

NORME E TRIBUTI

Azioni proprie ed elusione fiscale

ANNA DOMENIGHINI

Ordine di Padova

1. Finalità civilistica dell'acquisto di azioni proprie (*buy back*)

L'acquisto di proprie partecipazioni è consentito dal c.c. che ne prevede la possibilità giuridica limitata alle società per azioni, mentre lo esclude per le società a responsabilità limitata.

L'ordinamento giuridico dispone questa possibilità per due ordini di motivi: (i) l'azione è un bene, di 2° grado, dotato di propria consistenza patrimoniale in quanto rappresentativa di una parte del capitale sociale / patrimonio sociale della società, (ii) l'azione è un titolo liberamente circolabile (a meno di espressa limitazione statutaria), incorporato o meno in un certificato. L'investimento sottostante ha una consistenza autonoma, libera dall'*intuitus personae* del singolo socio, e trasferibile; l'acquisizione da parte dell'emittente è contemplato dal c.c. in quanto l'acquisto da parte della società mira a soddisfare un interesse meritevole di tutela.

Nelle società non quotate, le azioni non hanno un mercato di scambio e, pertanto, l'acquisizione e la perdita della qualifica di socio dipendono dall'esistenza di altro soggetto interessato ad acquisirla mediante rilevazione del pacchetto azionario; la società stessa (*rectius*: gli azionisti che ne possiedono il capitale sociale) potrebbe avere delle finalità / motivazioni proprie quali l'esigenza di rafforzare la posizione dei soci di maggioranza senza che questi acquistino direttamente le quote, accrescere la quota degli utili spettanti ai soci che rimangono dopo la fuoriuscita di un socio, realizzare operazioni speculative che apportino un utile alla società, ecc.¹

Nelle società quotate, l'interesse meritevole di tutela amplia il proprio raggio di azione: le azioni hanno un mercato di scambio ufficiale e diffuso e, perciò, divenire socio od uscire dalla compagnia sociale è relativamente facile; oltre alle motivazioni richiamate per le società non quotate, ulteriore motivazione del *buy back* è generalmente il sostenimento del corso del titolo.

In ogni caso, sia che si tratti di società quotate che non quotate, l'operazione incide significativamente sul patrimonio della società (le azioni rappresentano titolo di possesso del patrimonio di una S.p.A.); questa è la ragione per cui l'acquisto subisce condizioni e limitazioni sia quantitative che di tempo, che di modalità di acquisizione e detenzione ed alienazione.

Tali condizioni e limiti di acquisto sono poste al fine di impedire che il capitale sociale si riduca ad una posta di bilancio senza contenuto patrimoniale, in quanto rappresentato da se stesso, il che potrebbe mimetizzare una sua restituzione ai soci senza passare per la formale procedura di riduzione.

La prima condizione posta dall'art. 2357 del c.c. è che l'acquisto sia operato esclusivamente nel limite degli utili distribuibili e delle riserve disponibili, secondo quanto emerge dall'ultimo bilancio approvato dall'assemblea dei soci.

Per inciso, dal tenore della norma, l'ammontare e la disponibilità delle risorse patrimoniali da investire nell'acquisto di azioni proprie sono quelle dichiarate alla chiusura dell'esercizio sociale; peraltro, non man-

ca giurisprudenza di Cassazione che ritiene che gli utili e le riserve siano effettivamente esistenti nell'ammontare e nella disponibilità/distribuibilità al momento dell'acquisto delle azioni proprie², quindi, in un momento successivo al bilancio di esercizio.

Il subordine all'esistenza di utili distribuibili e/o riserve disponibili a patrimonio sociale ha lo scopo evidente di non intaccare il capitale sociale, posto nel nostro ordinamento a tutela degli *stakeholders*.

Si rinvia ad altra sede l'approfondimento delle disquisizioni degli orientamenti dottrinali in merito ai vincoli di disponibilità/distribuibilità e loro declinazione alla luce della nuova informativa in bilancio in vigore dal 2016 (esposizione di una riserva vincolata di importo pari all'investimento in *buy back* a patrimonio netto con segno negativo e contestuale esposizione degli importi originari delle altre poste di patrimonio); ci si sofferma, invece, sul concetto condiviso dalle diverse dottrine che la nuova riserva con segno negativo è una posta rettificativa del patrimonio – concetto mutuato dallo IAS 32³, che rende inutilizzabili utili e riserve di pari importo per la distribuzione di dividendi ai soci⁴.

