



UNIVERSITÀ POLITECNICA DELLE MARCHE
FACOLTÀ DI ECONOMIA “GIORGIO FUÀ”

Corso di laurea magistrale in economia e management
Curriculum economia e diritto d'impresa

**L'operazione di scissione:
strumento per la creazione di valore e fenomeno elusivo.
Una analisi della giurisprudenza in merito**

Demerges:
an instrument for the creation of value and avoiding taxation.
An analysis of the related jurisprudence.

Relatore:
chiar.mo prof. Mauro Minestrone

Tesi di laurea di:
Emanuela Lanero

Anno accademico 2020 – 2021

Indice tesi

Introduzione	1
Parte I.....	5
Le Operazioni straordinarie	5
1.1 Le operazioni aziendali: operazioni straordinarie ed ordinarie	5
1.2 Le operazioni di concentrazione e separazione aziendali.....	9
1.2.1 Affinità tra l'istituto della fusione, del conferimento, dello scorporo e quello della scissione.....	10
1.3 La genesi delle operazioni straordinarie	14
1.4 Analisi storica delle operazioni di concentrazione e separazione patrimoniale	15
La scissione	19
2.1 Le origini dell'operazione di scissione.....	19
2.2 Inquadramento dell'operazione di scissione.....	20
2.3 Teorie dell'operazione di scissione.....	22
2.4 Forme e finalità della scissione	25
2.4.1 Forme di scissione	25
2.4.2 Finalità dell'operazione di scissione	29
2.5 Le fasi dell'operazione di scissione	33
2.5.1 Fase endosocietaria: il progetto di scissione	33
2.5.2 Fase pubblicitaria.....	35
2.5.3 Fase deliberativa	36

2.5.4 Fase delle opposizioni.....	37
2.5.5 Fase attuativa.....	38
2.6 Differenze di scissione.....	38
2.6.1 Differenza da concambio.....	39
2.6.2 Differenze da annullamento.....	42
L'elusione fiscale e l'abuso del diritto.....	45
3.1 L'abuso del diritto.....	45
3.2 Il consolidamento del concetto di elusione nell'ordinamento comunitario.....	47
3.2.1 La codificazione normativa dell'abuso del diritto a livello comunitario.....	51
3.2.2 Rilevanza delle sentenze della Corte di Giustizia.....	53
3.3 Il consolidamento del concetto di elusione nell'ordinamento italiano.....	56
3.4 Le origini della ricerca di una clausola antielusiva generale nell'ordinamento italiano.....	58
3.5 La disciplina previgente.....	61
3.5.1 Art 10 Legge 408/90.....	61
3.5.2 Art. 37-bis D.P.R. n. 600 del 1973.....	63
3.6 La disciplina vigente.....	70
3.6.1 L'abuso del diritto e l'art 10 bis della Legge 212 del 2000.....	70
3.7 Il lecito risparmio d'imposta.....	77
3.8 La scissione e il concetto di elusione nell'ordinamento italiano.....	79
Disciplina tributaria dell'operazione di scissione.....	83
4.1 Aspetti fiscali dell'operazione di scissione: le origini normative.....	83
4.2 Le imposte dirette.....	84

4.2.1 La neutralità della scissione	85
4.2.2 Avanzi e disavanzi di scissione.....	86
4.3 Le imposte indirette	89
Parte II	93
Problematiche elusive in tema di scissioni	93
1.1 Scissioni <i>legittime</i> o <i>elusive</i>	93
1.2 Le operazioni c.d. <i>circolari</i>	94
1.2.1 Risposta all'interpello 30/2018	94
1.3 La scissione come strumento per la creazione di valore.....	97
1.4 La scissione immobiliare	99
1.4.1 Gli aspetti probatori nelle operazioni di scissione immobiliare.....	100
1.4.2 La scissione non proporzionale con immobili.....	101
1.4.2.1 Il vecchio orientamento	103
1.4.2.2 L'attuale orientamento	105
1.4.3 Operazioni di <i>spin off</i>	108
1.4.3.1 Parere 22 marzo 2007 n. 8.....	109
1.4.4 La scissione per la riorganizzazione del compendio immobiliare di un Gruppo	111
1.4.4.1 Risoluzione 2018 n. 139.....	112
1.5 La scissione con beneficiaria la controllante della scissa.....	114
1.5.1 Risoluzione n. 282/2021.....	114
1.6 La scissione per dirimere una controversia tra soci	116
1.6.1 Risoluzione n. 36/2018.....	118

1.7 La scissione finalizzata al passaggio generazionale	120
1.7.1 Risoluzione n. 343/E del 23 agosto 2019.....	121
1.8 La scissione per lo scioglimento della compagine societaria secondo la previgente normativa.....	124
Giurisprudenza di cassazione e comunitaria.....	127
2.1 La giurisprudenza in merito all'operazione di scissione	127
2.1.1 L'interesse creditorio dietro all'operazione di scissione	128
2.1.2 La scissione c.d. negativa.....	133
2.1.3 La successione per il passaggio generazionale.....	135
2.2 La nuova direttiva UE su trasformazioni, fusioni e scissioni transfrontaliere.....	137
Conclusioni	141
Bibliografia	143
Sitografia.....	145
Pareri e risoluzioni.....	147

Introduzione

Durante il mio percorso universitario ho avuto l'occasione e la fortuna di lavorare come collaboratrice in uno studio di commercialisti, e qui, spesso, mi sono trovata davanti allo stesso cliente, o alla stessa famiglia, a fronte di più società, tutte impegnate in attività diverse, seppure molto affini tra loro.

Mi sono allora interrogata sul perché di questa scelta. Qual è il motivo per cui gli stessi soggetti scindono la propria azienda in più aziende di ridotte dimensioni, senza invece mantenere le stesse fuse in un'unica di più grandi?

Da qui l'idea di approfondire l'argomento delle operazioni straordinarie, nello specifico, appunto, della scissione.

Inoltre, un caso particolarmente interessante che mi ha spinto ad approfondire il tema della scissione, è quello dell'azienda edile presso cui ho svolto il mio tirocinio curriculare di 225 ore. L'azienda in questione, la Edileco Telarucci Srl, nel 2015 ha deciso di scindere le proprie attività aziendali, costituendo una società beneficiaria *ex novo*. Nel caso in esame la società madre ha continuato ad occuparsi dell'attività di costruzione e di lavori in appalto, attività principale sin dal 1946, anno di costituzione della società; alla nuova società beneficiaria, invece, è stata affidata l'attività di gestione immobiliare dei vari immobili in possesso della società, che sono quindi stati quindi *trasferiti* alla società in questione, la Gestioni Immobiliari Srl.

La scissione è un istituto di origine francese, introdotto nel diritto commerciale italiano solo nel 1991, con il D.lgs. 16 gennaio 1991 n. 22, emanato in attuazione delle Direttive del Consiglio delle Comunità Europee n. 78/855 (cosiddetta Terza Direttiva del 9 ottobre 1978) e n. 82/891 (cosiddetta Sesta Direttiva del 17 dicembre 1982).

Mediante tale operazione il patrimonio di una società viene assegnato ad una o più società, preesistente o costituita *ex novo*, in cambio dell'assegnazione ai soci della prima emissione di azioni o quote delle beneficiarie del trasferimento patrimoniale.

Le finalità e gli obiettivi tipici di un'operazione di scissione possono essere molteplici. Tra i principali si hanno la riorganizzazione di gruppi societari; la separazione di attività immobiliari/finanziarie dalle attività produttive; la suddivisione e ridefinizione degli assetti proprietari; la definizione del passaggio generazionale; il tentativo di dirimere controversie tra soci.

