

Sulla natura delle commissioni per il rilascio di garanzie atipiche contrattuali

ANDREA VASAPOLLI

Nell'ambito dei contratti di appalto sovente l'appaltatore è tenuto a fare rilasciare da banche o compagnie di assicurazione apposite garanzie a favore del committente, relative alla sottoscrizione e alla corretta esecuzione del contratto.

Tali garanzie assolvono ad una funzione simile a quella dei depositi cauzionali, hanno causa commerciale e non finanziaria e conseguentemente gli oneri per esse sostenuti hanno natura di spese per prestazioni di servizi e non di oneri finanziari. Tali oneri, pertanto, non soggiacciono ai limiti di deducibilità di cui all'articolo 96 del Dpr 917/1986.

—

Le garanzie contrattuali negli appalti

È consolidata prassi di mercato che a fronte della stipula di contratti (appalti) di fornitura su commessa l'appaltatore fornisca al committente una serie di garanzie, che vengono rilasciate mediante la stipula di quelli che vengono qualificati come “contratti autonomi di garanzia”, relative alla sottoscrizione ed alla corretta esecuzione del contratto.

I contratti autonomi di garanzia qui in esame sovente rientrano tra quelli disciplinati dagli *standard* internazionali che sono stati stabiliti dalla *International chamber of commerce (Icc)* con le *Uniform rules for demand guarantees 2010 revision (Icc publication Urdg 758)*, al fine di soddisfare le esigenze di semplificazione del commercio internazionale.

Tali contratti autonomi di garanzia, stipulati tra l'appaltatore ed una banca o una compagnia di assicurazione a favore del committente, vengono comunemente definiti “*Garantievertrag*” nel linguaggio convenzionale internazionalmente utilizzato ed hanno natura di operazioni fiduciarie con cui la banca/compagnia di assicurazione non eroga fondi al cliente ma si rende garante delle obbligazioni contrattuali dallo stesso assunte.

Esempi di *Garantievertrag* (contratti autonomi di garanzia) che vengono usualmente sottoscritti dall'appaltatore con banche/assicurazioni sono:

- › garanzia rilasciate per la partecipazione a gare di appalto; l'impegno assunto dalla banca/compagnia assicurativa è quello di pagare al committente, beneficiario della garanzia, un determinato importo nel caso in cui la società, partecipante alla gara, una volta risultata aggiudicataria della commessa, ometta di sottoscrivere il contratto o non fornisca le ulteriori garanzie bancarie previste nel bando di gara (garanzia normalmente definita “*Bid bond*”);
- › garanzia di buona esecuzione del contratto rilasciata a favore del committente, con la quale la banca/compagnia assicurativa assume l'obbligo di riconoscere al committente beneficiario l'importo garantito

nel caso di inadempienze contrattuali (ad esempio mancate consegne nei termini) dell'appaltatore (garanzia normalmente definita “*Performance bond*”);

- › garanzia richiesta per il rimborso di eventuali pagamenti anticipati effettuati dal committente a favore dell'appaltatore; la banca/compagnia assicurativa si impegna a restituire al committente, nei limiti dell'importo garantito, gli acconti da questi già versati, nell'eventualità che si verificano inadempienze contrattuali da parte della società appaltatrice (garanzia normalmente definita “*Advance payment bond*”);
- › garanzia riferita alla corretta esecuzione dell'appalto; la banca/compagnia assicurativa assume la responsabilità del credito e, dunque, l'onere di pagare al committente quanto dovutogli dall'appaltatore nel caso in cui quest'ultimo si renda inadempiente rispetto a quanto (ad esempio per risarcimento danni) eventualmente dovesse pagare (garanzia normalmente definita “*Warranty bond*”).

A fronte del rilascio di tali garanzie la società appaltatrice paga apposite commissioni.

In sede di accertamento è accaduto che l'agenzia delle Entrate abbia attribuito natura finanziaria alle commissioni pagate dalla società appaltatrice per il rilascio di tali garanzie e abbia tratto la conseguenza che le stesse soggiacciono quindi ai limiti di deducibilità disposti dall'articolo 96 del Dpr 917/1986, relativo agli oneri che conseguono a rapporti aventi “causa finanziaria”. Tale interpretazione, per le ragioni *infra* esposte, non è condivisibile.

