

settembre 2017

n.31

Direttori

Luigi Otari
Giuseppe Corasaniti

Consiglio scientifico

Luigi Arturo Bianchi
Tancredi Bianchi
Mauro Bini
Gaetano Brugger
Guido Ferrarini
Franco Gallo
Mario Notari

n.31 | 2017

consulta il sito della rivista <http://www.sfef.it>

www.sfef.it

risorse finanziarie e fiscali

http://www.strumenti finanziari e fiscali

Direttore

Quarantasei

Pressi e regolamenti

ISSN 2038-9227

ISSN 978-88-238-4231-9

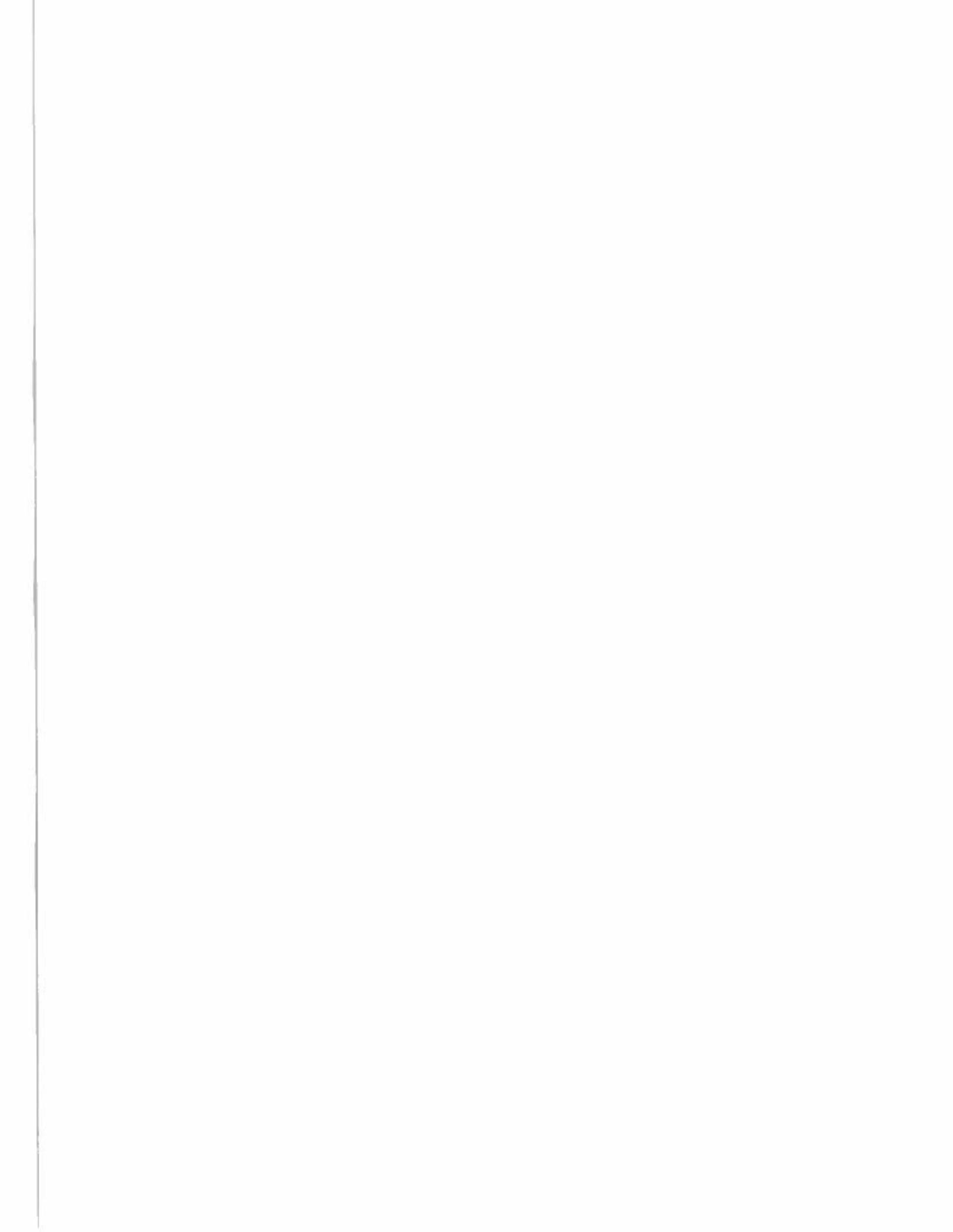


9 788823 462319

Esame prezzi

Printed in Italy by a.p.a. - Spedizioni in abbonamento Postale - 70% - 10,13€





Il divieto di imposizione dei dividendi intracomunitari ai fini della Direttiva madre-figlia: i chiarimenti della Corte di Giustizia UE e le ricadute sulla legislazione interna

di GIUSEPPE CORASANITI

La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha ritenuto incompatibile con l'art. 4 della Direttiva madre – figlia due norme fiscali nazionali (francese e belga) poiché comportavano una doppia imposizione degli utili ricevuti dalle società madri da parte di società figlie non residenti. Dopo aver analizzato il percorso argomentativo seguito dalla Corte in entrambe le pronunce, l'analisi si concentrerà sull'impatto che tali sentenze potrebbero avere sul regime fiscale italiano. In particolare, si cercherà di valutare la compatibilità dell'art. 6, d.lgs. n. 446 del 1997 - il quale prevede, per le banche e gli altri enti e società

finanziari indicati nell'articolo 1, d.lgs. n. 87 del 1992, che, ai fini della determinazione della base imponibile Irap, vadano inclusi i dividendi da questi percepiti in ragione del 50% del loro ammontare – con il diritto euro-unitario. Difatti, secondo la regola iuris stabilita dalla Corte di Giustizia nelle sentenze in commento, tale modalità di determinazione del valore della produzione netta ai fini Irap potrebbe essere ritenuta incompatibile con la Direttiva madre – figlia in quanto determina un'imposizione sui dividendi vietata dall'art. 4 di tale Direttiva.

www.strumenti-finanziari/fiscalia/GIURISPRUDENZA

1. Introduzione

Con due sentenze coeve – la sentenza del 17 maggio 2017 causa C - 365/16 (*AFEP c. Ministres des Finance set des Comptes publics*) e la sentenza del 17 maggio 2017 causa C - 68/15 (*X c. Ministerrad*)¹ – la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (*breviter*, CGUE) si è pronunciata in merito alla corretta interpretazione dell'art. 4, par. 1, lett. a), della direttiva 2011/96/UE del Consiglio² (come modificata dalla direttiva 2014/86/UE del Consiglio), concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi (d'ora in avanti, "Direttiva madre – figlia")³.

