

Luiss

Libera Università
Internazionale
degli Studi Sociali
Guido Carli

CERADI

Centro di ricerca per il diritto d'impresa

L'imposta sul reddito delle società (IRES): spunti di approfondimento su alcuni aspetti qualificanti della riforma

Audizione informale presso il Senato della Repubblica
VI Commissione Finanze e Tesoro

Prof. Avv. Gustavo Visentini

Avv. Fabio Marchetti

Avv. Giuseppe Melis

Con la collaborazione di: Pasquale Formica e Federico Rasi

22 ottobre 2003

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

Sommario

<u>1. PREMESSA</u>	<u>4</u>
<u>2. LA TASSAZIONE DI DIVIDENDI E PLUSVALENZE IN CAPO A PERSONE FISICHE, IMPRENDITORI INDIVIDUALI E SOCIETÀ</u>	<u>9</u>
2.1. DESCRIZIONE DELLA NORMATIVA	9
2.2. ASPETTI CRITICI, SOLUZIONI E PROPOSTE	14
2.2.1. INCONGRUENZE NELLA TASSAZIONE DEI DIVIDENDI.....	14
2.2.2. GLI UTILI DERIVANTI DAI CONTRATTI DI ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE	22
2.2.3. LA NOZIONE DI UTILI DISTRIBUITI.....	26
2.2.4. IL TRATTAMENTO DI PLUSVALENZE E MINUSVALENZE IN CAPO ALLE PERSONE FISICHE.....	29
<u>3. GLI STRUMENTI FINANZIARI</u>	<u>33</u>
3.1. DESCRIZIONE DELLA NORMATIVA	33
3.2. ASPETTI CRITICI, SOLUZIONI E PROPOSTE.....	36
3.2.1. IL CRITERIO DISCRIMINANTE TRA STRUMENTI ASSIMILATI ALLE AZIONIE STRUMENTI ASSIMILATI ALLE OBBLIGAZIONI.....	36
3.2.2. IL REGIME DI DEDUCIBILITÀ PER LE IMPRESE	39
3.2.2. GLI STRUMENTI FINANZIARI A FRONTE DI OPERE E SERVIZI	42
3.2.4. I PATRIMONI DESTINATI AD UNO SPECIFICO AFFARE	44
<u>4. IL DISINQUINAMENTO DEL BILANCIO DI ESERCIZIO</u>	<u>47</u>
4.1. DESCRIZIONE DELLA NORMATIVA	47
4.2. ASPETTI CRITICI , SOLUZIONI E PROPOSTE	49
4.2.1. IL PERIMETRO DI APPLICAZIONE DEL NUOVO ARTICOLO 110, COMMA 4, LETTERA B) DEL TUIR.....	49
4.2.1.1. (Segue): le norme c.d. sovvenzionali in senso stretto.....	51

4.2.1.2.(Segue): le norme valutative non direttamente collegabili con le finalità di efficienza, rafforzamento e razionalizzazione dell'apparato produttivo: le determinazioni forfetarie delle componenti reddituali.....	52
4.2.1.3. (Segue): perplessità applicative connesse al "doppio binario sostanziale"	55
4.2.1.4. Schema riepilogativo	58
4.2.2. QUESTIONI POSTE DALLA NUOVA DISCIPLINA.....	60

5. IL CONSOLIDATO NAZIONALE..... 70

5.1. DESCRIZIONE DELLA NORMATIVA	70
5.2. ASPETTI CRITICI, SOLUZIONI E PROPOSTE	73
5.2.1. ESIGENZE DI TUTELA DELLE MINORANZE.....	73
5.2.2. RESPONSABILITÀ SOLIDALE PER OBBLIGAZIONI TRIBUTARIE.....	76
5.2.3. TRATTAMENTO DELLE PERDITE RELATIVE AGLI ESERCIZI ANTERIORI.....	80

6. LA SOTTOCAPITALIZZAZIONE 82

6.1. DESCRIZIONE DELLA NORMATIVA	82
6.2. ASPETTI CRITICI, SOLUZIONI E PROPOSTE	84
6.2.1. CLAUSOLE DI ESCLUSIONE E NORMATIVA COMUNITARIA	84
6.2.2. LA STERILIZZAZIONE DEGLI EFFETTI DELLA PARTECIPAZIONI SOCIETARIE "A CATENA"	86
6.2.3. LA NOZIONE DI PARTI CORRELATE.....	88
6.2.4. LE MODALITÀ DI CALCOLO DEL RAPPORTO INDEBITAMENTO/PATRIMONIO NETTO	89
6.2.5. IL VALORE DEL RAPPORTO INDEBITAMENTO/PATRIMONIO NETTO	90
6.2.6. PROPOSTA EMENDATIVA DELL'ART. 99 T.U.I.R.	92

Premessa

Lo schema di decreto legislativo, approvato dal Consiglio dei Ministri il 12 settembre u.s., dà attuazione all'art. 4 della legge delega per la riforma tributaria 7 aprile 2003, n. 80. Si tratta fondamentalmente della nuova disciplina di tassazione societaria realizzata mediante la sostituzione dell'IRPEG con l'IRES.

Come è noto, al di là del profilo nominalistico (IRES è l'acronimo di Imposta sul reddito delle società, come IRPEG era l'acronimo di Imposta sul reddito delle persone giuridiche), la **sostituzione dell'IRPEG con l'IRES** accoglie un modello di tassazione delle persone giuridiche profondamente diverso dal precedente.

In estrema sintesi, è noto che l'imposta sulle società può essere riguardata come un *prelievo d'acconto* sul reddito prodotto dalla società dell'imposta definitivamente dovuta dal socio (persona fisica) o come un *prelievo definitivo* direttamente in capo alla società, intesa pienamente come soggetto passivo d'imposta, non solo giuridico ma anche economico.

A questa seconda impostazione si rifà il modello IRES: diversamente dal modello IRPEG, la società cessa di essere una sorta di "filtro" per la tassazione dell'azionista. Con il precedente sistema del credito di imposta, abolito e sostituito dal meccanismo dell'esenzione, il soggetto societario era infatti luogo di tassazione provvisoria, destinata a precisarsi soltanto nel momento di distribuzione del dividendo al socio. Questo, infatti, includendo nella base imponibile il credito di imposta, applicando al risultato il sistema di aliquote personali previsto per le persone fisiche, e detraendo nuovamente il credito di imposta, finiva per vedersi tassato sugli utili societari di propria spettanza con la propria aliquota personale.

La società viene ora vista come momento definitivo di tassazione. Ci si allinea a quelle tesi che vedono la società di capitali *autonomo soggetto di imposta*, nel senso di soggetto dotato di una propria capacità contributiva in quanto portatore di uno specifico interesse alla sussistenza della collettività organizzata distinto da quello dei singoli partecipanti, come tale idoneo a concorrere alle

pubbliche spese. Viene invece definitivamente respinta la giustificazione costituzionale in termini di anticipazione di imposta, fondamento del meccanismo del credito di imposta, già peraltro rilevatosi incapace di giustificare il prelievo nei confronti di quei soggetti strutturalmente inidonei a destinare il risultato della relativa attività ai partecipanti (ad esempio, in quanto a struttura fondazionale).

La scelta del predetto modello di tassazione societaria allinea il nostro ordinamento alla più recente evoluzione dei principali Paesi europei. In un'economica globalizzata (per usare un luogo comune) il sistema del credito d'imposta rappresenta un ostacolo pressoché insuperabile alla libera circolazione dei capitali e, segnatamente, agli investimenti provenienti dall'estero. Principalmente in quest'ottica va considerata la riforma, il cui fine ultimo pertanto non può che essere condiviso, anche se la mancata piena realizzazione del regime dell'*esenzione* in capo al socio-persona fisica prospetta un profilo di criticità in conseguenza del fenomeno di doppia imposizione che si viene a determinare, tanto più accentuato in questa fase ove l'aliquota marginale dell'imposta personale rimane ben superiore (45%) alla misura (33%) fissata dalla legge delega, in coerenza con l'aliquota dell'imposta societaria. In effetti, la scelta di tassare la società anziché il socio avrebbe dovuto implicare una ben più ampia riflessione (di quanto avvenuto) anche sull'incidenza del prelievo sulla tassazione della raccolta del risparmio, di rischio e di debito: il modello IRES dovrebbe presupporre anche un *diverso modello di tassazione del risparmio* rispetto al vigente regime proiettato verso la cedolarizzazione del reddito da risparmio. Far convivere, come prevede il proposto schema di decreto legislativo (d'altronde, sulla scorta di precise indicazioni della legge delega, pur se contenute nella parte di riforma riguardante la tassazione delle persone fisiche), il modello IRES di tassazione societaria con il vigente sistema cedolare di tassazione del risparmio, oltre che creare quei fenomeni di doppia imposizione di cui si è detto, rischia di creare distorsioni (come evidenziato nella seconda parte di approfondimento) e di non risolvere il problema della concorrenza preferenziale dell'investimento obbligazionario rispetto a quello azionario, solo in minima parte contenuto da interventi di stampo antielusivo (*thin capitalization*). Per vero, la scelta del modello IRES avrebbe dovuto comportare la tassazione dei redditi da capitale (interessi) e l'esenzione dei redditi da partecipazione (dividendi e plusvalenze) non solo – come previsto – nei rapporti intersocietari (*participation exemption*), ma anche nei confronti dei risparmiatori: persone fisiche, investitori istituzionali (quali fondi pensione, enti fondazionali, ecc.).

Non è evidentemente questa la sede per ragionare su un modello di tassazione del risparmio più coerente con il modello IRES, anche in considerazione del fatto che mancherebbe un qualsiasi presupposto di delega. Al momento, facendo appello ad alcuni spunti ritraibili dalle norme di delega contenute nell'art. 3 della legge n. 80 in tema di tassazione dei redditi finanziari, può solo ipotizzarsi una più consapevole attenzione verso gli investitori istituzionali, verso, cioè, quei soggetti diversi dalle persone fisiche e diversi dalle società che investono in proprio sul mercato dei capitali per trasferire ai risparmiatori risultati in esecuzione dei propri compiti istituzionali (fondi pensione, fondi etici, enti fondazionali in generale).

Invero, tenendo conto dei fini istituzionali di tali soggetti, potrebbe non risultare asistemico estendere ad essi la regola propria degli enti societari della cosiddetta *participation exemption*, riconoscendo dunque l'esenzione vuoi sulle plusvalenze realizzate vuoi sui dividendi percepiti relativamente alle partecipazioni (immobilizzate) da essi detenute.

Nell'attuare la sostituzione dell'IRPEG con l'IRES la riforma contiene ulteriori importanti momenti di innovazione del sistema fiscale di tassazione delle imprese.

Ci si riferisce, in particolare, all'introduzione della ***disciplina del consolidato fiscale***. Nel prendere atto della realtà economica, che vede l'impresa societaria sempre più essere parte di "gruppi" di imprese che, come tali, devono formare oggetto di attenzione da parte del legislatore, viene previsto il consolidato sia nazionale che mondiale. Non bastano più meccanismi palliativi ed indiretti, quali la compensazione o la cessione dei crediti di imposta. Occorre introdurre una disciplina che consenta di tenere conto già dei redditi delle società partecipanti al gruppo, senza attendere che si scenda al successivo (e spesso tardivo) livello dell'imposta. Tali considerazioni, valide sotto il profilo interno, acquistano peso ancor maggiore in un'ottica internazionale, per consentire alle imprese italiane operanti in mercati internazionali di avvalersi di adeguati sistemi di tassazione dei redditi prodotti all'estero. Di qui l'introduzione, accanto al consolidato nazionale, del meccanismo del consolidato mondiale.

Anche tale qualificante profilo della riforma rappresenta un'ulteriore armonizzazione del nostro sistema fiscale ai più evoluti sistemi europei, pur non potendosi disconoscere la presenza nella disciplina positiva delineata di taluni punti critici che, nell'introdurre *elementi di rigidità*, potrebbero rendere

poco appetibile il ricorso da parte delle società al meccanismo del consolidato (si veda, ad esempio, la disciplina della responsabilità solidale).

Come è noto, la riforma fiscale è caduta in un momento di profonda revisione della disciplina civilistica delle società. Pur nei limiti, talvolta angusti, della delega, il legislatore si è comunque posto il problema di **armonizzare la disciplina fiscale all'innovata disciplina civilistica**, sia per rispondere a precise indicazioni di quest'ultima (disinquinamento del bilancio civilistico da interferenze fiscali) sia per disciplinare alcune novità di immediata rilevanza fiscale (nuovi strumenti finanziari). È questo un aspetto che merita un'attenta ponderazione anche per le incertezze che si denotano nella stessa disciplina civilistica: la soluzione di disciplinare per principi il trattamento fiscale dei nuovi strumenti finanziari appare l'unica praticabile, anche se deve essere attentamente valutata la scelta tecnica effettuata (fondata sul criterio della remunerazione, anziché sul criterio del rischio), che potrebbe non pienamente raggiungere le finalità di certezza e chiarezza che devono presiedere alla regolamentazione fiscale degli istituti civilistici.

Nel concludere tali brevi note introduttive e prima di passare ad un approfondimento, anche critico, per punti dei principali e più qualificanti profili della riforma (tassazione di dividendi e plusvalenze, tassazione degli strumenti finanziari, rapporto fra reddito civilistico e fiscale, tassazione del gruppo, *thin capitalization*), mette conto infine di rilevare che la **tecnica legislativa** utilizzata è stata quella (in attesa della codificazione prevista dalla legge delega di riforma) di intervenire sul vigente testo unico delle imposte sui redditi attraverso una completa risistemazione dell'articolato. Tale tecnica ha comportato la quasi completa rinumerazione degli articoli del testo unico ingenerando nei destinatari (contribuenti ed Uffici dell'Amministrazione finanziaria) difficoltà di lettura che avrebbero potuto consigliare un *ampio differimento temporale fra l'approvazione del testo di legge e la sua entrata in vigore* (si ricordi che il vigente testo unico, emanato con d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, è entrato in vigore il 1° gennaio 1988). Ciò avrebbe consentito anche la possibilità di introdurre (prima dell'entrata in vigore) eventuali interventi correttivi, nonché di prevedere una disciplina transitoria, invece del tutto mancante.

Pur tuttavia, la tecnica legislativa utilizzata ha consentito di apportare al testo unico delle imposte sui redditi alcune *innovazioni sistematiche* di grande e positivo significato. Ci si riferisce, in particolare, al sistema di determinazione

del reddito di impresa che – nel nuovo testo unico – non ha quale destinataria principale l'impresa individuale, così come accade con l'attuale t.u.i.r., bensì il soggetto societario, in specie di capitali. La piccola impresa non giustifica l'applicazione di regole complesse di determinazione del reddito, il cui naturale interlocutore va rinvenuto nelle società di capitali. Si giustifica così lo spostamento del pacchetto di regole per la determinazione del reddito di impresa dall'IRPEF all'IRES.

* * *

La tassazione di dividendi e plusvalenze in capo a persone fisiche, imprenditori individuali e società

2.1. Descrizione della normativa

Lo schema di decreto legislativo di riforma dell'imposizione sul reddito delle società prevede significativi cambiamenti in materia di imposizione degli utili societari e delle plusvalenze. I principi ispiratori di tali interventi sono rinvenibili all'art. 3 lett. c) n. 5 e 6, lett. d) n. 1 ed all'art. 4 lett. c), d) ed e) della legge 80/03.

Tramite queste previsioni il governo veniva invitato a modificare l'attuale sistema di tassazione degli utili societari fondato sul meccanismo del credito di imposta.

L'obiettivo era quello di procedere all'abolizione di tale meccanismo per sostituirlo con il sistema dell'esenzione.

Contemporaneamente, per evitare disparità di trattamenti e ottenere una sostanziale uniformità nella tassazione dei redditi provenienti da attività finanziarie, siano essi ascrivibili al novero dei redditi di capitale che a quello dei redditi diversi, veniva offerta la possibilità di procedere ad una riorganizzazione della tassazione delle plusvalenze da cessioni di partecipazioni.

Era poi previsto che, per dare completezza al sistema, si dovesse anche intervenire sulle norme relative alla tassazione degli strumenti finanziari introdotti dalla riforma del diritto societario e dei redditi derivanti dai contratti di associazione in partecipazione e cointeressenza.

Il primo ordine di interventi ha avuto ad oggetto gli utili societari. Sotto questo punto di vista, il sistema fiscale nazionale, a seguito dell'abolizione del credito di imposta, è stato oggetto di una complessa rielaborazione. Dovendosi individuare un sistema alternativo per impedire il realizzarsi di fenomeni di doppia imposizione economica sugli utili distribuiti, si è provveduto ad introdurre, come suggerito, il meccanismo dell'**esenzione**. L'Italia si è così allineata ai maggiori Paesi europei i quali, quasi all'unanimità, hanno

provveduto ad adottare tale meccanismo. Quasi nessuno Stato europeo, infatti, ricorre più al sistema del credito di imposta e quelli che ancora lo utilizzano sono in procinto di varare una serie di riforme per giungere alla sua abolizione.

Il nuovo meccanismo di esenzione si presenta estremamente articolato. La sua disciplina positiva è rinvenibile all'art. 90 in relazione ai soggetti passivi IRES, agli art. 47 e 59 con riferimento ai soggetti passivi, ancora per adesso, dell'IRPEF. Gli ultimi due articoli menzionati sono contenuti, il primo, nel capo relativo ai redditi di capitale, il secondo assieme alle norme specifiche in tema di determinazione del reddito di impresa dell'imprenditore individuale.

A favore dei soggetti IRES viene previsto che gli utili distribuiti da altri soggetti IRES e quindi, fundamentalmente da imprese, concorrano alla formazione del reddito imponibile solo nella misura del 5%, mentre per il restante 95% siano completamente esenti. Dette percentuali sono invece alquanto differenti per le persone fisiche esercenti, e non, attività di impresa. È previsto che, nei confronti di queste categorie di soggetti, gli utili distribuiti da società concorrano a formare il reddito per il 40% e siano esenti nella misura del 60%. Per poter accedere a questo regime di tassazione occorre però che i medesimi redditi non siano soggetti a tassazione definitiva o ad imposizione sostitutiva. A tale proposito bisogna osservare che la distinzione tra partecipazioni qualificate e non, di cui all'art. 81 lett. c) del precedente t.u.i.r., ora art. 66 lett. c) dello schema di decreto legislativo non è stata modificata e risulta pertanto ancora applicabile. La norma, infatti, a parte il cambiamento di numerazione, non ha subito modifiche nella parte concernente la summenzionata distinzione. Continuano, pertanto, a trovare applicazione tutte le altre disposizioni ad essa collegate, la più importante delle quali, l'art. 27 d.P.R. 600/73 che disciplina l'applicazione di un'imposta sostitutiva sui dividendi percepiti in relazione a partecipazioni non qualificate detenute fuori dall'esercizio dell'attività di impresa, è stata oggetto di parziali modifiche. È stato infatti stabilito che l'applicazione dell'imposta sostitutiva prevista dal summenzionato articolo debba risultare l'unico meccanismo di tassazione applicabile ai dividendi da partecipazioni sociali non qualificate detenute fuori dall'esercizio dell'attività di impresa. Detta imposta sostitutiva, è opportuno precisarlo, viene applicata al 100% del dividendo, non operano in tale sede le summenzionate percentuali di esenzione.

Nella vigenza del precedente sistema era invece prevista la possibilità di rinunciare all'applicazione dell'imposta sostitutiva in favore dell'applicazione dei modi di tassazione ordinaria.

Il nuovo regime di tassazione degli utili societari troverà applicazione con riferimento a tutti i dividendi distribuiti da società residenti e non, purché detti utili non provengano, direttamente o indirettamente, da società residenti in paesi o territori a regime fiscale privilegiato, salva la dimostrazione, in seguito ad esercizio del diritto di interpello, che dalla partecipazione in dette società residenti in Stati a fiscalità privilegiata non derivi anche l'effetto di localizzarvi effettivamente i relativi redditi.

Per garantire omogeneità al sistema, norme di tenore affini sono state poi predisposte per disciplinare il regime fiscale delle **plusvalenze** derivanti dalla cessione di azioni o quote di partecipazione in società.

L'art. 88 prevede un'esenzione completa di tali redditi dal reddito di impresa delle società, mentre i medesimi concorrono per il 40% (e sono pertanto esenti per il restante 60%) alla determinazione del reddito imponibile di imprenditori individuali e di persone fisiche. Continuerà poi a conservare la sua validità la norma di cui all'art. 5 co. 2 d.l. 461/97 che prevede l'applicazione di un'imposta sostitutiva del 12,50% sulle plusvalenze da cessioni di partecipazioni non qualificate. Anche in questo caso non opereranno le descritte percentuali di esenzione, ma l'imposta sostitutiva viene applicata al 100% della plusvalenza. Viene poi prevista l'abrogazione del comma 1 dell'art. 5 D.Lgs. 461/97 che prevedeva l'applicazione di un'imposta sostitutiva del 27% sulle plusvalenze da cessioni di partecipazioni qualificate.

