La cessione del credito tra redditi di capitale e redditi diversi

di CARLO GALLI E DOMENICO DELL'ORLETTA

L'elaborato analizza il regime tributario della differenza, emergente in occasione della cessione dei crediti, tra il valore nominale del credito e il corrispettivo percepito dal soggetto cedente, qualora realizzata da un cessionario non residente privo di una stabile organizzazione in Italia. In particolare, alla luce del principio del trattamento isolato del reddito, di cui agli artt. 23 e 24 del TUIR, l'analisi mira a qualificare tale differenza come reddito di capitale o reddito diverso in capo al cessionario non residente.

Muovendo da un esame dei profili civilistici e degli elementi salienti del contratto in esame, l'analisi prosegue con la qualificazione che amministrazione finanziaria, giurisprudenza e dottrina tributaria hanno conferito al medesimo contratto e ai redditi da esso ritratti, per concludere con la sussunzione alla categoria dei redditi di capitale, argomentando sulla natura finanziaria e sulla causa di finanziamento che permette la riconducibilità alla figura dei redditi di capitale derivanti da "altri rapporti aventi ad oggetto l'impiego di capitale".

1. Introduzione

Il presente elaborato ha ad oggetto il regime tributario della differenza, emergente in occasione della cessione dei crediti, tra il valore nominale del credito¹ e il corrispettivo percepito dal soggetto cedente, qualora realizzata da un cessionario non residente privo di una stabile organizzazione in Italia. L'ambito dell'analisi sarà limitato alle operazioni di cessione di crediti, esistenti e futuri, nei confronti di un cessionario non residente, ad un prezzo pari al valore nominale del credito al netto di uno sconto che rappresenta il reddito realizzato dal soggetto non residente.

Alla luce del principio del trattamento isolato del reddito, operante per i soggetti non residenti nel territorio dello Stato, l'indagine si propone di approfondire le caratteristiche del contratto di cessione dei crediti d'impresa al fine di determinare se tale differenza possa costituire un reddito di capitale o un reddito diverso in capo al cessionario non residente.²

¹ Per semplicità di trattazione si farà nel prosieguo riferimento alla differenza tra il valore nominale di un credito avendo come riferimento la cessione di un credito infruttifero. Le medesime considerazioni svolte in relazione alla cessione di crediti infruttiferi possono estendersi alla cessione di crediti fruttiferi, considerando come corrispettivo per il cessionario la differenza tra il credito maturato al momento della cessione (inclusi gli interessi) e quanto corrisposto al cedente.

² Ai sensi dell'art. 23 del decreto del presidente della Repubblica n. 917 del 22 dicembre 1986 (TUIR), si considerano prodotti in Italia – da parte dei soggetti non residenti - i redditi d'impresa "derivanti da attività esercitate nel territorio dello Stato mediante stabili organizzazioni", con la conseguenza che il collegamento tra l'attività produttiva di reddito e il presupposto d'imposta opera solo in presenza di una stabile organizzazione che media la produzione del reddito da parte del soggetto non residente nel territorio dello Stato della fonte. Ulteriore conseguenza di questo principio è che in assenza di stabile organizzazione il principio di localizzazione del reddito nello Stato della fonte, così come quello di attrazione dei vari tipi di reddito al reddito d'impresa, non trova applicazione dovendosi procedere al c.d. trattamento isolato che si sostanzia in norme che qualificano, localizzano e disciplinano singole categorie di reddito che siano prodotte in Italia e non siano attribuibili ad una stabile organizzazione in Italia del soggetto non residente.

A tal fine, si approfondiranno, in primo luogo, i profili civilistici e gli elementi salienti del contratto in esame, e, in seconda istanza, la qualificazione che amministrazione finanziaria, giurisprudenza e dottrina tributaria hanno attribuito al medesimo contratto ed ai redditi da esso ritratti.

2. La cessione dei crediti di impresa nella disciplina civilistica e nelle leggi speciali

a) La disciplina generale della cessione dei crediti contenuta nel codice civile

www.sfef.it

La cessione dei crediti relativi all'impresa è regolata dagli articoli 1260 e seguenti, cod. civ. In particolare l'art. 1260, comma 1, cod. civ., stabilisce che *"il creditore può trasferire a titolo oneroso o gratuito il suo credito, anche senza il consenso del debitore, purché il credito non abbia carattere strettamente personale o il trasferimento non sia vietato alla legge"*.

Con la cessione del credito si realizza una successione a titolo universale nel lato attivo dell'obbligazione; ad un creditore se ne sostituisce un altro, senza realizzare una novazione del rapporto obbligatorio vale a dire senza che si generi un nuovo rapporto³.

La cessione del credito è fenomeno diverso dalla cessione del contratto in quanto ad essere ceduta non è la posizione del contraente all'interno del rapporto giuridico sorto dal contratto, con le relative obbligazioni ancora da eseguire, ma il solo diritto di credito vantato nei confronti del debitore ceduto e scaturente da una prestazione del tutto o in parte già eseguita. Pertanto, se la cessione del contratto, determinando la sostituzione della parte tenuta all'adempimento, richiede il consenso della parte ceduta, la cessione del credito non necessita, di regola, di tale consenso perché oggetto della cessione è la pretesa del creditore⁴.

www.sfef.it

Nella cessione del credito a titolo oneroso il cedente deve garantire, in genere, soltanto l'esistenza del credito al tempo alla cessione (cessione di credito *pro soluto*, art. 1266 cod. civ.). Come chiarito dalla giurisprudenza, ciò implica che la garanzia deve riguardare non solo che il credito è sorto, ma anche che non si è ancora estinto al tempo della cessione⁵. La garanzia può essere convenzionalmente esclusa ma, in ogni caso, il cedente resta obbligato per il fatto proprio. Sulla base della disciplina generale, inoltre, il cedente non risponde dell'insolvenza del debitore, salvo specifica pattuizione (cessione di credito *pro solvendo*, art. 1267 cod. civ.).

www.sfef.it

b) La cessione dei crediti d'impresa di cui alla legge 21 febbraio 1991, n. 52

Al ricorrere di determinati presupposti, le disposizioni speciali della legge n. 52 del 21 febbraio 1991⁶, stabiliscono una disciplina applicabile esclusivamente alla cessione di crediti di natura pecuniaria che derivino da *"contratti stipulati dal cedente nell'esercizio dell'impresa"*⁷. La cessione deve compiersi a titolo oneroso nei confronti di un soggetto che può assumere unicamente la qualifica di banca o intermediario finanziario costituito e operante ai sensi del D.Lgs. n. 385 del 1° settembre 1993 (TUB), il cui oggetto sociale preveda l'esercizio di tale attività⁸.

www.sfef.it

³ Cfr., *ex multis*, G. FINAZZI, *La cessione del credito*, in AA. VV., *La circolazione del credito*, a cura di R. ALESSI e V. MANNINO, I, Padova, 2008, p. 3 e P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, in *Commentario SCIALOJA-BRANCA*, 1982, p. 3 ss.

⁴ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, Milano, 1993, p. 566.

⁵ Cfr. Sentenza della Corte di Cassazione n. 1257 del 5 febbraio 1988, in *Banca borsa tit. cred.*, 1989, II, p. 295.

