

La distribuzione delle riserve e il giuoco delle tre carte

Stefano Marchese

L'intervento della giurisprudenza sulle regole per la stratificazione delle riserve attraverso l'uso in chiave antielusiva delle presunzioni. Riduzione del capitale deliberata prima dell'imputazione delle riserve di rivalutazione. I limiti alla riqualificazione delle operazioni societarie e i principi costituzionali

Ai fini dell'imposizione sul reddito, le riserve che compongono il patrimonio netto possono essere classificate in due grandi gruppi: le riserve di capitale e le riserve di utile.

Le prime sono formate da conferimenti, tipici o atipici, dei soci, come i sovrapprezzi azionari, gli interessi di congruaggio, i versamenti in conto capitale o a fondo perduto dei soci. Tali riserve si caratterizzano per il fatto che la loro distribuzione non dà luogo ad imposizione sul reddito, né per la società né per i soci, trattandosi in ultima istanza di restituzione di capitali da questi ultimi precedentemente versati alla società, per i quali non può certo parlarsi di ricchezza novella.

Le seconde, all'opposto, hanno natura reddituale, e sono costituite da utili in senso civilistico, intesi come risultati economici positivi risultanti dal conto economico, nonché da componenti positivi di reddito - segnatamente plusvalenze e sopravvenienze attive - che affluiscono a tali riserve direttamente, in base a norme fiscali o a leggi speciali, senza concorrere a formare il risultato d'esercizio. Intendiamo in particolare riferirci ai fondi in sospensione d'imposta; ovvero ai fondi di rivalutazione monetaria o economica, assoggettati o meno ad imposizione.

In caso di distribuzione delle riserve di utili, queste costituiranno sempre reddito tassabile per il socio.

Dal punto di vista della società, le riserve di utili possono essere poi suddivise in riserve già assoggettate ad imposizione ordinaria, in riserve soggette in caso di distribuzione ad imposizione di congruaggio e, infine, a riserve suscettibili di generare il presupposto impositivo in caso di distribuzione non solo in capo al socio, ma anche nei ri-

guardi della società, venendo meno il loro regime di sospensione d'imposta.

E' quindi di tutta evidenza che, in caso di distribuzione di riserve ai soci, non è del tutto indifferente ai fini dell'imposizione che le riserve in concreto distribuite facciano parte dell'una o dell'altra categoria.

Il legislatore fiscale, in linea di massima, applica - per determinare il regime tributario cui sottoporre la distribuzione delle riserve - il principio secondo cui la fattispecie tributaria segue la fattispecie civilistica. In termini più espliciti, se l'assemblea delibera la

distribuzione di un dividendo di L. 100 per azione, e nella deliberazione è scritto che a tal fine vengono utilizzati gli utili degli esercizi precedenti a nuovo, anche ai fini fiscali l'operazione verrà considerata distribuzione di utili, con le conseguenze che ne derivano, sia a livello di imposizione del socio, sia a livello di imposizione societaria; e quest'ultima tanto con riguardo all'eventuale maggiorazione di congruaggio, quanto con riferimento all'applicabilità della ritenuta sui dividendi.

Viceversa, se nella delibera è scritto che viene distribuita la riserva sovrapprezzo azioni, il regime fiscale dell'operazione sarà quello che abbiamo sopra tratteggiato in tale evenienza.

Accade che il principio generale subisca delle specificazioni - e più precisamente delle regole di stratificazione ed imputazione delle riserve - per effetto dell'operare di norme *ad hoc*, aventi finalità antielusiva.

Così, l'art. 44, comma 2, Tuir ha cura di precisare che in caso di riduzione del capitale per esuberanza, qualora detto capitale sia stato in precedenza aumentato mediante passaggio di riserve di utili a capitale sociale, si considerano distribuite per prime dette riserve di utili, a partire dalla meno recente. A loro volta, le leggi di rivalutazione monetaria¹ precisano che le riduzioni di capitale esuberante deliberate dopo l'imputazione a capitale delle riserve da rivalutazione abbiano innanzitutto

per oggetto, fino al corrispondente ammontare, le parti di capitale formate con l'imputazione di tali riserve.

L'art. 44, c. 2, ultimo periodo, Tuir, precisa poi la prevalenza delle norme speciali di rivalutazione monetaria, per cui in caso di riduzione del capitale esuberante previamente aumentato mediante il passaggio allo stesso di riserve di utili in senso civilistico, di riserve di capitale e di riserve di rivalutazione, si considerano per prime distribuite queste ultime, poi gli utili con criterio Fifo e, infine, le riserve di capitale e il capitale originariamente conferito dai soci.