Per le imprese e gli imprenditori individuali, l'esenzione totale o parziale dalla concorrenza al reddito delle plusvalenze è condizionata dal fatto che i titoli dalle quali derivano siano stati ininterrottamente posseduti per almeno un anno, siano iscritti nelle immobilizzazioni finanziarie e riguardino società residenti in stati diversi da quelli a regime fiscale privilegiato che, al momento del realizzo da parte della partecipante della plusvalenza, esercitino un'attività commerciale. Nel caso in cui invece tali società siano residenti in stati a fiscalità privilegiata, è prevista la possibilità di offrire la dimostrazione che con tale partecipazione non è stato comunque conseguito l'effetto di localizzare i relativi redditi in detti Stati.

È opportuno precisare che l'applicazione del meccanismo dell'esenzione opera unicamente per le plusvalenze iscritte tra le

immobilizzazioni finanziarie. Nel caso in cui siano iscritte in bilancio tra le poste dell'attivo circolante il descritto regime non troverà applicazione ed esse concorreranno integralmente alla formazione del reddito imponibile secondo le modalità di cui all'art. 87 della Proposta di t.u.i.r..

Il regime di tassazione delle **minusvalenze** sui medesimi beni viene fissato in modo speculare: queste sono assolutamente indeducibili dal reddito di impresa delle società, nella misura del 40% del loro ammontare sono compensabili con le corrispondenti plusvalenze in sede di determinazione del reddito di impresa degli imprenditori individuali e di quello delle persone fisiche non esercenti attività di impresa.

Le minusvalenze concorrono alla formazione del reddito imponibile dei contribuenti nella stessa misura in cui concorrono le relative plusvalenze.

Nel progetto di riordino della tassazione dei redditi di natura finanziaria, siano essi redditi di capitale che redditi diversi, non si poteva non prendere in considerazione il fatto che il legislatore civile ha enormemente ampliato le categorie di azioni, ha consentito anche la creazione di azioni con particolari diritti patrimoniali o di voto ed ha permesso l'emissione di obbligazioni e strumenti finanziari il cui rendimento è collegabile al risultato economico della società.

Per tali motivi, è stata prevista l'assimilazione alle azioni di titoli e strumenti finanziari la cui remunerazione è costituita totalmente dalla partecipazione ai risultati economici della società emittente (o di altre società del gruppo o dell'affare in relazione ai quali i titoli sono emessi). Come si legge nella relazione di accompagnamento, conseguenza di tale equiparazione è che i proventi relativi a questi titoli o strumenti finanziari siano da considerarsi, a fini fiscali, utili e sia quindi applicabile loro il relativo regime. Deriva altresì che, in caso di loro cessione, i relativi corrispettivi siano da considerarsi plus/minusvalenze da cessione di partecipazioni sociali e si applichi quindi il corrispondente regime impositivo.

Le percentuali di concorrenza al reddito e di esenzione precedentemente illustrate trovano quindi applicazione anche con riferimento ai redditi derivanti da tali nuovi strumenti, sia che siano riconducibili alla categoria dei redditi di capitale che a quella dei redditi diversi.

Le medesime preoccupazioni si sono poi poste con riferimento alla qualificazione dei corrispettivi derivanti dai **contratti di associazione in**

partecipazione e cointeressenza. Volendosi evitare lo sfruttamento a fini evasivi di queste tipologie contrattuali, si è scelto di provvedere ad equiparare le somme percepite a titolo di corrispettivo degli apporti diversi da quelli di lavoro, effettuati in adempimento dei summenzionati contratti, ai dividendi percepiti in sede di distribuzione degli utili dagli azionisti. Si è inoltre equiparato il corrispettivo della cessione di detti contratti a plusvalenze o minusvalenze patrimoniali.

A seguito di tali assimilazioni, anche queste somme vengono a scontare il trattamento fiscale precedentemente illustrato, a condizione però che il valore del apporto che deriva da tali contratti sia superiore al 5% o al 25% (a seconda che si tratti di società i cui titoli sono negoziati in mercati regolamentati o di altre partecipazioni) del valore del patrimonio netto contabile della società alla data di stipula del contratto.

In conseguenza delle due predette assimilazioni, è stata correlativamente prevista, in sede di determinazione del reddito di impresa, l'indeducibilità per le società delle remunerazioni dovute in dipendenza di titoli che comportano la partecipazione al risultato economico dell'impresa e quelle dovute in adempimento di contratti di associazione di partecipazione o cointeressenza purché sia previsto un apporto diverso da quello di opere e servizi.

Il risultato è quindi una normativa particolarmente ampia che aspira ad essere la più dettagliata possibile. Rappresenta un intervento organico e radicale nel sistema del t.u.i.r., necessitato dall'abolizione dell'istituto del credito di imposta e dalla volontà di provvedere a riavvicinare il trattamento fiscale dei redditi di capitale e dei redditi diversi nella tassazione degli investimenti.

Se quindi il sistema nazionale viene allineato alle tendenze europee ed internazionali, non si deve però omettere di effettuare un'analisi dal punto di vista interno e verificare eventuali suoi punti critici.

2.2. Aspetti critici, soluzioni e proposte

2.2.1. Incongruenze nella tassazione dei dividendi

Punti critici: la delega invitava il governo a provvedere all'introduzione del meccanismo dell'esenzione quale sistema per evitare il fenomeno della doppia imposizione economica sui dividendi.

È necessario valutare accuratamente le conseguenze dell'introduzione di tale meccanismo.

Si ipotizzi il caso di una società di capitali A, socia di un'altra società di capitali B. In passato, nel momento in cui la società B distribuiva i dividendi provvedeva anche alla distribuzioni di un credito di imposta pieno che permetteva alla società A di annullare completamente gli effetti del precedente prelievo fiscale scontato dalla società B. In questa situazione, i dividendi distribuiti risultavano complessivamente gravati da un carico fiscale pari all'aliquota prevista in sede IRPEG. Con il nuovo sistema, si realizzerà invece, un seppur parziale, fenomeno di doppia imposizione. Il dividendo distribuito dalla società B scontrerà presso di questa una prima imposta del 33%, successivamente il 5% di detto dividendo subirà una seconda tassazione, di nuovo nella misura del 33%, in capo alla società A. L'incidenza complessiva dell'imposizione sarà quindi più elevata del 33% che, nel complesso del futuro sistema fiscale nazionale, dovrebbe, invece, costituire la soglia massima di pressione fiscale. Tale situazione potrà poi risultare ulteriormente aggravata dal verificarsi di un effetto moltiplicativo che sarà tanto maggiore quanto più lunga sarà la catena delle partecipazioni societarie. Ove, infatti, tra i soci della società A vi siano altre società, i successivi dividendi scontreranno un ulteriore prelievo del 33% sul 5%.

La riforma rischia così di produrre un effetto di aumento della pressione fiscale sugli utili societari. Si potrebbe obiettare a questa affermazione che la riforma appronta anche una serie di istituti per minimizzare tali effetti. L'istituto del consolidato, ad esempio, è stato congegnato proprio in vista di questa prospettiva. È stato, infatti, previsto, in

tale sede, che la società controllante debba provvedere ad una variazione dell'imponibile di gruppo in diminuzione, pari alla quota imponibile dei dividendi distribuiti tra le società incluse nella tassazione di gruppo.

Questo non risulta però un rimedio del tutto soddisfacente. L'accesso alla tassazione di gruppo avviene per esercizio di un'opzione ed è necessario, per poterla esercitare, il rispetto di alcuni requisiti, che non sempre possono sussistere. Il consolidato fiscale non è quindi, di per sé, in grado di offrire una soluzione effettivamente generalizzata al problema in oggetto. Le medesime considerazioni valgono nel caso in cui si obiettasse che la disciplina sulla trasparenza fiscale delle società per azioni (il c.d. *consortium relief*) potrebbe risolvere tali problemi.

Tenendo conto degli interessi in gioco, occorre anche ricordare che tra gli obiettivi perseguiti dalla riforma, vi è quello di combattere il fenomeno della sottocapitalizzazione delle imprese. Tale obiettivo potrebbe essere raggiunto promuovendo proprio l'accorciamento delle catene societarie ed incentivando il passaggio degli utili a riserva, e quindi a capitale. L'analisi dell' art. 99, norma *ad hoc* per il contrasto dei casi di sottocapitalizzazione, sembra però posizionarsi su di un piano operativo differente: impedire l'utilizzo a fini fiscali di tale fenomeno. L'ordinamento quindi, nella sede deputata al contrasto della *thin capitalization*, sembrerebbe contrastare una sola parte del fenomeno, e non il fenomeno in sé, mentre con riferimento alla tassazione di dividendi e plusvalenze, sembrerebbe intervenire più tenacemente. Si potrebbe perciò ritenere infondata l'obiezione summenzionata dal momento che il legislatore, già in altra sede, avrebbe deciso fino a che punto intervenire sulle scelte di finanziamento dell'impresa. Attribuire, perciò, ad altre norme tale scopo potrebbe apparire un'ingiustificata ingerenza.

Tale obiezione non sarebbe quindi di ostacolo alla possibilità di apportare alcune correzioni alla normativa in tema di dividendi.

Si devono poi considerare anche altre circostanze per meglio valutare la portata della riforma e l'urgenza di apportarvi alcune modifiche.

Un ulteriore incongruenza che le nuove norme produrranno è la circostanza che il carico fiscale complessivo gravante sulle persone fisiche titolari di partecipazioni non qualificate risulterà superiore a quello gravante sulle persone fisiche titolari di partecipazioni qualificate con aliquota marginale bassa, fermo il realizzarsi del fenomeno di doppia imposizione

precedentemente illustrato. Questo, addirittura, in capo alle persone fisiche ed agli imprenditori individuali risulterà maggiormente aggravato. Infatti, in questo caso, la parte esente del reddito sarà solo il 60%, di conseguenza il 40% del dividendo subirà una doppia imposizione.

In capo alle persone fisiche, il generale effetto peggiorativo della normativa sembra quindi ancora più evidente¹.

¹ Si ipotizzi il caso di una società il cui reddito imponibile è pari a 100. Attualmente, su tale reddito essa scontrerà un'imposta pari al 34% e quindi pari a 34. Il reddito distribuibile sarà pari a 66.

Ciò comporta, nel caso di percettore soggetto IRPEG, che quest'ultimo, su tali redditi, sconta un'ulteriore imposta pari a zero grazie all'effetto del credito di imposta.

Ancora, in virtù del credito di imposta risulta che un percettore persona fisica titolare di partecipazioni qualificate la cui aliquota marginale è pari al 20%, indipendentemente dal fatto che detto reddito confluisca nei suoi redditi di capitale che di impresa, beneficia di un rimborso per un importo pari a 1,4. Il percettore persona fisica titolare di partecipazioni qualificate la cui aliquota marginale è pari al 45% subisce un prelievo pari a 11.

Il titolare di partecipazioni non qualificate, in virtù dell'applicazione dell'imposta sostitutiva, sconta un carico fiscale pari a 8,25.

Con il nuovo sistema, innanzitutto, in virtù della riduzione dell'aliquota IRES al 33%, risulterà che, il dividendo distribuibile sarà pari a 67. Dall'abolizione del credito di imposta e dall'applicazione delle nuove regole discendono le successive conseguenze.

In caso di società, queste subiranno un prelievo pari a 1,10 invece che pari a 0.

Le persone fisiche titolari di partecipazioni qualificate con aliquota marginale pari al 20% subiranno un prelievo pari a 5,36 invece che beneficiare di un rimborso.

Le persone fisiche titolari di partecipazioni qualificate con aliquota marginale pari al 45% subiranno un prelievo pari a 12,06 invece che pari ad 11.

I titolari di partecipazioni non qualificate subiranno un prelievo pari a 8,37 invece che 8,25.

Un possibile intervento correttivo deve fondarsi innanzitutto su una considerazione prodromica: l'incidenza complessiva delle imposte assolte dalla società e dai soci con partecipazioni qualificate sull'utile sarà tanto minore quanto più elevata sarà la quota non soggetta a tassazione, ma, parallelamente, l'aumento di detta quota comporterà un aumento del divario fra l'onere subito dai titolari di partecipazioni non qualificate e l'onere subito dai titolari di partecipazioni qualificate a svantaggio dei primi e comporterà un aumento del fenomeno di doppia imposizione.

I vari aspetti del problema sono quindi uno collegato con l'altro con la conseguenza che intervenire su un punto crea effetti distorsivi sugli altri.

Proposta: un intervento sulle percentuali di esenzione, in particolare per quelle previste per le persone fisiche e gli imprenditori individuali è, in virtù delle considerazioni precedentemente svolte, particolarmente complesso. Non è assolutamente agevole individuare quel valore che potrebbe adeguatamente contemperare gli interessi in gioco.

Ferma comunque la possibilità di un ripensamento di tali percentuali e delle contestuali percentuali di concorrenza al reddito delle componenti precedentemente indicate, si potrebbe effettuare un intervento minimo, ma

Tali dati possono essere così riepilogati:

	2003	2004
Persone giuridiche	0	1,10
Persone fisiche titolari di partecipazioni non qualificate cui si applica l'imposta sostitutiva	8,25 opzione per la tassazione ordinaria	8,37 non opzione per la tassazione ordinaria
Persone fisiche titolari di partecipazioni qualificate la cui aliquota marginale è pari al 20%	- 1,4	5,36
Persone fisiche titolari di partecipazioni qualificate la cui aliquota marginale è pari al 45%	11	12,06

assolutamente necessario, intervenendo sul sistema dell'imposizione sostitutiva. Questo non sarebbe precluso dalla legge delega; l'art. 3 lett. d) n.1 prevede, per quanto riguarda il regime fiscale sostitutivo, che si debba provvedere ad un omogeneizzazione dell'imposizione su tutti i redditi di natura finanziaria.

Si dovrebbe perciò, quantomeno, cercare di ottenere una piena equiparazione fra il carico fiscale che graverà sulle persone fisiche con partecipazioni non qualificate e quello che graverà sulle persone fisiche con partecipazioni qualificate con aliquota marginale bassa.

Per evitare che soggetti titolari di partecipazioni non qualificate subiscano un prelievo fiscale complessivamente più gravoso di quello dei corrispondenti titolari di partecipazioni qualificate con aliquote marginali basse, si potrebbe estendere anche ai primi la possibilità di applicazione della normativa ordinaria. Il regime sostitutivo da obbligatorio, come lo si vuole far diventare, lo si potrebbe mantenere opzionale. Partecipazioni qualificate e non, se detenute da soggetti con aliquote marginali basse, potrebbero quindi subire il medesimo trattamento impositivo. Non sembrano nemmeno sussistere valide ragioni per prevedere una simile disparità di trattamento tra questi soggetti e, in particolare, a sfavore proprio dei titolari di partecipazioni non qualificate.

Attraverso tale meccanismo si potrebbero parzialmente alleggerire alcuni degli effetti regressivi che la riforma fiscale produce. Parziale sostegno di questa impostazione deriva dalla lett. f) dell'art. 3 della legge delega che detta una clausola di salvaguardia. Qui si prevede che, a parità di condizioni, il nuovo regime debba risultare sempre più favorevole od uguale, mai peggiore del precedente.

L'ambito applicativo di detta clausola non è però di facile individuazione. Essa, nella gerarchia delle fonti legislative si pone sul medesimo piano della altre norme contenute dalla stessa legge delega e, in particolare, della norma di cui alla lett. c) n. 5 che invita il governo a procedere all'inclusione parziale nella base imponibile delle persone fisiche degli utili percepiti.

In questo contesto, la clausola di salvaguardia si può quindi ritenere debba operare per evitare che la riforma produca imprevisti effetti di aumento della pressione fiscale in quei settori dell'ordinamento tributario in cui la delega stessa non interviene. Laddove, invece, questa ultima preveda una norma positiva, la clausola di salvaguardia non può più essere utilmente applicabile.

Un'ulteriore ipotesi che però può porsi riguarda quella dell'applicabilità della clausola in analisi in relazione al periodo transitorio; tale periodo non riceve infatti una disciplina positiva in sede di delega. L'art. 3 lett. f) legge 80/03 sarebbe potuto essere teoricamente applicabile ed avrebbe potuto utilmente indirizzare il trattamento fiscale da riservare ai dividendi relativi all'anno 2003 che concorreranno alla dichiarazione del 2004 (da compilare applicando le nuove norme che, presumibilmente, dovrebbero entrare in vigore dal 1° gennaio 2004) se non fosse per la circostanza che, anche per tale ipotesi non è più applicabile in quanto superato dall'emanazione del decreto legge in materia di sviluppo dell'economia e dei conti pubblici varato dal Consiglio dei ministri il 29 settembre u.s.. L'art. 40 di tale testo normativo disciplina, infatti, proprio il regime transitorio da applicare alle distribuzioni di utili, accantonati a riserva, deliberate successivamente al 30 settembre 2003 e sino alla data di chiusura dell'esercizio in corso al 31 dicembre 2003. Risulta quindi questa la norma applicabile al periodo transitorio con l'effetto di rendere non operativo qualunque richiamo alla clausola di salvaguardia della legge delega.

Per quanto concerne le società, il problema presenta minori aspetti problematici. La delega prevede che la riforma debba perseguire l'obiettivo di garantire un incremento della competitività del sistema produttivo nazionale per attrarre investitori stranieri. Per il resto, non offre altre indicazioni rilevanti a parte la fissazione della percentuale di esenzione del 95% (ciò però non significa che non possa essere fissata una percentuale superiore) e la previsione di un regime di deducibilità dei costi connessi alla gestione di partecipazione. Tale disposizione sembrerebbe trovare attuazione laddove è prevista quella percentuale del 5% di concorrenza del dividendo al reddito. Tale 5% concorrerebbe a titolo di forfetizzazione dei costi della gestione della partecipazione dando così attuazione anche al summenzionato criterio direttivo contenuto nella legge delega.

In relazione ai principi ispiratori della riforma, alle indicazioni provenienti dalla delega e, soprattutto, per ovviare al verificarsi di quell'inevitabile effetto di doppia imposizione che la normativa reca con sé, si potrebbe forse suggerire di giungere ad un sistema di esenzione totale come nei principali Paesi europei per non correre il rischio di paralizzare quell'auspicato incremento della competitività del sistema produttivo nazionale in un mercato globale.

Si ritiene che comunque la più urgente delle modifiche da effettuare riguardi l'estensione ai titolari di partecipazioni non qualificate della possibilità di esercitare un'opzione per la tassazione nei modi ordinari dei dividendi da loro percepiti.

A seguito di tale suggerimento occorre prendere in considerazione un'ulteriore ipotesi: la tassazione dei dividendi di fonte estera percepiti da soggetti residenti detentori di partecipazioni non qualificate in società estere. Stando alla formulazione dell'art. 27 comma 4 d.P.R. 600/73 proposta dallo schema di decreto legislativo oggetto della presente analisi, su tali redditi dovrebbe essere prelevata una ritenuta del 12,50% a titolo di imposta, e non più a titolo di acconto come nella vigente formulazione.

Il rischio che si corre è quello di procedere ad una discriminazione, a danno dei residenti, nel trattamento fiscale dei dividendi in funzione della loro origine. A tale riguardo, occorre riflettere sulla circostanza che sono ugualmente censurate dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee anche quelle forme di discriminazione che si risultano a danno dei residenti. Recentemente, l'Avvocato generale della Corte, in relazione ad un caso tuttora pendente, nelle sue conclusioni, ha fatto proprie tali considerazioni precisando che può qualificarsi discriminatoria e quindi censurabile in sede comunitaria per violazione del principio della libertà di movimento di capitali, una legislazione nazionale che non permetta ai residenti di usufruire delle stesse possibilità, riconosciute riguardo ai redditi di provenienza nazionale anche ai redditi di provenienza comunitaria.

Si ritiene pertanto che la suggerita opzione in favore della tassazione ordinaria in luogo di quella sostitutiva sia estesa anche ai dividendi di fonte estera provenienti da partecipazioni non qualificate di cui all'art. 27 comma 4 d.P.R. 600/73.