Da un punto di vista civilistico, quindi, all'acquisto di azioni proprie non solo non è collegata alcuna distribuzione di dividendi, ma, al contrario, è inibita ogni distribuzione di dividendi di pari importo in corrispondenza dell'esborso sostenuto per le stesse.

2. Fiscalità dell'acquisto di azioni proprie

L'operazione in oggetto è assunta alla ribalta delle verifiche fiscali a seguito dell'introduzione della facoltà di rivalutare le quote, possedute da persone fisiche non nell'ambito di imprese, in forza della legge 448/2001, più volte prorogata fino alla legge 205/2017 (legge di Stabilità 2018), che prevede una tassazione agevolata del *capital gain* (*rectius*: reddito diverso ex art. 67 TUIR) realizzato dal socio cedente le azioni.

La tassazione agevolata sul *capital gain* è un'imposta sostitutiva che grava sul valore della partecipazione in luogo della plusvalenza / reddito diverso quale differenza tra il valore assunto ad una certa data di riferimento ed il costo o il valore di acquisto originario.

Nata per favorire i trasferimenti di partecipazioni detenute da privati altrimenti dissuasi dal peso significativo della tassazione IRPEF sul *capital gain* e, nel contempo, anticipare l'incasso erariale su queste operazioni, tale modalità di tassazione ha centrato l'obiettivo di agevolare i trasferimenti di partecipazioni tra privati, vista anche la semplificazione operativa di non dover ricostruire il costo iniziale della partecipazione⁵, rispetto alla precedente normativa del D. Lgs. 461 del 1997 in tema di affrancamento della plusvalenza.

Per come è stata strutturata, l'imposta sostitutiva ha consentito un notevole vantaggio al socio cedente, soprattutto nella sua formulazione originaria del 2001, che fissava aliquote molto basse, ed ha finito con il gravare rilevanti plusvalenze con importi fiscali a volte proporzionalmente irrisori.

Per queste ragioni la normativa è stata utilizzata ampiamente nel tempo, quale anticipazione di imposta in vista, o in attesa, di alienare le stesse. Spesso, però, l'inesistenza di un immediato acquirente della partecipazione ha favorito il ricorso alla cessione delle stesse alla società emittente che provvedeva, con le proprie

risorse finanziarie, a liquidare anticipatamente l'investimento al socio che intendeva fuoriuscire dalla compagnia sociale.

L'esborso finanziario a carico della società e non degli altri azionisti ha favorito la fuoriuscita di soci di minoranza, consentendo di bypassare la situazione là dove non era praticabile il formale recesso per mancanza dei presupposti stabiliti dalla legge o dallo statuto sociale. L'incremento del fenomeno di società che divenivano proprietarie di proprie azioni, previa rivalutazione delle partecipazioni da parte dei soci persone fisiche private cedenti, ha acceso un *alert* presso l'AE, che ha registrato negli anni una notevole frequenza di cessioni di azioni proprie in società per azioni di estrazione "familiare" prima non riscontrata; ne ha, perciò, intravisto un abuso della fattispecie utilizzata dai soci persone fisiche per incassare dividendi a carico fiscale ridotto per effetto dell'imposta sostitutiva sulla rivalutazione e, come tale, perseguita in sede di accertamento.

In sede di verifiche fiscali, l'acquisto di azioni proprie preceduto dalla rivalutazione delle stesse è stata rivalutata talora come dividendi deliberati dalla società, talora come recesso "atipico" del socio cedente le azioni, con sostanziale restituzione del conferimento sociale e legittimazione per l'AE all'applicazione dell'art. 47, comma 7 del TUIR alla fattispecie per la parte corrispondente ai presunti dividendi restituiti in sede di "liquidazione" del socio uscente.

3. Infondatezza dell'abuso del diritto nell'acquisto di azioni proprie

Secondo l'AE, l'abuso del diritto è ravvisabile nel fatto che la quota parte del prezzo pagato al socio cedente persona fisica, che sconta imposta sostitutiva agevolata, nasconde, in realtà, una distribuzione di dividendi pari alle riserve di utili comprese nel patrimonio sociale.