Occorre rilevare che le regole sopra ricordate non incidono sulla fattispecie civilistica, ma si limitano a precisare,

con valenza squisitamente fiscale, i criteri di stratificazione nel capitale delle varie tipologie di riserve ai fini della loro imposizione.

La giurisprudenza, invece, ha compiuto delle riqualificazioni della fattispecie civilistica al fine di assicurare l'operatività di quelle regole fiscali che ritiene più consone alla tassazione dell'effettiva sostanza economica dell'operazione.

A questo riguardo è ben noto l'orientamento della Cassazione sulla distribuzione del sovrapprezzo azionario. Nel caso Richard Ginori contro Finanze, la Suprema Corte² ha affermato che è legittima la qualificazione come utile e la conseguente applicazione della ritenuta d'acconto - e, più in ge-

nerale, del relativo regime tributario - in occasione di una operazione posta in essere da una società azionaria, concernente l'imputazione di utili a riserva e la contestuale distribuzione ai soci della riserva da sovrapprezzo azioni, posto che essa si risolverebbe in una "partita di giro" che manifesta, sul piano della realtà economica, una indiretta e mascherata distribuzione di utili di esercizio ai soci da parte della stessa società.

Tale principio è stato ribadito nei casi Montedison contro Finanze³ e Secondo Mona contro Finanze⁴, e risulta confermativo di un analogo principio affermato dalla Commissione tributaria centrale⁵.

L'origine di tale posizione, in verità, è tuttavia rinvenibile in una circolare ministeriale del 1966⁶, confermata dal ministero delle Finanze in una nuova interpretazione del 1984⁷.

Tale posizione ha suscitato il dissenso della dottrina⁸ sul rilievo, fra l'altro, che una siffatta "presunzione" si risolverebbe in una ingiustificata negazione del valore probatorio di regolari scritture contabili.

A questo consolidato orientamento giurisprudenziale sulla distribuzione del sovrapprezzo si è aggiunta una decisione della Commissione centrale⁹ del corrente anno la quale ha affermato che le norme sulla stratificazione ed imputazione delle riserve da rivalutazione, sopra ricordate, vanno interpretate nel senso che pongono "una presunzione assoluta di corrispondenza fra l'ammontare del capitale sociale formatosi a seguito dell'imputazione dei saldi attivi di rivalutazione e la riduzione del capitale deliberata in tempo successivo; con la conseguente qualificazione come reddito imponibile delle somme attribuite ai soci a seguito della suddetta riduzione del capitale".

Di conseguenza, ad avviso della Commissione centrale, qualora la riduzione di capitale sia deliberata prima della imputazione a capitale della riserva da rivalutazione, ma fra le due operazioni sussista un breve lasso di tempo ed altri elementi che facciano presumere che le due deliberazioni siano parte di un unico disegno; ebbene, ciò costituirebbe presunzione grave, precisa e concordante della circostanza che, nella sostanza, si sia proceduto alla distribuzione della riserva da rivalutazione. Questo orientamento, come quello precedentemente ricordato, non può essere condiviso.

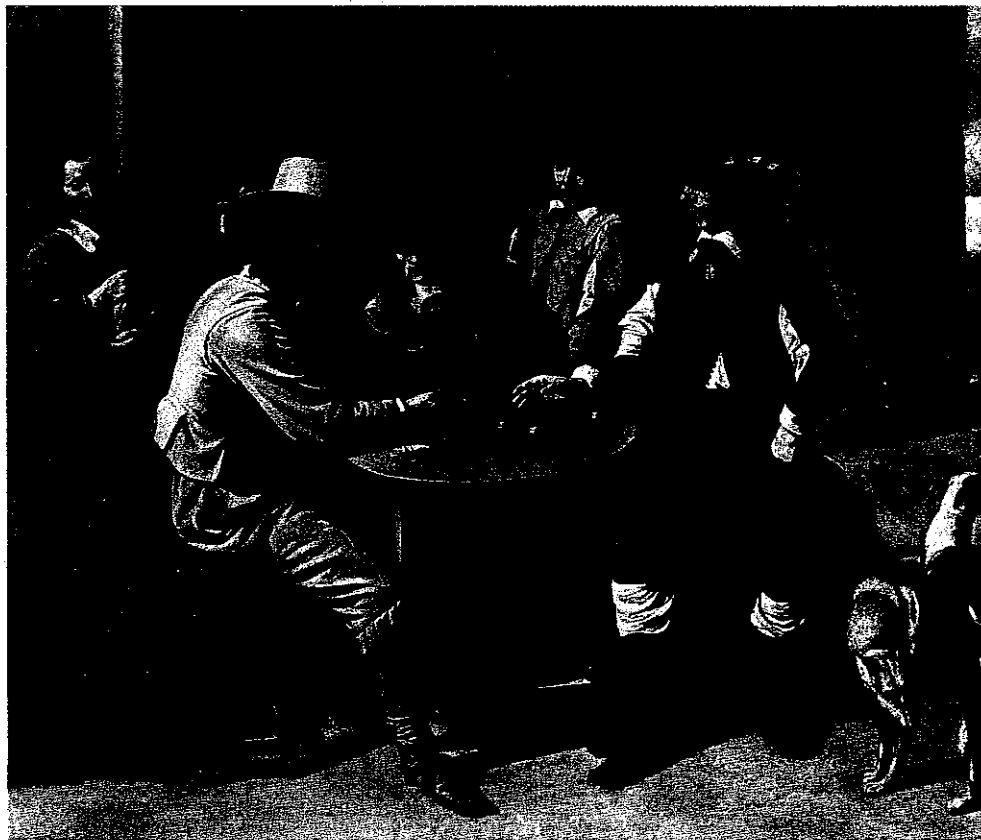
Esso infatti ricorda il gioco delle tre carte: mando a riserva l'utile, distribuisco il sovrapprezzo ed ecco... rispunta l'utile

