

Aspetti fiscali

Destinazione del 5% dell'utile netto annuale delle cooperative a mutualità prevalente al «fondo di solidarietà»

di **Livia Salvini***

L'art. 82, comma 25, D.L. n. 112/2008¹ prevede l'obbligo di versamento del «5 per cento dell'utile netto annuale» al «fondo di solidarietà per i citta-

dini meno abbienti» - istituito dall'art. 81 del medesimo decreto legge - a carico delle cooperative a mutualità prevalente di cui all'art. 2512 C.c., a condizione che esse presentino «in bilancio un debito per finanziamento contratto con i soci superiore a 50 milioni di euro, sempre che tale debito sia superiore al patrimonio netto contabile, comprensivo dell'utile d'esercizio, così come risultanti alla data di approvazione del bilancio d'esercizio». Questa disposizione si applica in relazione agli **utili** evidenziati nei bilanci **2008 e 2009**.

Come noto, l'art. 82, D.L. n. 112/2008 prevede una serie di misure fiscali a carico non solo delle società cooperative (tra cui rientra quella qui in esame), ma anche di quelle operanti nel settore energetico, delle banche e delle assicurazioni: tuttavia, tra tutte le «Robin Hood Tax», solo quella costituita dal contributo del 5% a carico delle cooperative a mutualità prevalente è destinata ad **alimentare direttamente il fondo di solidarietà** (art. 81, comma 30, lett. c, D.L. n. 112/2008).

La singolarità di questo contributo straordinario merita alcune considerazioni, dirette soprattutto a stabilire quale sia la sua natura, se esso sia conforme ai principi costituzionali e quale sia la sua rilevanza ai fini fiscali.

La singolarità del contributo straordinario al fondo speciale di solidarietà istituito dal D.L. n. 112/2008 a carico delle cooperative a mutualità prevalente merita alcune considerazioni, dirette soprattutto a stabilire quale sia la sua natura, se esso sia conforme ai principi costituzionali e quale sia la sua rilevanza ai fini fiscali.

Natura del contributo

Non vi è dubbio, in primo luogo, che il contributo del 5% di cui si tratta sia qualificabile come una **prestazione pecuniaria imposta** di cui all'art. 23 Cost., cioè come una erogazione di denaro che, avendo carattere obbligatorio, deve essere necessariamente disposta da una norma di legge. Sotto questo profilo, è possibile assimilare tale contributo a quel prelievo a carico delle società cooperative che, a prima vista, più gli assomiglia, e cioè al contributo del 3% a favore dei fondi mutualistici previsto dall'art. 11, legge. n. 59/1992. Anche quest'ultimo contributo, infatti, in quanto avente carattere obbligatorio, è qualificabile come prestazione pecuniaria imposta.

A differenza di quanto accade per il contributo del 3%, si dovrebbe tuttavia ritenere che il contributo del 5% sia riconducibile a quei particolari tipi di prestazione pecuniaria imposta che hanno **natura tributaria**.

È il caso di precisare, preliminarmente, che per stabilire se un prelievo obbligatorio abbia o meno carattere tributario si deve esaminare la sua **causa giuridica**: cau-

* Professore ordinario Diritto tributario presso Università G. Carli - Luiss di Roma - Avvocato in Roma.

¹ In *Banca Dati BIG*, IPSOA.

sa che si riflette nella individuazione, da parte del legislatore, della fattispecie (presupposto) dal cui verificarsi discende l'obbligazione di pagare la somma prevista.

La natura tributaria del prelievo prescinde dunque dalla individuazione legislativa della base su cui esso deve essere calcolato, e prescinde anche dalla terminologia utilizzata per definire il prelievo, ovvero per sancire la obbligatorietà della sua corresponsione. In concreto, la natura tributaria non può essere esclusa per il semplice fatto che la base imponibile del contributo del 5% sia costituita dall'utile e non dal medesimo imponibile calcolato ai fini di altre imposte (ad esempio, calcolato ai fini IRES, come è invece previsto per la *Robin Hood Tax* a carico delle società operanti nel settore energetico che è configurata come una addizionale); così come non può essere esclusa per il solo fatto che il legislatore, con riferimento alla - indubbia - obbligatorietà del contributo del 5%, abbia utilizzato una terminologia inconsueta per un tributo («destinano ... al fondo di solidarietà» - v. anche *infra*).