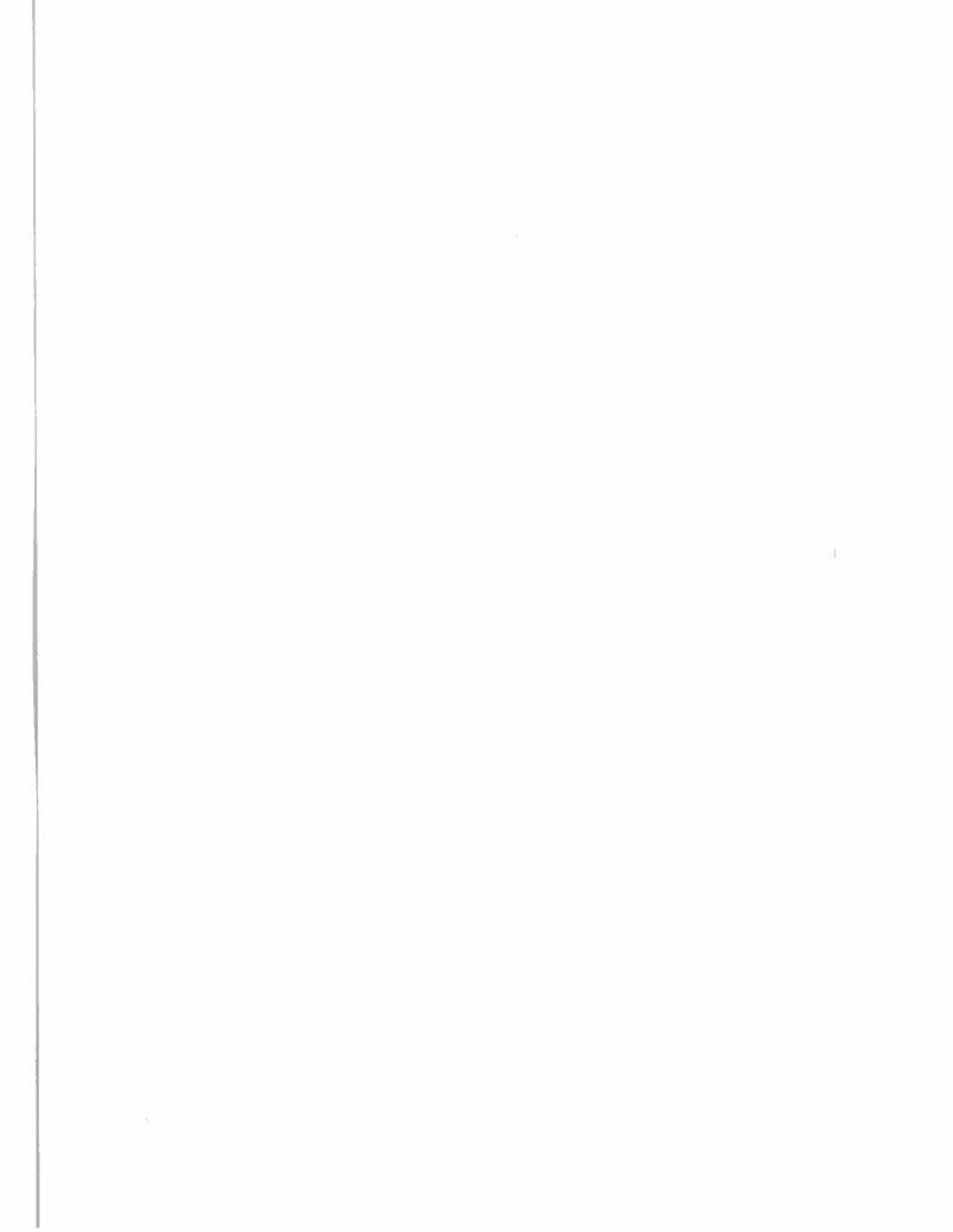
In particolare, la CGUE ha sanzionato due normative nazionali (francese nella causa C-365/16 e belga nella causa C-68/15) poiché prevedevano misure fiscali interne comportanti una doppia imposizione degli utili ricevuti dalle società madri da parte di società figlie non residenti⁴.

¹ Tali pronunce sono state commentate da D. SETTEMBRE, *Banche, IRAP sui dividendi a rischio incompatibilità*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 agosto 2017. Tale autore ha segnalato il rischio di incompatibilità della Direttiva madre-figlia dell'art. 6, co. 1, del D.Lgs. n.446 del 1997.

² Tale direttiva ha rifiuto la precedente direttiva 90/435/CEE del 23 luglio 1990. Le disposizioni di tale direttiva sono state commentate da A. FEDELE, *La direttiva "madre-figlia" e la disciplina attuativa come complesso normativo unitario e sistematico: i criteri interpretativi*, in *Rassegna tributaria*, 5/2001, 1256 ss.

³ Per un approfondimento di tutti i requisiti richiesti per l'applicazione della Direttiva madre-figlia si veda V. UCKMAR, G. CORASANITI, P. DE CAPITANI DI VIMERCATE, C. CORRADO OLVA, *Manuale di diritto tributario internazionale*, Milano, 2012, 199 ss. Per un confronto tra regime impositivo dei dividendi intra-UE ed extra-UE si v. G. MAISTO, *Il nuovo regime di tassazione dei dividendi pagati da società figlie residenti in Stati non appartenenti alla Unione Europea*, in *Rivista di diritto tributario*, 1/2001, 3 ss. Per alcune considerazioni critiche in merito al confronto tra la previgente direttiva e la direttiva 2011/96/UE, si v. P. VALENTE, *Criticità nella disciplina dei flussi di dividendi nella riforma della direttiva madre-figlia*, in *Corriere tributario*, 6/2012, 448 ss.

⁴ Tali pronunce si inseriscono in un filone di sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in cui vengono sottoposte al vaglio di compatibilità con la Direttiva madre – figlia talune norme fiscali nazionali. A tal riguardo, si segnala, sebbene con



L'analisi di tali sentenze e le ragioni che hanno indotto la CGUE a ritenere le normative nazionali contrarie all'art. 4, par. 1, lett. a), della Direttiva madre – figlia, appare di notevole interesse in quanto analoghe censure potrebbero essere mosse alla legislazione italiana relativa alla determinazione del valore della produzione netta delle banche e di altri enti e società finanziarie ai fini Irap, la quale, come noto, obbliga tali soggetti ad includere nella base imponibile i dividendi ricevuti, in ragione del 50% del loro ammontare.