L'articolo 96 del Dpr 917/1986: finalità della norma

L'articolo 96, comma 1, del Dpr 917/1986, così dispone: «gli interessi passivi e gli oneri assimilati, diversi da quelli compresi nel costo dei beni ai sensi del comma 1, lettera b), dell'articolo 110, sono deducibili in ciascun periodo d'imposta fino a concorrenza degli interessi attivi e proventi assimilati. L'eccedenza è deducibile nel limite del 30 per cento del risultato operativo lordo della gestione caratteristica. La quota del risultato operativo lordo prodotto a partire dal terzo periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2007, non utilizzata per la deduzione degli interessi passivi e degli oneri finanziari di competenza, può essere portata ad incremento del risultato operativo lordo dei successivi periodi d'imposta».

Il successivo comma 3 dello stesso articolo prevede inoltre che «[a]i fini del presente articolo, assumono rilevanza gli interessi passivi e gli interessi attivi, nonché gli oneri e i proventi assimilati, derivanti da contratti di mutuo, da contratti di locazione finanziaria, dall'emissione

di obbligazioni e titoli simili e da ogni altro rapporto avente causa finanziaria, con esclusione degli interessi impliciti derivanti da debiti di natura commerciale e con inclusione, tra gli attivi, di quelli derivanti da crediti della stessa natura».

La norma citata prevede quindi espressamente che oggetto di limitazione alla deducibilità sono solo ed esclusivamente gli interessi passivi e gli oneri assimilati derivanti da rapporti aventi causa finanziaria. Gli interessi passivi e gli oneri assimilati che derivano da rapporti che non hanno causa finanziaria, infatti, non sono soggetti alle limitazioni di cui all'articolo 96 del Dpr 917/1986.

La norma in commento, che limita la deducibilità dei soli oneri afferenti rapporti aventi causa finanziaria, è il frutto di una precisa scelta del legislatore che, al fine di combattere la storica sottocapitalizzazione delle imprese italiane e l'eventuale uso abusivo di finanziamenti erogati dai soci, ha sostituito il previgente regime della Dit (*Dual income tax*, che agevolava fiscalmente la capitalizzazione delle imprese) con il nuovo regime dell'articolo 96 in commento, che sanziona con la temporanea indeducibilità gli oneri derivanti da rapporti aventi causa finanziaria che eccedono una certa percentuale del risultato d'esercizio (in particolare, il 30 per cento del Rol). Lo scopo anche della nuova norma, così come della precedente Dit, è pur sempre incentivare la capitalizzazione delle imprese, operando con disincentivi invece che con incentivi, e non anche sanzionare ingiustamente la normale operatività commerciale delle imprese.

LO SCOPO DELLA NUOVA
NORMA, COSÌ COME DELLA
PRECEDENTE DIT, È PUR
SEMPRE INCENTIVARE
LA CAPITALIZZAZIONE
DELLE IMPRESE, NON
SANZIONARNE
L'OPERATIVITÀ
COMMERCIALE

Come si legge, infatti, nella relazione Illustrativa alla legge finanziaria per il 2008 con riferimento all'introduzione della nuova disciplina dettata dall'articolo 96 del Dpr 917/1986, «[t]ra le varie alternative prospettabili, quella adottata è apparsa più di altre idonea a perseguire allo stesso tempo obiettivi di razionalizzazione e semplificazione della disciplina e al contempo a costituire un incentivo alla capitalizzazione, ma senza penalizzare in modo irreversibile l'impresa caratterizzata da una struttura finanziaria sottocapitalizzata».

Quanto sopra illustrato è confermato anche dalla circolare Assonime 18 novembre 2009, n. 46, punto 2, la quale precisa che con detta norma il legislatore ha inteso perseguire una finalità di carattere sostanziale, consistente nell'incentivare la capitalizzazione delle imprese.

Chiarita la finalità della norma, è necessario verificare se la stessa trova riscontro nel dettato letterale della stessa, e così è.