Se dunque si va ad indagare sulla causa giuridica del contributo del 5%, appare piuttosto agevole concludere che essa è assai diversa da quella del contributo obbligatorio del 3% ai fondi mutualistici.

Semplificando una questione molto complessa, si può dire che un prelievo ha natura tributaria, ed in particolare ha **natura di imposta**, quando la **causa** dell'obbligazione è costituita (esclusivamente) dalla **contribuzione alle spese pubbliche**, come previsto dall'art. 53 Cost.

Ora, il contributo del 3% non sembra avere natura tributaria perché, come è ben noto, è espressione della mutualità, sia pure esterna: esso è destinato ad alimentare i fondi mutualistici i quali debbono essere impiegati per lo sviluppo e la promozione della cooperazione e delle imprese cooperative.

Invece il contributo del 5% qui in esame è destinato a soddisfare esigenze del tutto esterne alle cooperative debitorie e all'intero mondo cooperativo, perché alimenta il fondo di solidarietà per i meno abbienti (art. 81, comma 29, D.L. n. 112/2008); fondo che, significativamente, è alimentato per il resto dai proventi della fiscalità generale (trasferimenti dello stato, somme riscosse in eccesso dagli agenti della riscossione, ecc.).

Si tratta quindi di un prelievo obbligatorio che non ha una effettiva natura contributiva (né ovviamente natura sanzionatoria) e che quindi con ogni probabilità ricade

de nell'area dei prelievi tributari. Poiché esso è **versato «a fondo perduto»** - e cioè senza che sia ravvisabile un nesso tra il versamento del contributo ed una prestazione ricevuta dal soggetto obbligato al versamento - si deve ritenere più in particolare che esso sia un'imposta.

Di tale imposta è prevista la devoluzione al fondo di solidarietà, devoluzione che non avviene (sotto il profilo giuridico) per via diretta, ma attraverso l'**attribuzione alla fiscalità erariale** e la **successiva devoluzione al fondo**.

Sotto questo profilo si manifesta una omogeneità con le altre fonti di approvvigionamento del fondo stesso che - come si è già osservato - provengono dal bilancio dello stato (a meno che non siano puramente volontarie). Il contributo del 5% appare dunque in definitiva qualificabile come una **imposta di scopo**, restando il fine della contribuzione - quello, appunto, di incrementare il fondo - del tutto esterno rispetto alla natura e alla struttura del tributo.

Profili sanzionatori

Un'ultima osservazione di carattere generale riguarda la totale **assenza**, nel D.L. n. 112/2008, della disciplina dell'**accertamento** e della **riscossione** del tributo, nonché i profili sanzionatori per l'ipotesi di omesso versamento.

Assenza che si rifletterebbe negativamente sull'effettività del versamento delle somme dovute anche ove il prelievo in questione si qualificasse come un semplice contributo. È infatti appena il caso di osservare, in proposito, che per il mancato versamento del contributo del 3% sono previste specifiche sanzioni, costituite dalla decadenza dai benefici fiscali e di altro tipo (art. 11, comma 10, legge n. 59/1992). Queste ultime sanzioni ovviamente non possono estendersi anche al diverso contributo del 5%, il cui mancato versamento allo stato attuale deve dunque ritenersi non sanzionabile in alcun modo. In altri termini, attualmente il versamento potrebbe ritenersi - nonostante la formulazione della norma che parla di obbligo, e non di facoltà - meramente volontario.

Né - perlomeno per quanto concerne le sanzioni - le lacune della disciplina del contributo del 5% possono essere colmate dal decreto che il Ministero dell'economia, d'intesa con quello della giustizia, deve emanare per determinare modalità e termini per l'applicazione del contributo medesimo, ai sensi dell'art. 82, comma 25

cit. Ed infatti, le sanzioni amministrative debbono essere necessariamente previste da una norma di legge primaria, in base alla riserva recata dall'art. 23 Cost.