Spesso, però, le ragioni che portano le società a voler operare una scissione non sono quelle previste dall'ordinamento, bensì derivano dal comportamento opportunistico dei soci, che spesso intendono raggiungere vantaggi, per lo più fiscali, indebiti.

Ci chiederemo allora quando la scissione rappresenta uno strumento di elusione fiscale e quando, invece, è una decisione da prendere per motivi legati ad una efficace gestione dell'impresa. Lo scopo dell'argomentazione che andiamo a prendere in esame è quindi centrato sulla verifica dell'esistenza o meno, in senso stretto, delle valide ragioni economiche evocate dalla norma che consentono al contribuente di porre in essere quelle operazioni senza il pericolo di essere ripreso a tassazione.

Per rispondere a questa domanda, dopo aver analizzato brevemente le operazioni straordinarie, e nello specifico quelle che permettono una concentrazione e separazione patrimoniale, analizzeremo nel dettaglio l'operazione di scissione, soffermandoci sulle origini civilistiche dell'operazione, sui suoi profili contabili ed in particolare su quelli tributari, di nostro interesse per comprendere su cosa vuole far leva il contribuente nel ricorrere inappropriatamente a tale operazione per eludere il fisco; analizzeremo poi casistiche ritenute

elusive *di default* (è il caso delle c.d. operazioni circolari e delle scissioni puramente “negative”) e casi nella quale è necessaria un’interpretazione dei vantaggi che si sono raggiunti.

Nella prima parte dello scritto presterò inoltre particolare attenzione alla definizione di abuso del diritto, mostrando gli sviluppi della normativa sia in ambito italiano che comunitario.

Faremo riferimento ad alcune risposte ad istanze di interpello presentate dai contribuenti e le cui risoluzioni da parte dell’Agenzia delle Entrate hanno dato la loro interpretazione sull’esistenza o meno di profili elusive, ai sensi del precedente articolo art. 37-bis D.P.R. n. 600 del 1973 e abusive, ai sensi dell’attuale art. 10 bis della Legge 212 del 2000, delle operazioni di scissione prefigurate dai contribuenti.

Il contribuente ha infatti il diritto, sancito dallo Statuto del contribuente, la Legge del 27/07/2000 n. 212, di presentare istanza di interpello all’amministrazione. La Legge in questione prevede infatti la possibilità per il contribuente di “interpellare l’amministrazione per ottenere una risposta riguardante fattispecie concrete e personali relativamente a: a) l’applicazione delle disposizioni tributarie, quando vi sono condizioni di obiettiva incertezza sulla corretta interpretazione di tali disposizioni e la corretta qualificazione di fattispecie alla luce delle disposizioni tributarie applicabili alle medesime, ove ricorrano condizioni di obiettiva incertezza e non siano comunque attivabili le procedure di cui all’articolo 31-ter del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, introdotto dall’articolo 1 del decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 147 e di cui all’articolo 2 del medesimo decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 147; b) la sussistenza delle condizioni e la valutazione della idoneità degli elementi probatori richiesti dalla legge per l’adozione di specifici regimi fiscali nei casi espressamente previsti; c) l’applicazione della disciplina sull’abuso del diritto ad una specifica fattispecie”.

Per richiedere il parere dell’Agenzia delle entrate in questione, in ordine alla abusività di una determinata operazione o fattispecie, le istanze di interpello, come specificato con la circolare n. 9/E del 1° aprile 2016, debbono, fra l’altro, indicare: il settore impositivo rispetto al quale l’operazione pone il dubbio applicativo; le puntuali norme di riferimento, comprese quelle passibili di una contestazione in termini di abuso del diritto con riferimento all’operazione rappresentata.

Analizzeremo infine come si è pronunciata la giurisprudenza, nello specifico quella di cassazione e quella comunitaria, riguardo ai casi di scissione, sia abusivi che non.

In ordine alle operazioni da ritenere abusive del diritto, la Cassazione, con la sentenza n. 16428 del 27 luglio 2011, ha confermato l'orientamento giurisprudenziale consolidato secondo cui “in materia tributaria, il divieto di abuso dei diritto si traduce in un principio generale antielusivo, il quale preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici”.

Al termine di questo elaborato si avrà quindi chiara la distinzione tra le operazioni ritenute abusive o elusive e quelle legittime, i cui obiettivi non violano e aggirano alcun precetto.

Parte I

Capitolo I

Le Operazioni straordinarie

1.1 Le operazioni aziendali: operazioni straordinarie ed ordinarie

Tra le operazioni di gestione svolte dalle imprese distinguiamo:

– quelle che hanno per oggetto l'ordinaria attività svolta nel perseguimento delle finalità istituzionali tipiche;

– quelle che riguardano in modo diretto l'esistenza stessa delle imprese e cioè la loro istituzione, aggregazione, scissione, trasformazione, ovvero la loro estinzione.

Le prime riguardano tutte le operazioni ordinarie normalmente svolte dall'impresa e nell'ambito di queste distinguiamo: la gestione caratteristica o tipica, che include le componenti economiche dell'attività aziendale principale o *core*; la gestione finanziaria, che attiene alla determinazione delle necessità finanziarie dell'azienda, al loro reperimento e al loro coordinamento; la gestione fiscale, che consiste essenzialmente nelle operazioni volte all'accertamento e al pagamento dei tributi dovuti dall'impresa; la gestione accessoria, che raccoglie le attività svolte con continuità, ma estranee alla gestione *core* aziendale come ad esempio, i valori non tipici e non straordinari tra questi le commissioni e i proventi immobiliari, per una società industriale, i proventi/oneri di cambio, i fitti attivi, o i compensi agli amministratori e ai sindaci.

Le seconde, invece, riguardano le operazioni di gestione straordinaria, ovvero quelle operazioni attraverso le quali le imprese si istituiscono, si trasformano, si negoziano, si

concentrano, si smembrano, si dissolvono, procedono quindi a rideterminare la propria dimensione.

Si tratta di una categoria mutuata dalle scienze aziendalistiche con la quale si individuano tutti gli atti o procedimenti finalizzati alla riconfigurazione della struttura essenziale dell'azienda per adeguare la stessa alle mutate esigenze dell'impresa. Una categoria ampia, idonea ad includere sia i contratti che si limitano a determinare un mutamento della titolarità dell'azienda attraverso il suo trasferimento, o la cessione dei suoi rami o di sue parti rilevanti (vendita, affitto, conferimento d'azienda eccetera), sia le modificazioni strutturali dell'organizzazione societaria quali la trasformazione, la fusione e la scissione di società, che qualificheremo come operazioni straordinarie di natura *corporativa*.¹

Le diverse operazioni straordinarie costituiscono strumenti con cui assicurare lo sviluppo aziendale ovvero ricercare ridimensionamenti strategici e flessibilità, con cui realizzare una nuova struttura societaria, con cui frazionare realtà aziendali finalizzate a sviluppi produttivi mantenendo il controllo in capo ai soci originari; tutto ciò sempre al fine di migliorare la posizione competitiva e di generare valore, che è la principale aspirazione dell'azienda.²

La loro attuazione, tuttavia, può derivare da ragioni che non si legano ai motivi strategici detti, ma potrebbero essere il frutto di ragioni opportunistiche dei soci, per finalità personali o politiche, come per dirimere una controversia tra i soci, o peggio, per eludere³ il fisco.