Il comma 3 dell'articolo 96 del Dpr 917/1986, specifica infatti in modo

incontrovertibile che oggetto di limitata deducibilità sono esclusivamente gli interessi e gli altri oneri derivanti da rapporti aventi causa finanziaria (cioè afferenti l'erogazione di finanziamenti), escludendo quindi chiaramente dal campo di applicazione di tale norma tutti gli interessi passivi e gli altri oneri che non derivano da tale tipo di rapporti, e ciò proprio perché nulla hanno a che vedere con il livello di capitalizzazione dell'impresa.

In merito si osserva che la circolare dell'agenzia delle Entrate 19 del 21 aprile 2009, al paragrafo 2.2 esplicitamente chiarisce che rientra nell'ambito applicativo dell'articolo 96 del Dpr 917/1986 «ogni e qualunque interesse (od onere ad esso assimilato) collegato alla messa a disposizione di una provvista di danaro, titoli o altri beni fungibili per i quali sussiste l'obbligo di restituzione e in relazione ai quali è prevista una specifica remunerazione».

Quindi, per comprendere se un determinato componente di reddito è soggetto o meno alla norma sopracitata, occorre prestare attenzione alla causa del rapporto, che deve essere finanziaria, e non alla natura del costo; la norma, infatti, utilizza la locuzione "causa finanziaria" e non quella, più generica, di "natura finanziaria", facendo quindi riferimento soltanto ai rapporti che, da un punto di vista giuridico, abbiano causa finanziaria, cioè la funzione di consentire ad una parte di ottenere la disponibilità temporanea di un capitale dall'altra. La norma in commento riguarda i finanziamenti, non altro.

Nello stesso senso si è pronunciato anche lo studio di giugno 2012 del Consiglio nazionale dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili intitolato "Oneri finanziari per bilancio 2011 e successivi. Procedura per la determinazione dell'ammontare deducibile", laddove al punto 6, in merito all'articolo 96 del Dpr 917/86, comma 3, precisa che «[p]resupposto per la individuazione del rapporto dal quale discendono gli interessi, e gli oneri e i proventi ad essi assimilati, è la causa finanziaria dello stesso. In merito al richiamo della causa finanziaria, in via preliminare si deve ritenere che il Legislatore abbia inteso fare riferimento al concetto di causa contrattuale, intesa come ragione giustificatrice del contratto sottostante. Va tuttavia rilevato che manca nel nostro ordinamento una individuazione dei contratti con "causa finanziaria", con la conseguenza che deve essere ricercato un criterio ermeneutico che consenta di stabilire l'ambito dei rapporti giuridici rilevanti ai fini della norma in esame. La norma fa riferimento esplicito al contratto di mutuo, al contratto di locazione finanziaria e all'emissione di prestiti obbligazionari e titoli similari; al riguardo, pare un dato incontrovertibile che un tratto comune alle accennate tipologie contrattuali è rappresentato dall' essere sottese ad operazioni comunque finalizzate al reperimento di capitali di terzi, e che pertanto gli altri rapporti non identificati dal terzo comma dell'articolo 96 devono presentare eguale caratteristica».

