

Gli aspetti contabili delle distribuzioni dissimulate di utili

L'obbligo di restituzione secondo il Codice delle obbligazioni



Claudio Cereghetti

Docente senior SUPSI,
Partner AWB Revisioni SA, Lugano-Aarau

Malgrado le distribuzioni dissimulate di utili siano un problema trattato soprattutto dal punto di vista del diritto fiscale, l'analisi non può essere circoscritta unicamente a questo aspetto. Le distribuzioni dissimulate di utili trovano, infatti, un legame diretto anche nel diritto societario con le disposizioni relative all'obbligo di restituzione (art. 678 CO) ed hanno implicazioni dirette con il diritto contabile, soprattutto per quanto concerne la tenuta regolare della contabilità (art. 957a CO). In questo contesto, il ruolo principale è assunto dal CdA e subsidiariamente dall'Ufficio di revisione che, in determinate circostanze, non può esimersi da segnalare l'irregolarità del conto annuale nel proprio rapporto di revisione.

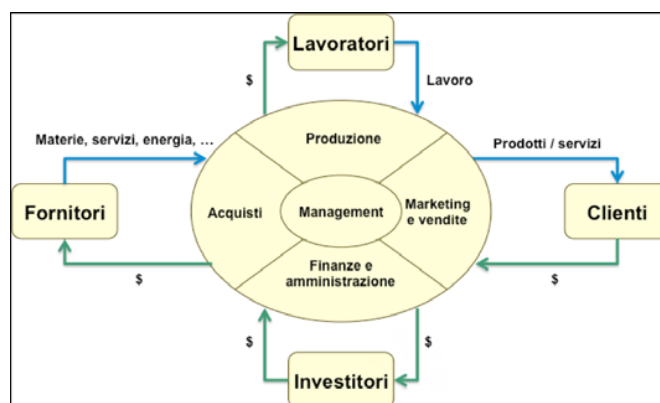
I. Introduzione.....	322
II. Le parti correlate.....	323
III. Le basi per la tenuta regolare della contabilità	323
IV. Le distribuzioni dissimulate di utile	324
V. L'obbligo di restituzione secondo il diritto commerciale.....	324
VI. Gli obblighi dell'Ufficio di revisione.....	325
VII. Conclusione	326

I. Introduzione

L'azienda, da un punto di vista economico, può essere definita come un sistema sociale aperto, che è composto di differenti elementi collegati tra loro da relazioni d'interdipendenza. L'azienda si procura dall'esterno, in altre parole dai fornitori, dai dipendenti e dagli investitori, le risorse necessarie al funzionamento dei propri processi e, dopo averle trasformate al suo interno, si rivolge di nuovo all'esterno, ovvero ai clienti, per cedere i prodotti o i servizi realizzati^[1]. Accanto ai flussi di natura materiale se ne creano contestualmente di opposti,

perlopiù di natura monetaria. In questo contesto, l'azienda può essere vista come un sistema di scambi.

Figura 1: Il sistema di scambi dell'azienda



Da un punto di vista giuridico, l'azienda è un'entità che, a prescindere dalla sua forma, è caratterizzata dalla capacità di assumersi diritti e obblighi legali (art. 53 del Codice civile [CC; RS 210]). Accanto alle ditte individuali, le società di capitali, in particolar modo la società anonima e la società a garanzia limitata, sono le forme maggiormente utilizzate per l'esercizio di un'attività economica a scopo di lucro^[2]. Ai sensi dell'art. 957 del Codice delle obbligazioni (CO; RS 220), ogni azienda ha l'obbligo di tenere la contabilità e presentare i conti annuali.

Da un punto di vista contabile, ogni azienda deve, quindi, essere considerata come un'entità distinta e separata dai propri soci, amministratori o gerenti. Il sistema contabile è un insieme di rilevazioni scritte di natura quantitativa che codificano i fatti di gestione intervenuti tra l'azienda e l'ambiente esterno e che permettono di rappresentare, attraverso

[1] ORLANDO NOSETTI, Introduzione alla contabilità finanziaria, Gudo, Vol. 1, 1992, pp. 3 s.

[2] Confederazione svizzera, Cifre sulle PMI: Imprese e posti di lavoro, ultima modifica 5 ottobre 2017, in: <https://www.kmu.admin.ch/kmu/it/home/politica-pmi/politica-pmi-fatti-e-cifre/cifre-sulle-pmi/aziende-e-lavoro.html> (consultato il 16.07.2018).

il conto annuale, la situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa[3]. I destinatari dell'informativa si trovano sia all'interno (direttori, amministratori e soci), sia all'esterno dell'azienda, tra i quali possiamo annoverare anche le differenti autorità fiscali.