¹ Cfr. G. PALMIERI, *Operazioni societarie*, Forum "Società e fallimento", 2009.

² Cfr. L. POTITO, *Le operazioni straordinarie nelle economie delle imprese*, Giappichelli, VI edizione.

³ La disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale è prevista dall'art 10 bis dello Statuto del Contribuente, il D.L. 27 luglio 2000, n. 212). 1 comma "Configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all'amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni."

Si tratta di operazioni caratterizzate da elevati livelli di complessità operativa, normalmente disciplinate sotto il profilo procedurale dalla normativa giuridica e che intervengono in maniera non sistematica nell'economia di un'azienda, anche da qui il termine *straordinarie*. Questo non esaurisce la ragione della loro qualificazione come operazioni straordinarie: la straordinarietà infatti è data, oltre che dal fatto che queste sono operazioni che raramente incorrono nella vita dell'azienda, dal fatto che, una volta effettuate, queste operazioni non presentano normalmente il carattere della ripetibilità (eccezion fatta per l'operazione di affitto). Le operazioni straordinarie, infatti, costituiscono rilevanti fasi di discontinuità che possono essere ricondotte, secondo il Professor Sostero, alle seguenti categorie:

a) operazioni di istituzione dell'impresa che comportano la determinazione delle sue finalità istituzionali, la definizione del suo assetto proprietario, la scelta della sua forma giuridica e l'attuazione di numerosi adempimenti legali;

b) operazioni di trasferimento del complesso aziendale finalizzate alla ristrutturazione e riorganizzazione di un gruppo di imprese e/o al cambiamento del soggetto cui spettano le prerogative di governo economico dell'impresa (o di un gruppo di imprese);

c) operazioni di trasformazione volte ad assegnare all'impresa una nuova veste giuridica più consona alle dimensioni e ai rischi connessi con i *business* in cui opera, nonché agli assetti di governo che si rendono necessari per la sua gestione;

d) operazioni di liquidazione finalizzate alla cessazione dell'attività dell'impresa con l'obiettivo di avviare la vendita di tutte le attività dell'impresa al fine di garantire il pagamento delle obbligazioni sociali e, se emerge, un'eventuale eccedenza, di procedere alla restituzione del capitale a favore dei soggetti che hanno apportato il capitale di rischio.⁴

⁴ Cfr. U.SOSTERO, *Operazioni straordinarie e aggregazioni aziendali*, Giappichelli, Venezia, 2016.

Poiché la maggior parte di queste operazioni non si esaurisce all'interno di un'impresa ma ne coinvolgono minimo due, e spesso anche più realtà aziendali, preesistenti o costituite *ex novo*, è il caso delle fusioni, dei conferimenti, delle scissioni, o delle cessioni di azienda, l'analisi dei risvolti contabili correlati alle operazioni straordinarie richiede di prendere in esame gli effetti derivanti da tali operazioni nella prospettiva delle diverse aziende coinvolte. Proprio per queste ragioni, sotto il profilo contabile e dei corrispondenti riflessi nel bilancio di esercizio, le operazioni straordinarie sono tra le più articolate e complesse.

La maggior parte delle operazioni straordinarie è frutto della volontà del titolare dell'impresa o dei soci, di modificare delle caratteristiche oggettive e/o soggettive dell'impresa, in un'ottica di efficienza e di adattamento alle esigenze di mercato.

A fianco delle scelte imprenditoriali volontarie, però, esistono delle specifiche operazioni straordinarie che sono previste dalla legge e che devono obbligatoriamente applicarsi in presenza di ben precise condizioni. La loro obbligatorietà è dettata da esigenze di tutela del mercato e dei soggetti che vi operano, primi fra tutti i creditori. Le operazioni c.d. obbligate, infatti, che appartengono al novero delle procedure concorsuali, si attivano quando l'impresa si trova in una condizione di insolvenza verso i suoi creditori. Tra queste rientrano, per esempio, la crisi di impresa e la liquidazione coatta amministrativa. Nel caso dell'operazione straordinaria obbligatoria l'obiettivo perseguito è quello di garantire una quanto più possibile soddisfazione di tutti i soggetti operanti nel mercato attraverso un'efficiente gestione e protezione del patrimonio d'impresa, il che comporterà l'estinzione dei suoi rapporti giuridici pendenti. L'obiettivo nel caso di messa in atto volontaria dell'operazione da parte dell'imprenditore, invece, è quello di creazione di valore mediante per il tramite di una riorganizzazione.

Questa continua volontà per le imprese di procedere volontariamente con operazioni

straordinarie ad una ristrutturazione o riorganizzazione è mossa anche dalla necessità di doversi adattare alle condizioni di mercato, che è una delle condizioni di vitalità dell'impresa. Ogni azienda è quindi chiamata ad una costante rivisitazione dei propri obiettivi e struttura, tra l'altro con la necessità aggiuntiva di eseguire quanto deciso in tempi rapidi. Questa rapidità deve però ben allinearsi ad una efficace, attenta e preventiva analisi delle variabili civilistiche, fiscali e contabili di ciascuna operazione; questo per scegliere l'operazione più adeguata ed evitare che una scelta corretta dal punto di vista del *business* possa creare criticità in altri ambiti, ad esempio quello fiscale.⁵

1.2 Le operazioni di concentrazione e separazione aziendali

Un'impresa può crescere non soltanto aumentando le vendite dei propri prodotti nel mercato, ma anche concentrandosi con altre imprese, fondendosi o acquisendone il controllo. Queste finalità possono essere raggiunte con le operazioni di concentrazione. Rientrano tra le operazioni di concentrazione, tra le altre, quelle che prevedono due o più imprese che procedono alla creazione di un'impresa comune che esercita stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma. La più ricorrente operazione di concentrazione è quella di fusione.

La crescita aziendale non è determinata però dalla sola crescita dimensionale, bensì un'azienda può crescere, ad esempio, anche mediante una riorganizzazione, che al contrario ne può ridurre le dimensioni, ma permette una migliore organizzazione e quindi dei migliori risultati in termini di *performance*. L'operazione di scissione rientra tra le operazioni che permettono una separazione aziendale.

Le operazioni di concentrazione e separazione, facenti parte tra le altre delle operazioni

⁵ Cfr. C. LUGANO, *Operazioni straordinarie*, Ceppellini Lugano & Associati Società tra Professionisti, Wolters Kluwer, 2020.

straordinarie, permettono quindi di mutare le caratteristiche aziendali in base alle necessità dell'azienda e del mercato. Nonostante siano istituti diversi tra loro, presentano delle caratteristiche che analizzeremo nel prossimo paragrafo.

1.2.1 Affinità tra l'istituto della fusione, del conferimento, dello scorporo e quello della scissione.

Sebbene le differenze tra gli istituti, la fusione, il conferimento, lo scorporo e la scissione, risultino ben evidenti dato il diverso obiettivo che si raggiunge con ciascuno, risulta utile analizzare brevemente le affinità esistenti.

Iniziamo definendo brevemente ciascun istituto ed analizzandone le analogie.

La fusione è disciplinata dall'art. 2501 e seguenti del codice civile. La fusione è un istituto che a differenza della scissione era già previsto dal primo codice civile del 42. Dagli anni 90 ad oggi tale disciplina ha subito molteplici modifiche dovute ad interventi normativi sopraggiunti nel tempo,⁶ con l'obiettivo di semplificare il procedimento di fusione delle società di capitali, e di ridurre gli oneri amministrativi a carico delle società coinvolte e migliorare i conseguenti obblighi di pubblicazione.