2. Le fattispecie e le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte di Giustizia UE

Sebbene le conclusioni cui perviene la CGUE siano identiche in entrambe le sentenze in commento, i casi da cui traevano origine le domande di pronuncia pregiudiziale erano differenti.

Il caso afferente la causa C-365/16 è stato rimesso dinanzi alla CGUE da parte del Consiglio di Stato francese per una controversia avente ad oggetto il prelievo di un'imposta aggiuntiva (pari al 3%) all'imposta sulle società, generalmente applicata in Francia alle società residenti in occasione della distribuzione degli utili.

In particolare, era stato lamentato *dall'Association française des entreprises privées (AFAP)* dinanzi al Consiglio di Stato francese che l'applicazione dell'imposta aggiuntiva del 3%⁵ al momento della distribuzione degli utili da parte di una società residente (ivi inclusi quelli ricevuti da società figlie non residenti) rappresentava una violazione dell'art. 4, par. 1, della Direttiva madre – figlia, il quale vieta qualsiasi imposizione sugli utili corrisposti da una società figlia alla società madre⁶.

La base imponibile del citato contributo aggiuntivo era costituita dall'importo dei dividendi distribuiti, ivi inclusi quelli ricevuti da eventuali società figlie non residenti, ragion per cui il giudice del rinvio sottoponeva alla CGUE la seguente questione pregiudiziale *"Se l'articolo 4 della direttiva [madrifiglie], e in particolare il suo paragrafo 1, lettera a), osti a un'imposta come quella prevista all'articolo 235 ter ZCA del [CGI], che è riscossa in occasione della distribuzione di utili da parte di una società soggetta all'imposta sulle società in Francia e la cui base imponibile è costituita dagli importi distribuiti?"*⁷.

Per quanto concerne, invece, il caso afferente la causa C-68/15, questo è stato rimesso dinanzi alla CGUE da parte della Corte Costituzionale belga per una controversia avente ad oggetto il prelievo di un'imposta – distinta dall'imposta sulle società – denominata *"fairness tax"*, gravante sulle società residenti e non residenti nel caso in cui tali società distribuiscano dividendi che, per effetto della fruizione di determinate agevolazioni

riguardo ad una fattispecie differente rispetto a quelle in commento, la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea dell'8 marzo 2017, causa C-448/15, in cui è stato affrontato il tema dell'interpretazione del requisito dell'"assoggettamento ad imposta" previsto ai fini dell'applicazione del regime di esenzione stabilito dalla Direttiva madre – figlia. Per un approfondimento alla pronuncia *de qua* si rinvia al commento di P. ARGINEU, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si pronuncia sul requisito dell'assoggettamento ad imposta previsto dalla Direttiva madre-figlia*, In *Rivista di diritto tributario - supplemento online*, 2 aprile 2017.

⁵ Per un approfondimento su tale imposta si v. E. ROBERT, *The new french 3% withholding tax on profit distributions: a minefield for the french government*, in *European taxation*, 2013, n. 2/3.

⁶ L'art. 4, par. 1, della Direttiva madre – figlia stabilisce che *"1. 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: a) si astengono dal sottoporre tali utili a imposizione nella misura in cui essi non sono deducibili per la società figlia e sottopongono tali utili a imposizione nella misura in cui essi sono deducibili per la società figlia; o b) li sottopongono a imposizione, autorizzando però detta società madre o la sua stabile organizzazione a dedurre dalla sua imposta la frazione dell'imposta societaria relativa ai suddetti utili e pagata dalla società figlia e da una sua sub-affiliata, a condizione che a ciascun livello la società e la sua sub-affiliata ricadano nelle definizioni di cui all'articolo 2 e soddisfino i requisiti di cui all'articolo 3 entro i limiti dell'ammontare dell'imposta corrispondente dovuta"*.

⁷ Si v. par. 16, causa C-365/16.



previste dal regime fiscale nazionale, non siano ricompresi nel loro risultato d'esercizio imponibile effettivo.

La "fairness tax" è un tributo speciale, distinto dall'imposta sulle società, che si applica nel caso in cui, per lo stesso periodo d'imposta, vengano distribuiti dividendi e il risultato fiscale della società venga diminuito in tutto o in parte per effetto dell'applicazione delle varie deduzioni previste dal regime tributario nazionale belga⁸.

Ebbene, la Corte costituzionale belga ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla CGUE tre questioni pregiudiziali: i) se la "fairness tax" possa essere contraria al disposto di cui all'art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (concernente la libertà di stabilimento) in quanto vi sarebbe una disparità fra società stabilite in uno Stato membro provviste di stabile organizzazione in Belgio, le quali sarebbero assoggettate ad imposta laddove procedano a distribuzione di utili non ricompresi nel rispettivo risultato d'esercizio definitivo imponibile, a prescindere dalla circostanza se gli utili realizzati dalla stabile organizzazione nel Belgio siano confluiti o meno nella società madre, e società stabilite in un altro Stato membro con una società controllata nel Belgio, le quali non sarebbero soggette a tale imposizione qualora decidano di procedere ad una distribuzione di utili non ricompresi nel rispettivo risultato d'esercizio definitivo imponibile della società, a prescindere dalla circostanza se la società controllata abbia distribuito o meno dividendi⁹; ii) se la "fairness tax" possa essere contraria all'art. 5, della Direttiva madre - figlia, in quanto da ritenere alla stregua di una ritenuta alla fonte applicata al momento della distribuzione di utili da una società controllata alla propria società madre¹⁰; iii) se la "fairness tax" possa essere in contrasto con l'art. 4, par. 3¹¹, della Direttiva madre-figlia, in quanto trattasi di tributo speciale la cui aliquota è fissata al 5,15%.

La CGUE, sulla base delle circostanze di fatto sottostanti entrambe le sentenze in commento, si è trovata a decidere sulla compatibilità di normative nazionali - che impongono, seppur indirettamente, la tassazione in capo ad una società madre degli utili provenienti da società figlie - con la Direttiva madre-figlia, la quale, invece, intende esentare da qualsiasi forma di imposizione i predetti dividendi¹².