⁶ Sul rapporto tra la legge 52/1991 e la disciplina codicistica si veda, *ex multis*, G. GUERRIERI, *Cessione dei crediti d'impresa e fallimento*, Milano, 2002, p. 9 ss.

⁷ Cfr. art. 1, comma 1, lett. b), legge 52/1991.

⁸ Cfr. art. 1, comma 1, lett. c), legge 52/1991. Altre norme che considerano la cessione di crediti e che possono assumere rilevanza nel caso di crediti d'impresa sono gli artt. 2255 e 2559 cod. civ. relativi al conferimento dei crediti e alla cessione dei crediti in caso di cessione d'azienda, nonché la legge 30 aprile 1999, n. 130 sulla cartolarizzazione dei crediti.

La cessione dei crediti disciplinata dalla legge 52/1991 trova tipicamente attuazione nella figura del *factoring*, contratto “*atipico ed innominato*”⁹, in virtù del quale un imprenditore cede, o si obbliga a cedere, a titolo oneroso i propri crediti commerciali a un operatore specializzato (il *factor*), il quale si impegna verso corrispettivo a fornire una serie di servizi aventi contenuto differenziato, tra cui la gestione, l’incasso e la contabilizzazione dei crediti ceduti¹⁰, oltre all’eventuale provvista fornita per il tramite dell’anticipazione del corrispettivo della cessione.

Impropriamente, tuttavia, si fa riferimento alla legge 52/1991 come una legge sul *factoring*¹¹, in quanto la medesima si limita a disciplinare peraltro parzialmente, il solo momento traslativo dei crediti¹². La legge 52/1991 disciplina infatti esclusivamente alcuni effetti della cessione dei crediti d’impresa - disponendo, ad esempio, che la cessione sia pro solvendo, salvo patto contrario - senza disporre una disciplina legale del contratto di *factoring* che, come tale, è rimasto un contratto legalmente atipico¹³. Secondo la giurisprudenza¹⁴, infatti, il *factoring* “è contratto atipico con oggetto e previsioni contrattuali più ampie rispetto a quelle previste dalla legge 52/1991 sulla cessione dei crediti di impresa, la cui disciplina si sovrappone a quella del contratto atipico di ‘factoring’ senza assorbirlo, né sopprimerlo”.

La cessione di crediti funzionale ad un’operazione di *factoring* con anticipazione del corrispettivo presenta numerose similitudini con la cessione di cui alle operazioni di cartolarizzazione in rassegna. Le ampie analogie tra le due fattispecie consentono quindi di attingere, seppur con i dovuti distinguo, alle ampie elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali in materia *factoring* anche per indagare il fattore decisivo ai fini della qualificazione dei redditi di fonte italiana prodotti dal cessionario, vale a dire il profilo causale della cessione stessa.

c) La cartolarizzazione dei crediti di cui alla legge 30 aprile 1999, n. 130

La cartolarizzazione¹⁵ (*securitization*) è un’operazione finanziaria complessa in cui la cessione di un portafoglio di crediti è finalizzata alla emissione nei confronti del pubblico di titoli che saranno soddisfatti in ragione del rendimento degli attivi ricevuti. La cartolariz-

⁹ Cfr. Tribunale di Genova, 17 ottobre 1994, in *Fallimento*, 1995, p. 315, con nota di P. MESSINA, *Natura del factoring e fallimento*.

¹⁰ Cfr. M. BUSSANI, *Factoring*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, vol. 4, Utet, Torino, 2004, p. 63. Si rinvia al medesimo autore per un’ampia bibliografia sull’argomento.

¹¹ Peraltro mai menzionato nella legge ancorché risulti esplicitamente indicato nei lavori preparatori e nel disegno di legge, Atto Senato n. 383/1990).

¹² Cfr. R. ALESSI e L. MODICA, *La cessione dei crediti di impresa e il ‘factoring’*, Tomo Primo, *Cessione, ‘factoring’ e cartolarizzazione*, a cura di R. ALESSI e V. MANNINO, Trattato delle obbligazioni diretto da L. GAROFALO e M. TALAMANCA, Padova, Cedam, 2008, vol. IV, p. 1099.

¹³ In giurisprudenza, si veda la Sentenza della Cassazione Civile n. 684 del 18 gennaio 2001, la quale ha chiarito che “il contratto di factoring, pur potendo presentare nella prassi commerciale una serie di varianti e di clausole differenziate in relazione a particolari esigenze dei contraenti, è costituito nel suo nucleo fondamentale e costante da una convenzione complessa per effetto della quale il factor si obbliga ad acquistare la totalità dei crediti di cui un imprenditore è o diventerà titolare, a causa della vendita dei beni da lui prodotti o commercializzati; in esso è di regola prevista la facoltà dell’imprenditore cedente di ottenere delle anticipazioni dal factor, che si obbliga a fornire alla controparte altri servizi (di informazione, consulenza, collaborazione nella gestione aziendale) di non secondaria importanza nell’economia del contratto, con una commissione che costituisce il corrispettivo di quell’attività, variabile in rapporto a molteplici elementi che incidono sul grado di assunzione del rischio dell’operazione”. Va altresì segnalato che il nostro ordinamento ha recepito, con la legge 14 luglio 1993, n. 260, la Convenzione Unidroit di Ottawa del 26 maggio 1988 relativa al factoring internazionale. Tale convenzione definisce (art. 1) il factoring come quel contratto avente ad oggetto la cessione di crediti derivanti da contratti di vendita di merci conclusi tra il fornitore e i suoi clienti, nonché l’esercizio, da parte del factor, di almeno due tra le seguenti prestazioni: tenuta della contabilità, finanziamento, incasso e assunzione del rischio di insolvenza.

¹⁴ Cfr. Tribunale di Genova 10 agosto 2000, in *Fallimento*, 2001, p. 517, con nota di B. INZITARI, *Cessione strumentale dei crediti e finanziamento del fornitore quali funzioni assorbenti la causa di finanziamento e gestione del contratto di ‘factoring’*.

¹⁵ In dottrina, tra i diversi contributi pubblicati: A. FRIGNANI, *La securitization come strumento di smobilizzo dei crediti di massa (profilo di diritto comparato europeo)*, in *Foro it.*, 1995, V, p. 301 ss.; R. PARDOLESI (a cura di), *La cartolarizzazione dei crediti in Italia*, Milano, 1999; A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti* (rif. a l. 30 aprile 1999 n. 130), in *Nuove leggi civ.*, 2000, p. 997 ss.; P. SCHLESINGER, *La cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, 265 ss.

zazione è un'operazione diversa dalla cessione dei crediti d'impresa disciplinata dalla legge 52/1991, pur avendo entrambe le normative, la cessione dei crediti finalizzata al reperimento delle risorse finanziarie necessarie per la gestione economica dell'impresa¹⁶.

La cessione dei crediti d'impresa disciplinata dalla legge 52/1991 è limitata alla sola cessione di crediti pecuniari, verso corrispettivo, derivanti da contratti stipulati nell'esercizio d'impresa e il cessionario agisce nel proprio interesse con facoltà di impiegare nella propria impresa i diritti acquisiti. Nella cartolarizzazione, invece, la cessione dei crediti è strumentale alla ulteriore fase della sollecitazione dell'investimento e il cessionario acquista il portafoglio di crediti per destinarlo "al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli emessi, dalla stessa o da altra società, per finanziare l'acquisto di tali crediti, nonché al pagamento dei costi dell'operazione" (art. 1, comma 1, lett. b), legge 30 aprile 1999, n. 130)¹⁷.