In sede di emanazione del decreto, i Ministeri interessati dovranno comunque, con ogni probabilità, «sciogliere la riserva» sulla natura fiscale o meno del contributo in esame, dal momento che si dovrà individuare qual è la disciplina di riferimento per l'accertamento e la riscossione; sembra comunque che l'attribuzione al Ministero dell'economia della competenza ad emettere il decreto deponga per l'applicazione della disciplina fiscale e per l'attribuzione all'agenzia delle entrate e ad Equitalia s.p.a. dei relativi poteri.

Sulla legittimità costituzionale del contributo

Ad avviso di chi scrive, possono ravvisarsi alcuni caratteri di **incostituzionalità** del contributo del 5%, sia sotto il profilo della **uguaglianza e ragionevolezza** (art. 3 Cost.), che sotto quello della **capacità contributiva** (art. 53 Cost.).

Naturalmente, la eventuale violazione del principio di capacità contributiva potrebbe rilevare solo ove si ritenga che il contributo abbia natura tributaria; invece la violazione dei principi di uguaglianza e ragionevolezza può riscontrarsi anche laddove si ritenga che il contributo è una prestazione imposta di natura non tributaria.

Per stabilire la conformità a Costituzione del contributo in esame si deve considerare la situazione oggettiva e soggettiva alla quale il prelievo è collegato in base alla legge che lo istituisce.

Come si è rilevato, il contributo è dovuto dalle sole cooperative a mutualità prevalente, «che presentano in bilancio un debito per finanziamento contratto con i soci superiore a 50 milioni di euro, sempre che tale debito sia superiore al patrimonio netto contabile». Al di là delle finalità che hanno suggerito di delimitare nel modo suddetto i soggetti passivi del contributo del 5%, facendone una sorta di tributo *ad personam*, si deve osservare che tale delimitazione soggettiva contribuisce a delineare anche la situazione oggettiva in relazione alla quale il contributo è dovuto: in sostanza, concorre alla individuazione del presupposto.

Presupposto che è sì costituito dalla ricchezza espressa dal conseguimento di un utile di esercizio (utile che costituisce d'altra parte anche la base imponibile), ma solo alla condizione che l'utile sia conseguito da una

società che presenta un indebitamento nella misura prevista.

Se dunque si ritiene - come ad avviso di chi scrive si deve - che l'indebitamento concorre in maniera determinante alla configurazione del presupposto, il contributo del 5% potrebbe ritenersi contrario al principio di capacità contributiva, insieme a quello di ragionevolezza, poiché l'esistenza di un (rilevante) debito non appare idonea a connotare l'utile dell'esercizio (che evidentemente è già tassato ai fini IRES, sia pure con le particolari modalità previste per le cooperative a mutualità prevalente) come esprime una capacità contributiva differenziata, e maggiore, rispetto all'utile conseguito da cooperative non indebitate, o indebitate in misura inferiore.

Né si può assimilare il contributo in esame a misure interne alla determinazione della base imponibile IRES, come la (abrogata) *Thin cap* o la attuale disciplina della deducibilità degli interessi passivi (art. 90, T.U.I.R.). Ed infatti, per quanto anche in questi casi una (maggiore) tassazione possa essere ricollegata all'indebitamento, le misure fiscali previste in caso di eccessivo indebitamento sono congiunti con il presupposto di tali misure: vale a dire a seconda dei casi, con la riqualificazione degli interessi in dividendi, ovvero con l'indeducibilità degli interessi passivi eccedenti, vi è dunque un ragionevole collegamento tra la situazione ritenuta patologica o quantomeno non desiderabile dal legislatore e la «contromisura» presa.

Nel caso del contributo in esame, invece, non vi è alcun ragionevole collegamento, anche alla luce del principio di capacità contributiva, tra indebitamento ed utile di esercizio.

È vero, a tale proposito, che la Corte costituzionale è orientata a considerare con maggiore indulgenza il rispetto da parte del legislatore del principio di capacità contributiva allorché si tratti di prelievi straordinari, quale è quello in esame. Sembra, tuttavia, che in questo caso il dubbio sull'esistenza di una effettiva differenziazione tra la situazione dei soggetti colpiti e di quelli non colpiti dal tributo, tale da giustificare il prelievo a carico dei primi, sia particolarmente significativo, anche nell'ottica della straordinarietà.