Si suggerisce pertanto di formulare l'art. 27 d.P.R. 600/73 come segue:

Art. 27: Ritenute sui dividendi

*1. Le società e gli enti indicati nelle lettere a) e b) del comma 1 dell'art. 72 del testo unico delle imposte sui redditi approvato con d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, operano con obbligo di rivalsa una ritenuta del 12,50% a titolo di imposta sugli utili in qualunque forma corrisposti a **soggetti residenti** in relazione a partecipazioni non qualificate ai sensi della lettera c-bis) del comma 1 dell'art. 66 del citato testo unico n. 917 del 1986, non relative all'impresa ai sensi dell'art. 64 del medesimo testo unico.*

*4. Sugli utili corrisposti dalle società ed enti indicati nella lettera d) del comma 1 dell'articolo 72 del predetto testo unico a **soggetti residenti** in relazione a partecipazioni non qualificate ai sensi della lettera c-bis) del comma 1 dell'articolo 66 del citato testo unico, non relative all'impresa ai sensi dell'articolo 64 del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, è operata una ritenuta del 12,50 per cento a titolo d'imposta dai soggetti di cui al primo comma dell'articolo 23, che intervengono nella loro riscossione. La ritenuta operata sulla quota imponibile degli utili corrisposti è a titolo di acconto in relazione a partecipazioni non relative all'impresa ai sensi dell'articolo 64 dello stesso testo unico, diverse da quelle indicate nel periodo precedente. La ritenuta di cui ai periodi precedenti è operata al netto delle imposte applicate dallo Stato estero. In caso di distribuzione di utili in natura si applicano le disposizioni di cui al comma 2.*

*5. La ritenuta di cui ai predetti commi 1 e 4 è operata nei confronti dei **soggetti residenti** che possiedono partecipazioni non qualificate ai sensi della lettera c-bis) del comma 1 dell'art. 66 del citato testo unico n. 917 del 1986, non relative all'impresa ai sensi dell'art. 64 del medesimo testo unico che devono attestare di avere i requisiti di cui al comma 1 del presente articolo. La ritenuta non è operata qualora i **soggetti di cui al periodo precedente esercitino l'opzione per l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 47 del citato testo unico.***

*Le ritenute di cui ai commi 1 e 4 sono operate con l'aliquota del 27% ed a titolo di imposta nei confronti dei **soggetti esenti dall'imposta sul reddito delle persone giuridiche.***

2.2.2. Gli utili derivanti dai contratti di associazione in partecipazione

Punti critici: opportunamente il provvedimento delegato procede ad assimilare, all'art. 44 comma 1 lett. f), ai dividendi gli utili derivanti dai contratti di associazione in partecipazione e cointeressenza.

Tale assimilazione è condizionata dalla circostanza che il valore degli apporti sia superiore al 5% o 25% del valore del patrimonio netto contabile della società salvo il disposto della lettera c) del comma 2 dell'art. 53 (rubricato redditi di lavoro autonomo).

Questa ultima disposizione prevede l'assimilazione ai redditi di lavoro autonomo delle partecipazioni agli utili derivanti dai contratti di associazione in partecipazione e cointeressenza quando l'apporto è costituito esclusivamente da prestazioni di lavoro.

L'assimilazione ad utili dei corrispettivi dei contratti in esame opererà quindi in presenza di contratti aventi ad oggetto un apporto che supera i predetti limiti e che sia diverso da quello di lavoro. Si tratterà pertanto di contratti aventi ad oggetto l'apporto di capitale.

A seguito di tali scelte, per garantire la maggiore coerenza nel sistema è stato prevista l'indeducibilità dal reddito di impresa delle società di ogni tipo di remunerazione dovuta relativamente ai contratti di associazione in partecipazione e di cointeressenza allorché sia previsto un apporto diverso da quello di opere e servizi (art. 110 comma 9). Quest'ultima previsione la si può ritenere applicabile anche nel caso di imprenditore individuale. L'art. 56 del nuovo t.u.i.r. prevede, infatti, che, in sede IRPEF, la determinazione del reddito di impresa sia effettuata secondo le disposizioni contenute all'interno dell'IRES. Dal momento che manca una precisa esclusione dell'applicabilità dell'art. 110, lo si può ritenere integralmente applicabile agli imprenditori individuali e pertanto anche per essi varranno le norme di cui al comma 9.

Da questa panoramica si può osservare come vi sia una differenza terminologica tra le norme: l'art. 110 co. 9 parla di contratti di associazione in partecipazione che prevedono un apporto diverso da quello di opere e servizi,

l'art. 44 in virtù del richiamo all'art. 53 parla invece di contratti di associazione in partecipazione il cui apporto è diverso da quello di lavoro.

Si contrappongono quindi le nozioni di prestazione di lavoro e quella di opere e servizi. *Prima facie* si potrebbe sostenere che le due nozioni sostanzialmente combaciano, ma tale affermazione potrebbe essere successivamente smentita, soprattutto in sede processuale.

Ancora in tema di utili derivanti dai contratti di associazione in partecipazione, occorre ricordare che il legislatore ha previsto una sostanziale equiparazione tra detta categoria di utili ed i dividendi azionari estendendo, tramite il neo introdotto comma 5 *bis* dell'art. 27 d.P.R. 600/73, l'applicazione del regime di imposizione sostitutiva agli utili da contratti di associazione in partecipazione e cointeressenza il cui apporto sia inferiore al 5% o al 25% del patrimonio netto contabile alla data della stipula del contratto secondo che si tratti di società i cui titoli sono negoziati in mercati regolamentati o di altre partecipazioni. Anche tali redditi, quindi, nel nuovo sistema, risultano destinati a scontare un'imposta sostitutiva del 12,50% sull'intero ammontare come i dividendi da partecipazioni non qualificate.

Non si possono che rinnovare anche in relazione a tale ipotesi le perplessità precedentemente espresse considerati gli effetti regressivi di un sistema di tassazione così articolato. Sarebbe quindi opportuno estendere anche a tale ipotesi la possibilità di esercitare l'opzione per la tassazione ordinaria precedentemente suggerita.

Proposta: potrebbe risultare opportuno uniformare il testo dei due articoli utilizzando la medesima nozione.

Può essere più conveniente adeguare l'art. 110 all'art. 53 per poter così sfruttare, in un'ottica di semplificazione, una nozione già conosciuta dall'ordinamento giuridico generale, e da quello tributario in particolare, quella di **prestazione di lavoro** rispetto a quella di opere e servizi.

L'articolo 110 comma 9 potrebbe pertanto essere riformulato come segue:

Art. 110: Norme generali sui componenti del reddito d'impresa

...

9. *Non è deducibile ogni tipo di remunerazione dovuta:*

a) su titoli, strumenti finanziari comunque denominati, di cui all'articolo 44, per la quota di essa che direttamente o indirettamente comporti la partecipazione ai risultati economici della società emittente o di altre società appartenenti allo stesso gruppo o dell'affare in relazione al quale gli strumenti finanziari sono stati emessi;

*b) relativamente ai contratti di associazione in partecipazione ed a quelli di cui all'articolo 2554 codice civile allorché sia previsto un apporto diverso da quello di **lavoro**.*

In relazione all'estensione anche ai redditi da contratti di associazione in partecipazione e cointeressenza della possibilità di esercitare la suggerita opzione, si rileva che l'attuale formulazione del comma 5 *bis* dell'art. 27 d.P.R. 600/73 già permetterebbe di raggiungere tali effetti a condizione che siano introdotte le modifiche ai commi 1 e 5 del medesimo articolo precedentemente illustrate.

Si porta inoltre l'attenzione su un difetto di coordinamento di cui all'attuale formulazione del comma 5 *bis* in analisi. Esso richiama l'art. 55 t.u.i.r. . Tale riferimento è corretto se letto in relazione alla bozza di decreto legislativo diffusa su internet, correttamente tale riferimento deve invece andare all'art. 44 della proposta di t.u.i.r. .

La complessiva formulazione dell'art. 27 d. P.R. 600/73 potrebbe essere la seguente:

Art. 27: Ritenute sui dividendi

*1. Le società e gli enti indicati nelle lettere a) e b) del comma 1 dell'art. 72 del testo unico delle imposte sui redditi approvato con d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, operano con obbligo di rivalsa una ritenuta del 12,50% a titolo di imposta sugli utili in qualunque forma corrisposti a **soggetti residenti** in relazione a partecipazioni non qualificate ai sensi della lettera c-bis) del comma 1 dell'art. 66 del citato testo unico n. 917 del 1986, non relative all'impresa ai sensi dell'art. 64 del medesimo testo unico.*

5. La ritenuta di cui ai predetti commi 1 e 4 è operata nei confronti dei soggetti residenti che possiedono partecipazioni non qualificate ai sensi della lettera c-bis) del comma 1 dell'art. 66 del citato

testo unico n. 917 del 1986, non relative all'impresa ai sensi dell'art. 64 del medesimo testo unico che devono attestare di avere i requisiti di cui al comma 1 del presente articolo. La ritenuta non è operata qualora i soggetti di cui al periodo precedente esercitino l'opzione per l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 47 del citato testo unico.

Le ritenute di cui ai commi 1 e 4 sono operate con l'aliquota del 27% ed a titolo di imposta nei confronti dei soggetti esenti dall'imposta sul reddito delle persone giuridiche.

5-bis. Le disposizioni dei commi precedenti si applicano anche agli utili indicati nella lettera f) del comma 1 dell'articolo 44 del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, a condizione che gli apporti non siano superiori alle percentuali ivi indicate. Ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo, gli strumenti finanziari di cui alla lettera a) del comma 2 dell'articolo 45 del predetto testo unico, sono equiparati alle partecipazioni di cui alla lettera c) del comma 1 dell'articolo 66 del medesimo testo unico.”

2.2.3. La nozione di utili distribuiti

Punti critici: l'art. 47 e l'art. 90 della Proposta di t.u.i.r. fanno riferimento al concetto di "utili distribuiti". Ci si trova in presenza di una parziale innovazione rispetto al previgente sistema che chiaramente prevedeva la concorrenza degli utili derivanti dalla partecipazione in società alla formazione del reddito nell'esercizio in cui erano percepiti. Al di là della differenza terminologica, si potrebbe sostenere che non vi sia un reale cambiamento del criterio di imputazione di dette componenti, sembrerebbe, quindi, doversi continuare ad applicare il principio di cassa.

Se l'applicazione del principio di competenza è da doversi escludere, si deve però accuratamente valutare se il riferimento al momento della distribuzione realmente coincida con quello di percezione. Il riferimento al concetto di utili distribuiti non appare del tutto chiaro e potrebbe far pensare al momento della delibera di distribuzione che è necessariamente precedente a quello di effettiva percezione.

Si pensi al caso di una delibera di distribuzione avvenuta in data 28 dicembre a cui segue, in data 3 gennaio, l'effettiva percezione del dividendo. Si potrebbe avere qualche perplessità in relazione all'identificazione dell'esatto periodo di imposta in cui imputare detti redditi.

Tali considerazioni hanno particolare rilevanza con riferimento alle persone fisiche non esercenti attività di impresa per le quali è certamente più coerente l'applicazione del principio di cassa.

Con riferimento alle persone giuridiche titolari di reddito di impresa ed agli imprenditori individuali, la questione merita, invece, approfondimenti di diverso tipo. Nel precedente sistema, il ricorso al principio di cassa costituiva una deroga al criterio generale di determinazione del reddito di impresa che prevedeva l'applicazione del principio di competenza. Tale deroga era giustificata dal fatto dell'attribuzione del credito di imposta. L'abolizione di tale meccanismo potrebbe perciò suggerire di superare tale deroga e di determinare anche tale componente secondo la competenza. Si pone allora la questione dell'individuazione dell'esatto momento in cui gli utili possono concorrere per competenza alla determinazione del reddito imponibile. La riforma potrebbe

rappresentare un'utile occasione per porre un punto fermo a questa questione a lungo dibattuta. Proprio la scelta di fare riferimento alla nozione di utili distribuiti potrebbe costituire il punto di partenza del ragionamento, scelta che necessita però di alcune puntualizzazioni.

Proposta: potrebbe evitare future contestazioni e costituire un utile chiarimento, per quanto concerne la determinazione del reddito delle persone fisiche non esercenti attività di impresa, il fatto di sostituire alla nozione di utili distribuiti quella, già propria dell'ordinamento, di utili percepiti e rendere quindi palese l'applicazione del principio di cassa.

In relazione alla determinazione del reddito di impresa tanto dai soggetti cui all'art. 72 del t.u.i.r., quanto dalle persone fisiche titolari di reddito di impresa, si potrebbe sostituire al tradizionale criterio di cassa il principio di competenza e precisare che i dividendi si considerano conseguiti nel momento in cui interviene la delibera di distribuzione dei dividendi da parte della società emittente.

Tali puntualizzazioni non importano, comunque, anche la necessità di apportare modifiche all'art. 27 d.P.R. 600/73. L'applicazione delle ritenute non può operare in base ad un principio diverso dal principio di cassa. Non si ritiene pertanto necessario apportare chiarimenti o modifiche a tale articolo.

Si suggerisce pertanto di formulare come segue gli articoli relativi ai dividendi:

Articolo 47: Utili da partecipazione.

*1. Salvi i casi di cui all'articolo 3, comma 3, lettera a), gli utili **percepiti** in qualsiasi forma e sotto qualsiasi denominazione dalle società o dagli enti indicati nell' articolo 72, anche in occasione della liquidazione, concorrono alla formazione del reddito imponibile complessivo limitatamente al 40 per cento del loro ammontare. Indipendentemente dalla delibera assembleare, si presumono prioritariamente distribuiti l'utile dell'esercizio e le riserve diverse da quelle del comma 5.*

Art. 59: Dividendi

1. Gli utili distribuiti in qualsiasi forma e sotto qualsiasi denominazione dalle società e dagli enti indicati nell'articolo 72 concorrono a formare il reddito relativo al periodo di imposta del percettore in corso al momento della delibera di distribuzione della società o ente emittente, nei limiti di cui all'articolo 47.

Art. 90: Dividendi ed interessi

...

2. Gli utili distribuiti, in qualsiasi forma e sotto qualsiasi denominazione, anche nei casi di cui all'articolo 47, comma 7, dalle società ed enti di cui all'articolo 72, comma 1, lettere a) e b) non concorrono a formare il reddito relativo all'esercizio in corso al momento della delibera di distribuzione in quanto esclusi dalla formazione del reddito della società o ente ricevente per il 95 per cento del loro ammontare. La stessa esclusione si applica alla remunerazione corrisposta relativamente ai contratti di cui all'articolo 110, comma 9, lettera b) e alla remunerazione dei finanziamenti eccedenti di cui all'articolo 99 direttamente erogati dal socio o dalle sue parti correlate.

2.2.4. Il trattamento di plusvalenze e minusvalenze in capo alle persone fisiche

Punti critici: l'art. 67 della proposta di t.u.i.r. illustra il trattamento fiscale da riservare alle plusvalenze realizzata da persone fisiche, in particolare, il comma 3 si interessa delle plusvalenze da cessione di partecipazione qualificate e delle relative minusvalenze. L'attuale formulazione della norma non è particolarmente chiara e potrebbe lasciare spazio a perplessità. Letteralmente sembrerebbe disporre solo una limitazione alla compensazione tra plusvalenze e minusvalenze.

Inoltre sarebbe opportuno declinare più analiticamente il trattamento delle minusvalenze da partecipazioni qualificate. Effettuando un confronto con il previgente art. 82 co.3, si osserva che questo era più preciso al riguardo e prevedeva anche la possibilità del riporto in avanti delle minusvalenze non compensabili nei periodi di imposta successivi, ma non oltre il quarto. Tale indicazione è ora completamente assente.

Non viene poi prevista alcuna disposizione che disciplini il trattamento delle minusvalenze da partecipazioni non qualificate. Nel previgente t.u.i.r., si occupava di questo problema l'art. 82 co. 4, ma tale disposizione non è stata assolutamente riprodotta o sostituita da altra disposizione. Non sembrano potersi ravvisare ragioni a giustificazione di tale assenza che, qualora fosse confermata, comporterebbe la completa irrilevanza a fini fiscali delle minusvalenze su partecipazioni non qualificate. Non sembra questo un obiettivo che la delega voleva fosse raggiunto.

Proposta: sarebbe quindi opportuno esplicitare gli elementi più innovativi che l'art. 67 vuole introdurre: la limitazione della concorrenza al reddito imponibile di plusvalenze e minusvalenze da partecipazioni qualificate.

Si potrebbe quindi valutare di riformulare l'articolo per renderlo omogeneo con l'art. 47 co. 1 indicando più esplicitamente la circostanza che

dette plusvalenze, e le relative minusvalenze, concorrono nella misura del 40% alla determinazione del reddito imponibile.

A meno che non sia il frutto di una precisa scelta di politica legislativa, sarebbe inoltre opportuno precisare la possibilità di riporto in avanti delle minusvalenze da partecipazioni qualificate non compensabili con le relative plusvalenze ed i relativi limiti.

Sarebbe inoltre quanto mai opportuno introdurre una norma che disciplini il trattamento fiscale delle plusvalenze da partecipazioni non qualificate che ne preveda espressamente la compensabilità con le relative minusvalenze e, in caso di eccedenza di queste ultime, la possibilità di riportarle in avanti.

Tra l'altro, il previsto regime risulterebbe non in linea con la vigente disciplina che, per il risparmio amministrato e gestito e per i fondi comuni di investimento di cui al d. lgs. 461/97, che non è stato interessato dalla riforma, ammette il riporto a nuovo delle minusvalenze realizzate o maturate.

L'articolo in esame potrebbe essere formulato come segue:

Art. 67: Plusvalenze

....

3. Le plusvalenze di cui alla lettera c) del comma 1 dell'articolo 66 concorrono alla formazione del reddito imponibile complessivo limitatamente al 40% del loro ammontare. Le minusvalenze concorrono nella medesima percentuale e sono compensabili con le relative plusvalenze; qualora le minusvalenze siano superiori alle plusvalenze, l'eccedenza è portata in deduzione, fino a concorrenza, dalla plusvalenze dei periodi di imposta successivi, ma non oltre il quarto, a condizione che sia indicata nella dichiarazione dei redditi relativa al periodo di imposta nel quale le minusvalenze sono state realizzate.

4. Nonostante quanto previsto dal comma 3 concorrono integralmente alla formazione del reddito imponibile le plusvalenze di cui alla lettera c) del comma 1

dell'articolo 66 se relative a partecipazioni in società residenti in paesi o territori a regime fiscale privilegiato di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 169, comma 4, salvo l'avvenuta dimostrazione, a seguito di esercizio dell'interpello previsto dalla lettera b) del comma 5 dello stesso articolo 169, del rispetto delle condizioni indicate nella lettera c) del comma 1 dell'articolo 88.

4 bis. Le plusvalenze di cui alla lettera c bis) del comma 1 dell'articolo 66 sono sommate algebricamente alle relative minusvalenze; se l'ammontare complessivo delle minusvalenze è superiore all'ammontare complessivo delle plusvalenze, l'eccedenza può essere portata in deduzione, fino a concorrenza, dalle plusvalenze dei periodi di imposta successivi, ma non oltre il quarto, a condizione che sia indicata nella dichiarazione dei redditi relativa al periodo di imposta nel quale le minusvalenze sono state realizzate.

* * *

Gli strumenti finanziari

3.1. Descrizione della normativa

Una delle principali novità introdotte dalla Riforma del diritto societario è contenuta alla sezione V del Capo V del futuro libro V del codice civile rubricato “Delle azioni e di altri strumenti finanziari partecipativi”. Viene qui riconosciuta, alle società, la facoltà di emettere, a seguito dell’apporto da parte dei soci o di terzi, anche di opere e servizi, strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali, o anche di diritti amministrativi, escluso il voto nell’assemblea generale degli azionisti. È poi previsto che sia lo statuto della società emittente a regolarne le condizioni di emissione, i diritti relativi, le sanzioni in caso di inadempimenti e l’eventuale regime di circolazione.

Gli strumenti finanziari in analisi sarebbero quindi strumenti, diversi da azioni o obbligazioni, mediante i quali una società può attribuire a soggetti terzi diritti patrimoniali e, eventualmente, diritti amministrativi in dipendenza di un apporto costituito da denaro, da opere o da servizi².

Nella sezione VII del codice civile, torna il riferimento ai nuovi strumenti finanziari. Ci si trova in questo caso nella sezione relativa alle obbligazioni alle quali, quanto alla disciplina applicabile, viene assimilata una specifica categoria di strumenti finanziari: quelli, comunque denominati, che condizionano i tempi e l’entità del rimborso del capitale investito all’andamento economico della società.

² Si segnala inoltre l’opportunità di procedere ad un più articolato intervento in materia di tassazione dei redditi finanziaria anche in relazione alla circostanza che la riforma del diritto societario prevede, a favore delle imprese, l’opportunità di procedere ad assegnazione di strumenti finanziari anche ai dipendenti a fronte del loro apporto di lavoro. Sarebbe quindi necessario descrivere analiticamente il trattamento fiscale di detti strumenti tanto in capo alla società emittente quanto ai lavoratori percettori.