3. La causa del contratto

Ai fini di una corretta analisi fiscale, è in primo luogo necessario appurare la natura giuridica del contratto di cessione dei crediti di impresa e, più in generale, la causa e i motivi dello stesso (indipendentemente dalla legge regolatrice). Per comprendere appieno le diverse configurazioni che il contratto in esame può assumere, e per poter in seguito trarre le opportune conclusioni da un punto di vista fiscale, è opportuno pertanto indagare la "causa del negozio giuridico"¹⁸.

a) Il carattere variabile della causa

Sotto il profilo causale, la Corte di Cassazione¹⁹ ritiene che la cessione del credito delinei non un tipo contrattuale a se stante ma un "negozio a causa variabile", in cui gli effetti della cessione possono assumere diverse cause giuridiche, sia a titolo oneroso che gratuito, potendosi contemplare, tra le altre, la cessione con causa di vendita, quella a scopo di garanzia, di mandato o di liberalità. La cessione del credito può rientrare, di volta in volta, "nell'uno o nell'altro tipo contrattuale (vendita, donazione, contratto solutorio, negozio di garanzia e così via), a seconda del titolo o della causa che lo giustifica; e la disciplina cui essa sarà soggetta sarà caso per caso, quella propria del tipo di contratto adottato, rispetto alla quale le norme speciali sulla cessione (art 1260 e seguenti cod civ), che ne regolano soprattutto gli effetti, sono meramente integrative"²⁰.

L'elasticità causale del contratto finisce per degradare il tipo "cessione di credito" a mera forma tecnica per la realizzazione di un assetto negoziale avente causa propria. In tale causa deve, a parere di chi scrive, individuarsi il fattore determinante ai fini della qualificazione del reddito prodotto dal negozio.

La causa reale, ossia l'assetto economico che le parti hanno inteso realizzare attraverso il negozio, può essere individuata attraverso la ricostruzione della reale volontà delle parti, quale risultante dall'analisi di tutti gli elementi intrinseci ed estrinseci del contratto di cessione e del contesto in cui lo stesso si perfeziona. Per razionalizzare la disamina di tali

¹⁶ Cfr. G. MARZIALE, *Commento all'articolo 1260 c.c.*, in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, diretta da C. RUPERTO, *Libro IV delle obbligazioni tomo I (artt. 1173-1320)*, Milano, 2005, p. 554.

¹⁷ Cfr. P. SCHLESINGER, *La cartolarizzazione dei crediti*, cit., pag. 266.

¹⁸ Secondo P. TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto Privato*, VII edizione, Giuffrè, Milano, 2007, p. 190, la causa "è lo schema dell'operazione economico-giuridica che il negozio realizza immediatamente: essa è la ragione giustificatrice del negozio, sia dal punto di vista dei soggetti che lo pongono in essere (perché ciascuno di essi promette, o dispone del suo, al fine di realizzare l'operazione negoziale nel proprio interesse), sia dal punto di vista dell'ordinamento giuridico (posto che si tratti di un'obbligazione lecita e degna di tutela). Ogni scopo ulteriore è estraneo alla causa e viene designato come motivo in senso tecnico".

¹⁹ *Ex multis*, si veda la Sentenza n. 17162 del 3 dicembre 2002.

²⁰ Cfr. Sentenze, Corte di Cassazione, n. 3004 del 13 novembre 1973 e n. 4213 del 3 luglio 1980.

elementi e al tempo definire canoni ermeneutici di più generale applicabilità, appare utile articolare l'analisi delle principali caratteristiche delle cessioni di credito secondo quattro direttrici, vale a dire:

- la natura del soggetto cessionario;
- le modalità di determinazione del corrispettivo;
- le caratteristiche dei crediti oggetto di cessione; e
- le conseguenze della cessione in termini di liberazione del cedente.

I. La natura del soggetto cessionario e i suoi (presumibili) motivi

Dall'esame degli schemi rilevabili nella prassi operativa, si evince la presenza, in qualità di soggetto cessionario, di un istituto di credito o di un intermediario finanziario disciplinato dal TUB, che abbia come oggetto sociale l'esercizio di acquisto di crediti ai sensi della legge 52/1991. Come noto, gli intermediari finanziari disciplinati dal TUB devono svolgere necessariamente ed esclusivamente attività di natura finanziaria. Gli acquisti dei crediti di impresa rappresentano per l'acquirente una delle modalità di esercizio della menzionata attività finanziaria.

Coerentemente, il TUB²¹ elenca espressamente le cessioni di credito, *pro soluto* e *pro solvendo*, tra le attività ammesse al mutuo riconoscimento che le banche italiane possono esercitare senza dover richiedere la preventiva autorizzazione all'autorità di vigilanza. Tale impostazione è confermata anche nelle istruzioni della Banca d'Italia²², per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura, dove vengono ricomprese tra "le operazioni di finanziamento oggetto della rilevazione [...] gli anticipi erogati a fronte di un trasferimento di crediti commerciali effettuati con la clausola "pro solvendo" o "pro soluto".

Allo stesso modo, qualora il soggetto cessionario non sia un intermediario finanziario, bensì un veicolo di cartolarizzazione che non svolge regolarmente attività di provvista, si ritiene che la cessione dei crediti, collocata nell'ambito di una operazione complessa, non muti la propria causa di finanziamento.

II. Le modalità di determinazione del corrispettivo

Un ulteriore elemento qualificante del contratto è individuabile nei criteri adottati dalle parti per determinare il prezzo di cessione. Se quest'ultimo è determinato applicando al valore nominale del credito uno sconto quantificato in applicazione di un tasso di interesse finanziario – significativo di norma anche di un rischio "normale" incorporato nei crediti ceduti – il cessionario ritrarrà una remunerazione espressiva innanzitutto del valore finanziario del tempo intercorrente dalla data di acquisto a quella di (normale) incasso. Tale caratteristica deporrà a favore dell'individuazione di una causa di finanziamento.

Per converso, un corrispettivo determinato in funzione delle aspettative di realizzo del credito piuttosto che del valore finanziario del tempo intercorrente fino al momento di incasso atteso potrà normalmente testimoniare una finalità speculativa da parte del cessionario, corroborando una causa di cessione piuttosto che di finanziamento.

Altro elemento qualificante è individuabile nell'ampiezza del rapporto tra cedente e cessionario, nella pratica regolato sulla base di un contratto quadro ai sensi del quale la società cessionaria si impegna ad acquistare tutti i crediti della società cedente che soddisfino determinati requisiti espressamente identificati. Tale contratto non disciplinando una

²¹ Cfr. art. 1, comma 2, lettera f).

²² Cfr. Circolare n. 139 dell'11 febbraio 1991, capitolo II, sezione IV, § 1.

singola cessione bensì un portafoglio qualificato di crediti ceduti su base continuativa e con regolarità realizza un rapporto stabile di provvista con un istituto di credito.

