. 44, comma 2 TUIR , le logiche di classificazione e distinzione degli strumenti finanziari tra equity (i.e. azioni e titoli simili) e passività (i.e. obbligazioni e titoli simili) adottate dal legislatore fiscale poggiano: 1) in primo luogo, sulla circostanza che la relativa remunerazione sia costituita totalmente dalla partecipazione ai risultati economici della società emittente (o di altra società del gruppo) e, in tal senso, la sussistenza del predetto requisito è sufficiente, di per sè (quindi indipendentemente da altre variabili), a classificare lo strumento finanziario come titolo azionario o simile; ovvero 2) in via secondaria, sull'esistenza di una obbligazione incondizionata di pagare alla scadenza una somma non inferiore a quella in essi indicata e sull'assenza di diritti di partecipazione alla gestione dell'impresa, fattori che individuano uno strumento finanziario simile al titolo obbligazionario.

Nel qualificare un determinato titolo ai fini fiscali, occorre dunque anzitutto accertare che lo stesso non abbia le caratteristiche per essere considerato "simile alle azioni" (per via del fatto che la relativa remunerazione non sia totalmente rappresentata dai risultati economici della

società emittente) e, successivamente, verificare la sussistenza delle condizioni per ricondurlo tra i titoli "similari alle obbligazioni". (circolare n. 476/E del 2022, pag.8; sul valore dirimente della sola remunerazione cfr. anche la risoluzione n. 1387E del 2005).

Tanto premesso in ordine all'art. 44, comma 1, lett. a), la circostanza che lo stesso comma si apra con la premessa "Ai fini delle imposte sui redditi", rendendo pertanto l'equiparazione di cui alla lett. a) rilevante, salvo eccezioni, nel contesto dell'imposizione diretta, comporta che l'assimilazione fiscale in questione rilevi anche ai sensi dell'art. 87 t.u.i.r. , ed in particolare del comma n. 5, includendo nel concetto di "assunzione di partecipazioni" anche quello di assunzione di titoli che, ai fini fiscali, abbiano le caratteristiche, richieste dal ridetto art. 44 t.u.i.r. , per essere considerati "similare alle azioni", con la conseguenza che anche le società la cui attività consiste, in via esclusiva o prevalente, nell'assunzione di tali titoli possono essere considerate holding ai fini che qui rilevano.

Alla medesima conclusione conduce poi la constatazione che il comma 3 dello stesso art. 87 t.u.i.r. dispone che l'esenzione di cui al comma 1 si applica, alle stesse condizioni ivi previste, alle plusvalenze realizzate ai sensi dell'art. 86, commi 1 e 2, relativamente agli strumenti finanziari simili alle azioni ai sensi dell'art. 44.

Ebbene, il successivo art. 87, comma 5 nel prevedere che per le partecipazioni in società la cui attività consiste in via esclusiva o prevalente nell'assunzione di partecipazioni, i requisiti di cui al comma 1, lett. c) e d) si riferiscono alle società indirettamente partecipate, evidenzia come anche con riferimento a tale fattispecie si applichi comunque (mutatis mutandis) l'esenzione di cui al comma 1.

Pertanto, per effetto del rinvio del comma 5 all'art. 87, comma 3 e del rinvio di quest'ultimo comma agli strumenti finanziari simili alle azioni ai sensi dell'art. 44, gli strumenti finanziari simili alle azioni di cui all'art. 44 possono integrare le partecipazioni alle quali si riferisce l'art. 87, comma 5 t.u.i.r.

6.2. Peraltro, il motivo è infondato anche perchè la CTR non ha omissso di esaminare i "fatti" dedotti dalla ricorrente. In particolare, la circostanza che l'emissione e l'acquisizione delle notes trovasse origine nelle già citate richieste dell'autorità cinese è l'esplicita premessa con cui si apre la ricostruzione fattuale della vicenda. Quanto poi alla libertà o meno dell'esercizio del diritto di voto da parte di DREBA in ICBC, la CTR ha accertato che il delegato ad esercitare il voto per l'emittente DEBRA era un incaricato della stessa LUX I, la quale era contrattualmente legittimata ad impartire direttive in merito. E' logicamente evidente che l'utilizzo convenuto di un delegato incaricato dalla stessa LUX I rende irrilevante l'accertamento degli strumenti contrattuali con i quali LUX I avrebbe potuto reagire, nei confronti di DREBA, qualora quest'ultimo avesse votato in ipotesi in violazione delle direttive ricevute dalla stessa LUX I. 6.3. Il primo motivo è ulteriormente infondato anche nella parte in cui lamenta l'omesso esame della circostanza che il contratto prevedeva che, in caso di insolvenza dell'emittente, il titolare delle notes è considerato " creditore della società".