Né sembra che il contributo rispetti i principi di uguaglianza e ragionevolezza.

Ed infatti, sotto questo punto di vista (ed anche volendo considerare gli ipotetici vantaggi derivanti dalla disponibilità del finanziamento dei soci) non si compren-

de perché il contributo sia dovuto dalle sole cooperative a mutualità prevalente, e non da tutte le cooperative, nonché da tutte le altre società che si trovano nella medesima situazione debitoria.

Infine, il contributo appare **irragionevole e discriminatorio** anche considerando la sua destinazione al fondo di solidarietà ed anche considerando che, in via del tutto ipotetica, le somme erogate dal fondo ai meno abbienti e destinate anche al fabbisogno alimentare (così prevede l'art. 81, comma 29, D.L. cit.) potrebbero «ritornare» alle cooperative sotto forma di maggiori ricavi. Ed infatti, da un lato il contributo è dovuto da tutte le cooperative che si trovano nella prevista situazione debitoria; sebbene, a quanto consta in punto di fatto, siano prevalentemente alcune cooperative di consumo a trovarsi in tale situazione, nulla esclude ancora in punto di fatto - e soprattutto di diritto - che anche altre tipologie di cooperative, che non possono in alcun modo beneficiare in via indiretta della spesa dei meno abbienti, debbano corrispondere il contributo in questione.

Dall'altro lato, appare evidente che di questi ipotetici maggiori ricavi si avvantaggerebbero anche gli operatori commerciali non cooperativi, che non sono tuttavia chiamati a contribuire al fondo.

Da ultimo, si può osservare che il contributo in esame, quale **prelievo straordinario** a carico delle società cooperative, si aggiunge nel D.L. n. 112/2008 ad altri prelievi permanenti a carico diretto o indiretto dei medesimi soggetti, che sono stati previsti anche in relazione ai dubbi manifestati in sede comunitaria sulla conformità alla disciplina degli aiuti di stato di alcune misure fiscali relative a tali società. Ci si riferisce, in particolare, all'incremento della misura della ritenuta sugli interessi del prestito sociale e all'incremento della quota tassata degli utili accantonati alla riserva indivisibile dalle cooperative a mutualità prevalente, di cui ai commi 27 e 28 dell'art. 82 cit.

Non sembra dunque che una giustificazione (invero, del tutto indiretta) del contributo, rilevante a livello costituzionale, possa essere costituita dalla necessità di adeguare la disciplina interna ad (asseriti) parametri di conformità ai principi comunitari, poiché sono appunto altre le nuove misure fiscali che sembrano essere state previste a tal fine.

Rilevanza del contributo ai fini IRES

Con riferimento al contributo in esame, la relazione tecnica al D.L. n. 112/2008 afferma che «non si rileva-

no effetti di natura fiscale in quanto si ritiene che tale importo rappresenti un mero vincolo di destinazione di utili ad un fondo di solidarietà». In altri termini, secondo il legislatore il versamento del contributo **non ridurrebbe la base imponibile dell'IRES**. Questa affermazione merita alcune considerazioni, poiché la definizione del contributo come un «mero vincolo di destinazione» appare quantomeno impropria e riduttiva.

Non vi è dubbio, infatti, che il contributo rappresenti invece una vera e propria **prestazione patrimoniale imposta**: all'usuale vincolo di indisponibilità ed indivisibilità che viene apposto agli utili accantonati alla riserva indivisibile, utili che restano tuttavia nel patrimonio sociale, si sostituisce in questo caso la radicale e definitiva destinazione dell'utile ad un'economia esterna alla cooperativa, e quindi un prelievo che sottrae definitivamente alla cooperativa la proprietà delle somme. Quali siano, o non siano, gli effetti fiscali del prelievo in questione dipende dunque dalla corretta qualificazione del contributo.

Se, come si ritiene, il contributo del 5% è un'imposta, esso deve ritenersi deducibile ai fini della determinazione della base imponibile IRES ai sensi dell'art. 99, TUIR, per il quale, come è noto, le imposte sono deducibili nell'esercizio in cui avviene il pagamento.

