

I finanziamenti dei soci tra corrette procedure civilistiche e inattese ricadute fiscali

Una recente sentenza della sezione XVI della Commissione Tributaria Provinciale di Milano (**n.85 del 28 febbraio 2012**), offre lo spunto per proporre alcune considerazioni sulle modalità di erogazione dei finanziamenti da parte dei soci alle società da essi partecipate¹¹. Nel caso esaminato dalla sentenza, il finanziamento presentava un insieme di anomalie, che hanno indotto l'ufficio a ritenere poco credibile l'operazione nel suo complesso, e a concludere, in modo in effetti clamoroso, che, a causa della mancata restituzione del finanziamento da parte del soggetto finanziato – ciò peraltro a seguito di un'operazione di fusione per incorporazione – si generasse in capo a questo una sopravvenienza attiva di importo pari al finanziamento erogato.

Nel presente contributo, dunque, esamineremo il caso trattato dalla sentenza, vedremo brevemente quale percorso civilistico è opportuno seguire per non essere accusati di aver eseguito finanziamenti anomali, e vedremo infine le diverse ricadute tributarie di questi temi.

Il caso esaminato dalla sentenza della CTP di Milano

Si premette che, quando si leggono delle sentenze, è sempre difficile ricostruire con esattezza i fatti. Quindi, assumere posizioni decisamente a favore o contro una qualsiasi delle parti del processo – contribuente, Agenzia delle Entrate, Commissione tributaria - è per lo meno azzardato. Comunque, nel caso in esame, si ha che una società A, controllata al 100% da una società B, erogava un finanziamento a favore del predetto socio. In effetti, quindi, non si tratta di un finanziamento da soci, ma di un finanziamento a soci, come più volte sottolineano i giudici di Milano, ma, riteniamo, questo fatto, in sé, non modifica la sostanza degli elementi che si vogliono sottolineare con questo intervento. Al di là di questo, le anomalie evidenziate dall'ufficio accertatore sono le seguenti:

- ⊕ scopo del finanziamento non chiaramente individuabile (probabilmente mancava documentazione esaustiva in relazione al suo utilizzo);
- ⊕ assenza di specifiche delibere degli organi amministrativi delle società;
- ⊕ classificazione, da parte del soggetto erogante, del credito per il finanziamento nell'attivo circolante, *"benché non restituito dalla controllante entro 12 mesi"*;
- ⊕ operazione fuori oggetto sociale per la controllata finanziatrice;
- ⊕ gratuità del finanziamento, nonostante una forte esposizione debitoria della finanziatrice verso il sistema bancario;
- ⊕ mancanza di una data entro cui il finanziamento avrebbe dovuto essere restituito.

Ma tutti questi elementi, che certamente non rendono l'operazione ineccepibile, vanno letti alla luce di un'altra considerazione fatta dall'ente accertatore, e cioè che *"tale operazione di finanziamento sarebbe infatti stata posta in essere in sostituzione della distribuzione di dividendi, operazione che sarebbe stata assoggettata, in capo alla ricorrente, al regime fiscale previsto dall'art.89 del Tuir (tassazione Ires sul 5% dell'ammontare complessivo dei dividendi percepiti)"*, affermazione nel merito della quale non si può entrare, ma che può far capire qual è il clima complessivo in cui la vicenda si è svolta e conclusa.

¹¹ In realtà, nel caso di cui alla sentenza n.85/12 della CTP di Milano, non si tratta di un finanziamento da soci, ma di un finanziamento a soci.

La difesa del ricorrente si basava su questi elementi, ricavati dal testo della sentenza:

1. in riferimento all'operazione di finanziamento vi erano lettere commerciali aventi data certa con le quali la controllata informava la controllante circa l'accredito del finanziamento effettuato a titolo di finanziamento infruttifero soci (espressione questa, come già detto, che più volte la CTP critica, poiché l'operazione configura un finanziamento *a soci*, e non *da soci*);
2. l'indicazione, nella nota integrativa della controllante, con riferimento alla voce "*Debiti verso società controllate*" - D9, degli elementi essenziali del finanziamento ricevuto dalla controllata;
3. il fatto che l'operazione non era antieconomica poiché, se la si riferiva a una logica di gruppo, erano evidenti i benefici a livello consolidato e, dunque, anche per la controllata finanziatrice.