come distribuito; oppure: riduco il capitale, imputo a capitale la riserva da rivalutazione ed ecco... rispunta la riserva da rivalutazione come distribuita.

Sia la Suprema Corte che la Commissione centrale utilizzano per le loro affermazioni due argomenti:

di eludere, ovvero evitare l'applicazione di talune imposte, e questo intento può essere provato da un insieme di circostanze sufficientemente significative.

Il punto sul quale dissentiamo fermamente è invece il secondo, sulla base di due osservazioni. In primo luogo, a no-



"Giocatori d'azzardo" è un olio su tela di Mathieu Le Nain, morto a Parigi nel 1677. Si trova esposto dal 1929 al Rijksmuseum di Amsterdam. Con questa opera, secondo i critici, l'autore rivela una precisa attenzione allo stile aneddotico e popolare del Caravaggio.

- la contestualità delle operazioni o il breve lasso di tempo intercorso fra le stesse fa presumere che vi sia un unico disegno elusivo: di distribuire l'utile o il saldo di rivalutazione senza assolvere le relative imposte;
- da questo fatto che si assume dimostrato - l'intento elusivo - si "smonta" la fattispecie civilistica (rispettivamente di distribuzione del sovrapprezzo ed accantonamento dell'utile, ovvero di riduzione del capitale per esuberanza ed aumento gratuito dello stesso con imputazione del saldo di rivalutazione) e la si "rimonta" ai fini dell'imposizione in una forma "pro fisco", assumendo che tale riqualificazione dell'operazione sia il risultato di un procedimento presuntivo.

Non intendiamo contestare il primo argomento. Non v'è dubbio che talune operazioni siano costruite proprio al fine

stro sommerso avviso, non è corretto affermare che la circostanza della contestualità dell'accantonamento dell'utile e della distribuzione del sovrapprezzo faccia presumere, in realtà, la distribuzione dell'utile; oppure che il breve periodo temporale intercorso fra riduzione ed aumento di capitale faccia presumere la distribuzione della riserva da rivalutazione. L'utilizzo della presunzione qui è assolutamente fuori luogo: con essa, partendo da uno o più fatti noti, si dimostra un fatto ignoto sulla base di una inferenza che - sul piano logico prima ancora che giuridico - assuma quelle caratteristiche di probabilità che la rendano degna di valenza probatoria.

Ma nel caso che esaminiamo non vi è alcunché di ignoto: è stato distribuito il sovrapprezzo e non l'utile; il capitale è stato ridotto prima, e non dopo l'imputazione del saldo di rivalutazione. E tutto questo è già noto. Si potrà parlare

di simulazione, di riqualificazione della fattispecie in chiave antielusiva, di frode alla legge, e di quant'altro, ma mai di procedimento presuntivo che disvela qualcosa che prima non è conosciuto né provato.

Altro è la presunzione, altro è la riqualificazione giuridica della fattispecie. Con quest'ultima si attribuisce a costruzioni in cui appaia stridente il contrasto fra forma e sostanza una valenza fiscale che deriva dall'applicazione all'operazione economica di regole diverse da quelle applicabili in relazione alla forma della stessa. Si fa prevalere la sostanza sulla forma e le disposizioni fiscali che regolano la sostanza si applicano in luogo di quelle, diverse, che sarebbero applicabili fermandosi all'esame della forma.