3. Le soluzioni interpretative fornite dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea

La CGUE sia nella causa C-68/15 sia nella causa C-365/16 ha statuito, innanzitutto, che i prelievi contemplati dalla normativa francese (imposta aggiuntiva del 3%) e dalla norma-

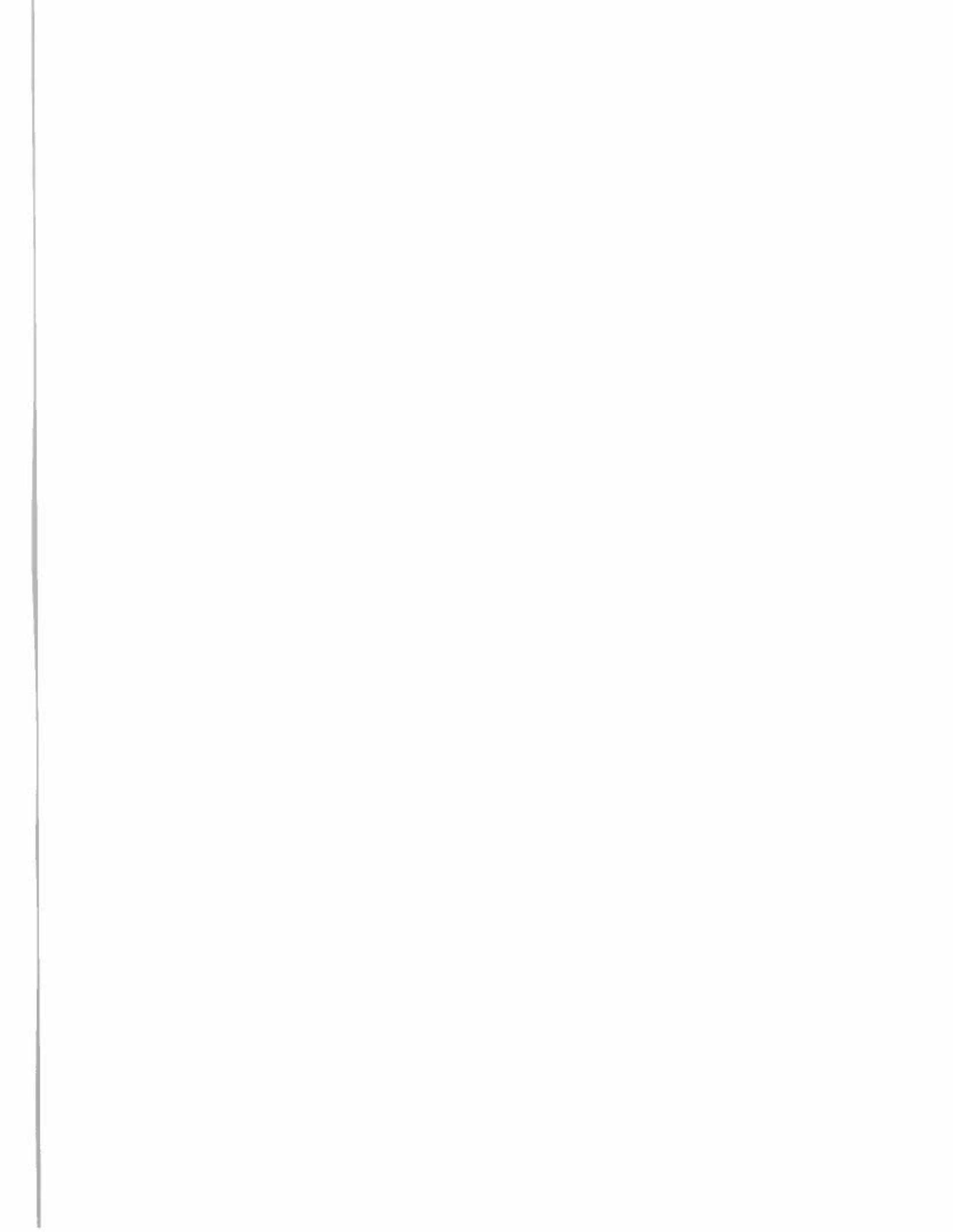
⁸ La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si era pronunciata su una fattispecie simile con la sentenza 4 ottobre 2001, causa C-294/99. In tal caso, il Giudice euro-unitario aveva dichiarato l'incompatibilità con la Direttiva madre - figlia di una norma greca che condizionava specifiche forme di detassazione degli utili d'impresa alla mancata distribuzione di dividendi ai soci. In altri termini, qualora la società partecipata greca avesse deciso di distribuire dividendi, avrebbe scontato una forma di prelievo maggiorata sulla sua base imponibile. Sul punto si v. anche la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 26 giugno 2008, causa C-284/06, in cui, però, il Giudice euro-unitario illustra tre condizioni per ritenere una tassazione sui dividendi (alla fonte) incompatibile con la Direttiva madre - figlia. In dottrina v. M. GREGGI, *Vecchi e nuovi limiti all'armonizzazione della tassazione degli interessi transfrontalieri*, in *Rassegna tributaria*, 1/2012, 257 ss.

⁹ Par. 30, causa C-68/15.

¹⁰ L'art. 5 della Direttiva madre - figlia stabilisce che "Gli utili distribuiti da una società figlia alla sua società madre sono esenti dalla ritenuta alla fonte".

¹¹ L'art. 4, par. 3, della Direttiva madre - figlia stabilisce che "Ogni Stato membro ha la facoltà di stipulare che oneri relativi alla partecipazione e minusvalenze risultanti dalla distribuzione degli utili della società figlia non siano deducibili dall'utile imponibile della società madre. In tal caso, qualora le spese di gestione relative alla partecipazione siano fissate forfettariamente, l'importo forfettario non può essere superiore al 5 % degli utili distribuiti dalla società figlia".

¹² Il considerando n. 3 della Direttiva madre - figlia chiarisce che "La presente direttiva intende esentare dalle ritenute alla fonte i dividendi e altre distribuzioni di utili pagati dalle società figlie alle proprie società madri ed eliminare la doppia imposizione su tali redditi a livello di società madre". Inoltre, il considerando n. 7 della citata Direttiva chiarisce oltremodo che "Quando una società madre, in veste di socio, riceve dalla società figlia utili distribuiti, lo Stato membro della società deve astenersi dal sottoporre tali utili a imposizione, oppure sottoporli a imposizione, autorizzando però detta società madre a dedurre dalla sua imposta la frazione dell'imposta pagata dalla società figlia a fronte di detti utili".



tiva belga ("fairness tax") non ostano al disposto normativo di cui all'art. 5, della Direttiva - madre figlia, il quale, come noto, esenta da ritenuta i dividendi distribuiti da una società figlia alla sua società madre.