Un problema nella tenuta della contabilità si può porre quando soggetti correlati all'azienda, generalmente nella veste di proprietari, amministratori o gerenti, sfruttano la loro influenza per interferire arbitrariamente nel sistema di scambi, ottenendo controprestazioni (flussi monetari) non accessibili ad un terzo indipendente.

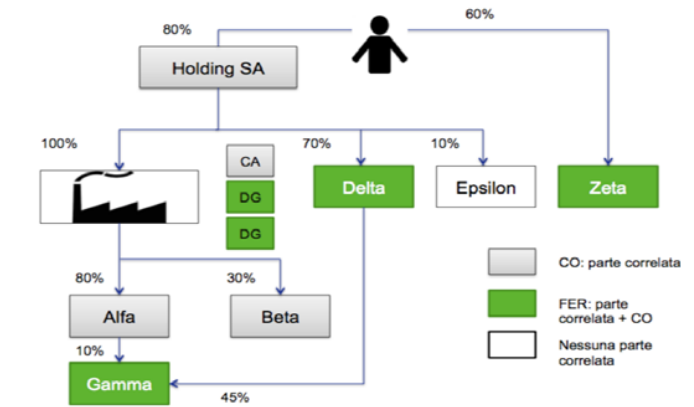
Una parte importante delle relazioni tra l'azienda e l'ambiente esterno è codificata dal diritto commerciale. Per contro, le relazioni tra l'azienda e i suoi soci, oltre ad essere definite dal diritto commerciale, sono anche disciplinate dal diritto fiscale.

II. Le parti correlate

Ai sensi delle raccomandazioni per la presentazione dei conti Swiss Gaap FER, le persone fisiche e giuridiche che, in modo diretto o indiretto, esercitano un influsso significativo di carattere finanziario e operativo sull'organizzazione, sono definite parti correlate[4]. Con "influsso significativo" si intende la capacità di intervenire o compartecipare alle decisioni finanziarie ed operative, così come di obbligare l'organizzazione ad un comportamento voluto. Sono, quindi, parti correlate i consiglieri di amministrazione e i membri della direzione generale, gli istituti di previdenza del personale, le entità nelle quali l'organizzazione detiene delle partecipazioni qualificate, i detentori di quote di capitale nell'organizzazione che, direttamente o indirettamente, esercitano un influsso importante sull'organizzazione, detenendo almeno il 20% dei diritti di voto, così come pure le organizzazioni controllate da parti correlate[5].

Le transazioni con parti correlate, come ad es. le operazioni di compravendita, i finanziamenti, i contratti di affitto, le concessioni di garanzie e pegni, ecc., non possono essere automaticamente paragonate a quelle concluse con terzi indipendenti in quanto, a seguito dell'influenza significativa, non obbligatoriamente avvengono a normali condizioni di mercato (*arm's length principle*)[6].

Figura 2: Le parti correlate (adattato da: RICO A. CAMPONOV/RAPHAEL KISSLING/KARL RENGGLI, Die eingeschränkte Revision, Mörschwil 2015, p. 390)



Nel CO, il concetto di parte correlata è molto più sfumato e gli obblighi informativi sono meno onerosi. L'art. 959a cpv. 4 CO non parla di transazioni con parti correlate, ma si concentra unicamente sugli aspetti patrimoniali di queste operazioni, prescrivendo unicamente che i crediti e i debiti nei confronti dei partecipanti diretti o indiretti degli organi e delle imprese nelle quali è detenuta, direttamente o indirettamente, una partecipazione, debbano essere indicati separatamente nel bilancio o nell'allegato. Nel caso in cui la transazione con queste parti correlate fosse regolata finanziariamente prima della data di allestimento del bilancio, la relativa informazione non sarebbe, quindi, dovuta.

Nel diritto fiscale, la definizione di parte correlata è ancora più generica. Nell'ambito delle distribuzioni dissimulate di utili e di elargizioni non giustificate dall'uso commerciale, si fa esclusivamente riferimento a prestazioni senza una corrispondente controprestazione a valori di mercato, concesse a soci oppure a persone loro vicine, senza specificare esattamente la natura di questi legami[7].