Invero, si tratta di un' affermazione non sufficientemente esplicita dalla ricorrente (non è univocamente chiaro, ad esempio, a quale "società" si riferisca), e comunque non decisiva ai fini

della assimilazione fiscale, poichè l'indicatore di equiparazione alle azioni è dato non dal rischio cui il capitale apportato è esposto, ma dalla struttura della remunerazione, di cui si è già detto, condotta secondo i criteri indicati dalla stessa prassi erariale. E comunque, il rischio al quale la clausola farebbe fronte non è quello connesso all'affare, sottostante le notes, rappresentato dall'acquisizione di azioni di ICBC, ma quello derivante dall'eventuale insolvenza dell'emittente, non necessariamente riconducibile agli esiti dell'operazione che ha condotto ad emettere gli strumenti in esame, quindi non direttamente correlabile alla remunerazione dipendente dalle sorti economiche di ICBC, ovvero al dato essenziale sul quale deve incentrarsi la verifica dell'assimilazione fiscale delle notes alle azioni.

Nè, comunque, la CTR ha omesso di esaminare la sussistenza, in capo al detentore delle notes, del rischio dell'affare in ragione del quale sono state emesse, ovvero dell'andamento economico della ICBC, e quindi della redditività delle sue azioni e quindi delle notes. Del resto, su tale immediata correlazione pare convenire la stessa ricorrente, salvo poi sminuire la rilevanza delle modalità contrattuali di determinazione della remunerazione, tornando ad affermare la necessità della contemporanea sussistenza di poteri partecipativi in capo al titolare delle notes, in contrasto con i principi sinora illustrati.

6.4. Può quindi formularsi il seguente principio di diritto: " Ai fini delle imposte sui redditi, in applicazione dell'art. 44, comma 2, lett. a) t.u.i.r. , ed anche ai sensi del regime pex di cui all'art. 87, commi 3 e 5 t.u.i.r. , la distinzione degli strumenti finanziari tra azioni e titoli simili ed obbligazioni e titoli simili, adottata dal legislatore fiscale, poggia in primo luogo sulla circostanza che la relativa remunerazione sia costituita totalmente dalla partecipazione ai risultati economici della società emittente o di altra società del gruppo o dell'affare in relazione al quale i titoli e gli strumenti finanziari sono stati emessi, essendo tale requisito (indipendentemente da altre variabili) di per sè sufficiente a classificare lo strumento finanziario come titolo azionario o simile (fatta salva, per gli strumenti finanziari emessi da soggetti non residenti, l'ulteriore condizione che la remunerazione sia totalmente indeducibile nella determinazione del reddito nello Stato estero di residenza del soggetto emittente). In via secondaria, ove la remunerazione del titolo non sia totalmente rappresentata dai predetti risultati economici, è necessario verificare la sussistenza delle condizioni per ricondurlo tra quelli "simili alle obbligazioni", tenendo conto dell'esistenza di una obbligazione incondizionata di pagare alla scadenza una somma non inferiore a quella in essi indicata e dell'assenza di diritti di partecipazione alla gestione dell'impresa.".

6.5. Premessi i profili di infondatezza delle censure di cui al primo motivo (rilevanti anche ai fini della trattazione successiva del terzo motivo), è comunque opportuno evidenziarne anche l'inammissibilità, atteso che la ricorrente Agenzia, sotto la rubrica della denuncia dell'omesso esame di "fatti" - da intendersi in senso storico-naturalistico non assimilabile in alcun modo a "questioni" o "argomentazioni" (cfr., ex plurimis, Cass. 26/01/2022, n. 2268)- censura, piuttosto, la valutazione complessiva del rapporto tra DEBRA e LUX I, sottostante l'emissione delle notes, operata dal giudice d'appello ai fini della qualificazione della natura di queste ultime, contrapponendole piuttosto la propria versione. Nè, comunque, l'omesso esame di una questione riguardante l'interpretazione del contratto, non costituendo "fatto decisivo" del giudizio, è riconducibile al vizio di cui all'art. 360 c.p.c. , comma 1, n. 5, atteso che rientrano in

tale nozione gli elementi fattuali e non quelli meramente interpretativi (Cass. 08/03/2017, n. 5795; Cass. 13/08/2018, n. 20718).