Natura dei contratti autonomi di garanzia

In merito alla natura dei contratti autonomi di garanzia ha avuto modo di pronunciarsi la Suprema Corte a Sezioni unite¹, la quale ha affermato che «[e]lisione del vincolo di accessorietà e scissione della garanzia dal rapporto di valuta (tra debitore e creditore, *n.d.A.*) caratterizzano sul piano funzionale il *Garantievertrag*, la cui causa concreta viene correttamente individuata in quella di assicurare la libera circolazione dei capitali e il pronto soddisfacimento dell'interesse del beneficiario (ovvero ancora in quella di sottrarre il creditore al rischio dell'inadempimento, trasferito nei fatti su di un altro soggetto, "istituzionalmente" solvibile), il quale può così porre affidamento su di una rapida e sollecita escussione di una controparte affidabile, senza il rischio di vedersi opporre, in sede processuale, il regime tipico delle eccezioni fideiussorie. È in tali sensi che par lecito discorrere, a proposito del contratto atipico di garanzia, di una funzione di tipo "cauzionale" - mentre la sua più frequente utilizzazione rispetto al deposito di una vera e propria cauzione trae linfa proprio in ragione della sua minore onerosità e della possibilità di evitare una lunga e improduttiva immobilizzazione di capitali (conseguenza ineludibile del deposito cauzionale): è in conseguenza di tali aspetti funzionali che la garanzia muta "geneticamente" da vicenda *lato sensu* fideiussoria in fattispecie atipica che, ai sensi dell'articolo 1322 del Codice civile, comma 2, persegue un interesse certamente "meritevole di tutela", identificabile nell'esigenza condivisa di assicurare l'integrale soddisfacimento dell'interesse economico del beneficiario vulnerato dall'inadempimento del debitore originario e, di conseguenza, di conferire maggiore certezza allo scorrere dei rapporti economici (specie transnazionali). Emerge così, in via definitiva, sotto il profilo causale, la disarmonia morfologica e funzionale con la fideiussione (volta a garantire l'adempimento di un debito altrui)».

La Suprema Corte a Sezioni unite ha, quindi, riconosciuto che i contratti autonomi di garanzia hanno una funzione economica sostanzialmente equivalente a quella dei depositi cauzionali, ritenendo al tempo stesso che tali contratti non possano essere invece assimilati alle fideiussioni.

La Corte di Cassazione, sempre a Sezioni unite, con la sentenza 1° ottobre 1987, n. 7341 aveva già precedentemente statuito che il contratto atipico di garanzia (*Garantievertrag*) «è un valido contratto atipico, realizzante interessi meritevoli di tutela connessi, tra l'altro, all'espansione del commercio internazionale».

Anche secondo la giurisprudenza di merito «[i]l contratto autonomo di garanzia ha funzione diversa rispetto a quella che caratterizza il contratto

1. Cassazione civile, Sezioni unite, 18 febbraio 2010, n. 3947.

tipico di fideiussione; esso svolge una funzione meritevole di tutela analoga a quella del deposito cauzionale»².

Ad analoghe conclusioni è giunta anche l'Autorità nazionale anticorruzione, la quale nel documento Determinazione 1 del 29 luglio 2014 intitolato "Problematiche in ordine all'uso della cauzione provvisoria e definitiva (articoli 75 e 113 del Codice)", con specifico riferimento ai contratti autonomi di garanzia afferma che «[c]ontrariamente a quanto sostenuto dalle imprese di assicurazione, la richiesta di rilascio di garanzie dal contenuto di contratto autonomo appare compatibile con quanto previsto in materia dal Codice.

La normativa primaria, riferibile ai settori ordinari, con riferimento alla "cauzione definitiva" stabilisce al comma 2 dell'articolo 113, analogamente a quanto già stabilito dall'articolo 75, comma 4, che le garanzie a corredo dell'offerta rechino le seguenti clausole: 1) la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale; 2) la rinuncia, all'eccezione di cui all'articolo 1957 del Codice civile, comma 2, e cioè all'eccezione di intervenuta scadenza della fideiussione; 3) l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante. Può, dunque, dirsi che il legislatore ha inteso chiaramente attribuire alla cauzione la forma di garanzia sostanzialmente autonoma ed astratta, a differenza della fideiussione, priva del vincolo dell'accessorietà, al fine di tutelare la fase di esecuzione del contratto e, quindi, gli interessi pubblici e le esigenze della stazione appaltante.

Alcune imprese di assicurazione sostengono l'applicabilità al fideiussore dell'articolo 1945 del Codice civile, ossia la facoltà di opporre al creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale salvo quella derivante dall'incapacità. Le imprese invocano tale possibilità perché è proprio la rinuncia all'eccezione *tout court* (piuttosto che il pagamento a prima richiesta o a semplice richiesta o l'esigibilità nei 15 giorni) a rappresentare il principale punto di distacco dallo schema tipico della fideiussione codificato dal Codice civile (Cass. civ. III, 3 ottobre 2005, n. 19300; *id.* 20 aprile 2004, n. 7502). L'impresa di assicurazione, mantenendo in tal modo salva la facoltà di invocare le eccezioni previste dal contratto fideiussorio, conserverebbe la possibilità di indennizzare solo a condizione di aver verificato in concreto la presenza del danno o viceversa rifiutare il pagamento in caso di sua riscontrata assenza o inferiore entità rispetto al denunciato.