Il presupposto dell'abuso di diritto, *alias* elusione fiscale, ha conosciuto uno sviluppo significativo dall'art. 37 bis del D.P.R. 600/3 al nuovo art. 10 bis della L. 212/2000 (Statuto del Contribuente) come novellato dal D. Lgs. 128 del 2015, dove ne viene fornita una nozione più oggettiva, al fine di dare prevedibilità e contorni, il più possibile definiti, degli effetti sulle scelte compiute dal contribuente. Si ricorda che in origine, la nozione di elusione in materia tributaria era presente nell'ordinamento italiano da molto tempo; con l'art. 37 bis del D.P.R. 600/73, il Legislatore aveva disciplinato singole fattispecie, cresciute nel tempo in ragione del diffondersi di operazioni, atti, insieme di atti, da ritenersi elusivi.

L'abuso del diritto è, invece, un principio di derivazione comunitaria, adottato in tempi relativamente recenti ed introdotto dalla giurisprudenza della Cassazione, cui è stata data valenza di principio generale del sistema giuridico tributario italiano, ancorché non esplicitato in una specifica norma.

Le prese di posizione della Corte di Cassazione nell'arco di dieci anni hanno complicato lo scenario tributario, nello sforzo di esplicitare, chiarire, un concetto interpretato in modo sempre più esteso e sempre più di carattere generale; il principio, però, ha finito con il

SEGUE A PAGINA 13

¹ Massima H.I.26. Orientamento del Triveneto Notai, ed. 2017, pag. 211

² Cass. Penale 4.3.1988 citata in "Atti societari- formulario commentato" commentari IPSOA IV edizione del 2014. Ed. Wolters Kluwer, pag. 786

³ Si riporta lo IAS 32 al paragrafo 33: "Qualora un'entità riacquisti propri strumenti rappresentativi di capitale, quegli strumenti (azioni proprie) devono essere dedotti dal capitale. Nessun utile o perdita deve essere rilevato nel prospetto di conto economico complessivo all'acquisto, vendita, emissione o cancellazione degli strumenti rappresentativi di capitale di un'entità".

⁴ Fondazione Nazionale Commercialisti, Documento del 15 gennaio 2017, pag. 24-25.

⁵ Circolare AE n. 12-E del 31.1.2002.

Azioni proprie ed elusione fiscale

SEGUE DA PAGINA 12

fuoriuscire dal solco dei tributi armonizzati, cui si applica la derivazione comunitaria, per investire l'ordinamento tributario nella sua interezza in quanto principio "immanente", ma, nello stesso tempo, senza contorni legislativi che indicassero gli ambiti della sua applicazione e, pertanto, generatore di incertezza interpretativa.

Il D. Lgs. 128 del 2015 ha, finalmente, fornito una nozione più oggettiva dell'abuso del diritto, correndola di una serie di garanzie e tutele sia di ordine sostanziale che di ordine procedimentale⁶.

Senza addentrarsi nei dettagli della norma novellata in tema di elusione fiscale, l'indagine che qui interessa riguarda due aspetti centrali della riforma: (i) il tema di un beneficio conseguito dall'insieme delle operazioni che rappresentano la condotta elusiva, incompatibile con la *ratio* delle norme e dei principi dell'ordinamento che si riassume nella mancanza di ragioni economiche delle operazioni poste in essere; di contro (ii) il tema della salvaguardia del diritto del contribuente alla libertà di scegliere tra regimi diversi ed alternativi anche quando la scelta è per una situazione di minor gravame impositivo.

Nella fattispecie in oggetto, la stessa AE mostra incertezza nella ricollocazione nell'alveo dell'elusione fiscale la fattispecie in oggetto: qualche volta ha preteso di riprendere a tassazione presunti dividendi distribuiti dalla società emittente⁷, qualche volta ha riquilibrato l'operazione di cessione azioni proprie come recesso atipico^{8,9,10-11} riprendendo a tassazione il differenziale tra il prezzo di cessione ed il costo fiscale della partecipazione ex art. 47/TUIR.