In questa seconda ipotesi, si è in presenza di strumenti erogati necessariamente in relazione all'apporto di un capitale, mentre quelli di cui all'art. 2346 c.c. possono, invece, essere emessi in funzione di un apporto di un'opera o di un servizio reso, quindi non di un apporto di capitale in senso stretto.

L'art. 3 della delega per la riforma fiscale, legge 80/03, invita il governo alla lett. d) n.1 a provvedere alla omogeneizzazione dell'imposizione su tutti i redditi di natura finanziaria. Alla luce di tale inciso, sembrerebbe, quindi, potersi giustificare, un intervento del legislatore delegato sulla materia in analisi. È, infatti, opportuno, e necessario, collocare all'interno della nozione di redditi finanziari anche i redditi derivanti da questi nuovi strumenti.

L'art. 44 della proposta di t.u.i.r., al comma 2, lett. a) prevede l'assimilazione alle azioni dei titoli e degli strumenti finanziari 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 sono stati emessi.

La lett. c) n. 2 del medesimo comma di tale articolo conserva, invece, l'equiparazione ad obbligazioni dei 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.

Tali assimilazioni sono funzionali alla determinazione del regime fiscale applicabile ai redditi conseguiti in virtù del possesso di questi tipi di titoli. Il possessore percepirà quindi redditi il cui trattamento sarà, nel primo caso, quello riservato ai dividendi azionari, nel secondo caso, quello riservato agli interessi obbligazionari.

Risulta quindi che la categoria dei titoli assimilati alle azioni è costruita in funzione del tipo di remunerazione conseguita e non in funzione del rischio nell'investimento, principio che, al contrario, è utilizzato per descrivere la categoria delle obbligazioni.

In sede fiscale, da queste scelte legislative, discende poi la previsione di cui all'art. 110 co. 9 che prevede l'indeducibilità della quota dei proventi corrisposti a fronte di titoli e strumenti finanziari, comunque denominati, che, direttamente o indirettamente, comportano la partecipazione ai risultati economici della società emittente o di altre società appartenenti allo stesso gruppo o dell'affare in relazione al quale sono stati emessi.

Tale norma costituisce la naturale conseguenza della previsione dell'assimilazione ad azioni di quei titoli la cui remunerazione è correlata ai risultati economici dell'impresa. In virtù di tale assimilazione, non sarebbe stato più corretto continuare a prevedere a favore della società emittente la possibilità di portare in deduzione tali remunerazioni: dal momento che i proventi conseguiti dai titolari di detti strumenti sono equiparati a dividendi, tale equiparazione deve, allo stesso modo, valere per la società emittente al fine di negare la deducibilità in capo alla stessa di dette componenti.

Il legislatore tributario, quindi, in vista dell'obiettivo della omogeneizzazione dei redditi finanziari siano essi redditi di capitale che redditi diversi, è opportunamente intervenuto per disciplinare i proventi derivanti dai nuovi strumenti finanziari che la riforma societaria ha messo a disposizione degli operatori economici.

È però opportuno effettuare alcune riflessioni sulle scelte operate.

3.2. Aspetti critici, soluzioni e proposte

3.2.1. Il criterio discriminante tra strumenti assimilati alle azioni e strumenti assimilati alle obbligazioni

Punti critici: l'analisi del regime di tassazione dei nuovi strumenti finanziari deve anche tenere presenti i suggerimenti offerti dalla c.d. Commissione Gallo che ha chiuso i suoi lavori predisponendo uno schema di articolato relativo all'adeguamento del vigente sistema fiscale alla riforma del diritto societario (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6).

In tale sede, veniva proposto di intervenire offrendo la definizione degli strumenti assimilati alle obbligazioni, e non già di quelli assimilati alle azioni, utilizzando come criterio discriminante il **criterio del rischio, non il criterio della remunerazione**.

Adottando il criterio del rischio del capitale investito, risulta che si procede all'assimilazione ad azioni di quei titoli che non garantiscono la restituzione delle somme corrisposte alla società emittente, mentre si procede all'equiparazione ad obbligazioni di quelli che garantiscono almeno tale somma.

Laddove invece si adotti il criterio della remunerazione, la distinzione si fonda sul parametro utilizzato per calcolare il rendimento da corrispondere all'investitore. Qualora tale parametro sia il risultato economico della società si avrà un titolo equiparato ad un'azione, laddove sia un parametro differente, ci si troverà di fronte ad una obbligazione.

La proposta di riforma del Testo Unico delle Imposte sui redditi non usa un criterio univoco: determina le azioni in base al principio della remunerazione e le obbligazioni in base al principio del rischio. Tale scelta ha come conseguenza quella di creare vuoti o confusioni. Si ipotizzi il caso di uno strumento finanziario che non garantisca, alla scadenza, la restituzione del capitale (e che perciò non può essere obbligazione) e che offra un rendimento solo parzialmente parametrato ai risultati economici (e che, di conseguenza,

non può essere azione) o il caso di uno strumento finanziario che invece garantisca la restituzione del capitale investito (il che lo farebbe ricadere tra le obbligazioni) e che preveda anche la corresponsione di rendimenti periodici totalmente parametrati all'andamento economico della società (il che lo farebbe annoverare tra le azioni).

Proposta: sarebbe pertanto opportuno individuare le due categorie ricorrendo ad un **criterio univoco** che permetta di ovviare alle aporie appena evidenziate.

Si pone quindi il problema di quale tra i due criteri scegliere.

Una serie di considerazioni inducono a suggerire di fare applicazione del principio del rischio e definire quindi in positivo la nozione di obbligazione.

Il ricorso al principio del rischio è certamente di più immediata comprensione, di più facile applicazione ed, a tal proposito, occorre non dimenticare che uno dei principi ispiratori della riforma fiscale è proprio quello della semplificazione della materia tributaria.

Non vale obiettare per sostenere l'opportunità del ricorso al criterio della remunerazione, il fatto che già questo sia utilizzato ai fini della normativa sulla sottocapitalizzazione delle imprese. Anzi, è vero che l'art. 99 delle Proposte di Testo Unico usa tale criterio, ma, occorre ricordarlo, tale disciplina persegue fundamentalmente finalità antielusive. L'utilizzo in questa sede del criterio della remunerazione è assolutamente condivisibile considerati gli obiettivi di questa disposizione. Questa norma deve utilizzare un criterio che operi trasversalmente e che permetta di prescindere proprio dal *nomen iuris* utilizzato per qualunque operazione di finanziamento.

In tema di qualificazione degli strumenti finanziari, ci si pone, invece, di fronte non ad una situazione patologica, ma ad situazione fisiologica. Ci si trova logicamente in un momento antecedente a quello in cui opera la norma sulla sottocapitalizzazione. Non si devono pertanto confondere i due piani. La norma di cui all'art. 44 è una norma generale di qualificazione che è opportuno usi il criterio di più immediata comprensione; l'art. 99 interviene per evitare distorsioni e correttamente deve fare ricorso ad un criterio che possa sovvertire qualunque precedente qualificazione.

Si suggerisce pertanto di conferire maggiore coerenza all'interno del sistema evitando l'uso contemporaneo di criteri differenti, a meno che questo non sia giustificato da precise ragioni. Pertanto si potrebbe formulare l'art. 44 come segue:

Articolo 44: Redditi di capitale

...

2. Ai fini delle imposte sui redditi sono assimilati alle obbligazioni:

a) gli strumenti finanziari di una stessa emissione che contemporaneamente:

1) costituiscono frazione uguale di un prestito unitario e sono fungibili tra loro;

2) contengono l'obbligazione incondizionata, salvo eventuali clausole di postergazione, di rimborsare alla scadenza una somma non inferiore a un importo prestabilito o dipendente da parametri oggettivi diversi dalla partecipazione al risultato della gestione della società emittente, con o senza la corresponsione di proventi periodici;

3) non attribuiscono alcun diritto di partecipazione diretta o indiretta alla gestione dell'impresa emittente o dell'affare in relazione al quale sono stati emessi;

b) i buoni fruttiferi emessi da società esercenti la vendita a rate di autoveicoli, autorizzate ai sensi dell'art.29 del R.D.L. 15 marzo 1927, n.436, convertito nella legge 19 febbraio 1928, n.510.

2-bis. Ai fini delle imposte sui redditi sono assimilati alle azioni, oltre agli strumenti finanziari di cui al comma 1, lettera e), gli strumenti finanziari di una stessa emissione e fungibili fra loro diversi da quelli di cui al comma 1, lettera b) e non compresi nel comma 2.”

3.2.2. Il regime di deducibilità per le imprese

Punti critici: la norma di cui all'art. 110 comma 9 lett. a) costituisce il completamento della norma di cui all'art. 44 in quanto prevede, in capo alla società emittente gli strumenti finanziari assimilati alle azioni, l'applicazione di un regime di indeducibilità delle somme corrisposte.

In questa sede, viene fatto riferimento a titoli e strumenti finanziari, comunque denominati, di cui all'art. 44, per la quota di essi che, direttamente o indirettamente, comporti la partecipazione ai risultati economici della società emittente o di altre società appartenenti allo stesso gruppo o dell'affare in relazione al quale gli strumenti finanziari sono stati emessi.

La norma in analisi, a ben vedere, ha un contenuto più ampio di quella di cui all'art. 44 richiamato. Mentre in tale sede è necessario per equiparare uno strumento finanziario ad azione che la sua remunerazione sia totalmente costituita dalla partecipazione ai risultati economici dell'impresa, qui, in sede di determinazione del reddito di impresa, viene comminata l'ineducibilità non solo dei corrispettivi erogati a fronte di strumenti la cui remunerazione dipende totalmente dai risultati economici, ma, *pro quota*, anche di quelli la cui remunerazione è solo parzialmente legata all'andamento dell'attività di impresa.

Un titolo la cui remunerazione sia solo parzialmente legata ai risultati economici della società, non è classificabile come azione ai sensi dell'art. 44.

È una scelta severa quella effettuata dal legislatore che può certamente essere condivisibile. Il rischio è che la sua portata vada oltre le intenzioni del legislatore. Rischia di risultare la vera norma del sistema finalizzata al contrasto della sottocapitalizzazione. Essa, infatti, sancisce l'ineducibilità per l'impresa di qualunque titolo il cui corrispettivo è parametrato al suo andamento economico, stante l'assimilazione di tale corrispettivo ad utili.

A meno che questo non fosse il reale intento del legislatore, si può forse ritenere che si sia voluto dire più di quanto fossero le intenzioni. Occorre

infatti ricordare che già è prevista una normativa sul contrasto dell'utilizzo a fini fiscali della sottocapitalizzazione, che si dovrebbe ritenere la norma generale ed esaustiva della disciplina. Tale norma parrebbe effettuare la scelta di contrastare tale fenomeno solo in caso di finanziamenti erogati da parti correlate, come, peraltro, prevede la delega. Con l'art. 110 si va oltre e si commina un regime di indeducibilità a prescindere dal superamento di qualunque rapporto debito/capitale ed a prescindere dalle qualità dei soggetti tra cui intercorre il rapporto di finanziamento.

Proposta: a meno che non fosse questo l'intento perseguito dal legislatore delegato, si potrebbe valutare di ridurre l'ambito applicativo della norma in esame prevedendo di comminare l'indeducibilità di quei titoli che ai sensi dell'art. 44 sono assimilati alle azioni.

Ragionando sulla base della suggerita riformulazione dell'art. 44, si potrebbe modificare l'art. 110 in modo da rendere deducibili per una società i corrispettivi erogati in relazione a titoli che integralmente prevedono il rimborso del capitale investito (e che quindi sarebbero assimilati ad obbligazioni) a prescindere dalla ulteriore previsione di un interesse periodico parametrato all'andamento della società. Con la formulazione attuale tale corrispettivo sarebbe invece parzialmente indeducibile. Nella sostanza dei fatti, si potrebbe ritenere che uno strumento finanziario che garantisce il rimborso del capitale, pur prevedendo la corresponsione di un interesse periodico, è comunque più agevolmente riconducibile alla categoria delle obbligazioni piuttosto che a quella delle azioni. Gli interessi corrisposti non sembrano voler celare una distribuzione di utili.

Apportare tale correzione conferma la necessità di provvedere ad emendare i punti critici della nozione di azione, obbligazione e titoli assimilati.

Mantenere l'attuale formulazione dell'art. 110 altro non fa che introdurre una sorta di terzo criterio di valutazione che non può che creare confusione all'interno del sistema. L'unica giustificazione che si può dare al suo attuale tenore è forse quella di colmare le lacune che causa l'art. 44.

Premesso che si ritiene che la sede esclusiva deputata al contrasto dei fenomeni di sottocapitalizzazione sia la norma prevista *ad hoc*, si suggerisce di procedere, prima, a razionalizzare la nozione di cui all'art. 44 e quindi a definire, in maniera corrispondente, la disposizione di cui all'art. 110.

In considerazione della proposta di riformulazione dell'art. 44 precedentemente illustrata, si suggerisce di formulare l'art. 110 come segue:

Art. 110: Norme generali sui componenti del reddito d'impresa

...

9. Non è deducibile ogni tipo di remunerazione dovuta:

a) su titoli, strumenti finanziari comunque denominati, non assimilati alle obbligazioni ai sensi dell'articolo 44;

b) ...

3.2.2. Gli strumenti finanziari a fronte di opere e servizi

Punti critici: cercando di garantire la massima uniformità tra quanto previsto dalla riforma del diritto societario e la riforma fiscale, occorre dare atto del fatto che l'attuale proposta di Testo Unico non prende in considerazione un'ipotesi prevista dalla riforma del diritto societario: quella dell'emissione di strumenti finanziari a fronte di opere e servizi di cui all'art. 2346 u.c. c.c. nel testo novellato.

Dal punto di vista tributario, ancora una volta, si è costretti a muoversi negli angusti limiti fissati dalla delega in relazione al problema dell'armonizzazione della disciplina fiscale all'innovata disciplina civilistica e a registrare, quindi, la mancanza di specifici criteri direttivi attorno ai quali organizzare la nuova disciplina. Nell'ipotesi in analisi, tale circostanza è ulteriormente complicata dal fatto che può non essere del tutto coerente con l'impostazione del sistema tributario nazionale effettuare una semplice equiparazione di detti titoli o alle azioni o alle obbligazioni.

La commissione Gallo, partendo dalla norma di cui all'art. 2436 c.c. , nell'ambito delle sue proposte, aveva previsto tale ipotesi ed aveva suggerito di fare applicazione di un principio di trasparenza in applicazione del quale i proventi derivanti da titoli emessi a fronte dell'apporto di opere e servizi dovessero costituire redditi della stessa categoria di quelli derivanti dalla prestazione di opere e servizi. Il ragionamento della commissione parte dalla considerazione che non è il titolo in sé il corrispettivo della prestazione resa, ma lo è il rendimento derivante dallo strumento finanziario ed è questo rendimento che concorre a formare il reddito professionale, d'impresa o diverso del prestatore d'opera.

È in virtù di queste considerazioni che non si giustifica una pura e semplice equiparazione di tali strumenti ad azioni o obbligazioni. Da qui l'opportunità di prevedere un regime più articolato.

Proposta: si ritiene pertanto opportuno introdurre una disciplina di tali titoli, ora del tutto assente, modificando, come proposto dalla commissione Gallo, l'art. 6 che costituisce la norma generale descrittiva delle categorie reddituali.

Si suggerisce pertanto di inserire dopo l'articolo 6 il seguente articolo:

Articolo 6-bis. 1. I proventi derivanti da strumenti finanziari emessi a fronte dell'apporto di opera o servizi di cui all'articolo 2346, ultimo comma, del codice civile, costituiscono redditi della stessa categoria di quelli derivanti dalla prestazione di opera o di servizi. Se gli strumenti finanziari sono destinati alla circolazione i relativi proventi costituiscono redditi di capitale o redditi diversi di cui agli articoli 44 e 66. Per il soggetto obbligato alla prestazione i proventi concorrono tuttavia a formare il reddito complessivo come componenti del reddito di lavoro autonomo, anche occasionale, del reddito d'impresa, nonché del reddito derivante da attività commerciali non esercitate abitualmente. Ai fini della deducibilità delle spese si applicano le disposizioni previste nell'articolo 550, nel titolo I, capo VI, e nell'articolo 70.

2. I proventi di cui al precedente comma concorrono a formare il reddito complessivo del soggetto obbligato alla prestazione anche in caso di cessione e successivo riacquisto dello strumento finanziario dopo il pagamento dei proventi.

3. Le disposizioni dei precedenti commi si applicano anche per i proventi derivanti da azioni assegnate a fronte dell'apporto di opera o servizi ai sensi dell'articolo 2346, quarto comma, ultimo periodo, del codice civile.

3.2.4. I patrimoni destinati ad uno specifico affare

Punti critici: una delle principali novità introdotte dalla riforma del diritto societario riguarda il riconoscimento, in capo alle società, della possibilità di costituire uno o più patrimoni destinati ad uno specifico affare o prevedere che, al rimborso totale o parziale di un finanziamento, siano destinati, in via esclusiva, tutti, o parte, dei proventi dell'affare stesso.

La disciplina civilistica consente quindi la separazione di singoli elementi del patrimonio complessivo di un ente per porli, sostanzialmente, a garanzia degli obblighi derivanti da uno specifico affare. L'istituto in esame non comporta, ai fini del diritto commerciale, la creazione di un autonomo soggetto giuridico; la destinazione di un patrimonio ad uno specifico affare opera, infatti, esclusivamente sul piano della responsabilità patrimoniale e non anche su quello dell'imputazione delle situazioni giuridiche soggettive.

È poi previsto che, alla possibilità di procedere alla separazione di patrimoni, si accompagni anche la facoltà di emettere strumenti finanziari di partecipazione all'affare medesimo. Quanto alla disciplina civile e fiscale applicabile a detti strumenti, si può ritenere che in nulla differiscano da quelli che una società può emettere in funzione non di uno specifico affare, ma in funzione dell'attività complessiva svolta.

Non si possono quindi che rinnovare le perplessità precedentemente esposte concernenti, principalmente, le modalità adoperate per procedere alla loro qualificazione.

A fini fiscali, però, il problema di maggior rilievo che l'istituto pone, riguarda la verifica della sussistenza o meno della possibilità di considerare tali patrimoni come autonomi soggetti di imposta. A meno che il legislatore nell'esercizio dei suoi poteri sovrani non scelga di smentire tale opinione, allo stato attuale, considerata anche l'impossibilità di riconoscere al patrimonio separato autonoma rilevanza a fini civilistici, si ritiene che non sia possibile riconoscere in capo a loro una soggettività tributaria autonoma e distinta da quelle della società da cui derivano. Risulta quindi che la titolarità delle

obbligazioni tributarie gravanti sui redditi conseguiti attraverso loro dovrà appuntarsi in capo alla società stessa che li ha istituiti.

Il decreto legge contenente la disciplina della nuova IRES non prende in considerazione tale istituto. Occorre comunque rammentare che la delega contenuta alla legge 80/03 non attribuisce tale compito al legislatore delegato.

Il problema è stato invece affrontato dalla Commissione Gallo in vista dell'adeguamento del sistema fiscale alla riforma del diritto societario. I lavori di tale commissione si sono conclusi con la redazione di uno schema di articolato che, a partire dal mancato riconoscimento di soggettività tributaria in capo ai patrimoni destinati, illustra alcune possibili ed alternative modalità mediante le quali procedere alla determinazione dell'onere fiscale loro relativo.

Per quanto concerne il problema della determinazione del reddito, la Commissione ha suggerito due soluzioni alternative. La prima prevede di determinare il reddito del patrimonio destinato separatamente da quello della società per calcolare così le imposte prima della determinazione del risultato d'esercizio e successivamente di procedere a sommare algebricamente tale risultato a quello della società. La seconda proposta (coerentemente più sistematica e quindi preferibile) prevede, invece, di procedere ad una determinazione unitaria del reddito di impresa complessivamente riconducibile alla società facendo confluire i componenti positivi e negativi riferibili al patrimonio in quelli riferibili alla società stessa.

La Commissione ha poi cercato di predisporre alcune norme che impediscano l'utilizzo di tale nuovo strumento allo scopo di indebolire le garanzie sulle quali il Fisco può fare affidamento per vedere soddisfatte le sue pretese. A tale proposito, è stato suggerito il ricorso ad un meccanismo di inopponibilità della costituzione di patrimoni destinati nei confronti dell'Amministrazione finanziaria, ma anche delle Regioni, degli enti locali e degli enti previdenziali, per quanto di rispettiva competenza, per tributi, contributi, sanzioni ed interessi. Si è poi suggerito di procedere alla distinzione delle obbligazioni sorte prima della costituzione del fondo da quelle sorte successivamente. Infine, è stata lasciata al legislatore la scelta di decidere se limitare la predetta inopponibilità ai crediti tributari, contributivi e assistenziali (e relativi interessi e sanzioni) soltanto alla quota di patrimonio di spettanza della società o di prevedere l'estensione di detta inopponibilità a tutto il patrimonio compresa la parte di pertinenza di eventuali terzi.