Il legislatore italiano non ha definito propriamente il concetto di fusione, come pure non lo ha fatto per la scissione, ma possiamo considerarla, dalla lettura delle disposizioni che la disciplinano, un'operazione aggregativa. La prassi societaria e la dottrina aziendalistica hanno classificato le operazioni di fusione in due categorie: fusioni per concentrazione, che si hanno quando le società coinvolte si estinguono dando vita ad un soggetto economico e giuridico di

⁶ Le principali dovute alla riforma del 2003 introdotta con il D.Lgs. 6/2003; alla Direttiva comunitaria 2007/63/CE, recepita in Italia con il D.lgs. 147/2009 e tesa a ridurre i costi e a semplificare i regimi di pubblicità, favorendo la diffusione di informazioni via internet; e la Direttiva 2009/109/CE, recepita in Italia con il D.Lgs. 123/2012 per quanto riguarda gli obblighi in materia di relazioni e documentazione in caso di fusioni.

nuova costituzione; fusione per incorporazione, in essere quando la fusione è realizzata mediante l'incorporazione in una società di una o più società.⁷ La fusione risulta pertanto l'esatta antitesi della scissione. Mentre la prima è una operazione aggregativa, la seconda è disgregativa. I due istituti presentano comunque punti in comune.⁸ Si può parlare innanzitutto di una similitudine tra le strutture delle due operazioni, nonché delle discipline cui fanno capo. La normativa della scissione fa infatti molto spesso riferimento a quella prevista per la fusione, rinviandone quando possibile il contenuto. Una prima affinità è che entrambe hanno come oggetto un trasferimento di patrimonio tra società distinte e che ciò non comporta un corrispettivo a meno che non si esegua un aggiustamento del trasferimento per mezzo di conguaglio.

Nel caso di scissione totale e di fusione per concentrazione, la prima operazione è caratterizzata dalla scissione della società scissa, che affida la totalità del proprio patrimonio ad un'altra società, preconstituita o costituita *ex novo*, la seconda consiste nell'ipotesi di una società fusa che si estingue dando vita ad una società costituita *ex novo*; l'analogia sta nel fatto che sia la scissa che la società fusa si estinguono e cessano di operare. Sebbene le due operazioni siano una l'antitesi dell'altra, gli effetti sono gli stessi, i procedimenti fanno confluire nello stesso organismo diversi patrimoni e compagini sociali. In entrambi i casi, inoltre, vi è una società che si scioglie senza che ciò ne comporti la liquidazione.

Ulteriore analogia si ha circa le norme applicabili, l'art. 2506 ter "Norme applicabili", della sezione III "Della scissione delle società", fa specifico richiamo alle disposizioni riguardanti la fusione nella precedente sezione "Della fusione delle società". L'articolo infatti prevede

⁷ Cfr. L. De ROSA, A. RUSSO, M. IORI, *Guida Pratica Operazioni straordinarie*, Gruppo 24 ore, 2021, Operazione di fusione, pag. 63.

⁸ La stessa relazione ministeriale al D.lgs. 6/2003, sottolinea il fatto che "all'opposto dei fenomeni aggregativi", come la fusione, "possono palesarsi esigenze tali da indurre fenomeni di disgregazione", come nel caso della scissione.

l'applicazione all'operazione di scissione delle disposizioni di cui all'art 2501 quater e seguenti. L'ultimo comma dell'art. 2506 ter recita: "(...) Tutti i riferimenti alla fusione contenuti in detti articoli s'intendono riferiti anche alla scissione". Gli articoli ai quali si fa espresso richiamo riguardano aspetti procedurali delle operazioni, quali disposizioni riguardanti la situazione patrimoniale, la relazione dell'organo amministrativo, la relazione degli esperti ecc.

Per quanto attiene al confronto tra conferimento d'azienda e scissione, i due istituti risultano più simili rispetto a quanto visto per la fusione.

Il conferimento d'azienda non gode di una disciplina giuridica unitaria nell'ambito del codice civile, nonostante sia un'operazione alla quale spesso si ricorre nel nostro ordinamento. La ricostituzione della materia va operata tramite un'attenta opera di applicazione analogica e coordinamento tra le norme relative alla cessione di azienda, e le previsioni codicistiche relativamente che disciplinano il conferimento di beni in natura nelle società di capitali di cui agli articoli 2342-2343-quater c.c. relativamente alle società per azioni, artt. 2464-2465 c.c. per le società a responsabilità limitata. Inoltre al conferimento vengono applicate, quando possibile, le disposizioni previste per il trasferimento d'azienda. Come la scissione così il conferimento d'azienda ha come finalità quella di riorganizzazione delle attività produttive, lo scorporo di una *business unit* ritenuta non strategica, o può servire come strumento per realizzare obiettivi di natura finanziaria o meramente di bilancio.⁹

Una delle differenze tra le due operazioni sta nel fatto che con la scissione la società che effettua il trasferimento dei propri beni a società nuove o già costituite finisce con l'estinguersi, ad eccezione del caso della scissione parziale, in quanto saranno i soci della società che effettua la scissione gli assegnatari delle azioni delle società che hanno ricevuto gli apporti. Quindi la

⁹ Cfr. L. DE ROSA, A. RUSSO, M.IORI, *Guida Pratica Operazioni straordinarie*, Gruppo 24 ore, 2021, Conferimento d'azienda, pag. 351.

scissione permette, a differenza del conferimento, la formazione di nuovi assetti e strutture societarie.

Con il conferimento, inoltre, si tende a costituire un gruppo; con la scissione questo generalmente non accade ma si tende a suddividere una certa realtà aziendale tra i soci della stessa azienda. È comunque sempre possibile, nel caso della scissione, che ci sia un holding che detiene i pacchetti azionari delle società scisse conferite dai soci stessi, ma i soggetti rimarrebbero pressoché gli stessi, a differenza del gruppo che si verrebbe a creare con il conferimento.

In entrambe le operazioni, conferimento e scissione, si trasferisce un ramo d'azienda o una *business unit*, o una parte di essa, da una società ad un'altra, ottenendo come controprestazione non un corrispettivo bensì azioni o quote della società beneficiaria. La differenza sta nel fatto che nella scissione le azioni o quote delle beneficiarie vengono assegnate ai soci della società scissa mentre, nel caso del conferimento, le azioni o quote della società conferitaria vanno a far parte del patrimonio della società conferente. Un'ulteriore distinzione emerge sul piano giuridico: la scissione scaturisce da una decisione deliberata dall'Organo amministrativo; il conferimento da una decisione deliberata dall'Assemblea dei soci.¹⁰

Per quanto attiene al confronto con l'istituto dello scorporo, risulta particolarmente interessante sottolineare che, prima dell'introduzione della disciplina della scissione nel codice civile, nella prassi si usava porre in essere l'operazione di scorporo per ottenere gli stessi risultati che si sarebbero ottenuti con la scissione.

Lo scorporo è l'operazione che permette di trasferire un ramo d'azienda o altri cespiti in favore di un'altra società, come corrispettivo della sottoscrizione o dell'acquisto delle azioni

¹⁰ Cfr. L. DE ROSA, A. RUSSO, M.IORI, *Guida Pratica Operazioni straordinarie*, Gruppo 24 ore, 2021, Fusione, Scissione e conferimento a confronto, pag. 175.

emesse da questa o delle sue quote. Il trasferimento può essere disposto anche a favore di una società per azioni o di una società a responsabilità limitata costituita in occasione dello scorporo medesimo e organizzata anche in forma di società unipersonale.