La tesi non sembra accoglibile, laddove si consideri che il legislatore, nel prevedere l'assimilabilità delle cauzioni *ex* articoli 75 e 113 alle garanzie autonome, ha inteso tutelare prevalentemente l'interesse pubblico e gli interessi delle stazioni appaltanti. L'Autorità si è più volte pronunciata sul tema in fase di precontenzioso e, in presenza di bandi o lettere di invito

2. Tribunale di Milano, 22 settembre 1986, in *Banca, Borsa, Tit. cred.* II, 1987, p. 332.

nell'ambito di settori speciali, che prevedevano la prestazione di cauzione definitiva con rinuncia alle eccezioni sulla validità ed efficacia del contratto di appalto, secondo lo schema del contratto autonomo di garanzia, affermandone la piena legittimità, (vd. Prec. Avcp 173 e 178 del 2012). Sulla questione, che ha prodotto un acceso dibattito in dottrina, è intervenuta la pronuncia della Cassazione a Sezioni unite (Cass. civ., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947), nella quale si definisce il contratto autonomo di garanzia “una fattispecie atipica ai sensi dell’articolo 1322 del Codice civile, comma 2, che persegue un interesse meritevole di tutela, identificabile nell’esigenza condivisa di assicurare l’integrale soddisfacimento dell’interesse economico del beneficiario vulnerato dall’inadempimento del debitore originario e, di conseguenza, di conferire maggiore certezza allo scorrere dei rapporti economici”. Con specifico riguardo alla funzione della cauzione, le Sezioni Unite ritengono così che “la clausola ‘a prima richiesta e senza eccezioni’ dovrebbe di per sé orientare l’interprete verso l’approdo alla fattispecie del contratto autonomo di garanzia, salva evidente, patente, irredimibile discrasia con l’intero contenuto “altro” della convenzione negoziale”».

Alla luce di tutto quanto sopra, quindi, risulta che il rationale sottostante i contratti autonomi di garanzia oggetto della presente analisi non è quello di porre in essere un contratto di finanziamento o comunque finalizzato ad ottenere una provvista di denaro, ma quello di assicurare ai committenti il buon esito dei contratti, così come avviene per il deposito cauzionale.

Il contratto autonomo di garanzia si colloca dunque in un ambito esclusivamente commerciale e non ha causa finanziaria.

Si osserva, peraltro, che l’eventuale presenza nel contratto autonomo di garanzia della clausola di pagamento “a prima richiesta”, è solo una modalità di far valere la garanzia, che non incide in alcun modo sulla causa del contratto, che non è finanziaria ma, appunto, di garanzia; tale clausola, quindi, non altera la causa commerciale del contratto autonomo di garanzia.

SI OSSERVA CHE
L'EVENTUALE PRESENZA
DELLA CLAUSOLA
DI PAGAMENTO "A PRIMA
RICHIESTA", È SOLO UNA
MODALITÀ DI FAR VALERE
LA GARANZIA, CHE NON
INCIDE SULLA CAUSA
DEL CONTRATTO

La disciplina fiscale degli oneri che conseguono a depositi cauzionali

In merito alla disciplina fiscale applicabile agli oneri che conseguono a un deposito cauzionale, fattispecie alla quale, come funzione economica, devono essere ricondotti i contratti autonomi di garanzia, l’agenzia delle

Entrate, fornendo risposta ad un quesito³, al punto 1.3 della circolare 38/E del 23 giugno 2010 ha affermato che «[n]ella circolare 19/E del 21 aprile 2009 con riguardo agli interessi corrisposti sui depositi di riassicurazione, vale a dire sui depositi cauzionali costituiti nell'ambito dei rapporti con i quali l'impresa di assicurazione cede una quota del rischio assunto ad altra impresa di assicurazione, è stato chiarito che gli stessi non hanno causa finanziaria in quanto i citati depositi assumono una funzione di garanzia. Di conseguenza, applicando al caso in esame le considerazioni sopra svolte, si ritiene che i depositi cauzionali sui contratti commerciali non hanno causa finanziaria in quanto scaturenti da rapporti di natura commerciale e di conseguenza non rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 96 del Tuir».