III. Le basi per la tenuta regolare della contabilità

In precedenza, è stato osservato che la tenuta della contabilità consiste nella rilevazione sistematica e di natura quantitativa dei fatti di gestione intervenuti tra l'azienda e l'ambiente esterno. La contabilità è, inoltre, strumentale alla presentazione del conto annuale ai destinatari dell'informativa. Per permettere una corretta informazione è, quindi, necessario che il processo di raccolta delle singole transazioni sia regolare, così come richiesto dall'art. 957a CO.

[3] NOSETTI (nota 1), p. 27.

[4] Fondazione Swiss Gaap FER, Raccomandazioni concernenti la presentazione dei conti, Zurigo 2016, 15.2.

[5] Fondazione Swiss Gaap FER (nota 4), 15.6-7.

[6] Fondazione Swiss Gaap FER (nota 4), 15.4.

[7] Amministrazione federale delle contribuzioni (AFC), Istruzioni 2017 sul modo di compilare le dichiarazioni delle società di capitale, Berna 2018, in: <https://www.estv.admin.ch> (consultato il 16.07.2018).

Figura 3: Le basi per la tenuta regolare della contabilità



La regolarità della contabilità presuppone, infatti, che tutti gli elementi qualitativi sopra descritti siano osservati. Nel CO, il concetto di completezza abbraccia anche la registrazione fedele e sistematica delle operazioni e degli eventi aziendali. La registrazione sistematica impone, innanzitutto, che le operazioni siano contabilizzate cronologicamente, di seguito che la rilevazione contabile sia materialmente corretta (con un apposito piano dei conti) e, infine, data la numerosità degli eventi, che ci sia un giornale delle registrazioni. La registrazione fedele impone, invece, la contabilizzazione veritiera delle operazioni e dei fatti di gestione. Con il termine di chiarezza si fa riferimento alla razionalità e comprensibilità delle operazioni contabili.

La legge impone, infine, che le transazioni siano correlate da un giustificativo, generalmente esterno, da cui si possano evincere data, natura ed importo della transazione. Questo principio è alla base del concetto di verificabilità, secondo il quale i revisori, i membri della direzione e le autorità fiscali devono poter ricostruire le singole transazioni contabili effettuate, facendo riferimento al documento che le ha originate[8].

IV. Le distribuzioni dissimulate di utile

Come indicato in precedenza, le distribuzioni dissimulate di utili nascono allorché le transazioni tra la società e la controparte avvengono a prezzi non conformi al mercato, fatto che generalmente avviene quando la controparte è correlata alla società. Questa correlazione permette, infatti, alla controparte di esercitare un'influenza significativa sulla società, intervenendo o partecipando sulle decisioni finanziarie ed operative, nonché obbligando l'organizzazione ad assumere un comportamento voluto.

Da un punto di vista fiscale, l'influenza significativa non deve essere necessariamente esplicitata attraverso la definizione rigida di parte correlata ai sensi del CO o delle Swiss Gaap FER. In generale, tutte le persone vicine alla società, nel

senso più ampio del termine, rientrano in questo concetto. In particolare, ai sensi del diritto fiscale, la nozione di persona "vicina" si estende anche alle persone, alle quali l'azionista permette di utilizzare la società come se fosse la loro[9].

Ai sensi del diritto fiscale, le distribuzioni dissimulate di utili possono essere classificate come segue[10]:

- distribuzione dissimulate di utili a carico di un conto dei costi, ovvero costi eccessivi a carico del conto economico;
- distribuzioni dissimulate di utili a carico di un conto dei ricavi, ovvero ricavi insufficienti iscritti a conto economico. Questa fattispecie è anche spesso qualificata con il termine di prestazione valutabile in denaro[11];
- distribuzione dissimulate di utili mediante acquisto o vendita di attivi a prezzi non conformi al mercato.

Ai sensi del diritto azionario, invece, le tipologie di distribuzioni dissimulate sono innumerevoli e comprendono[12]:

- stipendi e indennità non conformi al mercato;
- opzioni e azioni nell'ambito di un piano di partecipazione dei collaboratori offerti ad un prezzo inadeguato;
- spese private a carico dell'azienda;
- interessi su prestiti attivi non conformi al mercato;
- vendita di beni all'azionista ad un prezzo basso;
- assunzione di beni ad un prezzo troppo elevato in occasione della costituzione dell'impresa;
- dividendi in natura (p. es. titoli) al valore contabile anziché al maggior valore di mercato;
- utilizzo gratuito di beni aziendali;
- forniture infragruppo a condizioni non di mercato;
- *management-fee* eccessive.