Quando la società beneficiaria dello scorporo preesiste, si applica la disciplina dei conferimenti in natura.

La differenza fra scorporo e scissione risiede nel fatto che nello scorporo le partecipazioni nella società che beneficia del trasferimento di beni vengono acquisite dalla società conferente in cambio dell'acquisizione da parte di questa di azioni o quote sociali, per cui nel patrimonio sociale della conferente vi saranno azioni o quote in luogo del patrimonio conferito. Nella scissione parziale, invece, le azioni o quote delle società beneficiarie vengono acquisite direttamente in capo ai soci della società scissa in proporzione della partecipazione detenuta, con corrispondente riduzione o azzeramento del patrimonio della società scissa.

1.3 La genesi delle operazioni straordinarie

Quasi tutte le operazioni straordinarie nascono storicamente come agevolazioni di operazioni che richiedevano diversi passaggi societari e che per questo presentavano costi operativi elevati. La semplificazione si è ottenuta trasformando questa serie di operazioni, ciascuna soggetta a requisiti formali e sostanziali, in un'unica operazione societaria. L'esempio che meglio spiega la volontà di volere, con le operazioni straordinarie, unificare dei procedimenti scindibili in più fasi, è quello della fusione, storicamente nata come "scioglimento senza liquidazione", come ancora si legge nella direttiva UE 2017/1132.¹¹

¹¹ Cfr. M.S.SPOLIDORO, *Inquadramento giuridico, tipicità e polimorfismo delle operazioni straordinarie*, 2019. Si veda <http://www.rivistadirittosocietario.com/inquadramento-giuridico-tipicita-polimorfismo-operazioni>.

1.4 Analisi storica delle operazioni di concentrazione e separazione patrimoniale

Le “operazioni straordinarie” non hanno nel codice civile italiano una definizione specifica, come quella contenuta, per esempio nella legge tedesca¹², che peraltro si esaurisce in un elenco di operazioni, oppure, nella legge spagnola¹³, che riproduce l’elenco e vi aggiunge la precisazione, forse ovvia, che si tratta di modificazioni strutturali dell’impresa.

Per quanto riguarda le operazioni di concentrazione e di separazione, rilevante è sottolineare che, ad oggi, alcune di queste sono disciplinate dal codice civile.

Originariamente, il capo VIII “Della trasformazione e della fusione delle società” del Libro quinto “Del lavoro” del codice civile, prevedeva e disciplinava nella versione originaria del 1942, concisamente, le sole trasformazioni e fusioni¹⁴ (artt. 2502, 2503 e 2504).¹⁵

Nonostante il codice civile non avesse previsto una disciplina in tema di scissione, una ristrutturazione dell’organizzazione aziendale poteva comunque realizzarsi ponendo in essere diverse operazioni: mediante, dapprima, la cessione del patrimonio inerente ad un complesso produttivo, unitamente all’assunzione di una partecipazione nell’ambito di una società di nuova costituzione (o preesistente che avesse deliberato un aumento di capitale), con garanzia di efficienza giuridica assicurata dalle norme previste in sede di trasferimento.

L’analisi di casi giurisprudenziali passati dimostrano che la scissione, prima di essere prevista dal codice civile, è stata configurata dai giudici come una scorporazione, caratterizzata dall’apporto di elementi patrimoniali, sotto forma di conferimento d’azienda, in favore di società neocostituite, nella quale mancava però un nesso causale diretto tra trasferimento

¹² In particolare nel cap. 1 Umwandlungsgesetz

¹³ Artículo 1 Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles

¹⁴ La disciplina della fusione era, tra l’altro, già prevista dal Codice di Commercio del 1882 tra le cause di scioglimento della società, ex. art. 189 n. 8.

¹⁵ Si veda a tal proposito la versione originaria del codice civile del 1942, pubblicata in GU: https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1942-04-04&atto.codiceRedazionale=042U0262&elenco30giorni=false

patrimoniale, effettuato dalla scorporante, e attribuzione delle azioni o quote della beneficiaria, ai soci della scissa. Era tuttavia chiaro che l'operazione di scissione non fosse sovrapponibile a quella all'epoca conosciuta con il termine "scorporo" in cui al passaggio di elementi del patrimonio della società A alla società B faceva seguito, in favore della prima, l'iscrizione di una partecipazione nella seconda, ma nonostante questo se ne fece un utilizzo improprio.

Dapprima a livello comunitario, e successivamente, nazionale, nacque l'esigenza di prevedere l'operazione di scissione negli ordinamenti.

Con la Direttiva 82/891/CEE del 17/12/1982 si consente agli Stati membri di prevedere che la scissione si attui senza che la società si estingua (scissione parziale). Il legislatore comunitario ha inoltre scelto di non offrire una definizione univoca della scissione, ma di individuarla dal punto di vista funzionale e dei suoi elementi essenziali: la scissione ha come finalità lo scioglimento senza liquidazione, che permette un trasferimento patrimoniale e l'attribuzione di partecipazioni ai soci della scissa.

Nel solco della disciplina comunitaria, l'art. 18 del D.lgs. 16 gennaio 1991, n. 22 ha introdotto l'art. 2504-septies e 2504-decies del codice civile, che ai fini di individuare la fattispecie della scissione ha attinto ai medesimi elementi considerati dalla Direttiva, ossia: il trasferimento integrale del patrimonio di una società a più società o trasferimento di parte del patrimonio ad una o più società; l'assegnazione di azioni o quote ai soci della scissa.

Il testo originario della prima norma della sezione dedicata all'istituto, l'art. 2504 septies c.c., così disponeva: "La scissione di una società si esegue mediante trasferimento dell'intero suo patrimonio a più società preesistenti o di nuova costituzione, e assegnazione delle loro azioni o quote ai soci della prima; la scissione di una società può eseguirsi altresì mediante trasferimento di parte del suo patrimonio a una o più società preesistenti o di nuova costituzione, e assegnazione delle loro azioni o quote ai soci della prima. La partecipazione alla scissione

non è consentita alle società sottoposte a procedure concorsuali né a quelle in liquidazione che abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo”.

Il dettato normativo riportato è rimasto in vigore sino al primo gennaio 2004, quando è stato interamente sostituito. Il decreto legislativo n. 6/2003 riguardante la riforma del diritto societario è intervenuto, infatti, anche sulla nozione di scissione, mantenendo però invariato l'approccio comunitario di non voler introdurre una definizione chiusa di scissione, ed infatti, l'art. 2506 è rubricato “forme di scissione”. La nuova disposizione ha sostituito il sostantivo “trasferimento” ed il verbo “trasferire”, riferiti ovviamente al patrimonio o a parti del patrimonio della società scidente, con il sostantivo “assegnazione” ed il verbo “assegnare”. Nella relazione di accompagnamento del provvedimento il mutamento lessicale viene giustificato con l'affermazione che “si è ritenuto opportuno in tema di scissione caratterizzare i suoi riflessi sui beni in termini di ‘assegnazione’ e non di ‘trasferimento’, anche al fine di chiarire, come riconosciuto da giurisprudenza consolidata, che nell'ipotesi di scissione medesima non si applicano le regole peculiari dei trasferimenti dei singoli beni (ad esempio relative alla situazione edilizia degli immobili)”.

Oggi oltre alla normativa prevista dalla Direttiva comunitaria e dal codice civile, ci vengono in aiuto per comprendere la disciplina della scissione, sia le numerose risposte alle istanze di interpello dei contribuenti da parte dell'Agenzia delle Entrate, sia la giurisprudenza di cassazione, i cui pareri verranno analizzati nell'ultima parte dell'elaborato.