A tal riguardo, la CGUE ha chiarito, in particolare nella sentenza resa nell'ambito della causa C-68/15¹³, che affinché un'imposta possa essere qualificata come ritenuta alla fonte, ai sensi del citato art. 5, della Direttiva madre-figlia, è necessario che ricorrano, cumulativamente, le tre seguenti condizioni: i) l'imposta deve essere prelevata nello Stato in cui i dividendi sono distribuiti e il suo fatto generatore deve essere costituito dal versamento di dividendi o di qualsiasi altro rendimento di titoli; ii) la base imponibile di tale imposta deve essere il rendimento dei titoli; iii) il soggetto passivo deve essere il detentore dei titoli stessi¹⁴.

Ciò premesso, la CGUE ravvisa nella "fairness tax" la ricorrenza delle prime due citate condizioni, ossia che il fatto generatore dell'imposta sia la distribuzione di dividendi e che, ai fini del calcolo della sua base imponibile, si tenga conto dell'importo distribuito. Tuttavia, atteso che il soggetto passivo di tale tributo non è da individuarsi nel detentore dei titoli, bensì nella società distributrice, non risultando soddisfatta la terza condizione di cui sopra, la CGUE ha ritenuto la "fairness tax" compatibile con l'art. 5, della Direttiva madre - figlia.

Discorso diverso, invece, è stato condotto dalla CGUE nell'analisi della compatibilità dell'imposta aggiuntiva del 3% prelevata in Francia e della "fairness tax" olandese con l'art. 4 della Direttiva madre-figlia.

Nelle pronunce in commento, la CGUE ha chiarito, in via preliminare, che l'art. 4, par. 1, della Direttiva madre - figlia, al fine di eliminare la doppia imposizione sugli utili distribuiti da una società figlia alla società madre, rimette agli Stati membri la scelta tra due sistemi, ossia tra il sistema dell'esenzione e quello d'imputazione¹⁵. Tuttavia, prosegue la CGUE, il par. 3 del citato art. 4 dispone che gli Stati membri conservano la facoltà di prevedere che oneri relativi alla partecipazione e minusvalenze risultanti dalla distribuzione degli utili della società figlia non siano deducibili dall'utile imponibile della società madre. In tal caso, qualora le spese di gestione relative alla partecipazione siano fissate forfettariamente, l'importo così determinato non può essere superiore al 5% degli utili distribuiti dalla società figlia.

Ecco il *pactum dolens* di entrambe le normative nazionali (francese e belga) sottoposte al vaglio della CGUE.

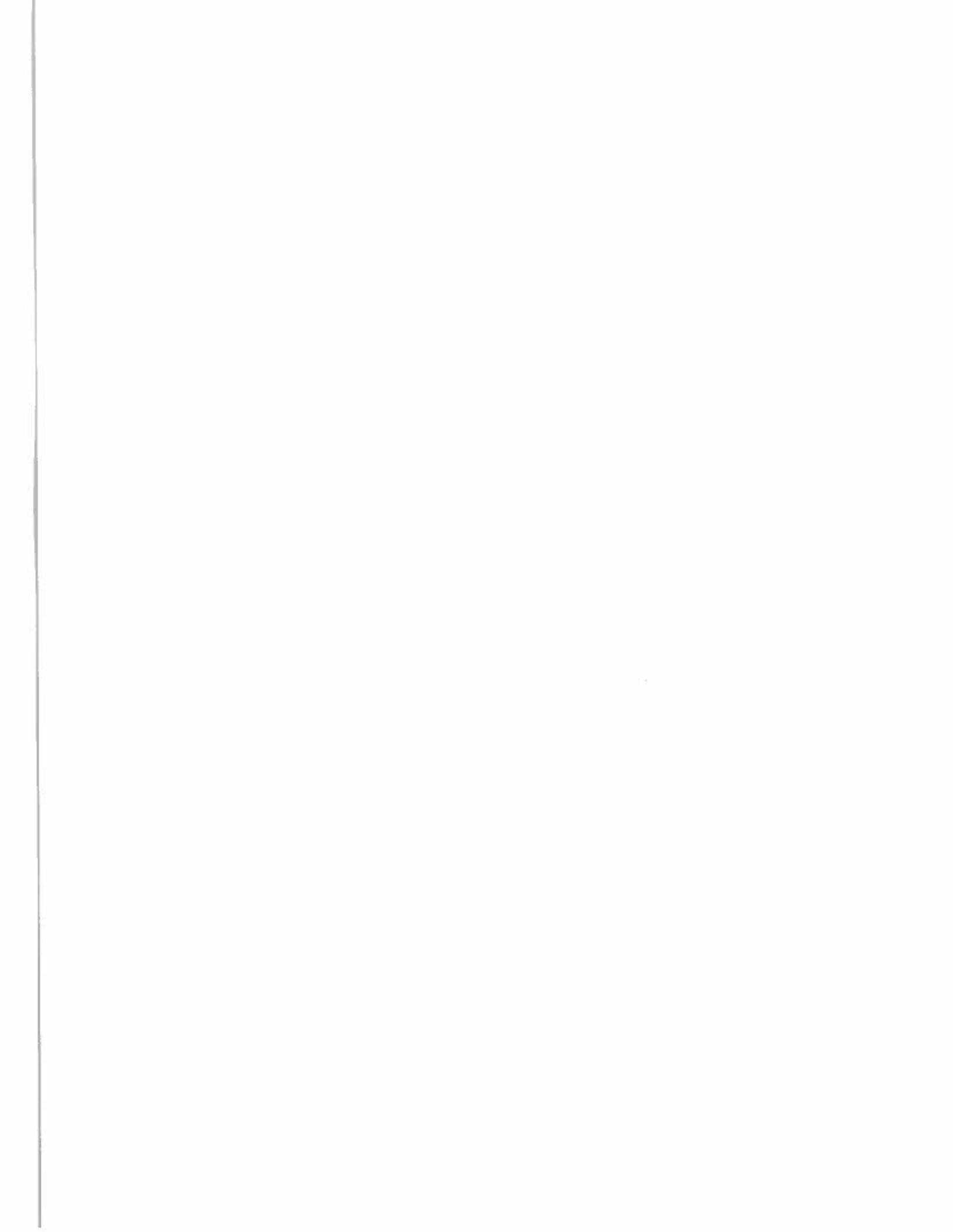
Difatti, in entrambe le fattispecie, l'applicazione dell'imposta aggiuntiva del 3% in Francia e l'applicazione della "fairness tax" del 5,15% in Belgio sono contrarie al disposto di cui all'art. 4, par. 3, Direttiva madre-figlia, in quanto determinano una doppia imposizione a livello della società madre, vietata dalla suddetta Direttiva.