In caso di distribuzione dissimulata di utile, secondo il diritto azionario, vi è un obbligo di restituzione, previsto dall'art. 678 cpvv. 1 e 2 CO[13].

V. L'obbligo di restituzione secondo il diritto commerciale

L'obbligo di restituzione del CO disciplina, da un punto di vista civilistico, il tema delle distribuzioni dissimulate di utili affrontato dal diritto fiscale. La norma impone la restituzione alla società di queste distribuzioni eccessive, sia nel periodo di avviamento che successivamente, ovvero durante l'attività operativa. L'art. 678 CO recita in effetti quanto segue:

"1 Gli azionisti e gli amministratori, così come pure le persone loro vicine, che abbiano riscosso indebitamente e in mala fede dividendi, tantièmes, altre quote di utili o interessi per il periodo d'avviamento, sono tenuti a restituirli.

[9] SAMUELE VORPE, Prestazioni valutabili in denaro e teoria del triangolo, in: NF 2/2018, pp. 115-118, p. 116.

[10] EXPERT SUISSE, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Buchführung und Rechnungslegung, Zurigo 2014, p. 406.

[11] RICO A. CAMPONOV/RAPHAEL KISLING/KARL RENGGLI, Die eingeschränkte Revision, Mörschwil 2015, p. 387.

[12] CAMPONOV/KISLING/RENGGLI (nota 11), p. 388.

[13] CAMPONOV/KISLING/RENGGLI (nota 11), p. 387.

[8] PETER BÖCKLI, Neue OR-Rechnungslegung, Zurigo 2014, p. 21.

² Essi devono restituire anche altre prestazioni della società, in quanto siano manifestamente sproporzionate rispetto alla loro controprestazione e alla situazione economica della società.

³ Il diritto di chiedere la restituzione spetta alla società e all'azionista; la domanda di quest'ultimo è volta ad una prestazione alla società.

⁴ L'obbligo di restituzione si prescrive in cinque anni dal momento in cui la prestazione è stata ricevuta".

Le similitudini con il concetto fiscale di distribuzioni dissimulate di utili sono evidenti. Infatti, si tratta di controprestazioni ricevute dal beneficiario ad un prezzo non conforme a quello di mercato, in virtù del suo potere di esercitare un influsso significativo sulla società. Le persone colpite dall'obbligo di restituzione vanno oltre quanto stabilito dall'art. 959a cpv. 4 CO, poiché tale obbligo non si limita alle transazioni nei confronti dei partecipanti diretti e indiretti, degli organi e delle imprese partecipate, ma si estende anche alle persone vicine agli azionisti ed agli amministratori. In questo contesto, ad eccezione della direzione generale e della fondazione di previdenza del personale, le persone soggette all'obbligo di restituzione sono congruenti con la definizione di parti correlate secondo le Swiss Gaap FER. La prassi delle autorità fiscali sembra, inoltre, essere simmetrica a questa definizione.

È opportuno evidenziare che il diritto di chiedere la restituzione della prestazione illecita spetta sia alla società sia all'azionista. In virtù di alcune norme legali di protezione degli azionisti minoritari, in altre parole del diritto di ogni azionista ad una quota proporzionale di utili (art. 660 cpv. 1 CO) e dell'obbligo degli amministratori di trattare allo stesso modo gli azionisti che si trovano nella stessa condizione (art. 717 cpv. 2 CO), è evidente che il Consiglio di amministrazione (CdA) non può restare passivo in caso di distribuzioni dissimulate di utili.

L'obbligo di restituzione secondo l'art. 678 CO rappresenta, quindi, uno strumento di protezione contro il trasferimento illecito di patrimonio ed è strettamente collegato con le misure di protezione del capitale, in particolar modo con il divieto di restituzione (art. 680 cpv. 2 CO). Il mantenimento del capitale della società è, dunque, nell'interesse tanto degli azionisti, quanto dei creditori della società^[14].

Il divieto di rimborso del capitale è sancito dall'art. 680 cpv. 2 CO e prevede espressamente che gli azionisti non possono farsi restituire ciò che hanno versato. Il divieto di rimborso si limita al capitale nominale e all'eventuale aggio dagli azionisti^[15]. La restituzione può fondamentalmente avvenire attraverso:

- la concessione di un mutuo permanente che non verrà mai rimborsato, con un impatto quindi ben visibile sul bilancio, oppure
- la remunerazione di una prestazione a prezzi non di mercato (distribuzione dissimulata di utili), con un impatto celato nel conto economico.

