
Parere ABI 1234 - 13 settembre 2010 -

**DISCIPLINA TRIBUTARIA DEI REDDITI DI CAPITALE E DEI REDDITI DIVERSI -
TRATTAMENTO FISCALE DEGLI INTERESSI DERIVANTI DA TITOLI
SUBORDINATI PERPETUAL TIER 1**

Sono stati chiesti chiarimenti circa il trattamento fiscale applicabile nei confronti dei detentori di particolari strumenti ibridi di capitalizzazione perpetual (irredimibili), emessi da banche, in relazione alla presenza di previsioni regolamentari che possono compromettere la restituzione integrale del capitale investito.

La tematica è di attualità e presenta non pochi aspetti di complessità, che possono generare situazioni di confusione operativa sul mercato, dovuta alla mancanza di uniformità di comportamento da parte degli intermediari tenuti all' applicazione del prelievo sui redditi di capitale prodotti da tali titoli.

In via preliminare si ritiene utile ricordare che per quanto concerne le emissioni bancarie italiane la nozione di titoli irredimibili trova, per quanto riguarda le emissioni effettuate dalle banche italiane, una espressa disciplina nella normativa del Testo unico bancario - D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 - e nelle istruzioni di Vigilanza della Banca d' Italia. Il primo, all' art. 12 (1), comma 7, si limita a prevedere la possibilità per le banche di emettere di prestiti subordinati sia di tipo irredimibile che rimborsabile, rinviando per il resto alla Banca d' Italia il compito di disciplinare tali emissioni. Le istruzioni di Vigilanza di cui alla Circolare n. 229 del 21 aprile 1999 hanno conseguentemente regolato l' emissione di tali prestiti, dettandone le caratteristiche (2).

Ciò premesso, va evidenziato che il problema del corretto trattamento fiscale dei proventi relativi ai titoli della specie in oggetto trae origine dalla difficoltà di coordinare la normativa fiscale con quella di carattere civilistico. La prima, infatti, è ancorata sin dal 1983 ad una tripartizione dei principali strumenti di finanziamento delle società che riconosce quali distinte categorie i titoli azionari (e similari), i titoli obbligazionari (e similari) ed i titoli atipici, mentre la seconda ha subito una profonda evoluzione per effetto della riforma del diritto societario del 2003 - c.d. riforma Vietti - che ha ulteriormente assottigliato i già labili confini tra capitale di rischio e capitale di credito, accordando agli operatori una maggiore libertà nel modellare gli strumenti finanziari, ed aprendo la strada alla creazione di una varietà di strumenti di incerta collocazione, comunemente noti con la denominazione di ibridi.

I termini della questione sono stati ampiamente sviluppati dalla dottrina, che ha posto l' accento, in particolare, sulle incertezze di qualificazione fiscale di talune figure contrattuali, che pur essendo inquadrabili tra le obbligazioni sul piano civilistico potrebbero non rispondere ai requisiti che invece la norma fiscale sembra imporre per l' applicazione del regime impositivo proprio dei titoli obbligazionari. Ciò vale in particolare per le emissioni contemplate oggi dal comma 3 dell' art. 2411 del codice civile, che estende la disciplina delle obbligazioni anche agli strumenti finanziari, comunque denominati, che condizionano i tempi e l' entità del rimborso all' andamento economico della società.

Si tratta di un aspetto al quale aveva dimostrato sensibilità già la c.d. Commissione Gallo, che nel 2003 aveva presentato proposte per l' adeguamento della normativa fiscale alla nuova normativa societaria. Nella relazione presentata dalla Commissione era stata infatti evidenziata l' opportunità - non recepita poi sul piano normativo - di prevedere in via generale l' assimilazione alle obbligazioni degli strumenti finanziari ai quali si applica la disciplina delle obbligazioni per effetto di altre leggi. Ciò avrebbe consentito di mantenere "un allineamento della disciplina fiscale con le fattispecie attualmente considerate quali obbligazioni sotto il profilo civilistico, e cioè le obbligazioni bancarie irredimibili, specificamente richiamate dal comma 7, art. 12, del Testo unico bancario".

Per una maggiore disamina della tematica un utile riferimento è certamente dato dal capitolo dedicato all' art. 44 del TUIR nel volume "Le imposte sui redditi nel testo unico" di Maurizio Leo, edizione aggiornata al 15 maggio 2010, che ripercorre la materia dedicando ampio spazio alle problematiche interpretative che si pongono per l' attribuzione del corretto regime fiscale ai vari strumenti oggi in circolazione nei mercati finanziari.