Né, stante la particolare configurazione del suo presupposto, sopra delineata, sembra che il contributo possa essere qualificato come un'imposta sul reddito, per la quale la deduzione non è ammessa.

È infatti radicalmente estranea alla struttura di un'imposta sul reddito la sussistenza di una situazione debitoria del soggetto passivo quale necessaria condizione (come tale facente parte del presupposto) della tassazione².

Sebbene sia quella ora indicata la soluzione ad avviso di chi scrive più corretta, non si può trascurare la circostanza che la apparente somiglianza del contributo in esame con il contributo del 3% ai fondi mutualistici può ingenerare qualche perplessità.

Come è noto, secondo l'art. 11, comma 9, legge n. 59/1992 il contributo del 3% è deducibile ai fini IRES. La deduzione di tale onere, lungi dall'essere una agevolazione per le cooperative, riflette la natura obbligatoria (anche se non fiscale) del prelievo. Come tale, esso riduce il reddito posseduto e quindi la base imponibile,

² Ed a parte ogni considerazione sulla distinzione tra utile e reddito.

secondo i principi ordinari della tassazione su base personale. Volendo assimilare il contributo del 5% a quello dovuto ai fondi mutualistici, dovrebbe ritenersi che anche esso sia analogamente deducibile, in quanto riduce il reddito posseduto e conseguentemente la capacità contributiva colpita dall'IRES. In altri termini, anche in mancanza di una espressa previsione, la deducibilità discenderebbe dai principi generali del sistema tributario, calati nell'IRES.

La questione della deducibilità del contributo del 3% si è però complicata con l'avvento della parziale tassazione degli utili accantonati alla riserva indivisibile; e ciò non tanto per effetto del dettato normativo, quanto in conseguenza dell'interpretazione dell'Agenzia delle entrate.

Ed infatti, l'art. 1, comma 460, legge n. 311/2004 ha previsto, come noto, che la esclusione da IRES degli utili accantonati alla riserva indivisibile non si applica su una quota di tali utili; quota che, per effetto dello stesso art. 82, D.L. n. 112/2008, è ora del 55%.

Ora, l'interpretazione di tale disposizione sembrerebbe lineare, tenendo anche conto del fatto che essa fa riferimento (al fine di sancirne la non detassazione) agli utili netti annuali accantonati alla riserva indivisibile. Sia l'aggettivo «netti», sia l'oggetto della norma, costituito dagli utili accantonati alla riserva indivisibile, indica che i contributi obbligatori - sia quello del 3%, sia quello del 5% - restano al di fuori, e a monte, della sua portata applicativa. Con la conseguenza che: prima, debbono essere dedotti tali contributi; poi, sulla restante parte degli utili (gli utili netti), accantonati alla riserva indivisibile, va calcolata la quota tassata.

Invece l'Agenzia delle entrate ha affermato il principio opposto. Con riferimento al contributo del 3%, la circolare n. 34/E/2005³, emanata a commento dell'art. 1, comma 460, cit., ha ritenuto che la deduzione vada operata a valle del calcolo della quota di utile tassata, poiché tale disposizione imporrebbe comunque di assoggettare a tassazione una quota minima di utile (allora il 30%, ora il 55%).

È dunque probabile che l'Agenzia assuma la medesima posizione anche con riferimento al contributo del 5%.

Questa interpretazione non può essere ad avviso di chi scrive condivisa, considerando assimilabili il contributo del 3% e quello del 5%, in quanto - come si è illustrato - non è coerente né con i principi della tassazione IRES, né con il dettato della norma, che richiedono ambedue

che la base imponibile vada nettata dai contributi obbligatori.

Tanto meno evidentemente essa può essere condivisa se, con una impostazione di fondo ad avviso di chi scrive più corretta, si considera la sostanziale differenza che intercorre tra le due tipologie di contributo e si ritiene dunque che il contributo del 5% - a differenza di quello destinato ai fondi mutualistici - non sia un onere deducibile dal reddito complessivo ma, come vera e propria imposta, sia deducibile in base alle regole ordinarie di determinazione del reddito di impresa.

³ In Banca Dati BIG, IPSOA.