Capitolo II

La scissione

2.1 Le origini dell'operazione di scissione

L'operazione di scissione è stata recepita dal nostro ordinamento solo nel 1991. La scissione è un'operazione di origine francese (*scission*), ed è stato infatti, sulla scia delle istanze della Francia, membro della CEE, che è stata emanata nel 1982 la VI Direttiva sul diritto societario della Comunità Economica Europea¹⁶, nota anche come Direttiva sulle “scissioni delle società per azioni dello stesso paese dell'Unione Europea” e solo con il Decreto legislativo 16 gennaio 1991, n. 22, è stato recepito nel nostro ordinamento giuridico l'istituto della scissione, previsto nella sezione III del capo VIII del titolo V del libro V del codice civile.

La già citata Direttiva 82/891/CEE affronta i vari modi in cui le società si possono scindere e ne disciplina il procedimento, rimandando alla legislazione di ciascuna nazione gli aspetti procedurali residuali, mirando inoltre a garantire la tutela degli azionisti, dei creditori e dei dipendenti.

Mentre la direttiva comunitaria prevedeva la sola scissione totale, la società che si estingue dopo aver frazionato il proprio patrimonio per assegnarlo ad altre due o più società beneficiarie, preesistenti o di nuova costituzione, il nostro legislatore ha previsto anche, in seguito dell'introduzione dell'operazione di scissione, la scissione parziale, non porta all'estinzione della società preesistente ma ne riduce le dimensioni.

¹⁶ Cfr. Direttiva 17 dicembre 1982, n. 891 (Sesta Direttiva del Consiglio basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g, del Trattato e relativa alle scissioni delle società per azioni), in G.U.C.E., 31.12.1982, n. 378)

Prima del D.lgs. n. 22/1991 la scissione non aveva una regolamentazione specifica ma veniva utilizzato uno strumento per certi versi simile alla scissione, il conferimento d'azienda o scorporo, di cui già negli anni 50 se ne dichiarava la liceità.¹⁷

2.2 Inquadramento dell'operazione di scissione

La scissione è un'operazione disgregativa definita dall'art. 2506 del codice civile come quell'operazione con la quale «una società assegna l'intero suo patrimonio a più società, preesistenti o di nuova costituzione, o parte del suo patrimonio, in tal caso anche ad una sola società, e le relative azioni o quote ai suoi soci». La scissione si caratterizza per la riallocazione integrale o parziale, per l'assegnazione, e non per il trasferimento, che invece caratterizza l'operazione di conferimento, del patrimonio della società scissa, rispetto a una o più società, preesistenti o costituite *ex novo*.¹⁸

Le Sezioni Unite della Cassazione, l'8 febbraio 2006, con la sentenza n. 2637, hanno considerato che: “Invero le scissioni, totali o parziali, proprie o improprie, proporzionali o non proporzionali, sono sempre configurabili come negozi che hanno quale oggetto i soggetti società coinvolti, i cui assetti vengono ridefiniti, e non anche i loro patrimoni; risolvendosi in vicende meramente evolutive e modificative degli stessi soggetti, che conservano la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo”. Da questo dettato si desume che presupposto della scissione è la neutralità patrimoniale dell'operazione rispetto ai soci, in quanto gli assetti delle società vengono a modificarsi, ma non anche i loro patrimoni. La garanzia della neutralità economica dell'operazione per il socio è garantita dal rapporto di concambio, elemento che

¹⁷ Si veda la sentenza della Corte di appello di Genova, sentenza 9/02/56.

¹⁸ V.O.CAGNASSO, Commento all'art. 2506, in *Il nuovo diritto societario, commentario* diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2004, 2356.

rientra nel progetto di scissione di cui si parlerà nei successivi paragrafi, e calcolato sui valori effettivi degli elementi patrimoniali considerati nell'operazione: in base a tale valore i soci riceveranno le partecipazioni delle beneficiarie.

Vi sono anche casi nei quali l'assegnazione delle partecipazioni non è necessaria, e, conseguentemente non vi è da calcolare alcun rapporto di cambio, come, ad esempio quando la scissione parziale avviene in favore della controllante totalitaria, o quando la scissione proporzionale in cui scissa e beneficiaria preesistente siano partecipate dagli stessi soci nelle medesime proporzioni, ovvero quando scissa e beneficiaria/e siano partecipate dal medesimo unico socio. In questi casi l'assegnazione di partecipazioni è superflua, in quanto la scissione produce i suoi effetti sulla posizione patrimoniale dei soci attraverso la diminuzione del valore patrimoniale della partecipazione nella scissa e il corrispondente incremento del valore patrimoniale della partecipazione nella beneficiaria.

Gli effetti giuridici che si conseguono con la scissione sono quindi, dapprima, l'assegnazione a una o più società beneficiarie di una o più parti del patrimonio della scissa e in seguito, l'assegnazione ai soci della scissa delle partecipazioni rappresentative del capitale sociale di ciascuna società beneficiaria (ad eccezione dei casi detti).

Come vedremo, l'ordinamento giuridico italiano contempla diverse «forme di scissione» (art. 2506, c.c.) il cui denominatore comune può essere rintracciato nella compartecipazione di tre elementi soggettivi:

- la società scissa, che trasferisce tutto o parte del suo patrimonio;
- le società beneficiarie del trasferimento;
- i soci della società scissa, destinatari delle nuove azioni o quote emesse dalle società beneficiarie.

2.3 Teorie dell'operazione di scissione

Il polimorfismo strutturale connaturato all'istituto della scissione, realizzabile secondo innumerevoli combinazioni e varianti che approfondiremo nel paragrafo "Forme di scissione", ha alimentato un intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale, teso ad individuarne con esattezza natura ed elementi essenziali, al fine di meglio demarcare la disciplina conseguentemente applicabile.

Gli interpreti si sono interrogati, sin dall'introduzione dell'istituto della scissione societaria nel diritto positivo nazionale su quale sia la natura giuridica dell'operazione in esame. A tale proposito, si sono sviluppate tre teorie: estintivo-costitutiva, modificativo-evolutiva, e traslativa.

La tesi estintivo-costitutiva riconduce la scissione a un evento successorio, avente carattere universale o particolare, a seconda che essa sia totale o parziale (rispettivamente, a seconda che la stessa comporti l'assegnazione dell'intero patrimonio sociale, con la conseguente estinzione della scissa, o di parte del patrimonio stesso). In questo senso si sono espresse, alcune pronunce della Suprema Corte, in particolare, la Cassazione con la pronuncia del 27 aprile 2001 n. 6143, evidenzia che "nella scissione delle società non si verifica il trasferimento da un soggetto ad un altro di singoli beni, e neanche di un complesso organizzato di beni come nel trasferimento di azienda, ma, come rilevato in dottrina, una vera e propria successione a titolo universale tra i soggetti implicati, anche se con frazionamento tra soggetti diversi del patrimonio e dei relativi rapporti".