Nel fare rinvio, per semplicità di esposizione, all' esame compiuto nel testo citato, preme sottolineare l' importanza assunta dall' interpretazione dell' Agenzia delle entrate, che - intervenendo in una situazione di non facile ricostruzione normativa - ha fornito con le proprie circolari le chiavi di lettura per la riconduzione degli strumenti comunemente qualificati come ibridi nella categoria fiscale di appartenenza. In pratica, dalla lettura delle istruzioni dell' Agenzia si delinea un processo interpretativo in più fasi:

1. identificazione degli strumenti finanziari appartenenti alla categoria fiscale delle azioni e titoli simili. In questa fase, per i titoli e gli strumenti emessi da soggetti residenti in Italia, l' elemento discriminante per stabilire l' appartenenza alla sottocategoria dei titoli simili alle azioni, è rappresentato dalla sussistenza dei requisiti posti dall' art. 44, comma 2, lettera a) del Testo Unico delle imposte sui redditi. Si tratta dei titoli e degli strumenti 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. Qualora si tratti invece di partecipazioni al capitale o al patrimonio, nonché gli altri titoli e strumenti emessi da soggetti non residenti, la similarità alle azioni si realizza a condizione che la relativa remunerazione sia totalmente indeducibile nella determinazione del reddito dello Stato estero di residenza dell' emittente. Tra le circolari dell' Agenzia delle entrate che forniscono precisazioni per la verifica di tali condizioni va ricordata innanzitutto la n. 26/E del 16 giugno 2004, dove la nozione di partecipazione ai risultati economici dell' emittente (o di altri soggetti considerati dalla norma) è stata sviluppata in modo approfondito alla luce, anche di quanto stabilito all' art. 109, comma 9, lettera a), in tema di indeducibilità delle remunerazioni degli strumenti finanziari nella determinazione del reddito d' impresa. Di rilievo è il passaggio della circolare che esamina in modo specifico le obbligazioni e gli altri titoli irredimibili emessi dalle banche ai sensi dell' articolo 12 del testo unico bancario di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (3), pervenendo alla conclusione che le particolari caratteristiche che essi presentano non incidano sulla disciplina strutturale degli stessi, "che è quella tipica delle obbligazioni". Con questa presa di posizione l' Agenzia mostra quindi di aver recepito in via interpretativa - sia pure limitatamente allo specifico strumento delle obbligazioni irredimibili emesse dalle banche italiane ai sensi del TUB - l' invito che la Commissione Gallo aveva rivolto al legislatore, e che non aveva trovato accoglimento sul piano normativo

2. identificazione degli strumenti finanziari appartenenti alla categoria fiscale delle obbligazioni e titoli simili. In assenza dei requisiti di cui al punto precedente, la circolare n. 4 del 18 gennaio 2006 chiarisce che il passo successivo è quello della verifica delle condizioni necessarie per l' applicazione del trattamento previsto per le obbligazioni: "Per i titoli e gli strumenti finanziari che non presentano queste caratteristiche bisognerà di volta in volta verificare, a seconda del rapporto che ha dato origine al titolo o allo strumento finanziario, se essi possano rientrare o meno tra le obbligazioni ed i titoli simili". A questi fini, occorre aver riguardo al contenuto dell' art. 44 del TUIR, dove viene introdotta la distinzione tra obbligazioni in senso proprio - vale a dire quelle considerate come tali dal codice civile - ed i titoli simili alle obbligazioni, da identificare sulla base di quanto previsto dall' art. 44, comma 2, lett. c) punto 2), del TUIR.

In particolare, si deve trattare di titoli di massa che contengono l' obbligazione incondizionata di pagare alla scadenza una somma non inferiore a quella in essi indicata, con o senza la corresponsione di proventi periodici, e che non attribuiscono ai possessori alcun diritto di partecipazione diretta o indiretta alla gestione dell' impresa emittente o dell' affare in relazione al quale siano stati emessi, né di controllo sulla gestione stessa.