La CTP non riteneva convincenti questi argomenti. Inoltre, poiché la controllata è stata fusa per incorporazione nella controllante, e il finanziamento a quel momento non era stato restituito, l'ufficio conclude, e la CTP concorda, che, per la controllante, si è verificata un'insussistenza di passivo (sopravvenienza attiva), con conseguente attrazione a tassazione dell'importo del debito *non restituito*. Si osserva, senza entrare nel merito della conclusione¹², che, se è questo l'elemento che giustifica l'attrazione a tassazione del debito presso il soggetto finanziato, ciò sarebbe avvenuto anche in presenza di un finanziamento erogato in modo ineccepibile sotto il profilo procedurale.

L'iter civilistico per l'erogazione di un finanziamento

La tenuta fiscale di un finanziamento può essere garantita dalla correttezza della procedura sotto il profilo civilistico. Tuttavia, dire con certezza quando questa procedura è ben impostata, non è facile. In ogni caso ci proviamo.

La società, per ricevere legittimamente un finanziamento, vale a dire per non incorrere nell'illecito penale di raccolta di risparmio tra il pubblico, attività questa concessa solo alle banche, deve rispettare le indicazioni di base contenute nella delibera del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio del 19/07/05 che, in sintesi, sono le seguenti:

- ➔ lo statuto deve prevedere la possibilità che la società riceva finanziamenti dai propri soci;
- ➔ il socio finanziatore deve essere iscritto a libro soci da almeno tre mesi;
- ➔ il socio finanziatore deve possedere una quota di partecipazione non inferiore al 2% del Capitale sociale come risultante dall'ultimo bilancio approvato.

Inoltre, sotto un profilo più generale, va poi considerato che il socio non è affatto obbligato a eseguire un finanziamento e, quindi, qualora egli si risolva in tal senso – magari perché *opportunamente sollecitato* dall'organo amministrativo – il suo è un atto unilaterale, il che significa che il socio proporrà alla società di eseguire un finanziamento, a date condizioni, e la società deciderà se accettare o no tale proposta.

Vi è quindi una proposta, un'accettazione, e dunque un contratto tra socio e società e, per questa, il suo organo amministrativo. Conseguentemente, si dovrà predisporre un documento scritto – proposta del socio alla società – il cui contenuto minimale sarà:

1. importo del finanziamento;
2. tasso di interesse, se previsto, ovvero chiara esplicitazione della gratuità;
3. modalità e termini di erogazione;
4. modalità e termini di restituzione.

La società, così come per ogni altro contratto, recepirà il raggiungimento di questo accordo con un'opportuna delibera dell'organo amministrativo.

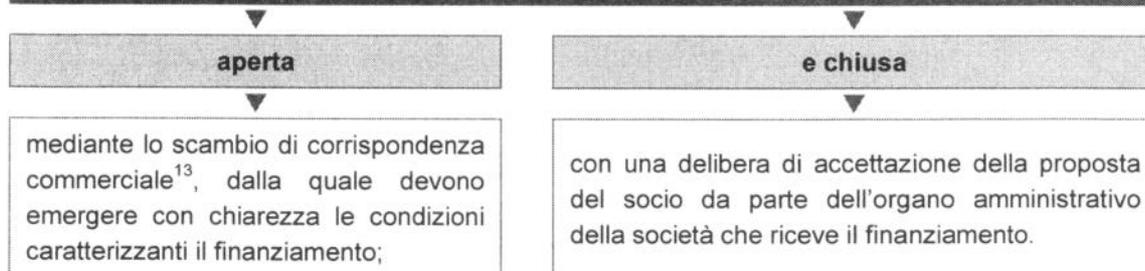
👉 In altri termini, si sta dicendo che un passaggio assembleare non è indispensabile, anche se comunque non certo vietato, il che potrebbe avrebbe lo scopo di informare altri soci che, diversamente, non hanno partecipato all'operazione di finanziamento.

¹² Già definita *clamorosa*.