Invocare l'abuso del diritto in fattispecie come quelle in discorso non può essere condiviso per le seguenti ragioni.

3.1 Infondatezza dell'assimilazione dell'acquisto di azioni proprie al recesso

In sede di verifiche fiscali, l'AE si è concentrata sull'assimilazione dell'acquisto di azioni proprie al recesso del socio, sostenendo che il prezzo pagato dalla società è, in realtà, una restituzione di conferimenti. Un corretto inquadramento ai fini fiscali della fattispecie presuppone l'analisi dell'istituto civilistico del recesso, dei suoi presupposti e delle sue condizioni.

È opportuno rammentare che per gli istituti del diritto civile e, in generale, quelli regolamentati da norme di natura non tributaria, il significato tecnico degli stessi è quello dell'ordinamento da cui provengono, mentre la disciplina tributaria recepisce atti o fatti come qualificati ad altri fini e con la medesima natura impositiva, non può stravolgerli prescindendo dalla disciplina normativa loro propria¹².

Tanto premesso, il recesso è disciplinato dall'art. 2437 e ss del c.c. e consiste in una facoltà che il socio può esercitare, unilateralmente, al ricorrere di ipotesi contemplate dal c.c. e da altre eventuali ulteriori ipotesi previste nello statuto sociale.

Le ipotesi di recesso sono limitate ad eventi straordinari (quali, ad esempio mutamento di equilibri tra soci o dell'attività sociale esercitata, aumento di responsabilità patrimoniali del singolo socio, aspettativa di scioglimento del rapporto sociale) al verificarsi dei quali è data possibilità alla compagine sociale di sciogliersi

dal vincolo societario.

Dal lato del socio, il recesso non è liberamente esercitabile.

Dal lato della società, il suo legittimo esercizio fa sorgere un obbligo di restituzione del conferimento effettuati e della ricchezza patrimoniale pro-quota spettante al socio recedente anche nella forma di acquisto di azioni proprie (art. 2437 quater 5° comma c.c.), che giuridicamente è e resta una compravendita azionaria; in tal caso, però, l'acquisto può superare i limiti e le autorizzazioni previste dallo stesso c.c. per le azioni proprie; per questo la compravendita di partecipazioni in presenza di esercizio del recesso è definito anche recesso "atipico".

Infine, per il recesso occorre attenersi ad una procedura che prevede scadenze temporali e specifiche modalità di comunicazione (art. 2437 quater c.c.). L'assimilazione della restituzione del conferimento al socio derivante da recesso con quello derivante da cessione di azioni alla società emittente non è condivisibile¹³ per la seguente ragione.

Il recesso è un obbligo unilaterale che può costringere la società a deliberare la riduzione del capitale sociale, fino alla sua messa in liquidazione in caso di risorse patrimoniali insufficienti a soddisfare il credito del socio.

L'acquisto di azioni proprie no: la cessione di azioni alla società emittente è un contratto di compravendita, in cui le parti addiungono alla conclusione a condizioni di prezzo, pagamento e trasferimento mediante girata pattuite tra loro, posta la condizione dell'esistenza di riserve di utili o di capitale distribuibili per l'intero importo del prezzo. Se non ci sono riserve disponibili, l'operazione non si può fare, mentre in caso di recesso non si può negare al socio la fuoriuscita, a costo di porre in liquidazione la società stessa.

Mano a mano che la giurisprudenza di merito è stata chiamata ad esprimersi, essa si è orientata nel rigetto delle posizioni dell'AE (C.T. Regione Piemonte Torino n. 1463 del 17.10.2017, vedi nota 9): la giurisprudenza ha riconosciuto che la compravendita di azioni proprie non può essere confusa con il recesso, dato che rispondono a diverse finalità e per ciascuna di esse c'è una specifica disciplina, sia civilistica che fiscale.

Il recesso, in sintesi, si verifica in presenza di variazioni del patrimonio sociale, che è presupposto per poter parlare di recesso. La stessa AE si è espressa in tal senso in occasione di due Risoluzioni^{14,15}, nelle quali è arrivata alla conclusione che, a voler ribadire che l'acquisto di azioni proprie rappresenti per sua stessa natura un'operazione essenzialmente diretta al rimborso di parte del capitale ai soci¹⁶, la contabilizzazione della riserva azioni proprie ha una funzione compensativa e, pertanto, di rinvio ad una fase successiva dell'annullamento dei titoli azionari detenuti in portafoglio con corrispondente riduzione del patrimonio, *conditio sine qua non* in presenza della quale scatterebbe la restituzione del conferimento e, quindi, l'assegnazione di riserve di utili.