Dal coordinamento tra detta normativa e le istruzioni dettate dall' Agenzia, sembrerebbe quindi

dovuta una distinzione preliminare:

- i titoli irredimibili emessi da banche italiane risultano già di per sé assimilati alle obbligazioni sulla base dell' interpretazione dell' Agenzia delle entrate contenuta nella circolare n. 26 del 2004. Per tali titoli non occorre quindi procedere ad ulteriori verifiche;

- le altre ipotesi di strumenti finanziari, ivi compresi i titoli irredimibili emessi da banche non residenti, richiedono invece un ulteriore controllo per verificare la sussistenza dei requisiti previsti per poterli considerare simili alle obbligazioni.

Per quanto specificamente riguarda il rispetto del requisito relativo all' entità del capitale rimborsato occorre far riferimento a quanto esplicitato dall' Agenzia delle entrate nella stessa circolare n. 4 del 2006. Dopo aver ribadito che "le obbligazioni vere e proprie sono identificate in funzione del diritto al rimborso integrale del capitale, come valore minimo assicurato, alla scadenza del prestito", l' Agenzia provvede a precisare meglio tale concetto, ed afferma che "la scadenza del prestito può anche non essere ancorata ad una data precisa, ma può essere legata alla durata della società o alla sua liquidazione qualora la società sia costituita a tempo indeterminato (come espressamente consentito dall' articolo 2328, comma 2, n. 13), del codice civile)". Questa precisazione pone pertanto le basi per ricondurre nella nozione di obbligazioni (e titoli simili) anche titoli di durata non precisata - e che si prestano pertanto ad essere qualificati come perpetui - sempreché gli stessi prevedano comunque contrattualmente un momento nel quale si considera estinto il prestito, con diritto al rimborso integrale del capitale

3. identificazione degli strumenti finanziari che in via residuale sono da considerare appartenenti alla categoria fiscale dei titoli atipici. Le indicazioni dell' Agenzia appaiono chiare sul punto. La richiamata circolare del 2006 prosegue infatti stabilendo che "qualora, invece, non sia assicurato il rimborso integrale del capitale mutuato - in mancanza dei requisiti previsti per il loro inquadramento come azioni o titoli assimilati - i titoli e gli strumenti finanziari rientrano, più genericamente, tra i titoli di massa indicati nell' art. 67, comma 1, lettera c-ter) del TUIR che, se produttivi di redditi di capitale (ossia se derivanti da un impiego del capitale), rientrano nella disciplina dei titoli atipici di cui all' articolo 5 del Decreto-legge 30 settembre 1983, n. 512, convertito nella legge 25 novembre 1983, n. 64". Si ritiene utile richiamare quanto indicato nella circolare del 16 marzo 2005, n. 10/E par. 6.4, in cui l' Amministrazione Finanziaria ha ricordato le disposizioni di carattere fiscale con il dettato civilistico dell' art. 2411, che estende al disciplina delle obbligazioni anche a strumenti che prevedono un diritto al rimborso condizionato, concludendo che:

"Rientrano nella disciplina dei titoli atipici, assoggettati al trattamento fiscale previsto dall' art. 5 del D.L. 30 settembre 1983, n. 512, convertito dalla L. 25 novembre 1983, n. 649, i titoli che non presentino né i requisiti per essere considerati simili alle azioni, in quanto la relativa remunerazione non è costituita totalmente dalla partecipazione ai risultati economici della società emittente, di società dello stesso gruppo o di un affare, né i requisiti per essere considerati simili alle obbligazioni perché, ad esempio, non garantiscono la restituzione del capitale ovvero, pur garantendola, assicurano anche una partecipazione diretta o indiretta alla gestione della società emittente o dell' affare in relazione al quale sono stati emessi. Pertanto, sono assimilati alle azioni anche i titoli obbligazionari, compresi quelli di cui all' art. 2411, comma 3, del codice civile, la cui remunerazione sia costituita totalmente dalla partecipazione ai risultati economici della società emittente, di società dello stesso gruppo o di un affare. I titoli obbligazionari, che abbiano tali caratteristiche, sono, infatti, assimilati alle azioni ai sensi dell' art. 44, comma 2, lettera a), del Tuir, indipendentemente dalla loro denominazione formale. Tuttavia, rimane fermo che i titoli obbligazionari i quali assicurino rendimenti commisurati a parametri di natura finanziaria rientrano nel novero dei titoli atipici, qualora non garantiscano la restituzione del capitale versato".