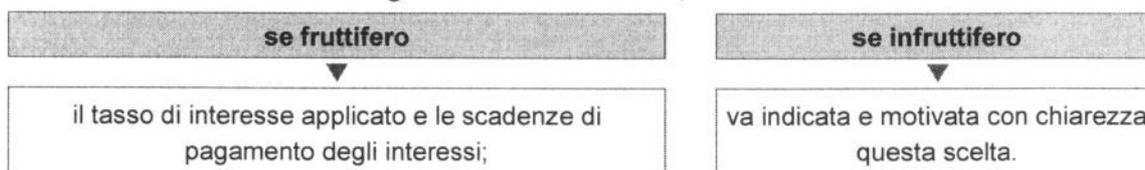
Nella prassi societaria si incontrano situazioni in cui la restituzione non è fissata a una data precisa, nel senso che si prevede che il rimborso del finanziamento avverrà secondo tempi e modalità stabilite insindacabilmente dall'organo amministrativo, compatibilmente con le disponibilità finanziarie della società.

Posto che tale clausola sembra civilisticamente ammissibile, la sentenza commentata nel paragrafo precedente ci insegna che l'assenza di un termine preciso di restituzione può essere pericolosa, considerando tra l'altro che nulla vieta che, una volta fissato un certo termine, questo può essere contrattualmente spostato in avanti.

Per concludere su questo primo aspetto, l'operazione di finanziamento potrà quindi essere:



Tutto questo dovrà poi avere un appropriato riscontro contabile. La società finanziata dovrà indicare il finanziamento ricevuto dal socio al passivo alla voce D 3 – debiti verso soci per finanziamenti¹⁴; in nota integrativa sarà opportuno, tra l'altro, sottolineare le condizioni economiche che regolano il finanziamento, vale a dire:



Se il soggetto finanziatore è una società, socia della società finanziata, a seconda della scadenza prevista in contratto per la restituzione, dovrà indicare il credito tra le immobilizzazioni o nell'attivo circolante, indicando separatamente:

- 1) nel primo caso, gli importi con scadenza entro l'esercizio successivo;
- 2) e, nel secondo caso, quelli a scadenza oltre l'esercizio successivo.

Inoltre, si dovrà collocare il credito scegliendo la voce appropriata tra controllate, collegate o altre imprese. Anche il finanziatore sarà opportuno che dia ulteriori informazioni in nota integrativa, in particolare con riferimento alle condizioni economiche del finanziamento, in modo speculare a quanto fatto dal finanziato, con argomentazioni se possibile convincenti se il finanziamento è infruttifero.

Crediamo ragionevole, e quindi non garantito, ritenere che la costruzione di un finanziamento secondo queste indicazioni offra una buona tenuta di fronte a una verifica fiscale.

Aspetti fiscali dei finanziamenti

Sotto il profilo tributario sembra importante richiamare, intanto, il contenuto del co.1 dell'art.46 del Tuir, che afferma che:

“le somme versate alle società commerciali ... dai loro soci ... si considerano date a mutuo se dai bilanci o dai rendiconti di tali soggetti non risulta che il versamento è stato fatto ad altro titolo”.

¹³ Con questa tecnica non è dovuta l'imposta di registro, se non per il caso d'uso, che invece si rende applicabile se fosse stipulato un contratto di mutuo.

¹⁴ Se a finanziare una società è un socio costituito in forma societaria, la società finanziata dovrà classificare il debito nell'area che riguarda i rapporti di controllo o collegamento.

La norma sembra chiara: l'assenza di indicazioni, nel bilancio del soggetto sia ricevente che erogante, in ordine alla destinazione di una somma versata dalla società e da un'altra ricevuta, implica che tale somma si qualifica come mutuo (con le conseguenze di cui si dirà tra breve dovute, si anticipa, a una documentazione *carente*). La Cassazione, con la **sentenza n.2735 del 4 febbraio 2011**, è stata piuttosto chiara nel sottolineare l'importanza in particolare della documentazione di bilancio:

“... la legge impone di considerare date a mutuo le somme in questione tutte le volte che dai bilanci allegati alle dichiarazioni dei redditi della società¹⁵ non risulta che il versamento è stato fatto ad altro titolo, ovvero sia a titolo diverso dal mutuo”.

E, ragionevolmente, il titolo *diverso dal mutuo* altro non può essere che un versamento a Patrimonio netto, nelle sue diverse possibili qualificazioni di versamento:

- a copertura perdite (ovvero a fondo perduto);
- in conto capitale;
- in conto futuro aumento di capitale.

E, a tale proposito, si ricorda che l'art.88 del Tuir, al co.4, non considera sopravvenienze attive i versamenti in denaro o in natura fatti a fondo perduto o in conto capitale a favore di società da parte dei soci.