Insomma, tutto è rinviato al momento della riduzione in via definitiva del patrimonio sociale.

Le argomentazioni sono emesse in costanza della precedente normativa, ma sono valide anche con la nuova, per ammissione della stessa AE che avvicina il contenuto sostanziale del principio IAS 32, richiamato dalle Risoluzioni sopra indicate, alla modalità di iscri-

zione di una riserva azioni proprie come *driver* per la qualificazione dell'operazione di acquisto azioni proprie quale sostanziale restituzione di parte del conferimento al socio alienante.

In assenza di una modifica deliberata sul patrimonio, in sede di accertamento fiscale l'AE ha anche introdotto una nozione, non giuridica, di recesso "atipico", per recuperare la nozione di recesso e, quindi, la presunta assegnazione di riserve di utili ex art. 47, comma 6 del TUIR.

Secondo l'AE si verifica tutte le volte in cui il socio disinveste (esce dalla compagine sociale) mediante cessione della partecipazione in luogo di attendere alla liquidazione della sua quota di patrimonio sociale.

Il recesso "atipico" non è figura giuridica che crea equiparazione tra compravendita di azioni proprie e recesso, in quanto esso altro non è che una compravendita a tutti gli effetti¹⁶ orientata a soddisfare un legittimo del recesso del socio in forma diversa dalla riduzione di patrimonio sociale. Come è noto, la stessa AE ha avuto modo di precisare nella propria Circolare del 4 agosto 2004 n. 36/E emessa in tema di *participation exemption*, che l'assenza di indicazioni normative diverse rispetto alla disciplina generale comporta l'applicazione di quest'ultima; nel caso di specie, manca una normativa speciale nella L. 448/2001 (istitutiva della rivalutazione e sue proroghe successive) che, ai fini della rivalutazione, qualifichi la cessione di azioni proprie dal socio all'emittente come recesso sia pure ai soli fini fiscali, richiamando l'applicazione dell'art. 47, comma 7 del TUIR in tale caso.

3.2 Infondatezza della presunzione di distribuzione di dividendi

L'assunto dell'AE sull'ipotesi del recesso utilizzata in sede di accertamento fiscale si è dimostrata da sola destituita di fondamento, in quanto fintantoché non intervenga una delibera di riduzione del patrimonio sociale, non sussiste il recesso. La negazione, ripetutamente attestata dalla giurisprudenza di merito, di un abuso del diritto nella presunta equiparazione "rivalutazione azioni + acquisto azioni proprie = recesso" è a fondamento del nuovo e diverso percorso "rivalutazione azioni + acquisto azioni proprie = distribuzione di dividendi", altrettanto destituita di fondamento quale ipotesi di abuso del diritto per i seguenti motivi.

L'operazione di acquisto azioni proprie determina un vincolo nella distribuitività dei dividendi, sia con la precedente che con la nuova normativa.

In base alla precedente normativa civilistica, la S.p.A. doveva vincolare riserve di utili libere per un importo pari all'intero prezzo di acquisto, in compensazione dell'asset iscritto nell'attivo di Stato Patrimoniale, a sensi dell'art. 2357, comma 1 del c.c. La normativa era di derivazione comunitaria in materia societaria (Direttiva 77/91/CEE del Consiglio del 13.12.1976 n. 91, e 78/660/CEE del Consiglio del 25.7.1978 n. 660).

Di tale vincolo veniva data notizia a bilancio mediante esposizione di una riserva acquisto azioni proprie costituita da utili distribuibili fino a quel momento che, una volta iscritta, doveva essere mantenuta fino a che le azioni non fossero state trasferite od annullate.