Il legislatore, ad ora, non ha ancora provveduto o a indicare i principi alla luce dei quali affrontare il problema o a descrivere compiutamente il regime fiscale applicabile.

* * *

IL DISINQUINAMENTO DEL BILANCIO DI ESERCIZIO

4.1. Descrizione della normativa

L'obiettivo del disinquinamento del bilancio è stato perseguito, oltre che in sede di riforma del diritto societario (legge delega numero 366 del 2001 attuata con il decreto legislativo numero 6 del 2003), anche in sede di riforma del sistema di tassazione delle imprese. Questo obiettivo, in particolare, era stato implicitamente stabilito in sede di delega per la riforma del sistema fiscale statale (legge numero 80 del 7 aprile 2003). In particolare, alla lettera i) dell'articolo 4, si prevedeva la necessità di procedere ad una riforma dell'imposizione sul reddito delle società avente come obiettivo quello di permettere la "deducibilità delle componenti negative di reddito forfetariamente determinate, quali le rettifiche dell'attivo e gli accantonamenti a fondi, indipendentemente dal transito in Conto Economico al fine di consentire il differimento d'imposta...".

Il riferimento alla riforma del diritto societario, cui poco sopra si è accennato, è in effetti fondamentale dato che la modificazione del comma 4 dell'articolo 110 si pone, in buona sostanza, come un inevitabile adeguamento della disciplina fiscale ad una disciplina civilistica che, quanto al contenuto dei rapporti dichiarazione dei redditi - bilancio d'esercizio, è stata profondamente rinnovata. Infatti, in sede di riforma del diritto societario, come previsto dalla legge 366/2001, si è proceduto ad una abrogazione dell'ultimo comma dell'articolo 2426 c.c. (in ragione del quale si operavano in bilancio rettifiche ed accantonamenti di natura esclusivamente fiscale) e ad una consequenziale modifica dell'attuale articolo 2427, numero 14) c.c. .

In altri termini, il legislatore fiscale si è trovato di fronte ad una normativa civilistica che prevede che, a partire dal 2004, i rendiconti economici e patrimoniali vengano redatti unicamente sulla base delle norme valutative del codice civile e dei corretti principi contabili che ne costituiscono specificazione.

L'intervento del legislatore fiscale, in tema di rapporti Fisco - bilancio d'esercizio, non era solo auspicabile ma inevitabile: stante il quarto comma del "vecchio" articolo 75 t.u.i.r. , recante la disposizione secondo cui i componenti negativi di reddito erano deducibili se e nella misura in cui risultavano imputati a Conto Economico civilistico, l'estensore, a partire dai bilanci relativi l'esercizio 2004, avrebbe dovuto inevitabilmente scegliere tra il rispetto della normativa civilistica (con la conseguente perdita di un beneficio fiscale dovutogli) ed il rispetto della normativa fiscale (con l'eventuale stesura di un bilancio economicamente scorretto e civilisticamente illecito). Questa era la medesima situazione che si presentava prima dell'attuazione in Italia della IV Direttiva comunitaria con il d.lg. 127/91

All'articolo 110, comma 4 (in buona sostanza corrispondente al vecchio articolo 75) si prevede, fermo restando il principio generale secondo cui la deduzione delle spese e degli altri componenti negativi di reddito è ammessa se e nella misura in cui tali componenti sono stati imputati al Conto Economico civilistico, che *"gli ammortamenti di beni materiali ed immateriali, le altre rettifiche di valore e gli accantonamenti sono deducibili se in apposito prospetto della dichiarazione dei redditi è indicato il loro importo complessivo, i valori civili e fiscali dei beni e quelli dei fondi relativi."*

Il legislatore fiscale ha operato l'adeguamento recependo nel nostro ordinamento il modello cosiddetto del doppio binario "sostanziale". Tale modello si basa, fondamentalmente, su due punti:

- a) abrogare il secondo ed ultimo comma dell'articolo 2426 del codice civile;
- b) consentire la deduzione fiscale di ammortamenti, di altre rettifiche di valore e degli accantonamenti esclusivamente in dichiarazione dei redditi, ferma restando la presentazione, insieme con la dichiarazione stessa, dell'apposito prospetto di riconciliazione.

4.2. Aspetti critici , soluzioni e proposte

4.2.1. Il perimetro di applicazione del nuovo articolo 110, comma 4, lettera b) del Tuir

Un giudizio complessivo circa i modi con cui si è operato il disinquinamento del bilancio non può che essere positivo; con la soluzione attuata si restituisce, almeno formalmente, il bilancio alla sua autonomia funzionale. Si riconosce, in altri termini, che il bilancio civilistico sia prima di tutto uno strumento informativo che in quanto tale non può vedere frustrata, a causa di fenomeni di cosiddetto inquinamento fiscale, la sua efficacia comunicativa.

Inoltre, va anche considerato che il legislatore ha inteso mantenere, come caposaldo del nuovo modello di tassazione delle imprese, il fondamentale principio della "dipendenza parziale" del reddito imponibile dalle risultanze contabili: il nuovo articolo 85 del Tuir, ricalcando il disposto del "vecchio" articolo 52, prevede che "il reddito complessivo è determinato apportando all'utile o alla perdita risultante dal conto economico, relativo all'esercizio chiuso nel periodo di imposta, le variazioni in aumento o in diminuzione conseguenti all'applicazione dei criteri stabiliti nelle successive disposizioni...".

Si è rifiutato, in definitiva, il modello del doppio binario cosiddetto "puro" in base al quale l'imponibile fiscale risulta totalmente indipendente dalle risultanze civilistiche.

Tale scelta appare corretta soprattutto in considerazione del fatto che un utile economicamente corretto, in quanto derivante da una comparazione analitica di costi e ricavi di competenza economica, è indubbiamente anche un corretto indice di capacità contributiva (è evidente, tuttavia, che tale medesimo risultato è assunto in maniera diversa dall'ordinamento civile e da quello

tributario in quanto diverse sono le esigenze di fondo da soddisfare; il diritto civile mira a ricostruire gli incrementi patrimoniali indotti dalla gestione aziendale, il diritto tributario mira a ricostruire l'esatta ed attuale capacità contributiva che, in modo certo, è attribuibile al soggetto passivo d'imposta).

Con l'introduzione del modello del "doppio binario sostanziale" ci si è trovati anche di fronte al problema di definirne il perimetro applicativo; in altri termini è risultato rilevante individuare, quantomeno in termini generali, quali fossero le valutazioni, le rettifiche e gli accantonamenti che potevano trovare accoglimento nel prospetto di accompagnamento alla dichiarazione dei redditi cui poco sopra si è fatta menzione.

Ci si è posti tale problema anche in sede di relazione di accompagnamento dove quella "relativa alla identificazione delle opportunità fiscali in questione" appariva come una "questione prioritaria". Tale problematica, in effetti, avrebbe potuto contemplare, secondo la relazione di accompagnamento, una duplice soluzione:

- a) nel perimetro di applicazione dell'articolo 110, comma 4, lettera b) sarebbero dovute rientrare sia le norme strettamente sovvenzionali che quelle di determinazione forfetaria dei componenti negativi di reddito, ed in particolare quelle a carattere estimativo;
- b) nel perimetro di applicazione della norma in parola sarebbero dovute rientrare esclusivamente le norme strettamente sovvenzionali.

L'impostazione di cui al punto *sub a)*, in sede di lavori di preparazione al decreto, è risultata prevalente. Innanzitutto si è considerata la circostanza che, nel senso di cui al punto *sub a)*, è stato generalmente interpretato, oltre che applicato, l'abrogato comma 2 dell'articolo 2426. In effetti, appare coerente ritenere che nel prospetto di riconciliazione, in quanto meccanismo correttivo dei fenomeni di inquinamento fiscale del bilancio d'esercizio, vadano immesse tutte le fattispecie inquinanti e non solo quelle che si riconnettono strettamente a norme sovvenzionali. Tuttavia la "considerazione fondamentale" ha "riguardato la finalità delle forfetizzazioni: è emerso chiaramente che le misure di forfetizzazione, pur non essendo agevolative in senso stretto, costituiscono

pur sempre opportunità e vantaggi offerti dal legislatore e hanno comunque la funzione di eliminare controversie su una materia altrimenti di difficile definizione quale, appunto, quella delle valutazioni".

4.2.1.1. (Segue): le norme c.d. sovvenzionali in senso stretto

Sulla base della relazione di accompagnamento, rientrano nella norma in esame sicuramente le c.d. norme sovvenzionali. A tale riguardo, va detto che sono definite sovvenzionali quelle norme che si ispirano a finalità di efficienza, rafforzamento e razionalizzazione dell'apparato produttivo. Le valutazioni realizzate sulla scorta di queste norme sono sicuramente rientranti nel perimetro di applicazione dell'articolo 110, comma 4.

Nella normativa tributaria ordinaria attuale, quella concernente gli **ammortamenti anticipati** rimane l'unica norma di tipo sovvenzionale. In definitiva quindi, ma su questo non vi era alcuna perplessità, nel perimetro applicativo della norma in esame rientrano senza dubbio gli ammortamenti anticipati.

Va detto, a questo proposito, che la Commissione Gallo, per l'adeguamento del t.u.i.r. alla rinnovata disciplina civilistica, ha operato nel senso di modificare tutte le specifiche disposizioni nelle quali si subordinava l'ottenimento del vantaggio fiscale alla costituzione in bilancio di una riserva non disponibile. La prima norma per la quale nel testo presentato dalla Commissione si prevede un adeguamento è quella di cui al "vecchio" articolo 67, comma 3, riguardante gli ammortamenti anticipati; in particolare sulla scorta dei "suggerimenti" della Commissione Gallo vengono soppresse le parole "a condizione che l'eccedenza, se nei rispettivi bilanci non sia stata imputata all'ammortamento dei beni, sia stata accantonata in apposita riserva che agli effetti fiscali costituisce parte integrante dell'ammortamento" (tale norma nel "nuovo" Tuir è stata trasposta all'articolo 103, comma 3).

4.2.1.2.(Segue): le norme valutative non direttamente collegabili con le finalità di efficienza, rafforzamento e razionalizzazione dell'apparato produttivo: le determinazioni forfetarie delle componenti reddituali

Passiamo ora a valutare quali delle norme che dispongono determinazioni forfetarie del reddito rientrino nel perimetro di applicazione del "nuovo" articolo 110, comma 4 del t.u.i.r. .

Stando a quanto affermato dal legislatore tributario in sede di relazione di accompagnamento, si deve trattare di forfetizzazioni con le seguenti caratteristiche:

- a) non necessariamente devono essere agevolative in senso stretto;
- b) possono andare, in astratto, sia a vantaggio del fisco, nel momento in cui la valutazione fiscalmente rilevante è di importo limitato rispetto alla sostanza economica dell'accadimento aziendale, sia a vantaggio del contribuente, laddove la valutazione fiscale rechi un importo maggiorato rispetto a quello imputabile a conto economico;
- c) devono, tuttavia, rispondere ad un "interesse fiscale di portata più generale": "hanno comunque la funzione di eliminare controversie su una materia altrimenti di difficile definizione, quale appunto, quella delle valutazioni".

Inoltre, un'analisi puntuale delle disposizioni potenzialmente rientranti nel perimetro applicativo dell'articolo 110 non può non partire dall'analisi delle situazioni dalle quali potevano ingenerarsi fenomeni di inquinamento fiscale; in altri termini le norme rientranti nel meccanismo del doppio binario sostanziale, dato che la norma in esame intende eliminare le interferenze fiscali dal bilancio d'esercizio, non possono non aver palesato potenzialità inquinanti del bilancio stesso.

In primo luogo, prima della riforma del diritto societario, rilevanti, oltre che latenti, fenomeni di inquinamento fiscale, si producevano nel momento in cui si iscrivevano in bilancio **ammortamenti di immobilizzazioni materiali**

ed immateriali nella misura massima consentita dai "vecchi" artt. 68 e 67, comma 2 del t.u.i.r. (corrispondenti ai "nuovi" artt. 103, comma 2 e 104 del t.u.i.r.), anche se non giustificati dalla riduzione della residua possibilità di utilizzazione del cespite.

Quindi, nel rinnovato contesto civilistico-fiscale di riferimento, bisognerebbe, laddove il legislatore fiscale consenta delle quote di ammortamento maggiorate rispetto al legislatore civilistico,:

1. imputare in bilancio le quote di ammortamento economicamente corrette;
2. compilare il prospetto allegato indicando, come previsto dalla norma in esame, i valori civili e fiscali dei beni e quelli dei relativi fondi.

In tal modo il contribuente potrà comunque godere del vantaggio fiscale.

In definitiva, gli artt. 104 e 103, comma 2 certamente rientrano nell'ambito applicativo della norma in esame in quanto, pur non trattandosi di norme strettamente agevolative, rispondono alla superiore esigenza del Fisco di creare confini certi tra ciò che è consentito e ciò che non lo é.

Sempre con riferimento alla fattispecie degli ammortamenti, il "nuovo" articolo 103, comma 5 del Tuir prevede, al pari del "vecchio" articolo 67, comma 6, che per i **beni di costo unitario inferiore a 516,46 euro** sia consentita la **deduzione integrale** delle spese di acquisizione sostenute. Risulta evidente che, laddove l'ammortamento "integrale" di cui sopra non rispetterà il principio civilistico della residua possibilità di utilizzo del bene, si azionerà il meccanismo di cui all'articolo 110, comma 4; in effetti, appare evidente come anche questa norma, pur non essendo sovvenzionale, ha l'obiettivo di semplificare i rapporti tra contribuente ed Amministrazione finanziaria.

Altra norma che appare, abbastanza chiaramente, rientrante nel perimetro di applicazione dell'articolo 110, comma 4 del t.u.i.r., è quella concernente le **svalutazioni dei crediti afferenti cessioni di beni e**

prestazioni di servizi e dei crediti per interessi di mora. Ci riferiamo in particolare alla normativa di cui al "vecchio" articolo 71 del t.u.i.r.. Tale articolo corrisponde in buona sostanza al "nuovo" articolo 107 del t.u.i.r., tranne per il fatto che sparisce il riferimento agli "eventuali accantonamenti ad apposito fondo di copertura di rischi su crediti". In effetti, ai sensi della normativa in esame, le svalutazioni dei crediti sono deducibili nel limite dello 0,50% del loro valore nominale o di acquisizione fino a che l'ammontare cumulato delle svalutazioni non abbia raggiunto il 5% di tale valore nominale o di acquisizione. Tale norma, oltre ad aver palesato potenzialità inquinanti, risponde ai requisiti di cui ai punti sub a), b) e c) e quindi appare sicuramente rientrante nell'ambito di applicazione del "doppio binario sostanziale". In altri termini, laddove non ricorrano le condizioni per ipotizzare che il valore di presunto realizzo si sia ridotto, sarà necessario che il contribuente, se intende ottenere il vantaggio fiscale, inserisca tali svalutazioni nel prospetto di cui all'articolo 110.

Una ulteriore fattispecie che dovrebbe dare luogo a variazioni da immettere nel prospetto di riconciliazione è rappresentata dagli **accantonamenti per rischi contrattuali su opere, forniture e servizi di durata ultrannuale.** Ai sensi del "nuovo" articolo 94, comma 3 del t.u.i.r. (del tutto analogo al "vecchio" articolo 60, comma 3) è possibile procedere ad un accantonamento per rischi contrattuali su opere e forniture di durata ultrannuale nella misura del 2% per i servizi, le opere e le forniture realizzate in Italia, nella misura del 4% per i servizi le opere e le forniture realizzate all'estero. *Ante* riforma del diritto societario, la disposizione in parola recava chiare potenzialità inquinanti del bilancio ed è per questo motivo che, anche considerando che la finalità sembra identificabile nella volontà di semplificare e rendere certi i rapporti Fisco -contribuente, tale norma sembra rientrare a pieno titolo nel perimetro di applicazione dell'articolo 110, comma 4.

Considerazioni analoghe vanno fatte anche in ordine alle **svalutazioni delle rimanenze** realizzate sulla scorta del "nuovo" articolo 93, comma 4 del t.u.i.r. (corrispondente al "vecchio" articolo 59, comma 4). Ai sensi della norma in parola, si prevede la possibilità, per il contribuente, di procedere ad una svalutazione delle rimanenze al loro valore "normale". Nei casi in cui le svalutazioni a tale valore "normale" risultino maggiorate rispetto a quelle

operabili in base all'andamento desumibile dal mercato, si dovrebbe azionare il meccanismo di cui all'articolo 110, comma 4, lettera b).

4.2.1.3. (Segue): *perplexità applicative connesse al "doppio binario sostanziale"*

Mentre per le norme valutative di cui sopra è apparsa evidente la necessità di un loro inserimento nel prospetto riconciliativo, per altre norme sussistono dubbi e perplexità.

Il nuovo articolo 108 del t.u.i.r. prevede che "gli **accantonamenti** ad apposito fondo del passivo a fronte delle spese **per lavori ciclici di manutenzione** e revisione delle navi e degli aeromobili sono deducibili nella misura del 5% del costo di ciascuna nave o aeromobile quale risulta all'inizio dell'esercizio dal registro dei beni ammortizzabili". Per tale norma permane il riferimento ad un fondo del passivo il che porterebbe a ritenere che, pur confermandosi la deduzione immediata pari al 5% del costo del bene ammortizzabile, non si intenda, da parte del legislatore fiscale, consentire il "doppio binario sostanziale" se tale importo non risulta effettivamente accantonato. D'altra parte va rilevato come, stante la lettera della norma, dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione del "doppio binario sostanziale", tutti gli ammortamenti, le rettifiche e gli accantonamenti; tale disposizione è estremamente ampia e sembra far rientrare nel suo ambito applicativo anche la norma in esame. Inoltre, va sottolineato come l'obiettivo della riforma del diritto societario *in primis* e di quella concernente la tassazione delle imprese *in secundis* sia quello di restituire il bilancio alla sua autonomia funzionale e non quello di porre degli impedimenti al contribuente nella fruizione di vantaggi fiscali.

A questa considerazione si aggiungano le seguenti:

- a) la norma appare finalizzata a stabilire limiti quantitativi alle deduzioni operabili da parte del contribuente al fine di evitare future controversie;
- b) la norma ha indotto, *ante* - riforma del diritto societario, a "inquinamenti di bilancio.

In definitiva, si può quindi dire che, probabilmente, sarebbe corretto, oltre che modificare la norma in parola (eliminando il riferimento al fondo del passivo), ammettere l'inserimento della variazione in diminuzione del reddito nel prospetto esplicativo.

Un ammortamento definibile come “integrale” è consentito con riferimento ai **costi sostenuti per studi, ricerche e pubblicità**. Per tali costi, infatti, il nuovo articolo 109 del t.u.i.r. (corrispondente al “vecchio” articolo 74) prevede la possibilità di una deduzione “integrale” nell'esercizio del sostenimento (o in quote costanti nell'esercizio stesso e nei quattro successivi). Probabilmente, per questa specifica norma pertinente è la obiezione secondo cui l'articolo 110, comma 4, lettera b) del t.u.i.r. riguarda solo ammortamenti rettifiche ed accantonamenti, e non tutte le voci di costo. Oltre alla lettera della norma, va considerato il fatto che tale opportunità appare più come un'agevolazione fiscale che come una norma finalizzata a dare certezza ai rapporti Fisco - contribuente; in altri termini un'eventuale variazione in diminuzione *ex* articolo 109, comma 1 del t.u.i.r. , sebbene tale norma abbia per il passato palesato potenzialità inquinanti, non sembrerebbe da inserire nel prospetto riepilogativo da presentare insieme con la dichiarazione dei redditi.

In questo caso il condizionale è d'obbligo. La norma in esame presenta delicati risvolti che possono suggerire anche una sua diversa interpretazione. Nel caso in cui si volesse ritenere che anche la fattispecie in esame debba trovare una sua collocazione all'interno del prospetto riconciliativo, le si potrebbero pacificamente estendere le considerazioni precedentemente svolte con riferimento agli ammortamenti ed alle altre invece sicuramente da includere nel prospetto.

Ulteriori perplessità concernono la **fiscalità del leasing**. I metodi di contabilizzazione del leasing possono essere i seguenti:

- a) metodo patrimoniale (i beni oggetto della locazione sono rilevati come attività nel patrimonio del locatore mentre l'utilizzatore imputa i canoni corrisposti a conto economico);
- b) metodo finanziario (i beni oggetto della locazione sono iscritti nel bilancio dell'utilizzatore fra le immobilizzazioni e vengono assoggettati ad ammortamento).