Ebbene, la CGUE ha censurato le normative nazionali francese e belga, dichiarando: i) con riferimento al caso francese (causa C-365/16) che "L'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2011/96/UE del Consiglio, del 30 novembre 2011, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi, come modificata dalla direttiva 2014/86/UE del Consiglio,

¹³ Nella causa C-365/16, nonostante fosse stata sollevata questione pregiudiziale in merito alla compatibilità dell'imposta aggiuntiva del 3% francese con l'art. 5, Direttiva madre - figlia, la CGUE non ha risposto sul punto in quanto la predetta imposta aggiuntiva presentava già profili di incompatibilità con l'art. 4, Direttiva madre - figlia, tali da non rendere necessaria un'ulteriore indagine con riferimento all'art. 5 della citata Direttiva.

¹⁴ Dello stesso tenore è CGUE, sentenza del 24 giugno 2010, causa C-338/08. Sul punto, si v. altresì CGUE, sentenza del 26 giugno 2008, causa C-284/06.

¹⁵ Cfr. F. Mavm, *La direttiva madre - figlia n. 90/435 e l'obbligo per gli Stati membri di astenersi dal sottoporre a imposizione i dividendi*, in *Rivista di diritto tributario*, 3/2009, 266 ss.



dell'8 luglio 2014, deve essere interpretato nel senso che tale disposizione osta ad una misura fiscale prevista dallo Stato membro di una società madre, quale quella di cui al procedimento principale, che prevede la riscossione di un'imposta in sede di distribuzione dei dividendi da parte della società madre e la cui base imponibile è costituita dagli importi dei dividendi distribuiti, compresi quelli percepiti dalle società figlie non residenti di tale società"; ii) con riferimento al caso belga (causa C-68/15) che "L'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2011/96, nel combinato disposto con il paragrafo 3 del medesimo articolo, deve essere interpretato nel senso che tale disposizione osta a una normativa tributaria nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, nei limiti in cui tale normativa, in una fattispecie in cui gli utili percepiti da una società madre da parte della sua controllata siano distribuiti dalla società madre stessa in un esercizio successivo a quello del loro percepimento, implica la sottoposizione di tali utili ad un'imposizione eccedente la soglia del 5% prevista da tale disposizione".

Sebbene le citate soluzioni interpretative fornite dalla CGUE appaiano già di per sé di notevole rilevanza e impatto, vi è tuttavia un passaggio di assoluto rilievo che merita di essere oltremodo evidenziato.

Il riferimento è, in particolare, al punto 33 della causa C-365/16, in cui viene testualmente chiarito che "è sufficiente constatare che l'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva madri-figlie non limita la propria applicazione a una determinata imposta. Infatti, detta disposizione prevede che lo Stato membro della società madre si astenga dal sottoporre ad imposizione gli utili distribuiti dalla società figlia non residente. La disposizione in parola mira quindi ad evitare che gli Stati membri adottino misure fiscali che comportino una doppia imposizione degli utili in questione in capo alle società madri (...)"¹⁶.

La posizione della CGUE è chiara: è contraria all'art. 4, della Direttiva madre - figlia, qualsiasi normativa nazionale che preveda l'imposizione, sotto qualsiasi forma, degli utili distribuiti alla società madre dalla società figlia non residente.

In altri termini, il citato art. 4 ha quale obiettivo quello di evitare che gli Stati membri adottino misure fiscali (senza distinzione, pertanto, tra imposte sulle società o altre forme di imposizione) che comportino una doppia imposizione degli utili in questione in capo alle società madri.

4. I riflessi sulla legislazione italiana e la presunta incompatibilità dell'art. 6, d.lgs. n. 446 del 1997 con l'art. 4 della Direttiva madre-figlia

I citati casi sottoposti al vaglio della CGUE suscitano particolare interesse, soprattutto perché le soluzioni interpretative fornite dalla CGUE sono svincolate - e proprio ciò rappresenta un profilo di peculiarità - da una valutazione di legittimità delle norme fiscali nazionali in relazione a possibili effetti pregiudizievoli che le stesse avrebbero potuto avere con riferimento alle quattro libertà fondamentali¹⁷.

Ciò premesso, l'analisi delle sentenze in commento è necessaria soprattutto per valutare i possibili effetti che queste potranno avere sulla legislazione tributaria italiana, e, in

¹⁶ Cfr. par. 33, causa C-365/16. Peraltro, secondo la CGUE tale conclusione non è rimessa in questione dal par. 105 della sentenza 12 dicembre 2006, causa C-446/04, dal momento che, al citato punto, la Corte "la Corte si è unicamente pronunciata circa la conformità con la direttiva madri-figlie di talune modalità di calcolo dell'importo del pagamento anticipato dell'imposta sulle società alorché una società madre residente ridistribuisca dividendi percepiti da una società figlia non residente, e non sulla conformità a tale direttiva della riscossione, in una simile ipotesi, di tale imposta (...)".

¹⁷ Ciò è avvenuto, ad esempio, nel caso "Aberdeen", causa C-303/07, in cui la CGUE ha ritenuto incompatibile con il diritto euro-unitario la normativa finlandese poiché effettuava una discriminazione, basata sulla residenza, nel trattamento fiscale riservato ai dividendi percepiti da un fondo immobiliare non residente. Sul punto, v. P. Stizza, *La sentenza Aberdeen e la discriminazione nella tassazione di dividendi in uscita a favore di fondi di investimento immobiliare esteri: i riflessi sulla legislazione italiana*, in *Strumenti finanziari e fiscalità*, 1/2010, 115 ss.; G. Costa, *Ancora sul regime fiscale dei dividendi "in uscita" in contesto comunitario*, in *Rivista di diritto tributario*, 7-8/2010, 210 ss. Sul tema dei rapporti tra Direttiva madre - figlia e libertà fondamentali si veda anche M. MARZANO, *Ritenute alla fonte sui dividendi in uscita tra limiti applicativi della direttiva madre - figlia e libertà fondamentali*, in *Rassegna tributaria*, 1/2010, 239 ss.; L. BARONE, *La direttiva madre-figlia interpretata alla luce della libertà di stabilimento*, in *GT-Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2/2004, 110 ss.

particolare, con riferimento all'Imposta regionale sulle attività produttive (*breviter*, Irap) applicata alle banche e agli altri enti e società finanziari.