Dall'1.1.2016, con la riforma del c.c. introdotta dal D. Lgs. 139/2015, l'acquisto di azioni in oggetto non transita più per la formale costituzione di apposita riserva vincolata, ma di una specifica posta di riserva con segno negativo esposta in diminuzione del Patrimonio sociale, similmente a quanto prescrive lo IAS 32 per le società che redigono il bilancio secondo i Principi Contabili Internazionali. Le riserve di utili sono

SEGUE A PAGINA 14

⁶ Assonime, Circolare n. 21 del 4 agosto 2016, p. 15.

⁷ C.T.P. di Vicenza 24.6.2016 n. 842/1/2016.

⁸ C.T.P. di Vicenza 6.7.2017 n. 696/3/2017.

⁹ C.T. Regione del Piemonte 17.10.2017 Sez. VII n. 1463.

¹⁰ C.T. Regione del Veneto 14.3.2017 Sez. I.

¹¹ C.T.P. di Vicenza 6.11.2017 n. 795/4/2017.

¹² R. Bianchi, in rivista Euroconference S.p.A. "La rivista delle operazioni straordinarie", n. 8/2018 pag. 1.

¹³ Assonime, Circolare n. 14 del 21 giugno 2017, pag. 84, nota 130.

¹⁴ Risoluzione n. 26/E del 7 marzo 2011.

¹⁵ Risoluzione n. 12/E del 7 febbraio 2012.

¹⁶ C.T.P. di Vicenza 6.7.2017 n. 696/3/2017, vedi Nota 8.

Azioni proprie ed elusione fiscale

SEGUE DA PAGINA 13

esposte apparentemente libere da vincoli, ma essi sono sottintesi in presenza della posta rettificativa del patrimonio sociale denominata "riserva negativa per azioni proprie in portafoglio".

Quali siano le conseguenze ed in che modo queste ultime si declinino mediante l'iscrizione di una riserva a bilancio con segno negativo, non sono state ancora chiarite dal Legislatore; la dottrina che si è occupata del tema (vedasi, ad esempio, il documento del 15 gennaio 2017 della Fondazione Nazionale dei Commercialisti) ha cercato di elaborare delle soluzioni per la società emittente circa l'utilizzabilità o meno delle riserve in presenza di delibera di copertura perdite, di aumento di capitale sociale, di emissione di obbligazioni, ecc.

Univoca è, però, l'opinione emergente che resti intatto il vincolo di indistribuità di dividendi ai soci per l'importo corrispondente al prezzo di acquisto delle azioni proprie ed in tal senso si è espresso anche il Consiglio Notarile di Milano¹⁷.

Nella sostanza, l'operazione in parola crea un vincolo come in precedenza, che è un vincolo algebrico mediante sottrazione dall'importo complessivo del patrimonio sociale, ma continua ad esprimere che una parte del patrimonio rappresentato dalle riserve di utili disponibili e distribuibili è intangibile in quanto destinato.

E non potrebbe essere altrimenti, visto che l'art. 2357 c.c. non è stato espunto dall'ordinamento. Tecnicamente, quindi, l'operazione acquisto azioni proprie continua ad inibire la distribuzione di dividendi per sua stessa natura.

Nella tesi dell'Agenzia delle Entrate, la determinazione del prezzo /valore della cessione della partecipazione (sulla scorta di perizia giurata di stima) comprende le riserve esistenti nel patrimonio sociale; in tal modo, quando il socio uscente incassa il prezzo, esso è, per quella parte, una sostanziale distribuzione di dividendo. Questa ricostruzione fittizia degli eventi non convince per due ordini di ragioni: quanto alla prima motivazione, se così fosse, non ci sarebbe ragione di aver introdotto il concetto di reddito diverso nell'art. 67 del TUIR e nel successivo art. 68 che definisce la plusvalenza come differenza tra corrispettivo e costo della partecipazione, comprensivo, quest'ultimo, dei costi inerenti alle azioni. Si sarebbe dovuto espungere dalla plusvalenza i valori corrispondenti ai dividendi da distribuire.