III. La tipologia dei crediti oggetto di cessione

Avendo riguardo all'oggetto della cessione, i contratti dispongono generalmente una qualificata definizione dei crediti che l'acquirente si impegna ad acquistare. Tipicamente, nelle operazioni di cartolarizzazione tali crediti devono essere liquidi ed esigibili, costituendo evidenza che le motivazioni sottostanti la cessione di crediti *in bonis* sono prevalentemente ravvisabili nella volontà del cedente di ottenere una fonte di liquidità e non nell'intenzione di liberarsi di un credito incagliato o in sofferenza. Mentre in tale ultimo caso, il prezzo pagato dal cessionario potrebbe in termini economici essere qualificato quale mero corrispettivo per il trasferimento dei crediti ad un altro soggetto, la cessione avente ad oggetto crediti *in bonis* ha di norma come finalità principale l'anticipazione finanziaria della disponibilità liquida che i crediti produrranno in futuro, realizzando così una operazione di finanziamento.

IV. Le conseguenze della cessione in termini di liberazione del cedente

Con riferimento alle caratteristiche della cessione, l'art. 4 della legge 52/1991 stabilisce che il trasferimento del credito può avvenire tanto "*pro soluto*" quanto "*pro solvendo*", con mantenimento, in tutto o in parte, del rischio di insolvenza dei debitori ceduti in capo al cedente. Tuttavia, nella prassi commerciale, le cessioni di credito effettuate ai sensi della legge 52/1991 e 130/1999 sono generalmente regolate secondo una clausola *pro soluto* che trasferisce il rischio di insolvenza dei debitori ceduti in capo al cessionario acquirente.

Di fronte ad una disposizione *pro solvendo*, nella quale il soggetto cedente mantenga il rischio di insolvenza dei debitori ceduti, sarebbe di immediato riscontro una causa di finanziamento realizzata mediante una anticipazione che consenta al cedente di incassare immediatamente la liquidità che il credito potrà generare in futuro (garantita dalla circostanza che, ove il credito non garantisca mediante il pieno rimborso la restituzione delle somme anticipate, il cedente dovrebbe provvedere altrimenti all'obbligo di restituzione che caratterizza il rapporto di finanziamento). Tale conclusione, al contrario, non sembrerebbe altrettanto immediata nel caso di cessione *pro soluto*, laddove il prezzo pagato dal cessionario potrebbe astrattamente essere qualificato in termini economici come il corrispettivo per il definitivo trasferimento di un bene (il credito), a seguito del quale il cedente sarebbe interamente liberato. Tale, piena e definitiva, liberazione integrerebbe una causa di compravendita, liberando il corrispettivo da quella funzione di provvista e determinandone la definitiva acquisizione alla sfera patrimoniale del cedente. Si dovrebbe, pertanto, concludere che la cessione *pro soluto* sarebbe idonea a scongiurare la causa finanziaria della cessione del credito.

Tuttavia, a tale conclusione potrebbe accedersi soltanto qualora alla cessione *pro soluto* conseguisse effettivamente una definitiva liberazione in senso economico-sostanziale, e non solo giuridico-formale, del cedente. Tale definitiva liberazione si avrebbe solo qualora le successive vicende del credito ceduto, tipicamente relative al pieno e tempestivo adempimento da parte del debitore ceduto, non producessero alcun effetto, diretto o mediato, nella sfera economica del cedente. Il che, di norma, non si verifica nelle operazioni di cartolarizzazione. In tali operazioni, nella generalità dei casi, i contratti di cessione del credito con clausola *pro soluto* sono strutturati in modo tale da contenere anche disposizioni che sterilizzano, in tutto o in parte, il rischio del soggetto cessionario, attraverso clausole che stabiliscono *plafond*, franchigie e massimali di esposizione dell'acquirente e/o che trasferiscono sulle successive cessioni, le conseguenze economiche dell'insolvenza del debitore ceduto. Nelle operazioni siffatte, la mancata integrale liberazione del cedente in sen-

so economico-sostanziale sarà normalmente riflessa anche in termini di contabilizzazione dell'operazione stessa in applicazione dei principi contabili internazionali (ove applicabili), che privilegiano la rappresentazione delle operazioni in ossequio al relativo contenuto economico-sostanziale piuttosto che al loro profilo giuridico-formale.

Lo IAS 39²³ dispone che un'attività finanziaria debba essere cancellata dal cedente qualora siano altresì ceduti i diritti contrattuali a ricevere i flussi finanziari relativi all'attività stessa, ovvero, a pagare il corrispettivo di quei flussi ad altri soggetti. Qualora tale attività possa considerarsi trasferita, la società procederà alla sua cancellazione dal bilancio solo se risultino trasferiti sostanzialmente tutti i rischi e i benefici relativi a quell'attività finanziaria. Da quanto precede, risulta che, anche di fronte ad una cessione *pro soluto*, la valutazione circa la cancellazione dal bilancio dei crediti comporti una complessa considerazione delle circostanze economiche di fatto dell'operazione determinando, in presenza di particolari disposizioni contrattuali che limitino il rischio del cessionario, il mantenimento del credito nel bilancio del soggetto cedente. Pertanto qualora, la valutazione delle clausole contrattuali che sono potenzialmente in grado di incidere sulla variabilità attesa dei flussi finanziari, induca a concludere che non sia avvenuto il trasferimento sostanziale dei rischi e dei benefici del credito, dovrà ugualmente concludersi che il contratto di cessione *pro soluto* non abbia quale causa principale il trasferimento del credito. In tal caso, la causa del trasferimento del credito potrebbe lasciare spazio allo scopo di finanziamento, al fine di consentire al cedente, non liberato completamente da tutti i rischi e benefici, di anticipare la liquidità futura del credito.

Dalla disamina secondo i criteri illustrati dell'*id quod plerumque accidit* nelle operazioni di cartolarizzazione dei crediti di impresa (e/o di *factoring*), si deve nella generalità dei casi concludere per la sussistenza, in via assolutamente prevalente, di una causa di finanziamento. In tali operazioni il contratto di cessione, infatti, pur potendo presentare nella prassi diverse varianti in funzione delle particolari esigenze dei contraenti, prevede, nel suo nucleo caratterizzante, l'obbligazione in capo ad una banca o un intermediario finanziario²⁴ ad acquistare crediti commerciali dell'impresa che presentino determinati requisiti di esigibilità, ad anticiparne l'ammontare, consentendo all'imprenditore di ottenere una fonte di liquidità²⁵.

Laddove la cessione dei crediti di impresa è stipulata con un istituto di credito che per sua natura svolge esclusivamente attività finanziaria, nonché accompagnata, di regola, dal versamento anticipato del corrispettivo che costituisce elemento costante e strutturale della cessione, la causa di finanziamento prevale su altre eventualmente rinvenibili nel contratto. Coerentemente con tali conclusioni, i corrispettivi dovuti al cessionario, e previsti nello stesso art. 5 della legge n. 52/1991, sono di prassi commisurate al valore del credito ed al valore finanziario del tempo intercorrente fino al momento di (presumibile) incasso, qualificandosi quindi esse stesse come un vero e proprio pagamento di interessi.

Tale finalità di finanziamento è confermata da autorevole dottrina²⁶, la quale riconosce cau-

²³ Si vedano i paragrafi da 15 a 23.