Difatti, le banche e gli altri enti finanziari indicati nell'art. 1, d.lgs. n. 87 del 1992¹⁸, determinano la base imponibile da assoggettare a Irap in conformità alle disposizioni contenute nell'art. 6 del d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446 (d'ora in avanti, d.lgs. n. 446 del 1997).

Tale norma prescrive che "Per le banche e gli altri enti e società finanziari indicati nell'articolo 1 del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 87, e successive modificazioni, salvo quanto previsto nei successivi commi, la base imponibile è determinata dalla somma algebrica delle seguenti voci del conto economico redatto in conformità agli schemi risultanti dai provvedimenti emessi ai sensi dell'articolo 9, comma 1, del decreto legislativo 28 febbraio 2005, n. 38: a) *marginale d'intermediazione ridotto del 50 per cento dei dividendi (...)*".

In base alla citata disposizione normativa, pertanto, le banche e gli altri enti e società finanziari di cui all'art. 1, d.lgs. n. 87 del 1992, includono nella base imponibile Irap tutti i dividendi incassati, ivi inclusi quelli distribuiti da società controllate residenti nell'Unione Europea che integrano tutti i requisiti previsti per l'applicazione della Direttiva madre-figlia.

È evidente come tale disciplina normativa sia in contrasto con le disposizioni normative di cui alla Direttiva madre - figlia come interpretate nelle sentenze in commento.

Come chiarito sopra, l'art. 4 della Direttiva madre-figlia vieta qualsiasi imposizione sugli utili corrisposti da una società figlia alla società madre, lasciando agli Stati membri la facoltà di scegliere tra il metodo dell'esenzione e quello d'imputazione.

Con riferimento alla normativa nazionale, il Legislatore nazionale ha attuato il citato art. 4 della Direttiva madre-figlia esentando i dividendi intracomunitari, in ragione del 95% del loro ammontare ai fini dell'imposta sul reddito delle società¹⁹, non prevedendo, tuttavia, alcuna misura di esenzione di tali dividendi ai fini Irap.

Ciò detto, è possibile adesso verificare in che termini la suindicata disciplina nazionale italiana possa essere dichiarata incompatibile con l'art. 4 della Direttiva madre - figlia alla luce delle soluzioni interpretative fornite dalla CGUE nelle sentenze in commento.

Premesso che l'art. 4 della Direttiva madre - figlia è applicabile direttamente nell'ordinamento nazionale, ancorché lo Stato non ne abbia implementato ovvero abbia implementato parzialmente il contenuto²⁰, è evidente come l'art. 6, d.lgs. n. 446 del 1997 sia in contrasto

¹⁸ Tale d.lgs., rubricato "Attuazione della direttiva n. 86/635/CEE relativa ai conti annuali ed ai conti consolidati delle banche e degli altri istituti finanziari, e della direttiva n. 89/117/CEE relativa agli obblighi in materia di pubblicità dei documenti contabili delle succursali, stabilite in uno Stato membro, di enti creditizi ed istituti finanziari con sede sociale fuori di tale Stato membro", è stato pubblicato nella G.U. n. 37 del 14 febbraio 1992. L'art. 1 del citato d.lgs. individua i seguenti enti e società finanziarie: i) società di gestione previste dalla legge 23 marzo 1983, n. 77; ii) società finanziarie capogruppo dei gruppi bancari iscritti nell'albo; iii) società previste dalla legge 2 gennaio 1991, n. 1; iv) soggetti di cui ai titoli V, V-bis e V-ter del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia emanato ai sensi dell'art. 25, comma 2, della legge 19 febbraio 1992, n. 142, nonché le società esercenti altre attività finanziarie indicate nell'art. 59, comma 1, lettera b), dello stesso testo unico.

¹⁹ Cfr. art. 89, d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917. Per il commento a tale norma si v. M. Leo, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Milano, 2016, 1341 ss.

²⁰ Sul punto cfr. CGUE, sentenza 12 febbraio 2009, causa C-138/07, secondo la quale "61) A questo proposito, dalla costante giurisprudenza della Corte risulta che la facoltà, accordata agli Stati membri, di scegliere fra una molteplicità di mezzi possibili al fine di raggiungere il risultato prescritto da una direttiva non esclude la possibilità, per i singoli, di far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti il cui contenuto può essere determinato con precisione sufficiente, sulla base delle sole disposizioni della direttiva (v., in particolare, sentenze *Francovich* e a., cit., punto 17, e 17 luglio 2008, causa C-226/07, *Flughafen Köln/Bonn*, Racc. pag. I-5999, punto 30). 62) Tuttavia, nella fattispecie non occorre verificare se, malgrado la scelta consentita agli Stati membri dall'art. 4, n. 1, della direttiva 90/435, sia possibile individuare i diritti minimi accordati ai singoli in base a tale disposizione. 63) Infatti, in quanto dal fascicolo risulta che il Regno del Belgio ha optato per il sistema previsto dall'art. 47, n. 1, primo trattino, della direttiva 90/435, è sufficiente verificare se tale disposizione sia incondizionata e sufficientemente precisa per poter essere invocata dinanzi ai giudici nazionali. 64) Orbene, l'obbligo di astenersi dal sottoporre a imposizione gli utili distribuiti da una società controllata alla sua capogruppo, previsto dal detto art. 4, n. 1, primo trattino, è formulato in termini non equivoci e non è accompagnato da alcuna condizione, né è subordinato quanto al suo adempimento o ai suoi effetti all'adozione di alcun altro atto promanante dalle istituzioni comunitarie oppure dagli Stati membri. 65) Ne consegue che l'art. 4, n. 1, primo trattino, della direttiva 90/435 è incondizionato e sufficientemente preciso per poter essere invocato dinanzi ai giudici nazionali".



con l'art. 4 della citata Direttiva, nella misura in cui include nella base imponibile Irap, in ragione del 50%, tutti i dividendi percepiti dalle banche e dagli istituti finanziari, ivi inclusi quelli percepiti da società figlie residenti in uno Stato UE.