La seconda ragione è che in caso di cessione di azioni proprie alla società emittente non affrancate con imposta sostitutiva, il problema dell'abuso del diritto non sussisterebbe in quanto emergerebbe in tutta la sua illegittimità la triplicazione di imposta sulla stessa ricchezza: da un lato, il reddito diverso per la parte costituita da riserve di dividendi da distribuire; dall'altro lato, la presunzione di distribuzione di dividendi elaborata dall'AE, nuovamente tassati in capo allo stesso soggetto (socio alienante) in assenza di materiale distribuzione; la terza con la ulteriore sottoposizione a tassazione in capo al socio percipiente quando sarà deliberata dall'assemblea degli azionisti la distribuzione degli utili, sottoposti nuovamente a ritenuta *ex lege*. Non si vede, infatti, come potrebbe la società non effettuare la ritenuta d'imposta sostitutiva sui dividendi da distribuire, soprattutto se, nel frattempo, il percipiente è un terzo soggetto diverso dal socio alienante.

4. Fiscalità delle azioni proprie alla luce del nuovo OIC 28

Come richiamato nel paragrafo 3.2 qui sopra riporta-

to, dall'1.1.2016 le azioni proprie sono iscritte a bilancio per un valore corrispondente al loro costo di acquisto mediante istituzione di una riserva negativa denominata "AX-Riserva negativa azioni proprie in portafoglio"¹⁸.

Il principio contabile OIC 28 è stato corrispondentemente modificato per recepire la modifica normativa di cui al D. Lgs. 139/2015 occorsa agli artt. 2424 e 2425 bis del c.c., cui sono seguite le disposizioni contenute nell'art. 13 bis del D.L. 244/2016 e dell'art. 2 del D.M. 3 agosto 2017. In forza di tali nuove disposizioni, da applicarsi ai bilanci degli esercizi con inizio al 1.1.2016, il trattamento contabile delle azioni proprie genera un movimento di contenuto squisitamente patrimoniale, non solo nel caso di annullamento delle azioni e corrispondente riduzione del patrimonio netto, ma anche nel caso in cui l'assemblea decida di alienare le azioni, e tale operazione registri un differenziale tra il valore di realizzo e l'ammontare della riserva negativa che è imputata ad incremento o decremento di altra voce di patrimonio netto.

Il trattamento contabile indicato nel OIC 28 riflette la scelta compiuta dal Legislatore di allinearsi ai Principi IAS (*rectius*: IAS 32 § 34) di dare valenza solo patrimoniale all'operazione di acquisto (restituzione di patrimonio) o di realizzo (nuova acquisizione di patrimonio) delle azioni proprie¹⁹, dove l'acquisto di queste ultime diviene un fatto che afferisce alla sfera dei rapporti tra società e socio che non dà luogo a componenti reddituali, che si risolve in variazioni del patrimonio netto, anche in base al nuovo principio di derivazione rafforzata²⁰.

Su questo solco ed in via anticipatoria rispetto al recepimento civilistico delle nuove disposizioni normative, si sono espresse le due risoluzioni ministeriali richiamate alle note 13 e 14 di questo scritto, ove la stessa AE ha affermato che l'operazione di acquisto di azioni proprie non comporta componenti reddituali per l'emittente dato che in presenza di annullamento si è in presenza di un sostanziale rimborso del capitale ai soci e di un sostanziale aumento gratuito nel caso di assegnazione di azioni proprie a titolo di dividendo.

L'esclusione di componenti reddituali sia dal punto di vista civilistico-contabile che fiscale come sopra illustrato dovrebbe far ritenere superata l'ipotesi dell'emersione di dividendi in capo al socio cedente le azioni all'emittente per presunto recesso o presunta distribuzione degli stessi. Lo stesso impianto normativo, anche alla luce dell'art. 3 del D.M. n. 48 del 2009, condiziona il regime fiscale ai contenuti giuridici-contraffattuali con la conseguenza che anche in sede di accertamento fiscale non si possa più presumere l'abuso del diritto e, pertanto, si potrà parlare di distribuzione di dividendi solo in presenza di una formale delibera dei soci.

Alla luce di un accoglimento ancor più rafforzato dei contenuti sostanziali dello IAS 32 in tema di azioni proprie, recepiti nel principio contabile nazionale OIC 28, si auspica una presa di posizione ufficiale definitiva dell'AE al proposito.