Malgrado i principi contabili internazionali mostrino un maggior favore nei confronti del metodo finanziario, il legislatore della riforma del diritto societario non ha inteso adottare il metodo di cui alla lettera b) anche se ha previsto che la nota integrativa deve contenere delle informazioni specifiche con riferimento alle operazioni di leasing (nuovo numero 22 dell'articolo 2427).

Ci si può domandare se sia possibile per le società adottanti il metodo finanziario operare un ammortamento sul costo del bene da realizzarsi a mezzo del prospetto di cui all'articolo 110, comma 4, lettera b) del t.u.i.r.. La risposta a tale quesito sembra essere negativa per tre ordini di considerazioni:

- il nuovo diritto societario, come detto, sembra preferire per il meccanismo dell'imputazione a Conto Economico dei canoni di locazione, salva più ampia informazione in nota integrativa;
- anteriormente alla riforma del diritto societario, la norma concernente la deducibilità dei canoni di leasing non ha palesato particolari potenzialità inquinanti del bilancio d'esercizio;
- l'articolo 103 ai commi 7 e 9 continua a parlare di deduzione dei canoni di locazione per l'utilizzatore e difficilmente i canoni di locazione potrebbero essere assimilati ad ammortamenti e/o a rettifiche di valore.

In definitiva le operazioni di leasing non sembrano rientrare tra quelle rientranti nel perimetro di applicazione del "doppio binario sostanziale".

Consideriamo ora gli **accantonamenti di quiescenza e previdenza** di cui al "nuovo" articolo 106 del t.u.i.r.. Si prevede, in particolare, la deducibilità per un importo non superiore al 3% delle quote di accantonamento annuale del TFR destinate a forme pensionistiche complementari. Tale articolo risulta del tutto analogo al "vecchio" articolo 70 fatta eccezione per l'eliminazione, operata su suggerimento della Commissione Gallo, del riferimento ad una "speciale riserva...che concorre a formare il reddito nell'esercizio e nella misura in cui sia utilizzata per scopi diversi dalla copertura di perdite dell'esercizio o del passaggio di capitale;...". Va detto, circa la norma in parola, che essa non ha prodotto per il passato forme di inquinamento fiscale del bilancio d'esercizio e che appare non una norma atta a eliminare controversie, ma un'agevolazione. Quindi, non sembra che questa rientri nel campo di applicazione dell'articolo 110, comma 4.

4.2.1.4. Schema riepilogativo

Ora è possibile proporre uno schema riepilogativo dal quale evincere quali fattispecie diano luogo a variazioni da immettere nel **prospetto riepilogativo** di cui all'articolo 110 comma 4 lettera b).

FATTISPECIE	ARTICOLO DI RIFERIMENTO	EVENTUALE RICONOSCIMENTO DEL "DOPPIO BINARIO SOSTANZIALE"
Ammortamenti anticipati	Art. 103, comma 3	La variazione va immessa nel prospetto di cui all'articolo 110, comma 4, lettera b)
Ammortamenti di immobilizzazioni materiali ed immateriali	Artt. 103, comma 2 e 104	La variazione va immessa nel prospetto di cui all'articolo 110, comma 4, lettera b)
Ammortamenti di beni di costo inferiore a 516,46 euro	Art. 103, comma 5	La variazione va immessa nel prospetto di cui all'articolo 110, comma 4, lettera b)
Svalutazioni di crediti per cessioni di beni e per prestazioni di servizi o per interessi di mora	Art. 107	La variazione va immessa nel prospetto di cui all'articolo 110, comma 4, lettera b)
Accantonamenti per rischi contrattuali su opere, forniture e servizi di durata ultrannuale	Art. 94, comma 3	La variazione va immessa nel prospetto di cui all'articolo 110, comma 4, lettera b)

Accantonamenti a fronte di spese per lavori ciclici di manutenzione	Art. 108, comma 1	Il legislatore, permanendo il riferimento ad un fondo del passivo, sembra voler concedere la deduzione prevista dalla normativa fiscale solo nel caso di spesa effettiva
Costi sostenuti per studi ricerche e pubblicità	Art. 109, commi 1 e 2	La variazione va apportata in dichiarazione dei redditi
Accantonamenti di quiescenza e previdenza	Art. 106, comma 3	La variazione va apportata in dichiarazione dei redditi

4.2.2. Questioni poste dalla nuova disciplina

Ai sensi del nuovo articolo 110, comma 4 del t.u.i.r., si prevede testualmente:

"Gli ammortamenti dei beni materiali ed immateriali, le altre rettifiche di valore e gli accantonamenti sono deducibili se in un apposito prospetto della dichiarazione dei redditi è indicato il loro importo complessivo, i valori civili e fiscali dei beni e quelli dei fondi relativi. In caso di distribuzione, le riserve di patrimonio netto diverse dalla riserva legale e gli utili d'esercizio, anche se conseguiti successivamente al periodo di imposta cui si riferisce la deduzione, concorrono a formare il reddito se e nella misura in cui l'ammontare delle restanti riserve di patrimonio netto e dei restanti utili portati a nuovo risulti inferiore all'eccedenza degli ammortamenti, delle rettifiche di valore e degli accantonamenti dedotti rispetto a quelli imputati a conto economico, al netto del fondo imposte differite correlato degli importi dedotti..."

È proprio sull'ultima parte dell'articolo in parola che si concentrano le perplessità maggiori; il legislatore fiscale, in effetti, doveva necessariamente compiere una scelta tra:

- a) una gestione totalmente extracontabile degli ammortamenti, accantonamenti e rettifiche di cui al nuovo articolo 110, comma 4, lettera b);
- b) una gestione di tali componenti negative di reddito che si fondasse sulla creazione di riserve in sospensione d'imposta.

Il legislatore con l'articolo in esame ha inteso, per sua stessa ammissione, "contemperare queste due posizioni"; infatti, nella relazione di accompagnamento al decreto delegato si chiarisce che "i benefici fiscali possono essere fruiti da tutte le imprese, anche da quelle che non hanno utili o riserve da vincolare...tuttavia, laddove esistano utili o riserve, questi devono essere mantenuti nell'economia dell'impresa (vale a dire non distribuiti) fino a concorrenza delle deduzioni forfetarie non imputate a conto economico (è esclusa da ogni limitazione la riserva legale)".

Attraverso tale disposizione si porterà l'imprenditore - contribuente "razionale" a non distribuire dividendi laddove i restanti utili e le restanti riserve (fatta salva la riserva legale) non risultino capienti rispetto ai componenti negativi di reddito non transitati in Conto Economico ai sensi dell'articolo 110, comma 4, lettera b). In effetti viene realizzata una sospensione di utili "per massa"; in tal modo il legislatore fiscale ritiene di "evitare...qualsiasi interferenza del sistema fiscale non solo con le poste del conto economico, ma anche con quelle del netto patrimoniale".

Tutto ciò è sicuramente vero se ci limitiamo ad una analisi formale del documento contabile; ci sono, tuttavia, dei dubbi sulla correttezza dell'affermazione del legislatore poco sopra riportata, se ci spostiamo sul piano sostanziale.

Un **esempio** meglio servirà a chiarire quanto appena affermato. Consideriamo, come detto, a titolo esemplificativo, l'ipotesi di una società che nell'esercizio " n " disponga di un impianto iscritto in bilancio al costo storico di 100. Dal punto di vista civilistico la quota di ammortamento corretta è pari a 10 dato che si prevede di poter utilizzare il bene ancora per 9 anni. Andando a considerare la situazione economica della società, si ipotizzi per semplicità che questa abbia conseguito ricavi per 100, non sostenendo peraltro alcun tipo di costo di produzione. In un ambiente normativo quale è quello determinato dal combinato disposto delle riforme del diritto societario e del diritto tributario, l'estensore del bilancio svolgerà esclusivamente valutazioni economicamente corrette senza tenere in alcun conto la normativa fiscale. Ai sensi della normativa fiscale, anche a seguito delle modifiche di cui al decreto introduttivo dell'IRES, si concede di determinare le quote di ammortamento sulla base di coefficienti ministeriali (per semplicità si ipotizzi che il contribuente non abbia interesse a realizzare un ammortamento anticipato). Ipotizziamo, inoltre, che nel caso in questione il coefficiente di ammortamento di cui al decreto ministeriale sia stabilito nella misura del 20%³.

³ Per semplicità non si tiene conto della disposizione fiscale che prevede la riduzione a metà dell'aliquota dell'ammortamento nel primo esercizio.

In definitiva avremo un reddito imponibile pari a 80 ed un utile civilistico pari a 90. La differenza temporanea afferente l'ammortamento degli impianti ammonta, quindi, a 10. In conseguenza le imposte differite per l'anno " n " ammontano a 3,3.

In particolare il bilancio relativo l'anno " n " della ipotetica società in parola risulterà il seguente:

Stato patrimoniale (esercizio n)

Attivo	Passivo
Impianti 100	Fondo imposte differite 3,3
Crediti 70	

Conto economico (esercizio n)

Ricavi	100
Ammortamento impianti	10
Risultato prima delle imposte	90
Imposte sul reddito dell'esercizio	29,7
Imposte correnti	26,4
Imposte differite	3,3
Utile civilistico	60,3

Il prospetto di cui all'articolo 110, comma 4, lettera b) risulterà così strutturato:

**Prospetto da presentarsi ex art. 110 , comma 4, lettera b) del Tuir
(esercizio n)**

Valore civile impianto	90
Valore fiscale impianto	80
Fondo amm.to impianti civilisticamente rilevante	10
Fondo amm.to impianti fiscalmente rilevante	20

Risulta evidente come attraverso la soluzione di compromesso adottata dal legislatore fiscale, si produce un *duplice effetto negativo sulle politiche di distribuzione dei dividendi attuate dalle società*:

- *un effetto indotto dalla contabilizzazione in bilancio delle imposte differite;*
- *un effetto indotto dalla predisposizione di cui all'ultima parte dell'articolo 110, comma 4, lettera b) del Tuir.*

Infatti, la normativa proposta dall'articolo 110, comma 4, lettera b) del Tuir, prevede una ulteriore forma di concorso al reddito nei casi in cui e nella misura in cui gli ammontari imputati al prospetto di cui alla norma in parola, considerati al netto del fondo imposte differite, sono maggiorati rispetto agli utili ed alle riserve permanenti nell'economia dell'impresa; in altre parole si induce un contribuente "razionale" a distribuire utili solo nella misura in cui i restanti utili risultino capienti se rapportati alle rettifiche di cui al "doppio binario sostanziale".

Se ci rifacciamo all'esempio numerico poco sopra riportato possiamo notare che, sebbene l'utile potenzialmente distribuibile sia pari a 60,3 l'utile che effettivamente verrà distribuito da un contribuente razionale sarà pari a 53,6; in altre parole, nell'esempio la norma in parola peserà sulle politiche distributive poste in essere dalla società nella misura dell'11%. Nell'esempio di cui sopra, infatti, ipotizzando una distribuzione totale degli utili conseguiti, le riserve di patrimonio netto (diverse dalla riserva legale) e gli utili d'esercizio concorrono a formare il reddito dato che l'ammontare delle restanti riserve ed utili portati a

nuovo (0) risulta inferiore all'eccedenza degli ammortamenti fiscali su quelli civili (10) al netto del fondo imposte differite correlato gli importi dedotti (3,3) e lo fanno nella misura di 6,7 (da 10-3,3).

In sintesi avremo una situazione di questo tipo:

$$(10-3,3) > 0$$

dove:

- (10-3,3) rappresenta l'eccedenza degli ammortamenti dedotti rispetto a quelli imputati a conto economico, considerata al netto del fondo imposte differite;
- 0 rappresenta gli utili e le riserve che rimangono nell'economia dell'impresa in caso di distribuzione totalitaria degli utili distribuibili.

Ai sensi dell'articolo 110, comma 4, così come strutturato in sede di decreto, si avrà, come detto, un ulteriore concorso al reddito proprio nella misura di 6,7 (vale a dire 10-3,3) dato che in questa misura gli ammontari imputati al prospetto (al netto del fondo imposte differite) eccedono gli utili non distribuiti.

A questo punto, è il caso di fare delle riflessioni sul **significato economico delle imposte differite**.

Le imposte differite si originano nel momento in cui le imposte di competenza sono inferiori alle imposte da pagare (in altri termini il risultato di bilancio è superiore al reddito imponibile); le minori imposte pagate originano un debito verso l'Erario per le imposte differite da pagare in futuro; *attraverso l'iscrizione delle imposte differite in bilancio si annulla, sull'utile d'esercizio, l'effetto negativo afferente il vantaggio fiscale dovuto al pagamento differito*. Le imposte differite si collegano alle differenze temporanee c.d. tassabili che indurranno un incremento dei redditi imponibili futuri a fronte di un decremento del reddito imponibile attuale: le imposte verranno comunque pagate, ma in futuro (o perché si prevede la tassazione di componenti positivi di reddito in esercizi successivi a quello in cui avviene la contabilizzazione ai fini civilistici o perché

si prevede la possibilità che i componenti negativi di reddito vengano portati a deduzione del reddito imponibile in esercizi precedenti a quello di competenza economica). A questo punto va ricordato che la riforma del diritto societario, quanto alla ridefinizione dei rapporti bilancio d'esercizio - normativa fiscale, si è mossa in una duplice direzione: oltre ad eliminare l'appiglio normativo (art. 2426, comma 2) necessario al fine di inquinare lecitamente il bilancio, ha previsto una valorizzazione della fiscalità differita. Tale obiettivo è stato raggiunto attraverso una modifica degli schemi di bilancio e, in virtù del disposto del nuovo art. 2427 n. 14 c.c., attraverso l'illustrazione, in nota integrativa, delle conseguenze di tale fenomeno.

Ciò premesso, è evidente come in un contesto normativo di questo tipo la predisposizione del legislatore fiscale appare quantomeno opinabile. Come chiarito dall'esempio poco sopra riportato, risulta che previsioni tributarie incidono in maniera significativa nella politica di distribuzione dei dividendi delle società, quando invece dovrebbero tendere ad essere il più neutrali possibili.

Peraltro, va sottolineato come, stante l'attuale normativa civilistica recante l'obbligo di presentare il prospetto riepilogativo solo in dichiarazione dei redditi e non anche in nota integrativa, il piccolo risparmiatore, potenzialmente azionista di minoranza della società, non avrà gli strumenti per conoscere l'ammontare delle rettifiche operate *ex* articolo 110, comma 4, lettera b) e, quindi, per ricostruire la quota parte di utili effettivamente distribuibili. In altri termini, se anche si è restituita al bilancio la sua autonomia funzionale di strumento informativo, lo si è fatto in maniera solo formale dato che tale documento non sarà in grado di dare conto delle potenzialità reddituali effettivamente distribuibili dell'azienda (aspetto peraltro non di poco conto nei processi di scelta del piccolo risparmiatore).

Tale problema, peraltro, è amplificato dalla estrema generalità della norma in parola che parla di ammortamenti, rettifiche ed accantonamenti non restringendone quindi il perimetro di applicazione alle sole norme sovvenzionali (va detto, peraltro, che non si intende qui sostenere il favore verso un'interpretazione restrittiva dell'ambito di applicazione del doppio binario sostanziale).

Nel caso delle norme sovvenzionali si potrebbe sostenere che, essendo queste ultime realizzate allo scopo di potenziare il sistema produttivo, i maggiori utili collegati vadano mantenuti nell'economia dell'impresa (e quindi non distribuiti); d'altra parte è difficile fare questo tipo di considerazioni nel caso in cui i maggiori utili si colleghino a norme di determinazione forfetaria del reddito "non agevolative in senso stretto" che "operano a vantaggio sia dei contribuenti...sia a favore del Fisco" e che "hanno la funzione di eliminare controversie su una materia altrimenti di difficile definizione quale...quella delle valutazioni".

Sulla base di quanto poco sopra evidenziato, soprattutto con riferimento al significato economico delle imposte differite, appare oggi meno sentita che un tempo l'esigenza di impedire la distribuzioni di utili non tassati. Inoltre, come sopra evidenziato, attraverso l'esempio, ai sensi dell'articolo 110, comma 4, lettera b), si produce un impedimento "fiscale", anche se solo parziale, alla libertà di distribuire utili da parte delle imprese. Si intende qui sostenere la possibilità di attuare una versione del "doppio binario sostanziale" più ispirata a criteri di neutralità del prelievo anche se indubbiamente meno finalizzata a favorire forme di capitalizzazione delle imprese.

In particolare si intende qui sostenere il favore ad una soluzione in base alla quale l'eccedenza degli ammortamenti, delle rettifiche e degli accantonamenti fiscali rispetto a quelli economici viene confrontata non con il fondo imposte differite ma con un rapporto al cui numeratore vi è il fondo imposte differite correlato agli importi dedotti ed al cui denominatore è posta l'aliquota d'imposta. Tale soluzione dovrebbe avere l'effetto di riuscire ad evitare, nel caso di una corretta contabilizzazione delle imposte differite, la duplice incidenza negativa sulle politiche di distribuzione dei dividendi delle società.

Consideriamo ora l'esempio proposto poco sopra; i dati fondamentali sono i seguenti:

- l'ammortamento fiscalmente rilevante è pari a 20 mentre quello civilisticamente rilevante è pari a 10;
- il risultato economicamente corretto è pari a 90 mentre il reddito imponibile è pari a 80;

- la variazione immessa nel prospetto riconciliativo ha un ammontare di 10;
- il fondo imposte differite correlato agli importi dedotti ammonta a 3,3.

Applicando la soluzione emendativa qui proposta possiamo notare come, in caso di distribuzione totale degli utili, avremo che gli utili e le riserve permanenti nell'economia dell'impresa non risultano inferiori all'eccedenza degli ammortamenti fiscali rispetto a quelli civili considerata al netto del rapporto tra il fondo imposte differite correlato agli importi dedotti e l'aliquota d'imposta.

Infatti, malgrado non si abbiano utili o riserve permanenti nell'economia dell'impresa, le eccedenze imputate al prospetto sono del tutto compensate dal rapporto tra fondo imposte differite e l'aliquota applicata. Avremo, in particolare, la seguente situazione:

$$10 - (3,3/0,33) = 0$$

dove:

- 10 è l'ammontare della differenza tra accantonamenti dedotti ed accantonamenti imputati;
- $(3,3/0,33)$ è il rapporto tra il fondo imposte differite correlato agli importi dedotti e l'aliquota applicata;
- 0 è l'ammontare degli utili e delle riserve permanenti nell'economia dell'impresa in caso di distribuzione totale degli utili distribuibili.

In altre parole non determinandosi alcuna differenza tra l'ammontare degli utili non distribuiti e le rettifiche operate nel prospetto al netto del rapporto di cui sopra, non si produce alcuna ulteriore forma di concorso al reddito. Conseguentemente si evita un ulteriore aggravio sulle politiche distributive poste in essere dalle società.

D'altra parte va anche notato che, con riferimento alla soluzione proposta nel decreto, dovendosi operare un confronto tra un "valore imponibile" (ci si riferisce agli importi transitanti nel prospetto) ed un' "imposta" (ci si riferisce al fondo imposte differite) si avrà sempre una differenza positiva, che si tradurrà in un vincolo ulteriore, di pari importo, alle politiche di distribuzione dei dividendi poste in essere dalle società; con la soluzione qui proposta, invece, si riesce a tenere pienamente conto del significato economico delle imposte differite: eliminare gli effetti sul bilancio di

un temporaneo vantaggio fiscale. L'obiettivo ulteriore che si riesce a raggiungere è, peraltro, quello di fornire il lettore di un documento, il bilancio d'esercizio, che riesce ad essere un efficace strumento comunicativo anche delle potenzialità reddituali effettivamente distribuibili dall'impresa.

In base a quanto poco sopra affermato, la formulazione dell'articolo 110, comma 4 lettera b) potrebbe essere la seguente:

*"Gli ammortamenti dei beni materiali ed immateriali, le altre rettifiche di valore e gli accantonamenti sono deducibili se in un apposito prospetto della dichiarazione dei redditi è indicato il loro importo complessivo, i valori civili e fiscali dei beni e quelli dei fondi relativi. In caso di distribuzione, le riserve di patrimonio netto diverse dalla riserva legale e gli utili d'esercizio, anche se conseguiti successivamente al periodo di imposta cui si riferisce la deduzione, concorrono a formare il reddito se e nella misura in cui l'ammontare delle restanti riserve di patrimonio netto e dei restanti utili portati a nuovo risulta inferiore all'eccedenza degli ammortamenti, delle rettifiche di valore e degli accantonamenti dedotti rispetto a quelli imputati a conto economico, **al netto del rapporto tra il fondo imposte differite correlato agli importi dedotti e l'aliquota di imposta dell'esercizio**"*

Una ulteriore modifica sarebbe da realizzarsi in ordine ai fondi per lavori ciclici di manutenzione, prevedendo l'eliminazione del riferimento all'apposito fondo del passivo.