7. Il secondo motivo è inammissibile.

Infatti, la sentenza impugnata ha accertato, in fatto, che poteva ritenersi provata l'indeducibilità dei proventi, ovvero della remunerazione delle notes, dal reddito della DREBA, rilevando che " Tale circostanza ritiene questa Commissione risulti in atti dalla dichiarazione della società incorporante la DREBA anche quando non si voglia dare credito alle certificazioni della società di revisione.". Dunque la CTR, con la citata motivazione, ha dato atto di aver accertato l'indeducibilità esaminando il contenuto della dichiarazione dell'emittente (ovvero della sua incorporante), circostanza già idonea e sufficiente ai fini della verifica richiesta dal legislatore nell'art. 44, comma 2, lett. a), secondo periodo t.u.i.r. , ove la necessità del supporto istruttorio di elementi diversi, purchè certi e precisi, è prevista solo in alternativa alla dichiarazione de qua, disponendo la norma che " Le partecipazioni al capitale o al patrimonio, nonchè i titoli e gli strumenti finanziari di cui al periodo precedente emessi da società ed enti di cui all'art. 73, comma 1, lett. d), si considerano simili alle azioni a condizione che la relativa remunerazione sia totalmente indeducibile nella determinazione del reddito nello Stato estero di residenza del soggetto emittente; a tale fine l'indeducibilità deve risultare da una dichiarazione dell'emittente stesso o da altri elementi certi e precisi;".

La sufficienza della dichiarazione dell'emittente è stata del resto evidenziata dalla stessa prassi, secondo cui " Per quanto riguarda poi la verifica dell'effettivo trattamento fiscale che ai titoli e agli strumenti finanziari esteri viene accordato dalla legislazione del Paese estero di residenza dell'emittente di cui al punto sub 2, la norma prevede che l'indeducibilità debba risultare da una dichiarazione dell'emittente stesso ovvero da altri elementi certi e precisi. A quest'ultimo proposito, si ritiene che possa valere una semplice attestazione della società emittente senza la necessità che essa sia asseverata dall'autorità fiscale estera, così come possono essere validamente utilizzate le dichiarazioni dei redditi o altra documentazione fiscale del soggetto estero, nonchè un'attestazione dell'indeducibilità fornita dall'autorità fiscale estera o da istituzioni riconosciute dalle autorità pubbliche (ad esempio, mercati istituiti, organizzati e disciplinati da disposizioni adottate o approvate dalle competenti autorità in base alle leggi in vigore nello Stato in cui detti mercati hanno sede o information provider di qualificata esperienza). In mancanza della dichiarazione di parte o di altra documentazione prodotta dall'emittente o delle predette attestazioni, si ritiene che l'indeducibilità delle remunerazioni delle azioni e degli strumenti finanziari esteri possa essere dimostrata attraverso la sussistenza di disposizioni normative vigenti nello Stato estero di residenza dell'emittente che statuiscono in modo inequivocabile tale non deducibilità." (circolare n. 4/E del 2006, pagg. 7 s.).

Nonostante ciò, la CTR ha comunque dato atto di aver valutato anche elementi ulteriori (in particolare le relazioni della società di revisione contabile) rispetto alla dichiarazione dell'emittente, apprezzando in fatto che anche il loro contenuto conducesse alla medesima conclusione circa l'indeducibilità.

Premesso quindi che l'accertamento è stato condotto dal giudice d'appello in conformità al criterio indicato dal legislatore, l'esito dello stesso, ovvero la valutazione del contenuto della

dichiarazione (come delle relazioni di supporto) appartiene al giudizio di fatto, rimesso esclusivamente al giudice del merito.

Pertanto, da un lato non sussiste l'omesso esame di un fatto denunciato, dall'altro l'esito dell'accertamento sul fatto appartiene alla sfera del giudizio di merito della CTR e non è sindacabile in questa sede di legittimità attraverso la censura di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c. , comma 1 (cfr. Cass., Sez. Un., 27/12/2019, n. 34476).

Tanto deve dirsi anche con riferimento alla deducibilità, da parte di DREBA, degli interessi passivi sostenuti per l'acquisto delle azioni in ICBC, trattandosi di circostanza che la stessa ricorrente ascrive esplicitamente all'area dell'"interpretazione della relazione della società di revisione", ovvero alla valutazione del contenuto di un documento che la CTR ha dato atto di aver esaminato e valutato.

8. Il terzo motivo è inammissibile. Invero con la formulazione dell'ultimo mezzo la ricorrente non manifesta inequivocabilmente una critica alla decisione impugnata, premettendo ed aggiungendo al contenuto del motivo dubbi e condizioni irrisolte ("una serie di affermazioni, che parrebbe costituire un superfluo obiter"; "la CTR sembra affermare (...)"; "solo per chiarezza espositiva (...)") che lo rendono perplesso e, sostanzialmente, rimettono alla Corte, come non è ammissibile, l'individuazione stessa dell'esistenza, oltre che del contenuto, della ratio decidendi che la censura dovrebbe aggredire.