Quindi si può dire che la documentazione di bilancio, oltre a quella posta a supporto dell'operazione nel suo complesso, dovrà e potrà chiaramente indicare quale volontà animava soci e società:



La più naturale, ma anche massima, conseguenza di una documentazione carente dovrebbe essere quella, indirettamente indicata dalla sentenza n.2735, per cui la somma versata si considera data a mutuo, con l'innescò delle presunzioni legali indicate dall'art.45, co.2 Tuir. Infatti, questa norma è delegata a sopperire alla carenza, nella documentazione societaria, di indicazioni chiare in ordine alla regolamentazione della somma versata dai soci. In altre parole, una volta che un versamento è qualificato mutuo, proprio perché non si ha documentazione che consente sia una diversa qualificazione, sia una data regolamentazione contrattuale, questo mutuo si considera fruttifero secondo il saggio legale, e gli interessi si considerano percepiti al termine di ogni periodo d'imposta. Per schematizzare e dare maggiore precisione, il co.2 dell'art.45 del Tuir introduce tre ulteriori presunzioni, tuttavia superabili da una valida prova contraria:



Quindi, una valida documentazione societaria consente, diversamente:

- ⇒ di considerare il mutuo infruttifero;
- ovvero, se fruttifero,

¹⁵ La sentenza si riferiva al testo previgente; oggi nulla va allegato alla dichiarazione dei redditi.

- ☞ di rispettare il tasso di interesse pattuito tra le parti;
- ☞ di rispettare le scadenze che attengono al pagamento degli interessi.

E, si ribadisce, la sussistenza delle condizioni appena indicate – vale a dire una documentazione precisa – è basilare per poter accogliere quella che è la specifica volontà delle parti¹⁶.

Da quanto precede risulta piuttosto chiaro che la mancanza sia di indicazioni in bilancio, sia del contratto scritto – anche nella forma semplificata dello scambio di corrispondenza commerciale – e quindi la mancanza della prova contraria necessaria per vincere la presunzione legale, dovrebbe produrre, come unica conseguenza, quella di lasciare alla legge la possibilità di stabilire tanto il *quantum* di interessi imputabili ai soci, quanto la data di percezione (e alla giurisprudenza di sanzionare la mancata applicazione delle ritenute sulle somme che, si sottolinea per presunzione, sarebbero state erogate a titolo di interessi). E certamente la mancanza di un accordo scritto non consente nemmeno di avere una data di restituzione del finanziamento, il che però non pare avere, sotto il profilo della norma positiva, una conseguenza in termini di riqualificazione del finanziamento come sopravvenienza attiva.

Considerazioni finali

Ritornando al caso esaminato dalla CTP di Milano, che ha offerto lo spunto per questo intervento, e sempre considerando i limiti che derivano dal disporre del solo testo della sentenza, pensiamo di poter formulare queste considerazioni finali.

È probabile che l'operazione posta in essere dalle due società sia stata piuttosto carente sotto il profilo dell'accuratezza della documentazione di supporto. Questo le ha messe nella scomoda condizione di dover subire un attacco disponendo di una difesa documentale piuttosto debole. Tuttavia, se è vero che la Cassazione pone una notevole enfasi sul fatto che il bilancio assume un ruolo fondamentale nella qualificazione delle operazioni descritte, sembra che la CTP abbia un po' sottovalutato le indicazioni offerte nella propria documentazione contabile dalla ricorrente, nella specie in relazione all'operazione di finanziamento. Così come pare non aver sufficientemente soppesato il fatto che l'operazione di finanziamento rientrava in un più ampio rapporto di direzione e coordinamento, nell'ambito del quale le logiche di fondo non sono così immediatamente riconducibili a quelle che, ordinariamente, ispirano determinate operazioni gestionali. Questo vale alla presunta antieconomicità dell'operazione di finanziamento.

L'aspetto che, però, lascia più perplessi, è che la CTP, sull'onda dell'accertamento dell'ufficio, non si è limitata ad applicare alla fattispecie in giudizio le previsioni del Tuir, vale a dire, assunta la carenza della documentazione, e quindi qualificata l'operazione inevitabilmente come mutuo, innescare le previsioni in tema di fruttuosità e percezione degli interessi, ma è giunta a vedere nella mancata restituzione del mutuo – si ripete, a seguito di un'operazione di fusione per incorporazione – un'insussistenza di passivo con conseguente emersione di un componente positivo in capo al soggetto mutuatario.

¹⁶ Si veda Cass., sent. n.12251/10.