La formulazione dell'articolo 108, comma 1 dovrebbe essere la seguente:

"Gli accantonamenti a fronte delle spese per lavori ciclici di manutenzione e revisione delle navi e degli aeromobili sono deducibili nei limiti del 5 per cento del costo di ciascuna nave o aeromobile quale risulta dall'inizio dell'esercizio dal registro dei beni ammortizzabili."

In altri termini verrebbero soppresse le parole "ad apposito fondo del passivo".

Peraltro, rendendo la normativa concernente gli accantonamenti per lavori ciclici di manutenzione simile a quella degli altri accantonamenti rientranti nell'ambito applicativo dell'articolo 110, comma 4, lettera b), si riuscirebbe anche ad evitare eventuali fenomeni latenti di inquinamento fiscale del bilancio d'esercizio. Infatti, non si può non considerare il caso in cui il contribuente, al fine di godere del vantaggio fiscale in questione, faccia risultare la valutazione fiscale valida anche dal punto di vista economico (sarebbe poi un problema dell'Amministrazione finanziaria sindacare circa la correttezza di una simile valutazione). In ogni caso le ragioni fondamentali di una modifica in questo senso dell'articolo 108, comma 1 sono le seguenti:

- la norma ha palesato *ante* riforma del diritto societario potenzialità inquinanti;
- la norma appare volta ad eliminare possibili controversie tra Fisco e contribuenti.

In altri termini gli accantonamenti per lavori ciclici di manutenzione e revisione sembrano rientrare a pieno titolo tra quelli di cui all'articolo 110, comma 4, lettera b) del Tuir.

* * *

IL CONSOLIDATO NAZIONALE

5.1. Descrizione della normativa

Il consolidato nazionale rappresenta una delle principali novità previste dalla Legge delega per la riforma del sistema fiscale statale (legge 7 aprile 2003, n. 80) l'attuazione della quale non potrà non passare attraverso una normativa che sia effettivamente in grado di garantire la crescita del sistema produttivo nazionale, così come auspicato dall'*incipit* dell'art. 4 della stessa delega. È alla luce di tali premesse che si deve analizzare se i principi stabiliti dal Parlamento e le aspettative a questi sottese abbiano o meno trovato applicazione negli artt. 118 e ss. della Proposta di Riforma del t.u.i.r..

In via preliminare, è doveroso precisare che il concetto di gruppo in senso fiscale e quello di gruppo in senso civile differiscono tra loro: diverse sono le condizioni da soddisfare perché nei due settori dell'ordinamento si possa parlare di gruppo e diversi sono i ruoli che le società possono assumere nelle due aree. Il gruppo in senso civile risulterà un cerchio che comprenderà il gruppo fiscale, l'ampiezza di questo dipenderà dal numero di società, di quello civile, che soddisferanno i requisiti di cui all'art. 121 della Proposta di riforma e che sceglieranno di esercitare l'opzione per il consolidato. Date queste premesse, potrà addirittura accadere che l'*holding* civilistica resti fuori dal consolidato fiscale e non ne sia la controllante.

Cardine della nuova disciplina è la facoltà data alle società facenti parte di un gruppo, in senso fiscale, di determinare un unico reddito imponibile costituito dalla somma algebrica degli imponibili di ciascuna delle società o enti del gruppo, indipendentemente dalla quota di partecipazione riferibile al soggetto controllante. Il legislatore ha analiticamente individuato una serie di rettifiche da apportare all'unico imponibile: 1) una variazione in diminuzione pari al 5% dei dividendi distribuiti tra le società consolidate, 2) variazioni in

aumento o in diminuzione dipendenti dai componenti di reddito non transitati per il conto economico che le controllate hanno messo a disposizione del gruppo fiscale e 3) variazioni in aumento o in diminuzione per effetto della rideterminazione del pro-rata patrimoniale.

Vige poi la possibilità per le società del gruppo fiscale di optare per un regime di neutralità (almeno ai fini delle imposte dirette) delle cessioni di beni e dei conferimenti in modo da consentire un'allocazione delle risorse di gruppo che non sia completamente influenzata da variabili di tipo fiscale.

La principale opportunità che l'accesso alla tassazione di gruppo offre, comunque, è la possibilità di impiegare liberamente, all'interno del perimetro di consolidamento, le perdite delle singole società al fine di minimizzare il carico fiscale complessivo. Questo è uno dei punti di forza della nuova disciplina ed è probabilmente l'elemento più attraente in un'ottica di pianificazione fiscale.

Il ruolo di garante del corretto adempimento degli obblighi tributari del gruppo viene affidato alla società o ente controllante: questa è tenuta all'adempimento di una serie di doveri che iniziano con quello di provvedere alle rettifiche di consolidamento e terminano con quello di presentazione della dichiarazione e di versamento delle imposte dovute. Le controllate, in questo scenario, non sono però soggetti assolutamente passivi, anzi, assolvendo a precisi oneri di informazione, sono chiamate ad offrire la loro più ampia collaborazione alla capogruppo.

L'accesso ad un perimetro di consolidamento è subordinato alla sussistenza tra le società di rapporti di controllo che il legislatore delegato ha chiaramente illustrato all'art. 121 della Proposta di riforma. La controllante deve partecipare, direttamente o indirettamente ad una certa percentuale del capitale della controllata e/o ad una certa percentuale dei suoi utili. In presenza di queste condizioni, controllante e controllata possono esercitare un'opzione congiunta per usufruire di tale modalità di determinazione della base imponibile. Dall'esercizio di questa opzione, per legge irrevocabile per il suo periodo di validità, discende un'ulteriore conseguenza: la previsione di un regime di responsabilità solidale illimitata per le obbligazioni tributarie relative a quel periodo.

Sono quindi numerose le opportunità che il consolidato offre e le aspettative che è in grado di soddisfare; così come è stata scritta, la disciplina rappresenta un accettabile punto di equilibrio tra le varie esigenze contrapposte che si è cercato di contemperare: da una parte quelle del Fisco, dall'altra quelle degli operatori economici.

Sono quindi numerose le possibilità che ha questo istituto di trovare larga applicazione, ma vi sono anche non pochi punti critici. La normativa, in più circostanze, è troppo rigida: il previsto regime di responsabilità solidale illimitata, tra tutti i membri, per le obbligazioni tributarie del gruppo risponde certo ad esigenze di cautela del gettito, ma rischia di schiacciare controllate di piccole dimensioni. Ancora, il consolidato, nel complesso, sembra rispondere solo alle esigenze delle maggioranze delle società del gruppo senza nemmeno offrire alcuna cautela alle minoranze che rischiano così di vedere frustrate le proprie aspettative. Non ultimo, il principio della libera utilizzabilità delle perdite è certamente ampio, ma non è dato ravvisare effettive esigenze di cautela fiscale per non renderlo, come ben sarebbe possibile, ancora più ampio.

Una prima valutazione delle norme del consolidato nazionale è quindi positiva, ma non pienamente. Sarebbe opportuno apportarvi alcune modifiche proprio nell'intento di raggiungere gli obiettivi stabiliti dal Parlamento.

Elemento chiave della realizzazione di questi scopi passerà, oltre che attraverso le auspiccate modifiche, anche attraverso la fissazione delle **percentuali necessarie per soddisfare i requisiti di controllo che aprono l'accesso a questa disciplina**. Fissare una soglia piuttosto che un'altra amplierà o diminuirà la platea di soggetti che la potranno applicare, ma contemporaneamente renderà più o meno urgenti alcune delle problematiche precedentemente illustrate.

5.2. Aspetti critici, soluzioni e proposte

5.2.1. Esigenze di tutela delle minoranze

Punti critici: la predisposizione di una disciplina sul consolidato fiscale non può prescindere dall'effettuare una riflessione sui problemi riguardanti la tutela della posizione dei soci di minoranza. L'ingresso in un perimetro di consolidamento modifica le strategie di politica fiscale delle singole società (si pensi solo al fatto che gli utili o le perdite di una società possono andare a vantaggio di società diverse da quella che li ha prodotti) e, per espressa previsione legislativa, comporta l'assunzione di una forma di responsabilità solidale in caso di inadempimento degli obblighi tributari di gruppo.

Lo strumento del consolidato rischierà così di essere utilizzato dalle maggioranze delle società per ottenere, a livello di gruppo, vantaggi fiscali dei quali i soci di minoranza delle singole controllate, in realtà, non beneficeranno neppure. Si ipotizzi il caso che il perseguimento di un risultato di gruppo fiscalmente accettabile, sia raggiungibile solo attraverso il sacrificio degli interessi di una delle società del gruppo. Ciò causerà uno svantaggio ai soci di minoranza di questa, che non necessariamente troverà compensazione nel successivo, ed eventuale, scambio tra le società interessate di somme a titolo di contropartita dei vantaggi fiscali attribuiti o ricevuti.

Soluzioni ad una simile situazione non si rinvengono nella disciplina fiscale; le si possono ricercare nella disciplina del diritto societario recentemente riformato. La Riforma Vietti ha riconosciuto la possibilità, per una minoranza qualificata di soci di esperire un'azione di responsabilità contro gli amministratori (art. 2393 *bis* c.c.). Tale rimedio rischia però di non essere tempestivo e di non garantire un'efficace tutela ai soci.

Il codice civile prevede, in aggiunta, una particolare forma di responsabilità degli amministratori nell'esercizio, a qualunque titolo, di attività di direzione e coordinamento (art. 2497 c.c.). Questa tutela potrà forse risultare

più efficace della precedente e potrà essere un valido deterrente, salva comunque la necessità di apportarvi alcune correzioni.

Proposta: il sistema normativo, complessivamente considerato, risulta sufficientemente completo. Sarebbe però opportuno prevedere alcune puntualizzazioni.

La nozione di esercizio di attività di direzione e coordinamento è valida ai fini della normativa di diritto civile, mentre l'art. 121 ricorre ad un concetto diverso valido solo a fini fiscali. Potrà perciò risultare che la società controllante fiscale non eserciti sulla società controllata fiscale un'attività qualificabile in senso civile quale attività di direzione e coordinamento. Potrebbe anzi accadere che entrambe le società subiscano il coordinamento (civilisticamente rilevante) di una società terza esterna al perimetro di consolidamento fiscale. A queste condizioni, gli amministratori delle società consolidate, facilmente, potrebbero sottrarsi alla responsabilità di cui all'art. 2497 c.c. lasciando così del tutto insoddisfatte le minoranze. Al fine di prevenire queste conseguenze, sarebbe opportuna una norma che prevedesse l'applicabilità del regime di cui all'art. 2497 c.c. anche nei confronti degli amministratori di quelle società che hanno esercitato l'opzione per l'applicazione della disciplina del consolidato fiscale nazionale.

Un'ulteriore soluzione alla problematica qui evidenziata può essere indirettamente offerta dalla norma di cui all'art. 121 della Proposta di t.u.i.r. che dovrà indicare le percentuali di partecipazione da rispettare per poter accedere alla disciplina sul consolidato. Una soluzione ai punti critici del sistema può provenire proprio da questa scelta. Garantirà certamente una maggiore efficienza del sistema il fatto che la disciplina sul consolidato valga per realtà societarie già tra loro fortemente coese, in cui è già estremamente elevato il livello di integrazione economica. La tutela delle contrapposte esigenze della società e dei soci di maggioranza e di minoranza si raggiungerà così all'interno delle società stesse. Non si deve poi dimenticare che i principali Paesi dell'Unione Europea che hanno introdotto una simile disciplina, richiedono la sussistenza di percentuali di partecipazioni molto elevate, normalmente è richiesta una partecipazione di tipo pressoché totalitario: Francia ed Olanda, a titolo di esempio, richiedono una partecipazione della controllante nella

controllata pari ad almeno il 95% del capitale sociale. A tal proposito, non si deve dimenticare che la delega stessa impone al governo di adottare un modello fiscale omogeneo a quello in essere nei Paesi membri dell'Unione Europea.

Concludendo, in aggiunta al completamento dell'art. 121 con una percentuale il più elevata possibile, sarebbe opportuno inserire all'art. 119 rubricato Effetti dell'esercizio dell'opzione, un comma 5 così formulato:

5. L'esercizio dell'opzione per la tassazione di gruppo di cui all'art. 118 comporta inoltre l'applicabilità agli amministratori della società controllante e della società controllata del regime di responsabilità di cui all'art 2497 c.c. .

5.2.2. Responsabilità solidale per obbligazioni tributarie

Punti critici: la disposizione di cui all'art. 129 Proposta di riforma del t.u.i.r. prevede una forma di responsabilità solidale illimitata tra le società del gruppo per le obbligazioni tributarie sorte negli esercizi di validità dell'opzione per il consolidato.

Viene così prevista una forma di responsabilità a carattere quasi sanzionatorio che rischia di pregiudicare il successo della disciplina. Si ipotizzi una controllata del gruppo, con un modesto giro di affari, solidalmente responsabile per l'evasione fiscale prodotta da un'altra società del gruppo con un elevato giro di affari. La prima società potrebbe non avere i mezzi finanziari per adempiere all'obbligazione, se non rischiando il fallimento e la cessazione delle proprie attività. Questo si tradurrebbe in un grave pregiudizio per i soci (in particolare per quelli di minoranza a cui già sono riconosciuti minimi mezzi di tutela).

Ancora, una società potrebbe perdere valore in sede di un'eventuale vendita. Si immagini di dover provvedere alla cessione di una società, pendente il termine per l'esercizio da parte dell'Amministrazione finanziaria del potere di accertamento sulle imposte del gruppo. Ove fosse accertato che una sola delle società del gruppo non avesse rispettato alcune norme fiscali, anche la società prossima ad essere ceduta, del tutto estranea ai fatti, sarebbe responsabile per le maggiori imposte dovute e così anche l'eventuale nuovo proprietario.

Il mantenimento dell'attuale regime di responsabilità solidale potrebbe anche dare luogo ad una violazione dei principi generali dell'ordinamento tributario. Infatti, una società potrebbe trovarsi a pagare imposte relative a redditi di cui non ha il possesso e che non sono manifestazione di una sua ricchezza. Si può rischiare, nascondendosi dietro l'istituto della responsabilità solidale illimitata, di incorrere in una violazione del principio di capacità contributiva.

Proposta: precisare che con il termine “imposte” attualmente usato all’art. 129, in realtà, si vuole indicare la sola Imposta sul Reddito delle Società costituirebbe un iniziale utile chiarimento al fine di evitare future contestazioni.

Ma, in particolar modo, sarebbe quanto mai opportuno stemperare le rigidità della norma in commento sostituendo al previsto regime di responsabilità solidale ed illimitata un più articolato regime di solidarietà. La legge delega a tale proposito impone solo di prevedere un generico regime di responsabilità solidale delle società tra loro, non vieta di declinare secondo ragionevolezza tale regime. Occorre riflettere sul fatto che, nel sistema del consolidato, mentre la controllante fiscale viene resa destinataria di vari obblighi finalizzati alla determinazione dell’imposta di gruppo, le controllate, invece, sono chiamate ad adempiere solo ad alcuni doveri che si sostanziano in un generale obbligo di fornire alcune informazioni alla controllante. Non è quindi prevista alcuna forma di comunicazione delle controllate tra loro. In virtù di queste considerazioni, dal momento che è la sola controllante ad essere in grado di conoscere in modo completo e preciso la situazione di gruppo, darebbe una maggiore coerenza all’istituto l’inserimento di un onere di previa escussione della società che riveste il ruolo di controllante e della società che, in seguito ad accertamento da parte dell’Amministrazione finanziaria, è risultata inadempiente agli obblighi tributari relativi alla determinazione dell’imponibile.

In aggiunta, per evitare le conseguenze più penalizzanti della disciplina si potrebbe stabilire una limitazione della responsabilità delle altre società controllate alla sola imposta che da esse sarebbe stata dovuta in base alle risultanze delle dichiarazioni comunicate alla società controllante di cui all’art. 122, co. 1 lett. a). Una simile impostazione risulterebbe poi coerente con quanto già previsto in tema di Iva infragruppo ove le singole società sono chiamate a rispondere in solido con la controllante, ma nei limiti delle somme o imposte risultanti dalle proprie liquidazioni periodiche o dalle proprie dichiarazioni e non versate dall’ente o società controllante.

Inoltre, si potrebbe cercare di far riconquistare una certa razionalità alla disposizione in esame, intervenendo sulla **percentuale** di cui all’art. 121 in tema di requisiti **di controllo**. Un attento intervento sulla percentuale di partecipazione prevista dal summenzionato articolo potrebbe concorrere a

rendere la restrittiva disciplina della responsabilità meno rigida e penalizzante. Sarebbe opportuno che il consolidato fosse utilizzabile da società tra le quali già esiste un legame economico abbastanza forte e quindi sarebbe funzionale alle finalità della disciplina che l'esistenza di tale legame venisse sottolineata dalla fissazione di una percentuale di partecipazione elevata. Sarebbe una cautela interna al sistema stesso.

Come già in precedenza accennato, uno sguardo di tipo comparatistico ai sistemi fiscali dei principali Paesi dell'Unione Europea offre un sostegno a questa impostazione: la soglia minima richiesta per l'utilizzo dell'istituto del consolidato, ove conosciuto, è, come già detto, di norma molto elevata: a titolo di esempio, si pensi a Francia ed Olanda che richiedono il 95% di partecipazione al capitale sociale della controllata. Non si deve dimenticare che la delega impone al governo di adottare "un modello fiscale omogeneo a quelli più efficienti in essere nei Paesi membri dell'Unione Europea".

Intervenendo sull'art. 121 si potrebbero così bilanciare le due opposte esigenze in gioco: l'allargamento della platea di soggetti che possono accedere al consolidato e la tutela delle società e dei soci che vi partecipano.

Per evitare l'incommerciabilità delle quote azionarie delle società che accedono ad un gruppo fiscale, si potrebbe inoltre valutare di applicare il meccanismo di cui all'art. 14 d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, la possibilità del rilascio di un certificato sull'esistenza di contestazioni in corso e di quelle già definite, ed in caso di contenuto negativo, garantire i relativi effetti liberatori a favore dell'acquirente.

Si propone pertanto di riformulare l'art. 129 come segue:

art. 129: Responsabilità. Per gli esercizi in cui è avvenuto l'esercizio dell'opzione di cui all'art. 118, le società controllate sono responsabili in solido, nei limiti dell'imposta che sarebbe stata dovuta in base alle risultanze della dichiarazioni comunicate alla società controllante di cui all'art. 122, co. 1 lett. a), previa escussione dell'ente o società controllante e della società controllata che in seguito ad accertamento da parte dell'Amministrazione finanziaria, è risultata

inadempiente agli obblighi tributari relativi alla determinazione dell'imponibile.

Se si verifica l'ipotesi di cui all'art. 126 co. 1, anche decorso il triennio, gli uffici dell'amministrazione finanziaria e gli enti preposti all'accertamento dei tributi territorialmente competenti, sono tenuti, su richiesta dell'interessato, a rilasciare un certificato sull'esistenza di contestazioni in corso e di quelle già definite per le quali i debiti non sono stati soddisfatti. Il certificato, se negativo, ha pieno effetto liberatorio della società ceduta, del pari liberata ove il certificato non sia rilasciato entro --- giorni dalla richiesta.

5.2.3. Trattamento delle perdite relative agli esercizi anteriori

Punti critici: la facoltà di portare le perdite in compensazione rappresenta uno dei punti di forza del sistema del consolidato fiscale. La proposta di t.u.i.r. viene però a limitare tale facoltà più di quanto la stessa legge delega richieda.

L'art. 119 co. 2 prevede che le perdite fiscali anteriori all'inizio della tassazione di gruppo siano utilizzabili solo dalle società cui si riferiscono. Sono quindi portabili in compensazione solo le perdite che le società realizzano dopo che è stato effettuato l'esercizio dell'opzione.

La delega richiedeva di intervenire sulle sole perdite anteriori all'ingresso di una società nel gruppo cioè solo su quelle realizzate prima del verificarsi della situazione di controllo. Applicando questo principio, risulterebbero portabili in compensazione anche le perdite prodotesi tra il momento in cui la controllata è divenuta tale ed il momento in cui è stato effettuato l'esercizio dell'opzione. La proposta di t.u.i.r. prende una posizione ingiustificatamente restrittiva che rischia di limitare "l'appetibilità" del ricorso al meccanismo del consolidato. Le perdite prodotte prima dell'esercizio dell'opzione rischiano di non venire utilizzate tanto dalla controllata, qualora questa continui a chiudere i propri esercizi in perdita, quanto dal gruppo perché la legge glielo vieta.