Si tratta, in termini più espliciti, dell'applicazione di un canone antielusivo di qualificazione o, se si vuole, di riqualificazione di fattispecie giuridiche sulla base del loro contenuto economico, superando la costruzione civilistica e formale che il contribuente ha loro dato. Tuttavia, come abbiamo cercato di dimostrare in altra sede¹⁰, un tale princi-

pio generale antielusivo che, ci sia consentito, ricorda assai l'araba fenice: "che ci sia ciascun lo dice, dove sia nessun lo sa"; e che traspare in modo assai evidente dagli orientamenti giurisprudenziali sopra richiamati, non è presente nell'ordinamento tributario. E questo lo dimostrano, a tacer d'altro, i reiterati tentativi di inserire nell'ordinamento tributario una norma generale antielusione; la produzione, con accentuata intensità in questi ultimi anni, di specifiche disposizioni volte a contrastare questa o quella operazione economica in odore di elusione; e ancora, la facoltà da parte dell'Amministrazione Finanziaria di disconoscere i vantaggi tributari conseguiti in talune operazioni societarie.

Tutte queste circostanze fanno piuttosto presumere - questa volta la presunzione vale davvero - che il principio generale antielusivo non esista; altrimenti che senso avrebbero siffatte disposizioni?

I problemi sopra indicati non possono dunque essere risolti da interventi della giurisprudenza che disconoscono operazioni societarie civilisticamente valide, e in certi casi anche sottoposte

al controllo dell'autorità giudiziaria in sede di omologazione, per "rileggerle" secondo principi che fanno comodo al fisco.

Occorre invece che, quando ci si trovi di fronte a sofisticate architetture che vanificano una corretta applicazione delle regole fiscali secondo il principio di capacità contributiva - ma le operazioni sopra ricordate non ci pare siano di questa specie - il legislatore intervenga con specifiche norme, sulla scia di quella politica antielusiva costruita con disposizioni *ad hoc* che ormai caratterizza la produzione legislativa italiana di questo decennio.

Altrimenti, la lotta all'elusione fatta a colpi di sentenze e decisioni rischia di creare enormi diseguaglianze e sperequazioni fra contribuente e contribuente, sacrificando i principi di eguaglianza, imparzialità e buon andamento dell'Amministrazione Finanziaria i quali, non lo si dimentichi, hanno eguale se non maggior valore e dignità costituzionale della regola del concorso di ciascuno alle spese pubbliche in ragione della sua capacità contributiva.

note

1 Cfr. art. 24, 3° c. l. n. 576 del 1975; art. 8, 3° c. l. n. 72 del 1983; art. 4, c. 4, l. n. 408 del 1990; art. 26, c. 4, l. n. 413 del 1991.

2 Cfr. Cass., sez. I, 5 maggio 1978, n. 2115, in *Dir. prat. trib.*, 1979, II, 163.

3 Cfr. Cass., sez. I, 3 luglio 1979, n. 3735, in *Comm. trib. centr.*, 1979, II, 1604.

4 Cfr. Cass., sez. I, 7 ottobre 1981, n. 5264, in *Riv. leg. fisc.*, 1982, 1015.

5 Cfr. Comm. centr., sez. X, 25 marzo 1976, n.

4464, in *Dir. prat. trib.*, 1977, II, 167, con nota di Lovisolo, *Ancora sulla restituzione del sovrapprezzo azionario quale occulta distribuzione di utili ai soci*.

6 Cfr. Circ. min. fin., 1 agosto 1966, n. 501197, in *Dir. prat. trib.*, 1966, I, 582.

7 Cfr. Circ. min. fin., 16 marzo 1984, n. 8/9/058, § 13, in *Dir. prat. trib.*, 1984, I, 588.

8 Si veda da ultimo il lavoro di Garbarino, *La tassazione delle operazioni sul capitale e sulle*

poste del patrimonio netto, Milano, 1993, 131 e ss., ove ulteriori riferimenti.

9 Cfr. Comm. centr., sez. XVI, 22 marzo 1995, n. 1198, in *Corr. trib.*, 1995, 2108.

10 Ci permettiamo di rinviare, per più ampie riflessioni e i necessari riferimenti, al nostro *Intorno alla così detta "elusione fiscale" e alle "società di comodo"*, in AA.VV., *Le società: ordinamento e variabili*, a cura di Zanelli, vol. 3°, Società per azioni, Torino, 1994, 667 e ss.

Calendario riunioni 1996

Febbraio

1
6
23
28

Gruppo Lavoro Accounting
Comitato di Redazione
Gruppo Lavoro Fiscalità diretta
Comitato di Redazione

Bruxelles
Roma
Bruxelles
Roma

Marzo

6/0

Seminario Fmac - Joint International Committee
Comitato bilaterale italo-inglese
Consiglio Federation des Experts Comptables Européens
Ethics forum International Federation of Accountants
Comitato di Redazione

Roma
Bologna
Bruxelles
Parigi
Roma