²⁴ Secondo R. CLARIZIA, *Il factoring*, Torino, 1998, p. 64 ss, essendo il *factor* un soggetto rientrante nella disciplina dell'art. 106, comma 2, del TUB, che può svolgere "esclusivamente attività finanziarie" sarebbe evidente che l'attività da esso svolta sia, appunto, di finanziamento.

²⁵ Tale conclusione trova altresì riscontro nella giurisprudenza che si è interrogata sulla causa giuridica del contratto di *factoring*. Tali conclusioni sono altresì replicabili alla cessioni in esame alla luce dei punti di contatto e della medesima causa giuridica del *factoring* con le cessioni di credito disciplinate dalla legge 52/1991. Al riguardo si vedano le Sentenze delle Corti di Cassazione n. 198 del 10 gennaio 1992, n. 8497 del 18 ottobre 1994 e n. 4654 del 14 aprile 2000.

²⁶ Secondo autorevole dottrina (R. CLARIZIA, *Il factoring in Italia: la legge n. 52/91 e la giurisprudenza*, Relazione tenuta il 25 febbraio 2000 a FRASCATI nell'ambito dell'incontro di studio sul tema "I contratti di impresa tra legislatore comunitario e merca-

sa di finanziamento, sia sulla base del fatto che il contratto è stipulato con un istituto di credito sia alla luce delle cosiddette anticipazioni²⁷ che costruirebbero un “*interesse preminente [...] alla instaurazione del rapporto*”²⁸, consentendo al pari di uno sconto, di ottenere una fonte di liquidità anticipata rispetto alla scadenza del credito.

4. La qualificazione operata dall'amministrazione finanziaria, dalla giurisprudenza tributaria e dalla dottrina

La qualificazione della cessione dei crediti di impresa quale contratto avente una causa finanziaria, essenziale o quantomeno prevalente, è altresì condivisa in ambito fiscale. Il SECIT²⁹, a commento dei profili fiscali delle cessioni a valore attualizzato di crediti non scaduti, ha chiarito che tale contratto appartiene “alla categoria di quelli che la dottrina definisce ‘di liquidità’, con struttura di scambio e funzione di prestito, nei quali una parte realizza la disponibilità attuale di danaro futuro pagando un corrispettivo che per l'altra parte costituisce il risultato di un finanziamento attivo. Ciò per l'assenza dalla comune previsione delle parti di una eventualità di insolvenza del debitore, elemento decisivo per la qualificazione dell'onere del cedente e del guadagno del cessionario: costo della provvista di mezzi finanziari (e non perdita parziale del credito ceduto) il primo; ricavo-interesse il secondo”³⁰.

Anche l'Agenzia delle Entrate ha riconosciuto natura di finanziamento alle operazioni dirette ad assicurare liquidità ad un soggetto attraverso la cessione *pro soluto* ovvero *pro solvendo* dei propri crediti. In particolare, la Risoluzione n. 139/E del 17 novembre 2004³¹ ha chiarito che “già dalla presenza necessaria di una banca o un intermediario finanziario, in qualità di cessionario del credito, si desume che la operazione richiamata ha natura finanziaria. Anche al di fuori dello specifico campo di applicazione della legge n. 52 del 1991, tuttavia, non vi è dubbio che nel nostro ordinamento la cessione del credito e il factoring hanno finalità e natura finanziaria”. Secondo l'Agenzia, anche dal TUB, che comprende tra le operazioni di prestito il *factoring* e le cessioni *pro soluto* e *pro solvendo*, e dalle interpreta-

www.sfef.it

to globale”, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura) il carattere strumentale della cessione dei crediti regolata dalla legge 52/1991 è il “*reperimento delle risorse finanziarie necessarie per la gestione economica dell'impresa*”. Dello stesso avviso, U. BELVISO, *Le modifiche alla legge sulla cessione dei crediti di impresa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, p. 475, il quale dopo aver rilevato la varietà dei soggetti che possono essere cessionari di crediti di impresa nota che “*malgrado ciò, un punto comune ai vari cessionari dei crediti di impresa c'è di sicuro, ed è che la loro attività deve sempre risolversi in un'attività imprenditoriale di finanziamento*”. Sostanzialmente nello stesso senso, R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 1994, p. 164; U. BELVISO, *L'ambito di applicabilità della nuova disciplina sulla dei crediti di impresa*, in *Riv. dir. impr.*, 1992, p. 7; G. DE NOVA, *Nuovi contratti*, UTET, Torino, 1994, p. 127; G. MARZIALE, *Commento all'articolo 1260 c.c.*, in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, diretta da C. RUPERTO, *Libro IV delle obbligazioni tomo I (artt. 1173-1320)*, Milano, 2005, 554; R. CLARIZIA, *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, UTET, Torino, 1989, p. 5 ss; R. CLARIZIA, *I contratti nuovi*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, Torino, vol. XV, 1999, p. 34, 64 ss.

²⁷ Questa conclusione, imposta oggi anche dall'assetto della legislazione in materia bancaria e finanziaria, era già stata raggiunta, prima ancora che il TUB fosse varato, da parte di un'autorevole dottrina, la quale aveva osservato che le imprese di *factoring* sono, nella realtà italiana, imprese che compiono operazioni di finanziamento. Si veda, U. Belviso, op. cit., p. 3.

²⁸ Cfr. L. FERRIGNO, *Il factoring*, in *I contratti in generale*, II, *I contratti atipici*, diretto G. ALPA e M. BESSONE, Torino, 1991, p. 187.

²⁹ Nella Relazione annuale sull'attività svolta nel 1993, in *Corriere Tributario* n. 41/1994, p. 2759.

³⁰ Seppur con riferimento al *factoring*, una parte della dottrina civilistica ha condiviso la qualificazione come “contratto atipico di liquidità”. Sul punto, S. MACCARONE, *I contratti bancari di liquidità*, in *Le operazioni della banca tra norma e prassi*, Giuffrè, Milano, 1988, 217-220; U. CARNEVALI, *I problemi giuridici del factoring*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di G.B. PORTALE, II, Giuffrè, Milano, 1978, 816; A. ZUDDAS, *Il contratto di factoring*, Jovene, Napoli, 159. Suggestiva ma più risalente è la tesi di G. PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Milano, 1984, p. 611, il quale riconduce il *factoring* allo sconto bancario (art. 1858 cod.civ.), contratto con il quale la banca, previa deduzione dell'interesse, anticipa al cliente l'importo di un credito verso terzi non ancora scaduto mediante la cessione, salvo buon fine, del credito stesso.

³¹ Commentata dall'ABI nella Circolare n. 14 del 15 dicembre 2004. L'Associazione pur non assumendo esplicitamente una posizione favorevole a tale orientamento, illustra alle banche associate la posizione dell'amministrazione finanziaria senza porre obiezioni al riguardo. Del medesimo tenore anche la Circolare ABI prot. TR/004790 dell'8 ottobre 2004.

zioni³² della Corte di Cassazione³³ e dell'Amministrazione finanziaria³⁴ si evince che la causa essenziale delle cessioni di crediti di impresa è il finanziamento.

