



RIFORMA FISCALE

Thin capitalization, principi della Corte di Giustizia e riflessi in alcuni Stati membri

di Piergiorgio Valente

La Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGCE) rappresenta l'istituzione giurisdizionale dell'Unione europea (UE), cui è affidato il compito di garantire il "rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione" in virtù dell'art. 220 del Trattato istitutivo della Comunità europea, nonché delle norme adottate dalle istituzioni comunitarie competenti (il cosiddetto "diritto derivativo").

Alla giurisprudenza della Corte di Giustizia è attribuito un ruolo decisivo nelle materie riguardanti la tutela delle quattro libertà fondamentali di circolazione di beni, servizi, persone e capitali. Si rimuovono, così, le anomalie dei sistemi giuridici interni, nella parte in cui recano previsioni contrastanti con i principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione europea e con le normative comunitarie di riferimento.

La Corte di Giustizia nella sentenza *Bosal e Lankhorst*

Di recente la giurisprudenza comunitaria si è arricchita di due fondamentali pronunce in tema di imposte sui redditi, con impatto immediato su alcuni Stati dell'Unione europea. In particolare, nella sentenza *Bosal* (causa C-168/01), emessa il 18 settembre 2003 (in "il fisco" n. 42/2003, fascicolo n. 2, pag. 6418), la Corte di Giustizia ha rilevato che la cosiddetta "Direttiva madre-figlia" (23 luglio 1990, n. 90/435/CEE) determina una incompatibile restrizione della libertà di stabilimento assicurata ad enti e cittadini comunitari (artt. 43 e 48 del Trattato istitutivo della Comunità europea), nella parte [art. 4, n. 2)] in cui consente che, per norma interna, la

deducibilità dei costi relativi ad una partecipazione in una società figlia con sede in un altro Stato dell'Unione europea sia correlata indirettamente alla realizzazione di utili imponibili nello Stato membro in cui ha sede la società madre. Con la pronuncia di questa massima si è chiuso, così, un contenzioso originatosi nei Paesi Bassi, dove una società finanziaria (la *Bosal Holding BV*) si era opposta giudizialmente al rifiuto delle autorità fiscali olandesi di riconoscere la deducibilità di spese sostenute per le sue partecipazioni nelle società figlie con sede in altri Stati membri.

Nella sentenza *Lankhorst* (causa C-324/00) del 12 dicembre 2002 (in "il fisco" n. 3/2003, fascicolo n. 1, pag. 461, e in "Rassegna Tributaria" n. 6/2003, pag. 2159, con commento di G. Pizzitola), si è ritenuta illegittima la potestà di parte di uno Stato membro, nella specie quello tedesco, di riqualificare come dividendo, soggetto ad imposizione, una parte degli interessi dovuti da una società tedesca a fronte di un finanziamento erogato dalla sua capogruppo non residente, quando il rapporto tra l'indebitamento ed il patrimonio netto della società finanziata abbia superato un determinato *ratio*. Nella specie, la Corte di Giustizia ha dichiarato la normativa tedesca sulla *thin capitalization* contraria al principio comunitario di libertà di stabilimento sancito dall'art. 43 del Trattato istitutivo della Comunità europea.

Ancora una volta i giudici comunitari hanno ravvisato in un ordinamento tributario un ostacolo al pieno esercizio delle libertà garantite dal diritto comunitario. Rimane, quindi, centrale la questione della possibilità dell'effettiva realizzazione di un unico mercato europeo in un contesto economico e monetario sostanzialmente omogeneo, in cui però le differenze fra sistemi tributari appaiono destinate ad influenzare sempre più le decisioni di alloca-

zione dei capitali nei vari Paesi, nonché le modalità di gestione delle attività imprenditoriali. In presenza di cambi irrevocabilmente fissi e di un significativo coordinamento delle politiche economiche e monetarie, non potranno che essere le disposizioni fiscali nazionali a rappresentare lo strumento privilegiato con cui gli Stati membri determineranno le decisioni di localizzazione degli investimenti e delle risorse all'interno dell'Unione europea.

Effetti in taluni ordinamenti

Quanto agli effetti della sentenza Bosal il Governo olandese ha provveduto lo scorso 13 ottobre a presentare un disegno di legge, recante alcune modifiche del *wet op de vennootschapsbelasting* (corrispondente al nostro Tuir), in tema di deducibilità di costi afferenti partecipazioni societarie che hanno riguardato pure la *thin capitalization*. La sentenza Lankhorst, invece, ha avuto ripercussioni in Spagna, dove è stato abolito il regime della *thin capitalization* con riguardo ai finanziamenti erogati tra società, appartenenti al medesimo gruppo, residenti nell'Unione europea. In Italia occorre valutare l'impatto della recente giurisprudenza europea sul sistema impositivo dell'Ires, recato dal D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344 (in "il fisco" n. 48/2003, fascicolo n. 2, pag. 7179), che introduce particolari restrizioni alla deducibilità di interessi passivi.