A tale visione si affianca la teoria modificativa, secondo la quale l'operazione integra una mera modificazione del contratto sociale (avente finalità riorganizzativa), come parrebbe suggerire il dato normativo dell'art 2506 successivo alla riforma organica della disciplina delle

società di capitali e delle società cooperative¹⁹, nella misura in cui non fa più riferimento a un “trasferimento”, ma ad una “assegnazione” patrimoniale. Soluzione condivisa da ampia parte della dottrina e, in relazione alla fusione, dal massimo consenso della Corte di Cassazione, che l’8 febbraio 2006, con la pronuncia n. 2637, riunitasi nelle Sezioni Unite, ha concluso che le fusioni (ma il principio di diritto è applicabile anche alle scissioni) non comportano “l’estinzione di un soggetto e (correlativamente) la creazione di un diverso soggetto; risolvendosi in una vicenda meramente evolutiva-modificativa dello stesso soggetto, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo”. Condividendo tale interpretazione, una recentissima pronuncia di merito, la Corte di appello di Catania, il 19 settembre 2017, ha ribadito che la scissione societaria “in definitiva, realizza una nuova articolazione formale dello stesso ente, nell’ottica della continuità patrimoniale e di impresa, senza che possa, conseguentemente, profilarsi l’estinzione dello stesso o il trasferimento dei suoi cespiti patrimoniali”. In questo senso si è espresso anche il Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, secondo il quale la scissione integra “una vicenda meramente evolutiva e modificativa dello stesso soggetto, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo”, e che la scissione “è dunque un’operazione neutra, meramente evolutiva della società scissa, la quale, sotto un certo profilo, continua ad esistere nella somma delle società risultanti dalla sua scissione”.

Da ultimo, taluni giuristi di legittimità hanno manifestato la propria adesione a una terza teoria interpretativa, la teoria traslativa, la quale ritiene che la scissione consista in un vero e proprio trasferimento patrimoniale da parte della scissa a favore della beneficiaria. Tesi ripresa e sostenuta dalle Sezioni Unite della Cassazione in una recente pronuncia, quella del 15

¹⁹ Cfr. D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6.

novembre 2016, la n. 23225, ove si è sostenuto che “la scissione [...] consistente nel trasferimento del patrimonio a una o più società, preesistenti o di nuova costituzione, contro l’assegnazione delle azioni o delle quote di queste ultime ai soci della società scissa, si traduce in una fattispecie traslativa”. Così pure la stessa Cassazione il 13 aprile 2012, con la pronuncia n. 5874, sosteneva che la scissione “comporta l’acquisizione da parte della nuova società di valori patrimoniali prima non esistenti nel suo patrimonio, non risultando una siffatta vicenda incompatibile con la configurabilità di una modificazione statutaria”. Tale soluzione poggerebbe, fra l’altro, sul dato normativo letterale emergente dal testo della Direttiva 82/891/CEE, ove, agli artt. 2 e 17, si fa espresso riferimento al “trasferimento” totale o parziale del patrimonio della società scissa. La riconduzione dell’operazione di scissione nel novero degli atti traslativi non è naturalmente privo di effetti, tale evenienza costituisce un fondamentale presupposto per l’astratta applicabilità delle azioni revocatorie ordinarie e fallimentari di cui agli artt. 2901 c.c. e 64, 67 l.fall. all’istituto in esame. Infatti, ove si trattasse di una mera modificazione statutaria mancherebbe un fondamentale presupposto di applicabilità delle norme richiamate: la presenza di un atto dispositivo avente effetto traslativo di un bene di proprietà del debitore. Circa l’applicazione dell’azione revocatoria all’operazione di scissione si parlerà meglio nel paragrafo dedicato alle funzioni della scissione.

Per quanto nessuna fra le tre tesi risulta essere preferita rispetto alle altre dalla normativa, la tesi modificativo-evolutiva sembra essere più coerente con la struttura e le finalità riorganizzative della scissione.²⁰

²⁰ Cfr. A. BUSANI, F. URBANI, *Operazioni straordinarie: la fusione*. 2017; vedere file:///C:/Users/emanu/Downloads/Rassegna%20fusione%202018.pdf

2.4 Forme e finalità della scissione

2.4.1 Forme di scissione

L'operazione di scissione è trattata dal legislatore all'interno degli articoli 2506, 2506 bis, 2506 ter e 2506 quater, i quali delineano l'istituto facendo ampi rimandi alla normativa in materia di fusione.

L'art. 2506, il primo degli articoli in questione, è rubricato "Forme di scissione"²¹ e prevede quanto segue: "Con la scissione una società assegna l'intero suo patrimonio a più società, preesistenti o di nuova costituzione, o parte del suo patrimonio, in tal caso anche ad una sola società, e le relative azioni o quote ai suoi soci". Dalla lettura della disposizione di cui all'art. 2506 si deduce che esistono, tra gli altri, due tipi di scissione: quella totale, nella quale l'intero patrimonio della società scissa viene trasferito a due o più società beneficiarie²², società preesistenti o di nuova costituzione, e a seguito della quale la società scissa si estingue lasciando la propria attività in capo alle società beneficiarie; e quella parziale, nella quale viene trasferita ad una o più società beneficiarie soltanto una parte del patrimonio della società scissa, in questo caso la società scissa non si estingue, ma procede la propria attività, ad eccezione di quella trasferita alla o alle società beneficiarie. Nell'ipotesi di intero patrimonio si parlerà di *split up*, nell'ipotesi di parte del patrimonio si parlerà di *spin off*.²³

Nella scissione parziale può parlarsi anche di scissione progressiva e regressiva. Il fattore distintivo in questa classificazione è dato dalla natura giuridica che la società ricopre. Nel primo

²¹ Come detto molte sono le analogie con l'operazione di fusione; il testo normativo più volte fa riferimento alla fusione per disciplinare la scissione. Questo si vede già dalla rubrica dell'art 2506 "Forme di scissione", che è la stessa del primo articolo che disciplina la fusione, l'art 2501, rubricato appunto "Forme di fusione".

²² Si rammenta come nel caso di scissione "totale" ci debba essere una pluralità di società beneficiarie, e mai una unica, perchè in questo ultimo caso non si avrebbe scissione totale bensì fusione per incorporazione, nel caso di società beneficiaria preesistente, e trasformazione della società scissa, nel caso in cui la società beneficiaria fosse costituita ex novo.

²³ Cfr. Brocardi, spiegazione dell'art. 2506 del codice civile.

caso la società scissa ha la forma giuridica di società di persone mentre le beneficiarie rivestono la forma di società di capitali; l'opposto nel caso di scissione parziale regressiva, la società scissa è una società di capitali, le beneficiarie hanno la forma di società di persone.

Il secondo comma della norma continua prevedendo che: “È consentito un conguaglio in danaro, purché non superiore al dieci per cento del valore nominale delle azioni o quote attribuite. È consentito inoltre che, per consenso unanime, ad alcuni soci non vengano distribuite azioni o quote di una delle società beneficiarie della scissione, ma azioni o quote della società scissa”. Il presente comma disciplina quella che viene conosciuta come scissione asimmetrica o soggettiva che ricorre quando non tutti i soci partecipano alla scissione, cioè quando ad alcuni soci non è assegnata nessuna delle azioni o quote della beneficiaria. Tale scissione è lecita purché sia deliberata con consenso unanime.

Queste forme di scissione rispondono a finalità differenti. Se da un lato, con l'operazione di scissione proporzionale, si mira solamente alla disaggregazione patrimoniale, dall'altro, l'esigenza che prevale, oltre alla precedente, è quella della divisione della compagine sociale. Avremo infatti, oltre ad una scissione in senso oggettivo, anche una scissione in senso soggettivo.