A queste condizioni, la controllante, per utilizzare queste perdite altrimenti inutilizzabili, sarà costretta a preferire meccanismi diversi dal consolidamento (es. una fusione). Una simile restrizione all'utilizzo delle perdite non è giustificabile alla luce di effettive cautele fiscali e, soprattutto, rischia di determinare una paralisi nel ricorso al nuovo istituto. Se effettive esigenze di cautela fiscale (evitare il commercio delle c.d. "bare fiscali") suggeriscono di impedire l'utilizzo delle perdite anteriori all'ingresso nel gruppo, le medesime esigenze cessano con l'ingresso di una società nel gruppo.

Alle condizioni attuali, a meno che le società non optino per la determinazione dell'unica base imponibile non appena soddisfatti i requisiti di controllo, potranno non trovare più alcuna convenienza nel ricorso alla nuova disciplina; anzi, utilizzarla potrebbe significare perdere la possibilità di portare perdite in compensazione di futuri redditi che è proprio uno dei principali incentivi all'esercizio dell'opzione.

Proposta: risulterebbe opportuno, per incentivare e facilitare il ricorso al consolidato, modificare l'art. 119 co. 2 della Proposta di t.u.i.r. ritornando a quanto disposto dalla legge delega, formulandolo come segue:

*art. 119: Effetti dell'esercizio dell'opzione: 1) ... 2) **le perdite fiscali relative agli esercizi anteriori all'ingresso della società nel gruppo di cui alla presente sezione possono essere utilizzate solo dalle società cui si riferiscono, omissis***

* * *

La sottocapitalizzazione

6.1. Descrizione della normativa

L'art. 4 comma 1, lett. g) legge 80/03 invitava il governo ad introdurre un limite alla deducibilità degli oneri finanziari relativi a finanziamenti erogati o garantiti da soci qualificati o da parti correlate; in altre parole, veniva richiesto che si procedesse all'introduzione di una normativa organica in tema di contrasto all'utilizzo fiscale della sottocapitalizzazione delle imprese.

Il legislatore delegato ha assolto a tale compito all'art. 99 del nuovo t.u.i.r. . L'obiettivo perseguito è quello di porre un freno alla prassi di finanziare le società attraverso capitale di debito (piuttosto che attraverso capitale di rischio) al solo scopo di poter dedurre dal reddito imponibile delle società medesime gli interessi passivi pagati in seguito alla stipula di contratti di mutuo, cui corrisponde una tassazione agevolata degli interessi in capo ai percipienti. Queste operazioni permettono alle società di ottenere un rilevante vantaggio fiscale e di procedere indirettamente alla distribuzione di utili grazie, appunto, alle "asimmetrie" del sistema.

Per evitare tale fenomeno, è stata prevista l'indeducibilità delle remunerazioni, pagate ai soci o a loro parti correlate, a titolo di corrispettivo dei finanziamenti eccedenti, in qualsiasi momento durante l'esercizio sociale, il quadruplo delle quota di patrimonio netto contabile riferibile al socio finanziatore o alle sue parti correlate.

Come richiesto dalla legge delega, viene però riconosciuta alle società la possibilità di dimostrare, per paralizzare l'applicazione della suddetta disciplina e del conseguente regime di indeducibilità, che l'ammontare di detti finanziamenti sia giustificato dalla propria ed esclusiva capacità di credito e che gli stessi sarebbero stati erogati anche da terzi indipendenti. Tale disposizione costituisce un'importante cautela in linea con le finalità della disciplina: non il contrasto al fenomeno della sottocapitalizzazione in sé, ma al suo utilizzo in

chiave elusiva. L'efficacia di questa esclusione sarà però da valutarsi in sede procedimentale e processuale dove si può fin d'ora prevedere che per le società potrà non essere agevole assolvere adeguatamente a quest'onere probatorio.

Il legislatore ha poi provveduto a definire accuratamente gli elementi della fattispecie ed in particolare le nozioni di socio, di parte correlata e di finanziamento ed ha indicato in modo dettagliato le modalità da seguire per provvedere alla calcolo del rapporto tra l'ammontare complessivo dei finanziamenti riferibili a ciascun socio e delle sue parti correlate e della quota di patrimonio netto contabile di pertinenza dei medesimi.

L'articolo in commento, ricco di precisazioni tecniche, risulta sostanzialmente rispondente allo scopo ed agli indirizzi fissati dalla delega. È trasparente l'intenzione del legislatore di concepire una normativa la più completa possibile per contrastare efficacemente il ricorso da parte delle imprese all'indebitamento quale mezzo per ridurre l'imponibile fiscale. Una valutazione complessiva è quindi positiva, ma non si può tralasciare di sollevare alcuni spunti critici.

6.2. Aspetti critici, soluzioni e proposte

6.2.1. Clausole di esclusione e normativa comunitaria

Punti critici: la norma di cui all'art. 99 del nuovo t.u.i.r. sostanzialmente rispetta i principi di cui alla legge delega e cerca di offrire un quadro di riferimento il più completo possibile. Un attento confronto tra la normativa di principio e quella attuativa offre però lo spunto per alcune riflessioni.

La delega prevedeva che la norma non avrebbe dovuto trovare applicazione laddove gli oneri finanziari in discussione fossero confluiti in un reddito imponibile ai fini IRES o IRE. È stata effettuata la scelta di non riproporre nel testo definitivo tale indicazione. Il motivo di questa decisione è da ricercare nell'obiettivo di evitare più che probabili censure di matrice comunitaria. La normativa italiana viene così allineata alla più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea formatasi in seguito alla sentenza *Lankhorst* che interviene sulla normativa tedesca in tema di *thin capitalization*, stabilendo l'illegittimità di tale normativa nella parte in cui prevedeva l'indeducibilità degli interessi pagati a società non residenti.

Così, il legislatore, non volendo estendere la deducibilità agli interessi corrisposti alle società non residenti, la ha anche negata per gli interessi corrisposti a società residenti, ancorché non si verifichi in tal caso alcun "salto d'imposta".

Date queste premesse, occorre però riflettere sulla circostanza che, in una prospettiva nazionale, l'attuazione dell'esenzione prevista dalla delega avrebbe certamente conferito al sistema maggiore coerenza. Si sarebbe potuto rafforzare l'obiettivo di perseguire effettivamente solo i fenomeni realmente patologici di sottocapitalizzazione. Sarebbe pertanto opportuno valutare l'opportunità di rimeditare la scelta fatta.

Proposta: Per non incorrere in censure da parte delle Autorità comunitarie, si dovrebbe introdurre l'esenzione estendendone l'applicabilità anche al caso in cui gli oneri finanziari in discussione confluiscono in un reddito imponibile in uno dei Paesi dell'Unione Europea.

Una simile scelta garantirebbe la massima parità di trattamento tra residenti e non. Conseguenza negativa sarebbe quella di poter vedere frustrate le ragioni di gettito dell'erario. Quindi, per non correre tale rischio, ed evitare il ricorso a facili manovre elusive, si potrebbe valutare l'applicabilità di un meccanismo analogo a quello di cui all'*ex art. 76 comma 7 ter t.u.i.r.* La società italiana potrebbe cioè ottenere la disapplicazione della normativa sulla sottocapitalizzazione in caso di remunerazioni corrisposte a soggetti residenti in uno dei Paesi dell'Unione Europea, previa dimostrazione dell'effettività della tassazione degli interessi pagati in quello Stato. Per impedire che tale adempimento procedurale costituisca un inutile aggravio a danno delle società ed a carico del Fisco e che produca il rischio di ulteriori censure di tipo comunitario (la Corte di giustizia Europea ritiene infatti illegittime anche le discriminazioni sul piano procedurale), sarebbe opportuno prevedere l'emanazione di un apposito decreto ministeriale contenente una "*white list*" dei Paesi dell'Unione Europea e delle imposte che soddisfano le suddette condizioni, lista da aggiornarsi periodicamente a cura del Ministero.

In questa maniera si interverrebbe in via preventiva e si eliminerebbero le temute disparità di trattamento. La richiesta che le società possono inoltrare all'Amministrazione finanziaria sarebbe così solo un'ulteriore cautela.

Data la natura unitaria dell'argomento in trattazione, ci si riserva di suggerire alla fine del documento una possibile formulazione alternativa dell'articolo in commento

6.2.2. La sterilizzazione degli effetti della partecipazioni societarie “a catena”

Punti critici: la delega prevedeva poi che, ai fini della determinazione del coefficiente di indebitamento, venissero sterilizzati gli effetti derivanti da partecipazioni societarie “a catena”. L’art. 99 del nuovo t.u.i.r. non prevede nulla al riguardo.

Sarebbe prudente specificare al comma 3 lett. e) che ai fini dell’individuazione della quota di pertinenza del socio qualificato e delle sue parti correlate si tiene conto dell’effetto demoltiplicativo prodotto dall’esistenza di una catena societaria. L’introduzione di questa disposizione farebbe sì che l’ammontare complessivo dei finanziamenti di una società, a fini fiscali, non potrebbe superare, complessivamente, quattro volte il suo patrimonio netto contabile. La delega sembrerebbe auspicare questo.

In assenza di una simile disposizione, il predetto limite potrebbe, invece, essere superato. Si ipotizzi la società A con due soci in parti uguali: il socio X e la società B, soci della quale sono ancora il sig. X e il sig. Y al 50% . Fatto 100 il patrimonio netto contabile della società A, tenendo conto dell’effetto demoltiplicativo prodotto dalla catena societaria di controllo, al sig. X sarebbe riconducibile il 75% del patrimonio della società A, al sig. Y il 25%; le relative quote massime di indebitamento deducibile per la società sarebbero 300 e 100 (400 in totale cioè quattro volte il patrimonio netto contabile). In assenza di una precisa indicazione si potrebbe omettere di tenere conto degli effetti della catena, quindi a X sarebbe riconducibile il 100% (50% in proprio e 50% in quanto socio della società B) e ad Y il 50%, le relative quote di indebitamento sarebbero 400 e 200 (600 in totale). Si potrebbe assistere ad una ingiustificata duplicazione di quote. Dove il legislatore ha voluto che si tenesse conto dell’effetto demoltiplicativo della catena societaria lo ha espressamente indicato, ad esempio in materia di consolidato; *a contrario*, in assenza di ogni indicazione, si potrebbe legittimamente ritenere che il legislatore in questa sede non abbia voluto che si tenga conto di tale effetto.

La delega, invece, invita il governo a provvedere, anche ai fini delle norme sulla sottocapitalizzazione, alla sterilizzazione degli effetti delle catene societarie e sembrerebbe quindi voler evitare proprio quegli effetti distorsivi precedentemente descritti. In sede di approvazione del provvedimento delegato, sarebbe opportuno che le precauzioni che la delega poneva trovassero applicazione.

Proposta: Sarebbe prudente specificare al comma 3 lett. e) che ai fini dell'individuazione della quota di pertinenza del socio qualificato e delle sue parti correlate si tiene conto dell'effetto demoltiplicativo prodotto dall'esistenza di una catena societaria.

Data la natura unitaria dell'argomento in trattazione, ci si riserva di suggerire alla fine del documento una possibile formulazione alternativa dell'articolo in commento

6.2.3. La nozione di parti correlate

Punti critici: un altro spunto di riflessione è offerto dalla definizione di parti correlate di cui al comma 3 lett. b). Qui viene previsto un rimando alla norma di cui all'art. 5 co. 5 del nuovo t.u.i.r..

Se letto allo stato attuale della legislazione, tale richiamo non comporta critiche, l'elencazione di questo articolo risulta infatti estremamente ampia. Se però si guarda in avanti ed in particolare si intende che questo riferimento vada all'art. 6 comma 5 della futura IRE, come nella bozza di Testo Unico diffusa su Internet, si può ravvisare come tra i soggetti indicati in tale articolo manchi il coniuge.

Questa assenza può risultare significativa in chiave elusiva.

Proposta: Indipendentemente dal fatto che si tratti di una questione di mancato raccordo o della volontà del legislatore di modificare la nozione di familiari ai fini dell'IRE, comunque, almeno ai fini della normativa sulla sottocapitalizzazione, sarebbe certamente opportuno ovviare all'eventuale futura distonia ed includere anche il coniuge nel novero delle parti correlate.

Data la natura unitaria dell'argomento in trattazione, ci si riserva di suggerire alla fine del documento una possibile formulazione alternativa dell'articolo in commento

6.2.4. Le modalità di calcolo del rapporto indebitamento/patrimonio netto

Punti critici: la precisazione per cui il superamento del rapporto indebitamento/ patrimonio netto contabile produce il medesimo effetto di ineducibilità in qualsiasi momento dell'esercizio sociale si verifichi, è certamente giustificata per evitare manovre dell'ultima ora, ma potrebbe avere come effetto collaterale quello di condurre a indesiderate complicazioni. Sembrerebbe doversi provvedere al calcolo del rapporto con cadenza giornaliera e a doversi evidenziare giornalmente l'eventuale superamento della soglia.

Proposta: Si potrebbe, forse, modificare il rapporto facendo riferimento, al numeratore, all'ammontare complessivo medio dei finanziamenti del periodo di imposta e, contestualmente per rendere omogeneo il denominatore, si dovrebbero apportare alcune variazioni al comma 3, lett. e), n. 1) e 2). In questi casi il riferimento dovrebbe andare al valore medio dei crediti risultanti dall'attivo patrimoniale ed al valore medio di libro delle azioni proprie in portafoglio.

Data la natura unitaria dell'argomento in trattazione, ci si riserva di suggerire alla fine del documento una possibile formulazione alternativa dell'articolo in commento

6.2.5. Il valore del rapporto indebitamento/patrimonio netto

Punti critici: il valore del c.d. *debt/equity ratio* è stato fissato dal legislatore italiano in 4/1. La relazione di accompagnamento suggeriva di ispirarsi al modello tedesco che lo fissa in 1,5/1 per tutte le società e 3/1 per le società la cui attività istituzionale consiste nell'assunzione di partecipazioni.

Se si possono individuare Stati europei che fissano il medesimo rapporto ad un livello particolarmente elevato (ad esempio l'Austria che lo fissa in 10/1) ve ne sono altri che prevedono regole più restrittive, ad esempio la Gran Bretagna che, sostanzialmente, come prassi, ricorre al rapporto 1/1, la Francia che utilizza un rapporto 1,5/1.

La scelta italiana, in relazione al regime fiscale tedesco suggerito quale termine di paragone, ed in combinato disposto con l'esclusione dall'applicazione delle disciplina delle società cui si applicano gli studi di settore, risulta particolarmente "generosa". Se è efficace per le società che istituzionalmente esercitano attività di assunzione di partecipazioni, può forse ritenersi fin troppo elastica per le altre società. Può indubbiamente servire a porre un limite all'utilizzo fiscale alla sottocapitalizzazione, ma, volendo procedere con un intervento più deciso, si potrebbe considerare l'ipotesi di modificare tale limite in senso restrittivo.

A conferma di questa ipotesi si possono effettuare alcune notazioni di diritto comparato. In Italia, le norme sulla *thin capitalization* dovrebbero essere applicate solo con riferimento ai rapporti di finanziamento sussistenti tra società e soci (o parti correlate), come in Germania e Francia. Una normativa sulla sottocapitalizzazione potrebbe invece presentare anche tratti più ampi e prendere in considerazione tutti i rapporti di finanziamento relativi ad una società (ad esempio in Austria dove le norme sulla sottocapitalizzazione, di origine giurisprudenziale ed amministrativa, prevedono che sia preso in considerazione il complesso dei finanziamenti). Gli Stati che hanno effettuato la scelta di restringere la nozione di finanziamento usano di solito un valore del

rapporto debito/capitale sociale basso, gli Stati che ricorrono, invece, ad una nozione più ampia, solitamente ricorrono ad un rapporto più elevato.

Proposta: La disciplina italiana potrebbe risultare ibrida e potrebbe quindi meritare un ripensamento alla luce degli orientamenti presi dai principali Stati Europei.

Data la natura unitaria dell'argomento in trattazione, ci si riserva di suggerire alla fine del documento una possibile formulazione alternativa dell'articolo in commento

6.2.6. Proposta emendativa dell'art. 99 t.u.i.r.

Alla luce delle considerazioni precedentemente effettuate, l'articolo in commento potrebbe essere formulato come segue:

Art. 99: Contrasto all'utilizzo fiscale della sottocapitalizzazione:

1. La remunerazione dei finanziamenti eccedenti di cui al comma 4, direttamente o indirettamente erogati o garantiti da un socio qualificato o da una sua parte correlata, è indeducibile dal reddito imponibile qualora:

*a) il rapporto tra l'ammontare complessivo **medio** dei finanziamenti di cui al comma 4 e la quota di patrimonio netto contabile di pertinenza del socio medesimo e delle sue parti correlate, aumentato degli apporti di capitale dallo stesso socio effettuati in esecuzione dei contratti di cui all'articolo 110, comma 9, lettera b), in qualsiasi momento durante l'esercizio sociale sia superiore a quello di quattro a uno;*

*b) **la remunerazione non confluisca nel reddito imponibile ai fini delle imposte personali del socio o delle sue parti correlate di cui alla lettera precedente, fiscalmente residenti in uno dei Paesi membri dell'Unione Europea. Nel caso in cui le suddette remunerazioni confluiscono nel reddito imponibile del socio o di una sua parte correlata fiscalmente residente in un Paese dell'Unione Europea questa disposizione si applica a condizione che la società residente in Italia fornisca la prova che le remunerazioni corrisposte ai soci e parti correlate europee siano ivi effettivamente imponibili. Il governo è impegnato ad emanare ed aggiornare periodicamente un apposito decreto contenente l'indicazione dei Paesi dell'Unione europea per i quali la confluenza di detti interessi passivi in un reddito imponibile è presunta.***

2. Il comma 1 non si applica nel caso in cui il contribuente debitore fornisce la dimostrazione che l'ammontare dei finanziamenti di cui al comma 4 è giustificato dalla propria esclusiva capacità di credito e che conseguentemente gli stessi sarebbero stati erogati anche da terzi indipendenti con la sola garanzia del patrimonio sociale.

3. Ai fini dell'applicazione del comma 1:

a) si considerano eccedenti i finanziamenti di cui al comma 4 per la parte del loro ammontare che eccede il rapporto di cui al comma 1, considerando prioritariamente tali quelli con la remunerazione più elevata;

b) si considerano parti correlate al socio qualificato le società da questi controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile e se persona fisica anche **il coniuge ed** i familiari di cui all'articolo 5, comma 5;

c) il socio è qualificato quando direttamente o indirettamente partecipa al capitale sociale con una percentuale pari o superiore al 10 per cento, alla determinazione della quale concorrono le partecipazioni detenute da sue parti correlate;

d) ai finanziamenti erogati o garantiti dal socio qualificato si aggiungono quelli erogati o garantiti da sue parti correlate;

e) per il calcolo della quota di pertinenza del socio qualificato e di sue parti correlate, **calcolate tenendo conto dell'eventuale demoltiplicazione prodotta dalla catena societaria di controllo**, si considera il patrimonio netto contabile, così come risultante dal bilancio relativo all'esercizio precedente, comprensivo dell'utile dello stesso esercizio non distribuito, rettificato in diminuzione per tenere conto:

1) **del valore medio** dei crediti risultanti nell'attivo patrimoniale relativi ad obblighi di conferimento ancora non eseguiti;

2) del valore **medio** di libro delle azioni proprie in portafoglio;

3) delle perdite subite nella misura in cui entro la data di approvazione del bilancio relativo al secondo esercizio successivo a quello cui le stesse si riferiscono non avvenga la ricostituzione del patrimonio netto mediante l'accantonamento di utili o l'esecuzione di conferimenti in danaro o in natura;

4) del minore tra il valore di libro e il patrimonio netto contabile delle partecipazioni in società controllate e collegate di cui all'articolo 72, comma 1, lettera a) e dell'articolo 5.

4. Ai fini della determinazione del rapporto di cui alla lettera a) del comma 1 rilevano i finanziamenti erogati o garantiti dal socio qualificato o da sue parti correlate intendendo per tali quelli derivanti da mutui, da depositi di danaro e da ogni altro rapporto di natura finanziaria.

5. Ai fini della determinazione del rapporto di cui al comma 1 non rilevano i finanziamenti assunti nell'esercizio dell'attività bancaria o dell'attività svolta dai soggetti indicati nell'articolo 1 del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n.87, con esclusione delle società di cui all'articolo 59 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che esercitano attività nei confronti delle società del gruppo.

6. Si intendono garantiti dal socio o da sue parti correlate i debiti assistiti da garanzie reali, personali e di fatto fornite da tali soggetti anche mediante comportamenti ed atti giuridici che, seppure non formalmente qualificandosi quali prestazioni di garanzia, ottengono lo stesso effetto economico.

7. Il presente articolo non si applica ai contribuenti il cui volume di ricavi non supera le soglie previste per l'applicazione degli studi settore.

* * *