Ferma quindi l'inammissibilità dell'intero motivo, deve comunque rilevarsi che esso appare anche infondato nella parte in cui, premessa la necessità logico-giuridica di interpretare l'art. 87, comma 5 t.u.i.r. , in correlazione con l'art. 44, comma 2, lett. a) t.u.i.r. , giunge tuttavia a conclusioni del tutto opposte, escludendo che anche ai fini dell'art. 87, comma 5 il concetto di "partecipazioni" comprenda gli strumenti finanziari simili alle azioni per i quali l'art. 44, comma 2, dispone l'assimilazione fiscale ai fini delle imposte sul reddito.

Valga pertanto, sul punto, quanto già ante rilevato trattando il primo motivo, con la conseguente conclusione che la partecipazione in società la cui attività consiste in via esclusiva o prevalente nell'assunzione delle notes che siano simili alle azioni ai sensi dell'art. 44, comma 2, lett. a) t.u.i.r. può integrare, ai sensi dell'art. 87, comma 5 t.u.i.r. , la partecipazione ad una holding, come ha necessariamente ritenuto la CTR, nell'accogliere l'appello dei contribuenti.

La ricorrente sembra poi (anche se "solo per chiarezza espositiva") dolersi che, secondo tale interpretazione dell'art. 87, comma 5 t.u.i.r. , la verifica dei requisiti di cui alle lett. c) (residenza fiscale della società partecipata) e d) del comma 1 (esercizio, da parte della società partecipata, di un'impresa commerciale), nei confronti della ICBC, non sarebbe diretta, ma mediata da una serie eccessiva di soggetti (le holding LUX e l'emittente DREBRA) frapposti tra quest'ultima e la cedente.

Tuttavia, una volta riconosciuta, per le ragioni già dette, l'assimilazione delle notes alle azioni e quindi alle partecipazioni, con la conseguente attribuzione, ai fini che qui rilevano, della qualità di holding alla società che le detenga (senza peraltro che sia stato contestato che LUX I svolgesse solo l'attività di gestione della partecipazione in LUX II e che quest'ultima operasse

solo gestendo le notes in questione), lo spostamento su ICBC della verifica delle condizioni di cui all'art. 87, comma 1, lett. c) e d) t.u.i.r. deriva dalle stesse indicazioni della prassi erariale.

Infatti, l'Agenzia riconosce che i predetti requisiti non debbono sussistere nè in capo alla holding, nè in capo alla sub-holding, ma, in base al principio di effettività (ed per finalità anti-elusive), in capo alle società direttamente o indirettamente partecipate, dovendo essere necessariamente eliminato lo schermo costituito dalla stessa holding e dall'eventuale sub-holding (cfr. circolare n. 36/E del 2004, par. 2.3.5.; circolare n. 10E del 2005). Nel caso di specie, la società indirettamente partecipata, tramite le notes, è, per le ragioni già esposte in merito alla natura di queste ultime, la ICBC, ossia la società oggetto dell'affare in relazione al quale tali strumenti sono stati emessi ed al cui risultato derivano integralmente la loro remunerazione.

La ricorrente, senza contestare specificamente in questa sede che i requisiti in questione sussistano nei confronti della banca ICBC, torna infine a negare, "solo per chiarezza espositiva", che, ai sensi dell'art. 44, comma 2, lett. a) t.u.i.r., le notes possano essere assimilate alle azioni, in quanto la loro remunerazione non è connessa alla redditività di DREBA che le ha emesse, ma a quella della ICBC. Ferma la già ritenuta inammissibilità del motivo, deve rilevarsi che tale interpretazione restrittiva e selettiva del concetto di "affare in relazione al quale i titoli e gli strumenti finanziari sono stati emessi", che non ricomprenderebbe l'operazione che ha permesso ad Allianz di entrare nel mercato bancario cinese attraverso la "mediazione" dell'emittente (legittimata all'esercizio dell'attività bancaria e gradita quindi alle autorità cinesi), non trova corrispondenza nè nel testo dell'art. 44, comma 2, lett. a); nè nel significato comune di "affare" quale operazione economica, che comporta acquisto, perdita o trasformazione di ricchezza.

9. Le spese del giudizio di legittimità seguono la soccombenza.

Rilevato che risulta soccombente una parte ammessa alla prenotazione a debito del contributo unificato, per essere amministrazione pubblica difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, non si applica il D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna la ricorrente a pagare alla controricorrente le spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 25.000,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00, ed agli accessori di legge.

Documenti citati



Documenti collegati

- Normativa

- Prassi
- Giurisprudenza