Il caso olandese

Il disegno di legge proposto dal Governo olandese comporta, innanzitutto, l'introduzione di una norma che consente la deduzione dei costi afferenti partecipazioni in società residenti e non residenti, con sede in altri Stati dell'Unione europea. L'Olanda, quindi, si appresta a prevedere un regime di indeducibilità degli interessi passivi per il caso in cui le società risultino sottocapitalizzate, per l'eccessivo peso dei finanziamenti erogati tra società all'interno del gruppo o tra società collegate.

Per la corretta determinazione dei termini del predetto rapporto, i finanziamenti sono considerati al netto dei crediti; ad ogni modo, tra i finanziamenti non si annoverano quelli a breve termine, come pure dal computo dei crediti vanno esclusi quelli di natura tributaria nei confronti dell'Amministrazione finanziaria. Il patrimonio netto, le cui poste sono individuate sulla base della legge civilistica, è assunto al netto delle riserve tassate e, ai fini del predetto rapporto, se ne valuta la consistenza media annua. Per le società che ricorrono alla tassazione di gruppo, l'eccesso dei finanziamenti, peraltro, può essere determinato, alternativamente, previa opzione nella dichiarazione dei redditi, attraverso un moltiplicatore basato sul rapporto indebitamento/patrimonio netto del gruppo che si applica alla differenza tra la media annuale dei debiti e quella del patrimonio netto della singola

società (*debt-equity ratio* di 3:1). In tal caso l'ammontare degli interessi non deducibili non può essere superiore alla differenza degli interessi attivi e degli interessi passivi sui finanziamenti.

Il caso spagnolo

Il Governo spagnolo ha presentato in Parlamento un disegno di legge di modifica dell'attuale normativa sulla *thin capitalization*, ormai ritenuta discriminatoria sulla base dei principi espressi nella sentenza Lankhorst.

Il vigente sistema impositivo prevede che gli interessi erogati a società affiliate estere da società residenti, la cui soglia di indebitamento rispetto al patrimonio netto supera il rapporto di 3:1, sono indeducibili, in quanto vengono riqualificati come dividendi. La norma è, appunto, discriminatoria perché colpisce solamente gli oneri passivi connessi a finanziamenti erogati da società estere e non anche quelli relativi a finanziamenti intervenuti fra società residenti.

La modifica sta in ciò che la restrizione attualmente vigente dovrebbe scomparire per quelle forme di finanziamento erogate da società residenti nell'ambito dell'Unione europea, con l'effetto che i relativi interessi passivi scontati dalle società residenti a beneficio di società affiliate comunitarie risulteranno pienamente deducibili.

Il pregresso regime, peraltro, risulta inalterato con riguardo a finanziamenti concessi da società estere residenti fuori dall'Unione europea ovvero in paradisi fiscali.

Il caso italiano

Sul versante italiano non può escludersi che il principio formulato nella sentenza Bosal possa porsi in contrasto con quelle disposizioni del D.Lgs. n. 344/2003 istitutivo dell'Ires, le quali sottintendono il principio della indeducibilità, anche parziale, di componenti negativi di redditi a fronte di proventi esenti. Sotto questo profilo, l'attenzione cade, in particolare, sul "pro rata patrimoniale" di cui all'art. 97 del nuovo Tuir (in vigore dal 1° gennaio 2004 per effetto del D.Lgs. n. 344/2003, citato) che, in corrispondenza di partecipazioni esenti (cosiddetta *participation exemption* ex art. 87 del nuovo Tuir), introduce un limite alla deducibilità integrale degli interessi passivi per l'ipotesi in cui il valore di libro delle partecipazioni eccede quello del patrimonio netto contabile di riferimento.

Tale disposizione, quindi, potrebbe - in linea di principio - presentare profili di incompatibilità (tutti da valutare) con le libertà di trasferimento in ambito dell'Unione europea, nel caso in cui il "pro rata patrimoniale" trovasse applicazione a fronte di partecipazioni di società madri italiane in società figlie con sede in altri Paesi dell'Unione europea.

Per quanto attiene alla *thin capitalization*, si

osserva che l'art. 4, comma 1, lettera g), della legge delega (L. 7 aprile 2003, n. 80) aveva previsto l'applicazione della *thin capitalization* a condizione che gli oneri finanziari non confluissero in un reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito e dell'imposta sul reddito delle società. In applicazione dei principi sanciti dalla sentenza Lankhorst, il testo definitivo del decreto legislativo citato non subordina l'applicazione del regime della *thin capitalization* alla condizione che gli interessi non concorrano a formare il reddito imponibile del soggetto percettore. Il legislatore delegato, al fine di

Il fisco

diritto comunitario, ha esteso infatti la *thin capitalization* anche ai rapporti di finanziamento intercorrenti fra soggetti residenti.

Ciò - da un lato - ha comportato un eccesso di delega (probabile), ma - dall'altro - ha generato un effetto (certo): un trattamento peggiorativo per i contribuenti residenti. L'art. 98 (del nuovo Tuir), infatti, non prevede esclusioni di sorta per gli interessi assoggettati ad imposizione ordinaria in capo al soggetto residente in Italia né negli altri Stati membri dell'Unione europea.