Più in particolare, tale norma è in contrasto con l'interpretazione data dalla CGUE secondo la quale, si ricorda, è incompatibile con l'art. 4 della Direttiva madre - figlia qualsiasi *"misura fiscale prevista dallo Stato membro di una società madre (...) che prevede la riscossione di un'imposta in sede di distribuzione dei dividendi da parte della società madre e la cui base imponibile è costituita dagli importi dei dividendi distribuiti, compresi quelli percepiti dalle società figlie non residenti di tale società (...)"*. Ebbene, alla luce di tutto quanto detto è possibile trarre alcune conclusioni in merito agli effetti pratici che le pronunce in commento possono avere sulla legislazione fiscale nazionale.

Certamente, l'art. 6, d.lgs. n. 446 del 1997, contrasta con l'art. 4 della Direttiva - madre figlia, come interpretato dalla CGUE, ragion per cui, con riferimento ai dividendi percepiti da banche e altri enti e società finanziari indicati nell'art. 1, d.lgs. n. 87 del 1992, da parte di proprie società figlie residenti in uno Stato UE, i soggetti interessati potranno presentare istanza di rimborso ai sensi dell'art. 38, d.p.r. n. 602 del 1973²¹, in quanto, a fronte dei chiarimenti forniti dalla CGUE, è divenuto inesistente l'obbligo di versamento dell'Irap. Il tema, tuttavia, diviene più complesso se si estendono le considerazioni di cui sopra anche ai dividendi incassati da una società madre residente ma provenienti da una società figlia altresì residente, avendo riguardo, pertanto, ai casi in cui non si applica la Direttiva madre - figlia.

Difatti, con riferimento a tale ultimo specifico caso, le sentenze della CGUE non fanno riferimento diretto o indiretto ad alcuna "discriminazione a rovescio" - ossia situazioni di disparità di trattamento in danno dei cittadini di uno Stato membro, o delle sue imprese, che si verificano quale effetto indiretto dell'applicazione del diritto dell'Unione alle sole materie da esso regolate - che potrebbe venire in essere fra società madri residenti che percepiscono utili da società figlie residenti in Stati UE e società madri residenti che percepiscono utili da società figlie residenti in Italia.

Dunque, ai principi contenuti nelle sentenze in commento si potrebbe riconoscere una portata espansiva anche ai dividendi di fonte nazionale solo sulla base della presunta violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione.

Difatti, nel caso di dividendi incassati dalla società madre residente in Italia da società figlie residenti in Stati membri partecipate con un'aliquota non inferiore al 10%, l'applicazione dell'Irap viola, per le ragioni sopra illustrate, l'art. 4 della Direttiva madre - figlia, come interpretato dalla CGUE nelle sentenze in commento, in quanto consiste in una forma di imposizione che insiste sugli stessi dividendi con riferimento ai quali l'Italia ha scelto di applicare il metodo dell'esenzione.

Pertanto, se sulla base di tale ragionamento i dividendi provenienti da società figlie residenti in uno Stato UE non possono essere assoggettati ad Irap, è possibile sostenere che assoggettare ad Irap i soli dividendi provenienti da società controllate residenti in Italia significa dar luogo ad un'evidente e ingiustificabile discriminazione, contraria al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

Tale ragionamento, sebbene coerente da un punto di vista teorico, potrebbe risultare difficoltoso da tradurre in pratica.

²¹ Ai sensi dell'art. 38, co. 1, d.p.r. n. 602 del 1973, l'istanza di rimborso va presentata "entro il termine di decadenza di quarantotto mesi dalla data del versamento stesso, nel caso di errore materiale, duplicazione ed inesistenza totale o parziale dell'obbligo di versamento (...)".



Difatti, laddove l'Agenzia delle Entrate emetta, a fronte di un'istanza di rimborso Irap presentata da una società residente in Italia che lamenta la sopradetta violazione del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., un provvedimento di diniego di rimborso, la società istante dovrebbe impugnare il predetto provvedimento di diniego innanzi il Giudice tributario e sollevare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, d.lgs. n. 446 del 1997 per violazione dell'art. 3 Cost.

Si tratta, come evidente, di una procedura complessa e dall'esito incerto, anche perché, come chiarito in dottrina²², *“il sindacato delle leggi condotto alla stregua dell'art. 3, co. 1, Cost., comporta inevitabilmente che la disparità di trattamento denunciata con riferimento alla disciplina di certe fattispecie (...) possa essere apprezzata soltanto in rapporto alla disciplina che l'ordinamento riserva ad altre (...) fattispecie del tutto o in parte distinte da quella che forma l'oggetto della norma impugnata (...) ecco allora che il parametro costituzionale viene ad essere integrato da altre norme usate come termine di raffronto (c.d. tertium comparationis), le quali assumono idoneità parametrica limitatamente a quel singolo giudizio”*. Alla luce di tutto quanto detto, è di tutta evidenza come l'esito di un'istanza di rimborso Irap - riferita ai dividendi di fonte italiana - fondata sulla presunta violazione dell'art. 3 Cost. non sia assolutamente certo, stante la complessa procedura, soprattutto in termini di individuazione del *tertium comparationis*, che il contribuente dovrebbe seguire a fronte di un provvedimento di diniego di rimborso.

Sebbene la richiesta possa apparire ineccepibile da un punto di vista teorico, si nutrono pertanto dei dubbi sulla effettiva percorribilità da un punto di vista pratico. In ogni caso, sarà interessante verificare, nella pratica, in che modo l'Amministrazione finanziaria gestirà tali tipo di istanze e, soprattutto, quali saranno gli sviluppi futuri.

Ciò detto, non si può nemmeno sottacere come si ritenga opportuno un intervento legislativo al fine di rendere coerente il sistema di determinazione della base imponibile Irap per le banche e gli altri enti e società finanziarie indicate nell'art. 1, d.lgs. n. 87 del 1992, alla luce delle indicazioni contenute nelle sentenze in commento.

In realtà, i riflessi delle pronunce della CGUE sulla normativa interna in tema di Irap non fanno altro che confermare l'esigenza di approfondire il dibattito - già avviato fra gli studiosi - in merito all'opportunità di abolire un'imposta (*id est*, l'Irap) ormai colma di contraddizioni e criticità.

²² Cfr. S. M. CICONETTI, *Lezioni di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 55.