Ancora più esplicitamente, la stessa Risoluzione³⁵ chiarisce che il motivo per cui il creditore cede i propri crediti non è quello di ottenere che quest'ultimo si preoccupi di riscuotere dal debitore il *quantum* dovuto bensì tali motivazioni sono da rinvenire "in una vera e propria operazione di finanziamento, non molto diversa dallo sconto delle cambiali ed altre operazioni similari". Spiegando altresì che il creditore "vuole ottenere un finanziamento (si tratterebbe di una anticipazione o meglio di una monetizzazione dei propri crediti), per il quale paga una commissione che si atteggia come un vero e proprio pagamento di interessi (essendo peraltro quantificato in una percentuale dell'ammontare dei crediti ceduti) [...] e la presenza di clausole diverse, 'pro soluto' o 'pro solvendo' non incide sulla natura finanziaria del contratto".

Altrettanto rilevanti appaiono i successivi chiarimenti emessi dall'Agenzia delle entrate in materia di *factoring*. Tali interpretazioni, a nostro avviso replicabili alla fattispecie in esame alla luce delle indiscutibili affinità causali tra il *factoring* e i contratti regolati dalla legge 52/1991 e 130/1999, sono altresì convergenti verso la qualifica finanziaria del contratto. In particolare, la Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 5/E del 7 gennaio 2009³⁶ chiarisce che "il contratto di *factoring* è un c.d. contratto 'atipico' la cui causa essenziale, o quanto meno prevalente è costituita da un finanziamento. Si ritiene pertanto che l'espressione 'remunerazione dei finanziamenti' comprenda anche gli oneri finanziari corrisposti in dipendenza del servizio di *factoring* essendo la finalità di tale rapporto contrattuale riconducibile ad un'operazione di finanziamento".

Sempre con riferimento al *factoring*, anche la Risoluzione n. 32/E dell'11 marzo 2011³⁷ ha confermato "che l'attività in questione ha natura eminentemente finanziaria, tenuto conto tanto dei soggetti legittimati ad esercitarla quanto della causa del negozio, ossia il finanziamento". La medesima Risoluzione evidenzia inoltre una serie di caratteristiche dalle quali si evince la causa di finanziamento del *factoring*, altresì salienti nelle cessioni di crediti di impresa regolate dalla legge 52/1991. In particolare, l'Agenzia chiarisce che "il creditore, con la stipula di un contratto di *factoring*, vuole ottenere un finanziamento (in pratica, una monetizzazione anticipata dei propri crediti) per il quale paga una commissione che si atteggia, in linea di principio, alla stregua di un pagamento di interessi (essendo solitamente quantificata in una percentuale dell'ammontare dei crediti ceduti)"³⁸.

³² Di cui abbiamo fatto menzione al paragrafo 4.

³³ Sentenze della Corte di Cassazioni n. 8497 del 18 Ottobre 1994, n. 4654 del 12 Aprile 2000 e n. 684 del 18 Gennaio 2001.

³⁴ Il riferimento è alla precedente Risoluzione n. 71 del 24 Maggio 2000.

³⁵ Peraltro identica alla precedente nota dell'Agenzia delle Entrate n. 126747 del 5 agosto 2004.

³⁶ Avente ad oggetto la domanda se ai fini dell'applicazione della c.d. *thin capitalization rule* (disciplina in vigore fino al 31 dicembre 2007), tra i finanziamenti rilevanti rientrassero anche i contratti di *factoring*. Anche la Circolare del Ministero dell'Economia e delle Finanze n. 22 del 29 luglio 2008, avente ad oggetto pagamenti delle pubbliche amministrazioni, che nel circoscrivere il proprio ambito di applicazione si riferisce al *factoring* nei seguenti termini: "anche per quanto concerne alcune operazioni di finanziamento, quali quelle scaturenti da contratto di *factoring*". Incidentalmente, è dello stesso tenore anche la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 18 del 4 aprile 2007, che nella trattazione dell'obbligo per gli operatori finanziari di comunicare all'Anagrafe Tributaria l'esistenza e la natura dei rapporti da essi intrattenuti, stabilisce che la comunicazione dei finanziamenti da effettuare con il codice rapporto 18 ha ad oggetto "i finanziamenti a medio lungo termine, i prestiti rateali, i mutui ipotecari, i finanziamenti chirografari, il credito al consumo e i prestiti personali. Sono altresì comprese tutte le altre tipologie di finanziamento a rimborso rateale, inclusi i rapporti di leasing e *factoring* [...]".

³⁷ Nello stesso senso, la Risoluzione del Ministero delle Finanze n. 71 del 24 maggio 2000, commentata dall'ABI nella Circolare, serie tributaria, n. 11 del 14 marzo 2001 e dall'Assonime nella Circolare n. 42 del 15 giugno 2000.

³⁸ In dottrina, la natura finanziaria del *factoring* è riconosciuta anche dall'Assonime (Circolare n. 52 del 15 dicembre 2004) secondo la quale "sotto la denominazione di *factoring* possono risultare ricondotti rapporti contrattuali di vario contenuto anche se la funzione che appare prevalente è comunque, nella normalità delle ipotesi quella di finanziamento alle imprese". Chiarendo altresì che "nel nostro ordinamento, l'espressione in parola è utilizzata per individuare un contratto nel quale la causa di finanziamento ha rilievo centrale, mentre altre prestazioni che possono ricondursi al rapporto, di carattere essenzialmente gestorio (come i solleciti di pagamento da inviare ai debitori), se presenti, hanno natura meramente accessoria rispetto alla suddetta causa". Anche l'Associazione Bancaria Italiana, con la Circolare ABI, serie tributaria, n. 37 dell'11 agosto 1997, ha aderito a tale orientamento affermando che "per quanto attiene alle operazioni di *factoring* è da rilevare come secondo la giurisprudenza (Cass. Sez. I, 18 ottobre 1994, n. 8497) il *factoring* è qualificabile come un contratto atipico, in

Avvalorando quanto affermato *sub* 3, con riferimento alla cessioni del credito regolate dalla legge 52/1991, la medesima Risoluzione n. 32 chiarisce inoltre che “*la causa finanziaria delle operazioni di factoring è confermata dal fatto che il cessionario versa una somma di denaro al cedente all’atto della cessione del credito, consentendo a quest’ultimo di ottenere la trasformazione del credito in attività liquide prima della scadenza naturale del credito o comunque prima della data di presumibile incasso*”³⁹. Anche la giurisprudenza⁴⁰, si è espressa in un caso nel quale l’Amministrazione finanziaria contestava al contribuente “*che quando (come nel caso di specie) la cessione ha per oggetto un credito non ancora scaduto, il minor ammontare del prezzo di cessione rispetto al valore nominale del credito ceduto non è espressivo di una diminuzione del valore intrinseco del credito ceduto, ma rappresenta il costo finanziario dell’operazione sostenuto per ottenere la riscossione anticipata di credito*”. Sul punto, la Corte conferma l’impostazione dell’Agenzia delle entrate, escludendo altresì che “*il minor importo del prezzo di cessione rispetto al valore nominale del credito ceduto sia espressivo di una perdita (minusvalenza) deducibile in bilancio quale componente negativa del reddito d’impresa quando la cessione abbia ad oggetto un credito non ancora scaduto per il quale non sia separatamente prevista la corresponsione di interessi*”.