Elemento cruciale per il riconoscimento degli strumenti ibridi che possono essere attratti al regime fiscale delle obbligazioni anziché dei titoli atipici diventa pertanto la circostanza che essi prevedano o meno il rimborso integrale del capitale alla scadenza del prestito. Tale requisito - già esplicitato in via normativa per la sottocategoria dei titoli simili alle obbligazioni nella

richiamata definizione del punto 2) della lettera c) del comma 2 dell' art. 44 del TUIR - è stato progressivamente riconosciuto dall' Amministrazione finanziaria quale principio di carattere generale anche per i titoli cui è applicabile la disciplina civilista delle obbligazioni e pertanto rappresenta oggi il parametro fondamentale per la distinzione tra la categoria fiscale di titoli similari alle obbligazioni e quella dei titoli atipici.

L' attenzione riservata dall' Agenzia al concetto di scadenza dimostra poi che si tratta di un requisito che va verificato ponendo attenzione non solo all' aspetto quantitativo del rimborso - che deve essere integrale - ma anche all' aspetto temporale dello stesso, posto che la garanzia di rimborso integrale va verificata al momento della scadenza del prestito, da intendersi nel senso ampio delineato dall' Agenzia nelle ricordate istruzioni.

Ciò impone una particolare attenzione nella valutazione delle caratteristiche dei prestiti oggi in circolazione, i cui regolamenti di emissione non sempre consentono una immediata rilevazione degli elementi rilevanti per l' analisi del trattamento fiscale di taluni strumenti finanziari.

Fatto, quindi, salvo quanto detto per i titoli irredimibili emessi da banche italiane ex art. 12 del TUB, per i quali l' assimilazione alle obbligazioni trova già conferma nella interpretazione della circolare n. 26 del 2004, riteniamo pertanto che per altre analoghe fattispecie il trattamento fiscale proprio delle obbligazioni possa essere riconosciuto in presenza di clausole regolamentari che assicurino il rimborso integrale del capitale alla data della scadenza del prestito, indipendentemente dal fatto che tale data non venga prefissata ex ante, ben potendo essa essere "legata alla durata della società o alla sua liquidazione qualora la società sia costituita a tempo indeterminato". Si tratta, infatti di situazioni che, come si è visto, sono espressamente fatte salve dall' interpretazione amministrativa. In tali casi, pertanto, potrà essere applicata - al ricorrere delle altre condizioni stabilite dalla normativa - l' aliquota del 12,5% tipicamente prevista per i titoli obbligazionari delle banche e degli altri grandi emittenti considerati dal meccanismo impositivo del D.lgs. n. 239 del 1° aprile 1996 (4). Questa conclusione dovrebbe essere valida anche quando siano presenti altre previsioni regolamentari che comportino per il sottoscrittore il rischio di ottenere la restituzione di un capitale inferiore a quello nominale in occasione di eventi diversi da quello della scadenza dello strumento.

Al contrario, la mancanza di una garanzia di restituzione integrale del capitale a scadenza comporta sempre la riqualficazione dello strumento nella categoria residuale dei titoli atipici - salvo ovviamente che non ricorrano i requisiti per l' assimilazione al titolo azionario - penalizzata dal maggiore prelievo del 27% ed esclusa dal meccanismo del D.lgs. n. 239 del 1° aprile 1996.

■ (1) "7. La Banca d' Italia disciplina le emissioni da parte delle banche di prestiti subordinati, irredimibili ovvero rimborsabili previa autorizzazione della medesima Banca d' Italia. Tali emissioni possono avvenire anche sotto forma di obbligazioni o di titoli di deposito".

■ (2) Cfr. Titolo V - Capitolo 3 - Raccolta in titoli delle banche.

■ (3) "(...) si ritiene che non comportino una partecipazione indiretta ai risultati economici della società Si tratta di titoli i cui proventi sono costituiti da interessi. Tuttavia, in caso di andamento negativo della gestione, l' emittente può sospendere il pagamento degli interessi e, in determinate ipotesi, imputarli a copertura delle perdite. Nell' ipotesi descritta, infatti, la remunerazione delle predette obbligazioni non assicura una partecipazione agli utili della banca che li ha emessi, essendo tale remunerazione parametrata normalmente a tassi di interesse correnti. Pertanto, l' eventualità che tali interessi, in caso di perdite, siano sospesi ed imputati alla loro copertura, non incide sulla disciplina strutturale dei titoli in argomento, che è quella tipica delle obbligazioni".

■ (4) È sufficiente ricordare che regime del D.Lgs. n. 239 del 1996 opera anche per i titoli esteri, con applicazione, ricorrendone le condizioni, della stessa aliquota del 12,5% prevista per i titoli italiani.