Nello stesso senso, e quindi dell'irrelevanza ai fini dell'articolo 96 da ultimo citato degli oneri finanziari relativi a rapporti di natura commerciale, si è pronunciata anche Assonime con la circolare 5 agosto 2010, n. 27, al punto 9.1.

Natura della commissione pagata sul contratto autonomo di garanzia

Quanto esposto nei punti precedenti si può dunque riassumere in tre concetti chiave:

- › la norma fiscale di riferimento, articolo 96 del Dpr 917/1986, e la prassi correlata ben chiariscono che gli interessi e gli oneri rilevanti sono esclusivamente quelli che scaturiscono da un contratto avente causa finanziaria;
- › il contratto autonomo di garanzia non ha causa finanziaria, in quanto non è volto all'ottenimento di una provvista di denaro ma a garantire il buon esito della transazione commerciale;
- › le commissioni pagate per l'ottenimento di tali garanzie, pertanto, non rientrano in alcun modo tra gli oneri disciplinati dall'articolo 96 del Dpr 917/1986.

Precisato quanto sopra, la commissione che l'impresa paga per tale garanzia ha dunque natura di spesa per servizi e non di remunerazione di un finanziamento.

Tale natura di spesa per servizi è chiaramente esplicitata al paragrafo 64 del principio contabile Oic 12, emanato a dicembre 2016, laddove è affermato che «[n]ella voce B7 sono rilevati i costi per i servizi eseguiti da

3. Il quesito era: «si chiede conferma che rientrino nella normativa (articolo 96 del Dpr 917/1986, *n.d.A.*) gli interessi attivi (ed anche passivi) sui depositi cauzionali aventi causa finanziaria e non quelli sui contratti commerciali. Infatti, il deposito cauzionale è sovente relativo ad un contratto commerciale (ad es., di locazione oppure di fornitura di *utilities*) ed in quanto tale non costituisce una "scelta finanziaria" dell'impresa».

banche ed imprese finanziarie, diversi dagli oneri finanziari come ad esempio: noleggio di cassette di sicurezza, servizi di pagamento di utenze, costi per la custodia di titoli, commissioni per fidejussioni (purché non finalizzate all'ottenimento di finanziamenti), spese e commissioni di *factoring* (ma non quelle aventi natura di oneri finanziari)».

In merito alla irrilevanza, ai fini delle previsioni limitative di cui all'articolo 96 più volte citato, delle commissioni pagate a fronte di contratti autonomi di garanzia, si è pronunciata anche la Commissione tributaria provinciale di Milano⁴, affermando che «se la causa oggettiva intrinseca della garanzia atipica è quella di assicurare un indennizzo a terzi in caso di inadempimento è agevole ritenere che lo scopo (...) di finanziare l'attività dell'impresa, è totalmente inesistente, non essendovi alcun nesso logico o assonanza tra finalità di finanziamento a sé (...) e pagamento di una indennità a terzi» e che conseguentemente «esclusa la causa finanziaria del contratto, residua la soluzione di ritenere gli oneri in questione rientranti comunque nell'ambito delle spese generali sostenute per l'esercizio dell'attività imprenditoriale, quali corrispettivi di prestazioni di servizi e senz'altro inerenti ex articolo 109 Tuir in quanto necessitati dall'attività commerciale caratteristica dell'impresa».

**L'autore
di questo articolo**

ANDREA VASAPOLLI

Dottore commercialista, già professore incaricato di Diritto tributario presso la Scuola superiore del ministero dell'Economia e delle Finanze, componente della Commissione "Norme di comportamento di comune interpretazione in materia tributaria" dell'Associazione italiana dottori commercialisti.

4. Ctp Milano, Sezione 7, sentenza 2589/18 del 24 maggio 2018.