5. Il regime tributario del cessionario non residente

Alla luce di tale ricostruzione sulla qualificazione delle cessioni di credito realizzate nell’ambito di operazioni in rassegna, il successivo interrogativo che si intende dirimere è se la differenza tra il valore nominale e l’importo effettivamente corrisposto al cedente da un soggetto non residente privo di una stabile organizzazione in Italia, possa essere considerata un provento avente natura finanziaria e qualificata come reddito di capitale o debba invece essere assimilata in qualche modo ad una “plusvalenza” da realizzo (in occasione dell’incasso) e qualificata come reddito di diverso in capo al medesimo cessionario. A parere di chi scrive, la conclusione deve necessariamente prendere le mosse dall’individuazione della causa reale del negozio, come desumibile dai suoi elementi qualificanti. Ove l’operazioni presenti gli elementi che ne evidenzino la natura finanziaria e la causa di finanziamento, il reddito ritratto dal soggetto “finanziatore” (cessionario) non potrà che essere qualificato di conseguenza. Le operazioni di cartolarizzazione di crediti *in bonis*, finanziari o commerciali, rilevabili nella prassi di mercato si caratterizzano per la sussistenza di elementi che ne evidenziano la funzione di provvista, testimoniando una causa concreta e prevalente di finanziamento. Ci si riferisce, in particolare, alla qualifica di un istituto di credito o di un intermediario finanziario quale soggetto cessionario, alla struttura della remunerazione riconosciuta al soggetto cessionario in misura percentuale al valore nominale del credito, alla previsione del pagamento anticipato del corrispettivo per la cessione nonché, appunto, all’oggetto della cessione costituito da un portafoglio di crediti *in bonis*.

cui l’elemento costante è la gestione della totalità dei crediti d’impresa, attuata mediante lo strumento della cessione dei crediti, in unione di solito con un’operazione di finanziamento all’impresa quale elemento funzionale caratterizzante”.

³⁹ La natura finanziaria del factoring trova altresì conferma da altra autorevole dottrina (G. Ferranti, *La nuova disciplina degli interessi passivi*, in *Corriere tributario* n. 43/2007, p. 3481) che, a commento della disciplina riguardante la deducibilità degli interessi passivi ai sensi dell’art. 96 del TUIR afferma che “*il riferimento agli ‘oneri assimilati’ sembra dover riguardare gli ‘oneri finanziari’ categoria più ampia degli interessi passivi, per la cui individuazione può rinviarsi alla nozione contenuta nel principio contabile nazionale n. 12, e nella quale rientrano: gli interessi e gli sconti passivi su finanziamenti ottenuti da banche o da altre istituzioni finanziarie; le commissioni passive su finanziamenti e per fidejussioni o altre garanzie rilasciate da terzi; le spese e le commissioni di factoring relative alla anticipata disponibilità finanziaria del credito smobilizzato*”. Anche il principio contabile OIC 15, paragrafo D.VII. riconosce finalità finanziaria alle cessioni di crediti “*quando il ‘factor’ anticipa al cedente degli ammontari a fronte dei crediti ceduti*”.

⁴⁰ Cfr. Sentenza della Corte di Cassazione n. 13916 del 20 ottobre 2000.

Come si è visto, anche in ambito tributario l'Amministrazione finanziaria, la giurisprudenza e la dottrina più autorevole hanno concordato in maniera univoca sullo scopo di finanziamento quale causa prevalente di tale contratto. Ma vi è di più, in quanto, come chiarito al paragrafo 4, l'Agenzia delle Entrate⁴¹ ha qualificato la differenza tra il valore nominale del credito e il prezzo di cessione, determinata nella prassi in misura percentuale dell'ammontare dei crediti ceduti, come "costo della provvista di mezzi finanziari"⁴², in quanto tale assimilabile ad un vero e proprio pagamento di interessi.

Al riguardo, a sostegno di tale tesi, rileviamo che anche la Corte di Cassazione⁴³ ha espressamente confermato che la differenza tra il minor importo del prezzo di cessione rispetto al valore nominale del credito rappresenti "il costo finanziario dell'operazione sostenuto per ottenere la riscossione anticipata di credito", escludendo espressamente che tale differenza possa essere espressiva di una minusvalenza da realizzo in occasione dell'incasso e qualificata come reddito diverso in capo al medesimo cessionario.

Da tale ricostruzione si evince pertanto che la differenza tra il valore nominale del credito e il prezzo di cessione non possa in alcun modo costituire un reddito diverso⁴⁴ per il cessionario non residente bensì, al contrario, rappresenti necessariamente un reddito di capitale. Infatti, come autorevolmente sostenuto, l'art. 44 del TUIR "assoggetta correttamente a imposizione come redditi di capitale gli interessi derivanti da qualunque forma di impiego di capitale sub specie di finanziamento, quale che sia la configurazione giuridica del rapporto negoziale di volta in volta considerato"⁴⁵.

In particolare, tali proventi rientrerebbero nell'ambito di applicazione dell'art. 41, comma 1, lett. h), del TUIR, che disciplina "gli interessi e altri proventi derivanti da altri rapporti aventi per oggetto l'impiego di capitale" che avrebbe ad oggetto "i redditi derivanti da contratti che, pur avendo economicamente funzione analoga al mutuo, deposito o conto corrente non abbiano la veste giuridica di nessuno di tali contratti" nonché "tutti i contratti di finanziamento che non assumano tale veste giuridica ma si sostanzino in negozi atipici"⁴⁶.

Alla luce di tale percorso interpretativo, si ritiene pertanto che, la differenza tra il valore nominale del credito e il prezzo di cessione costituisca un reddito di capitale ai sensi dell'art. 41, comma 1, lett. h), del TUIR, qualificabile come interesse e, in quanto tale, soggetto ad una ritenuta a titolo di imposta del 12,5%⁴⁷, ai sensi dell'art. 26, comma 5, del Decreto del Presidente della Repubblica n. 600 del 29 settembre 1973⁴⁸.

Al riguardo, non appaiono immediatamente condivisibili le opinioni di autorevole dottri-

⁴¹ Cfr. Relazione annuale del SECIT sull'attività svolta nel 1993 e la Risoluzione n. 139/E del 17 novembre 2004.

⁴² Cfr. Relazione SECIT cit.

⁴³ Cfr. Sentenza n. 13916 del 20 ottobre 2000.

⁴⁴ Alla puntuale definizione dei redditi di capitale disposta dall' art. 44 del TUIR, corrisponde una precisa individuazione delle fattispecie di reddito diverso di natura finanziaria. Infatti, l'art. 67, comma 1, del TUIR, precisa che un reddito derivante da un'attività finanziaria costituisce reddito diverso soltanto se la fattispecie non è ricompresa nelle altre categorie reddituali quale quella dei redditi di capitale.

⁴⁵ Cfr. L. CASTALDI, *I redditi di capitale*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario*, F. TESAURO (diretta da), Tomo I, Utet, Torino 1996, p. 244. Lo stesso autore chiarisce altresì che "i proventi qualificati normativamente come redditi di capitale possono farsi risalire alternativamente a: a) impieghi di capitale sostanzianti in rapporti latu sensu di finanziamento [...] b) ovvero a impieghi di capitale concretizzanti in rapporti latu sensu partecipativi o di investimento". Dello stesso avviso anche, F. GALLO, *Prime considerazioni sulla disciplina dei redditi di capitale nel nuovo TU*, IN *Rass. trib.*, 1998, I, p. 45.