Sono, quindi, toccate da questa norma unicamente le distribuzioni di fondi non disponibili e distribuibili^[16].

Nel caso dei mutui, per accertare la violazione dell'art. 680 cpv. 2 CO, sono necessarie due premesse^[17]:

- *quantitativa*: il mutuo eccede il capitale proprio disponibile dopo la distribuzione di dividendo, ovvero è maggiore della differenza tra il capitale proprio e quello nominale, incrementato dell'eventuale aggio, e
- *qualitativa*: il mutuo è fittizio in quanto la volontà o la possibilità di rimborso non è data, rispettivamente le condizioni contrattuali non sono allineate al mercato.

La concessione di questi mutui potrebbe anche rappresentare una violazione delle norme sulla riduzione del capitale azionario previste dall'art. 732 CO.

Le ripercussioni sui doveri dell'ufficio di revisione in caso di inattività del CdA nei casi di distribuzione dissimulata di utili, saranno esposte successivamente.

VI. Gli obblighi dell'Ufficio di revisione

Le distribuzioni dissimulate rappresentano una violazione legale in quanto il CdA è venuto meno agli obblighi imposti dal CO. Il compito dell'Ufficio di revisione consiste nella verifica della conformità legale del conto annuale ed eventualmente del conto di gruppo alle disposizioni legali, allo statuto e alla normativa tecnica prescelta (art. 728a CO). L'Ufficio di revisione deve, inoltre, informare per iscritto il CdA se accerta delle violazioni della legge, dello statuto o del regolamento d'organizzazione, nonché l'Assemblea generale in caso di violazioni significative (art. 728c CO).

Anche in questo contesto il ruolo dell'Ufficio di revisione è sussidiario a quello del CdA. I suoi doveri sono illustrati nella Figura 4 (vedi p. 326).

Nel caso in cui l'Ufficio di revisione dovesse constatare distribuzioni dissimulate di utili significative deve informare per iscritto il CdA (art. 728c CO) in modo che quest'ultimo possa ripristinare la situazione legale. La sanatoria passa forzatamente dalla richiesta di restituzione delle controprestazioni eccessive percepite dagli azionisti, dagli amministratori o da persone a loro vicine, nonché dalla relativa correzione dei conti annuali, la quale si manifesta attraverso l'iscrizione a bilancio di un credito verso i beneficiari di questa prestazione.

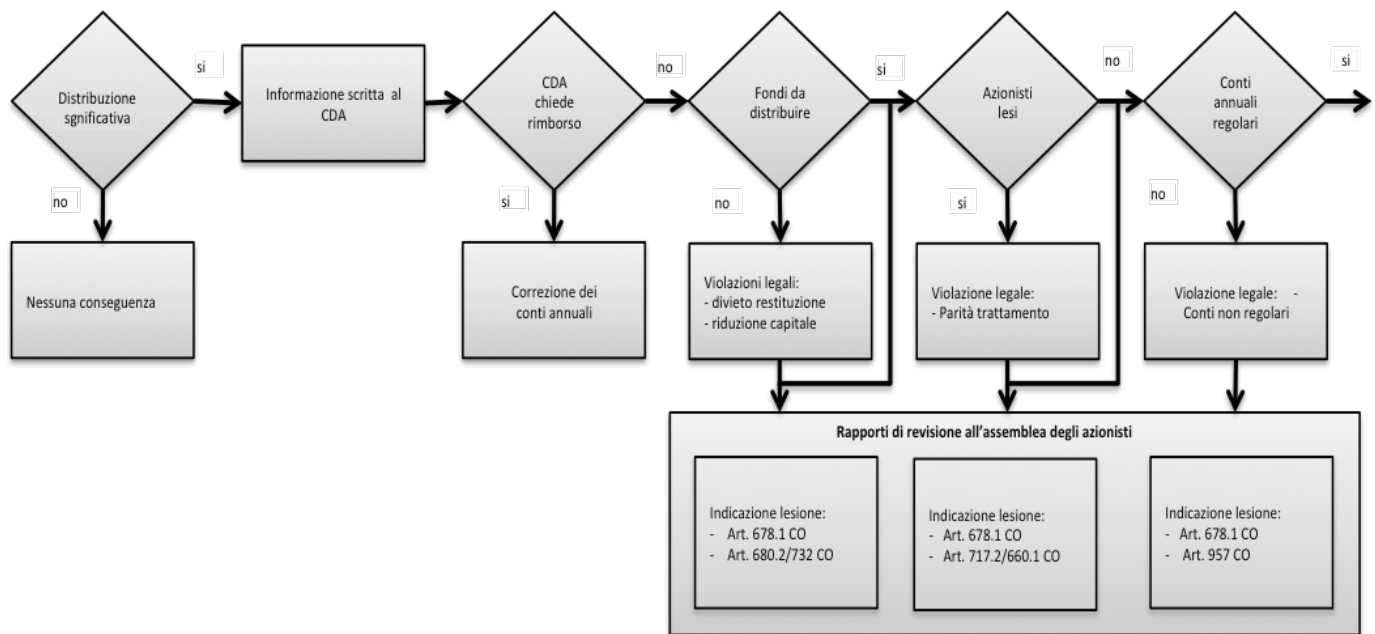
[14] HANS CASPAR VON DER CRONE/YVES MAUCHLE, *Rückerstattung von Leistungen nach Art. 678 OR*, in: SZW/RSDA 3/2015, pp. 199-208, p. 200.