5. Conclusioni

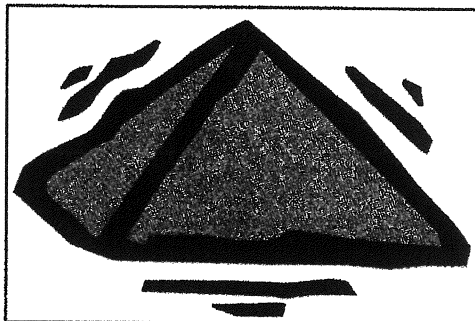
La presunzione dell'abuso del diritto sostenuto con forza dall'AE trae origine dall'agevolazione introdotta dalla 448/2001, più volte prorogata fino alla legge 205/2017 (legge di Stabilità 2018), che prevede una tassazione agevolata del *capital gain* realizzato dal socio cedente le azioni alla società emittente le stesse in socie-

tà non quotate.

L'elusione consiste, in buona sostanza, nell'indebito sfruttamento della rivalutazione delle quote pagando l'imposta sostitutiva inferiore alla tassazione ordinaria sui *capital gain* anche su quella parte di prezzo corrispondente ai dividendi ipoteticamente spettanti pro quota ai soci cedenti.

La rivalutazione era stata prevista inizialmente per favorire movimenti di quote, soprattutto nell'ambito dei passaggi generazionali, fino ad allora senza significativi trasferimenti a causa di una tassazione ordinaria pesante, mentre lo smobilizzo di investimenti di pacchetti azionari poteva incrementare il gettito in questa area di operazioni.

Così è avvenuto, ma forse in misura inaspettata e con molti pacchetti azionari trasferiti alle società emittenti anziché a terzi, realizzando quell'anticipo di tassazio-



ne auspicato dalla normativa per partecipazioni senza un vero e proprio mercato di scambio che l'AE contesta come indebito vantaggio fiscale del contribuente.

Il raggiungimento dell'obiettivo che il Legislatore si era proposto con la normativa del 2001 è testimoniato dalle innumerevoli proroghe della disposizione, così numerose da far suggerire a qualcuno di inserire la normativa a regime. Di contro, lo speculare recupero a tassazione di materia imponibile con richiamo all'abuso del diritto appare più una corsa a riparare un calo di gettito, motivata con una presunta strumentalizzazione dei negozi giuridici qui trattati, che non una fondata questione di diritto, anche alla luce delle (a volte) farraginose costruzioni di percorsi alternativi sviluppate negli avvisi di accertamento. In taluni casi, l'AE è arrivata a sostenere l'esistenza di un abuso del diritto per il solo fatto che il contribuente non aveva scelto una strada fiscalmente più onerosa²¹.

Sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Cassazione, secondo la quale "..." il sindacato dell'A.E. non può spingersi ad imporre una misura di ristrutturazione diversa tra quelle giuridicamente possibili (...) solo perché tale misura avrebbe comportato un maggior carico fiscale (...) ", le Commissioni di merito che fin qui si sono pronunciate hanno ritenuto infondato riconfigurare la fattispecie in oggetto come un'ipotesi di abuso del diritto²².

Infine, la bozza del Ddl contenente la legge di stabilità 2019 ripropone, allo stato attuale, le agevolazioni fiscali relative alla rivalutazione delle partecipazioni detenute da persone fisiche ex art. 5 e 7 della L. 448/2001 con le consuete modalità dell'imposta sostitutiva dell'8% sul prezzo di cessione della partecipazione in caso di cessione a titolo oneroso.

La lunga storia dei contenziosi sopra illustrati, fondati sul richiamo dell'abuso di diritto, ci fa auspicare una presa di posizione chiarificatrice da parte del Legislatore su tali operazioni in ossequio ad un principio di trasparenza, al fine di fugare il dubbio di una (voluta) contraddizione tra una norma introdotta con dichiarati fini di vantaggio fiscale per il contribuente, e la sua vanificazione in successiva sede accertativa da parte dell'AE.

¹⁷ Consiglio Notarile di Milano massima n. 145.

¹⁸ OIC 28, paragrafi 37-38-39.

¹⁹ Assonime, Note e studi n. 16/2016 p. 22.

²⁰ Assonime, Circolare n. 14 del 21 giugno 2017, p. 81 e ss.

²¹ C.T.P. di Vicenza decisione n. 925/4/15.

²² Cassazione, 21 gennaio 2011 n. 1372.