⁴⁶ Cfr. F. MARCHETTI, *I redditi di capitale. Ricostruzione della nozione ed esegesi della disciplina del testo unico delle imposte sui redditi (artt. 41-45)*, 1990, p. 61 e 62; R. RINALDI, *Contributo allo studio dei redditi di capitale*, Edizioni Franco Angeli, 1989, p. 133 ss;

⁴⁷ Ai sensi del Decreto Legge n. 138 del 13 agosto 2011, la misura dell'aliquota sarà pari al 20%.

⁴⁸ Alla luce della qualifica come interesse attivo in capo al cessionario non residente, si ritiene che tale differenza che costituisce una componente negativa di reddito per il soggetto cedente, sia qualificabile in capo al medesimo come interesse passivo e in quanto tale, soggetto alle regole di limitazione sulla deducibilità degli interessi passivi di cui all'art. 96 del TUIR. Tale conclusione trova altresì conferma nella menzionata Risoluzione dell'Agenzia delle entrate n. 5/E del 7 gennaio 2009 la quale ha chiarito che la disciplina della c.d. *thin capitalization rule* che limitava, fino al 31 dicembre 2007, la deducibilità degli interessi passivi, si applicava anche agli "oneri finanziari corrisposti in dipendenza del servizio di factoring".

na che manifesta perplessità circa la qualificazione quale reddito di capitale, ai sensi dell'art. 41, comma 1, lett. h), in quanto la fattispecie della cessione del credito *pro soluto* darebbe luogo al trasferimento della titolarità giuridica del rapporto obbligatorio e per tale motivo si comporterebbe alla stregua della cessione di un qualsiasi bene suscettibile di dar luogo a plusvalenze e minusvalenze⁴⁹. La cessione del rapporto giuridico che realizzerebbe il trasferimento del bene/credito non rappresenta infatti il fine qualificante dell'operazione, ma unicamente il mezzo tecnico attraverso il quale realizzano il risultato economico desiderato. Quest'ultimo, assumendo rilevanza causale prevalente, qualifica la ricchezza/reddito che scaturisce dall'operazione, determinandone il regime tributario. Tale conclusione risulta ulteriormente rafforzata nelle ipotesi in cui non può parlarsi di definitività della cessione alle conseguenze dell'operazione sotto il profilo economico-sostanziale più che a quelle giuridico-formali.

Come evidenziato nel paragrafo *sub* 3, la qualificazione della cessione *pro soluto* deve infatti essere valutata anche alla luce di clausole, di norma presenti in tali tipologie di operazioni, ai sensi delle quali vengono disposti *plafond*, franchigie e massimali con riferimento alla esposizione del soggetto acquirente, nonché alla luce delle successive vicende del credito ceduto, tipicamente relative al pieno e tempestivo adempimento da parte del debitore ceduto, che potrebbero produrre effetti, diretti o mediati, sulla sfera economica del cedente. In applicazione di tali clausole, il cedente resta comunque economicamente esposto all'eventuale insolvenza del debitore ceduto, in quanto il soddisfacimento del proprio credito rimane ulteriormente subordinato alla variabilità dei flussi finanziari. Per le medesime ragioni, le condizioni previste dallo IAS 39 prevedono che la cancellazione del credito dal bilancio possa avvenire soltanto qualora risultino trasferiti sostanzialmente tutti i rischi e i benefici relativi al credito. Da quanto precede, risultano pertanto non condivisibili quelle interpretazioni⁵⁰ che assimilano *tout court* la cessione del credito *pro soluto* ai rapporti obbligatori suscettibili di generare plusvalenze e minusvalenze.

Ulteriori critiche⁵¹ all'applicazione dell'art. 41, comma 1, lett. h), del TUIR, muovono dal fatto che “*il differenziale esistente fra prezzo di cessione e valore nominale del credito costituisce il provento di un'attività di natura speculativa e non di un'operazione d'impiego di capitale*”. Anche tale posizione non appare a nostro avviso applicabile alle operazioni in rassegna, in quanto, a seguito della cessione, il soggetto cedente conseguirebbe disponibilità attuale di risorse finanziarie liquide, mentre il cessionario effettuerebbe un impiego che a scadenza gli permetterebbe di ottenere, considerando che di regola la cessione avviene per un prezzo inferiore al valore nominale, risorse finanziarie liquide superiori a quelle impiegate.

Altre giudizi contrari alla qualificazione della cessione *pro soluto* nell'ambito dell'art. 41, comma 1, lett. h), del TUIR, prendono spunto dalla necessità che il rapporto possa essere qualificato come un contratto di durata. Secondo autorevole dottrina “*il contratto di cessione pro soluto deve ricostituirsi quale contratto ad esecuzione istantanea e come tale difetta di un requisito strutturale essenziale ai fini della sua ricomprensione nella categoria dei contratti aventi ad oggetto l'impiego di capitale*”⁵². Riteniamo che anche tale critica non sia riferibile alle cessioni regolate dalle leggi 52/1991 e 130/1999 concretamente realizzate, in quanto, nella prassi commerciale, le medesime cessioni sono regolate sulla base di contratti quadro che disciplinano per un pe-

⁴⁹ Cfr. R. LUPI, *Gli interessi nell'imposizione diretta*, in *Dir. prat. trib.* 1990, I, p. 499; C. ROTONDARO, *Imponibilità del provento da cessione di credito pro-soluto percepito da soggetti non residenti*, in *Riv. dir. trib.* n. 3/2000, p. 374 e 375.

⁵⁰ Si veda nota 48.

⁵¹ Cfr. G. ESCALAR, *Possesso dei redditi ed imputazione soggettiva dei frutti derivanti da titoli oggetto di riporto*, in *Riv. dir. trib.*, 1994, I, p. 41, nota 81.

⁵² Cfr. G. ESCALAR, p. 323; C. ROTONDARO, op. cit. p. 381.

riodo di tempo medio-lungo l'impegno del cessionario ad acquistare tutti i crediti della società cedente che presentino determinate caratteristiche espressamente identificate⁵³. Deve, pertanto, concludersi che il provento differenziale di un soggetto cessionario non residente privo di una stabile organizzazione in Italia non possa essere qualificato come reddito diverso, categoria avente ad oggetto fattispecie non ricomprese nelle altre categorie reddituali, compresa quella dei redditi di capitale. Al contrario, tale differenza deve essere qualificata come reddito di capitale ai sensi dell'art. 41, comma 1, lett. h), del TUIR e soggetta alla ritenuta a titolo di imposta del 12,5%, ai sensi dell'art. 26, comma 5, del Decreto del Presidente della Repubblica n. 600 del 29 settembre 1973.

⁵³ In dottrina è autorevolmente riconosciuto che il contratto di cessione dei crediti d'impresa si presenta come contratto di durata che dà luogo ad un'operazione unitaria con efficacia traslativa dei crediti (R. CLARIZIA, *Il factoring in Italia*, op. cit). La qualifica di contratto di durata è stata riconosciuta anche al *factoring* da U. CARNEVALI, *I problemi giuridici del factoring*, in *Riv. dir. civ.*, Giuffrè, p. 1100 ss.