[15] EXPERT SUISSE (nota 10), p. 152.

[16] EXPERT SUISSE (nota 10), p. 406.

[17] CAMPONOVO/KISSLING/RENGGLI (nota 11), p. 397 s.

Figura 4: I doveri dell'Ufficio di revisione (EXPERT SUISSE [nota 10], p. 408)



Qualora il CdA dovesse rimanere inadempiente, ovvero rinunciasse alla richiesta di restituzione delle distribuzioni dissimulate di utili ed alla relativa correzione dei conti annuali, vi sarebbe una violazione del CO. Nella specie, la contabilità lederebbe principalmente:

- l'obbligo di restituire le prestazioni eccessive percepite illecitamente (art. 678 cpv. 2 CO);
- il divieto di restituzione dei versamenti effettuati (art. 680 cpv. 2 CO) oppure le norme di riduzione del capitale azionario (art. 732 CO);
- la parità di trattamento degli azionisti (artt. 660 cpv. 2 CO e 717 cpv. 2 CO) e
- la regolarità della contabilità (art. 957 CO), fattispecie da comunicare espressamente all'Assemblea generale degli azionisti, così come previsto dall'art. 728c CO.

VII. Conclusione

Le distribuzioni dissimulate di utili non possono essere circoscritte ad un mero problema di natura fiscale, in quanto abbracciano anche il diritto contabile e quello societario, e ledono, nel contempo, il sistema degli scambi proposto inizialmente. La conformità legale non può semplicemente essere ripristinata attraverso il pagamento delle imposte dirette ed indirette dovute, ma deve considerare anche le implicazioni di ordine contabile.

L'obbligo di restituzione è la risposta del CO ad un tema che, principalmente, è affrontato da un punto di vista fiscale. Le distribuzioni dissimulate di utili rappresentano un credito dell'azienda nei confronti dei beneficiari e, come tale, deve essere esposto a bilancio per qualificare il conto annuale come aderente alle norme contabili prescelte. In questo modo vengono tutelati gli interessi degli azionisti minoritari e, più nel dettaglio, rispettati il principio della parità di trattamento e le norme di protezione del capitale. In questo contesto, il ruolo principale è assunto dal CdA che è responsabile dell'allestimento dei conti annuali e dell'alta vigilanza sulle persone incaricate della gestione, in particolare per quanto concerne l'osservanza della legge, dello statuto, dei regolamenti e delle istruzioni (art. 716a CO).

Il ruolo dell'Ufficio di revisione è per contro sussidiario, esso dovrà solo segnalare l'effetto che le distribuzioni dissimulate di utili significative hanno sui conti annuali a causa delle inadempienze del CdA.

Infine, in futuro, oltre ai membri del CdA, potrebbero essere tenuti a restituire tali prestazioni anche i membri della direzione. L'obbligo di restituzione, inoltre, non dipenderà più dalla buona o cattiva fede del beneficiario[18].

[18] Cfr. Messaggio del Consiglio federale concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima), del 23 novembre 2016, n. 16.077, in: FF 2017 325, <https://www.admin.ch/opc/it/federal-gazette/2017/325.pdf> (consultato il 16.07.2018). Lo stato delle deliberazioni parlamentari è disponibile al seguente link: <https://www.parlament.ch/it/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20160077> (consultato il 16.07.2018).