La finalità che si è voluta raggiungere è anche quella di libera scelta dei soci, all'art 2506 bis, si prevede infatti che: “il diritto dei soci che non approvino la scissione di far acquistare le proprie partecipazioni per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso, indicando coloro a cui carico è posto l'obbligo di acquisto”. Così prevedendo il legislatore ha chiaramente abbandonato la prospettiva del diritto individuale alla redistribuzione proporzionale delle partecipazioni nelle beneficiarie

Considerando le quote e le azioni assegnate ai soci²⁴ della scissa possiamo fare un'ulteriore distinzione tra scissione proporzionale e non proporzionale. Nella scissione proporzionale le quote e le azioni delle società beneficiarie sono assegnate ai soci della società scissa considerando l'entità della partecipazione di questi al capitale di quest'ultima; nella scissione non proporzionale le quote e le azioni delle società beneficiarie sono assegnate ai soci della scissa senza considerare le originarie percentuali di partecipazione, bensì attribuendo partecipazioni il cui valore complessivo equivalga il valore della partecipazione precedentemente posseduta.

Vi sono poi ulteriori classificazioni che si possono fare in ordine all'operazione di scissione.

La scissione può essere distinta, secondo quanto previsto dalla Sesta direttiva 82/891/CEE del Consiglio, del 17 dicembre 1982, basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato e relativa alle scissioni delle società per azioni, in:

1. Scissione per incorporazione, che avviene quando una o più società preesistenti divengono beneficiarie del trasferimento del patrimonio della società scissa, prevista dall'art 2²⁵;

2. Scissione mediante costituzione di una società costituita *ex novo*, quando le beneficiarie sono società di nuova costituzione, prevista dall'art 21²⁶.

²⁴ Carattere essenziale della scissione è che le azioni o quote siano assegnate ai soci. Tale carattere distingue la scissione dal c.d. scorporo, che si ha quando la società conferisce parte del suo patrimonio sociale ad un'altra società, per cui le azioni o quote sono assegnate alla società e non ai soci.

²⁵ L'articolo 2 al primo comma definisce la scissione per incorporazione come: *“Ai sensi della presente direttiva si intende per scissione mediante incorporazione l'operazione con la quale una società, tramite uno scioglimento senza liquidazione, trasferisce a più società l'intero patrimonio attivo e passivo mediante l'attribuzione agli azionisti della società scissa di azioni delle società beneficiarie dei conferimenti risultanti dalla scissione, in seguito denominate « società beneficiarie », e eventualmente di un conguaglio in denaro non superiore al 10 % del valore nominale delle azioni attribuite o, in mancanza di valore nominale, del loro equivalente contabile.”*

²⁶ L'articolo 21 al primo comma definisce la scissione mediante costituzione di una nuova società come: *“Ai sensi della presente direttiva si intende per scissione mediante costituzione di nuove società l'operazione con la quale una società, tramite il suo scioglimento senza liquidazione, trasferisce a più società di nuova costituzione l'intero patrimonio attivo e passivo mediante l'attribuzione agli azionisti della società scissa di azioni delle società beneficiarie e, eventualmente, di un conguaglio in denaro non superiore al 10 % del valore nominale delle azioni attribuite o, in mancanza di valore nominale, del loro equivalente contabile.”*

Da ultimo occorre operare un'ulteriore distinzione, tra la scissione eterogenea e quella omogenea. Si ha scissione omogenea quando le società beneficiarie della scissione sono della stessa categoria di quella che si scinde; si ha scissione eterogenea quando le società beneficiarie sono di categoria diversa rispetto a quella che si scinde.

Un'ulteriore definizione di scissione è quella c.d. negativa, caratterizzata dall'assegnazione alla società beneficiaria di un netto patrimoniale di valore negativo. A tal riguardo, occorre distinguere tra:

- il caso del patrimonio di valore contabilmente negativo, ma di valore positivo se si consideri il suo "valore corrente";
- il caso del patrimonio di valore negativo sia dal punto di vista contabile che dal punto di vista del suo "valore corrente".

Ebbene mentre la seconda ipotesi configurata non è ammissibile, lo è la scissione mediante assegnazione alla beneficiaria di un netto patrimoniale con valore negativo dal punto di vista contabile, ma positivo a valori correnti, qualora però ricorra almeno una delle seguenti circostanze:

- si proceda a rivalutare il netto patrimoniale assegnato a valori correnti sulla base di una perizia di stima;
- si tratti di una scissione a favore di una società beneficiaria preesistente, il cui patrimonio netto presenti un saldo positivo idoneo ad assorbire il netto negativo assegnatole per effetto di scissione (senza però dar luogo, nella beneficiaria stessa, a una situazione di diminuzione del capitale al di sotto del limite legale, il che impedirebbe la fattibilità della scissione negativa);
- si tratti di una scissione a scopo meramente liquidativo, effettuata a favore di società preesistente in stato di liquidazione.

Nell'ultima parte dell'elaborato vedremo come la cassazione si è espressa in merito alle operazioni negative.

L'ultimo focus occorre non per delineare una forma di scissione, ma bensì per escluderne un caso di applicazione: la scissione di società in liquidazione che abbia iniziato la distribuzione dell'attivo, come per le fusioni, non è ammessa, mentre grazie alla riforma societaria del 2013, non è più prevista l'esclusione per società sottoposte a procedure concorsuali.

2.4.2 Finalità dell'operazione di scissione

Le finalità che si vogliono raggiungere con la scissione di azienda sono le più disparate, alcune sono molto simili a quelle del conferimento, come il ridimensionamento, il decentramento, il ridisegno dei confini dell'attività, la ristrutturazione (organizzativa, gestionale, produttiva, strategica, ambientale), altre simili a quelle perseguite con l'operazione di fusione, la più evidente è la funzione di concentrazione, cioè di crescita delle dimensioni aziendali, altre ancora sono legate al carattere propriamente aziendale, come la necessità di decentrare compiti e decisioni per una struttura più flessibile.

La funzione che più si presta all'istituto della scissione è quello della disarticolazione o del decentramento organizzativo di un'azienda la cui attività ne permette la suddivisione in più rami. Con la scissione si potrebbe voler infatti concentrare l'attenzione e le risorse della società madre esclusivamente su certe attività, sistemando le altre in società di nuova costituzione o preesistenti. Questo specialmente quando la struttura dell'azienda risulta eccessivamente rigida a causa delle troppe attività svolte dalla stessa e si ricerca una maggiore flessibilità organizzativa, operativa e decisionale. O ancora quando si vogliono separare aree non più compatibili con l'operare strategico della società madre, o che mostrano debolezze o carenze gravi, che necessitano di gestioni separate. Questa ipotesi è più facile da attuare se si tratta di

alienare una business unit che funga da società autonoma; lo è meno se si tratta di separare una parte dell'azienda non bene organizzata in unità di business o ramo aziendale, che non configura un complesso aziendale funzionante.

Rientra in questo caso di specie la scissione fatta con l'intenzione di separare l'esercizio dell'azienda dalla proprietà degli immobili nei quali esso si svolge. Questo avviene assegnando l'esercizio dell'attività ad una autonoma società, quella operativa, e ad un'altra si assegnano le sole proprietà immobiliari. In questo modo alla gestione operativa viene fornita una maggiore agilità e indipendenza; mentre la società cui si assegna la parte immobiliare avrà da gestire problematiche sue proprie, e potrà meglio utilizzare le aree possedute, mettendole a disposizione anche a terzi, creando una nuova attività di gestione immobiliare e quindi un maggior valore complessivo.

Sebbene quest'ultima funzione risulti la più caratteristica dell'operazione di scissione, un risultato analogo si può ottenere anche con istituti come lo scorporo o il conferimento d'azienda, tuttavia, entrambe queste operazioni risultano meno efficaci dal punto di vista della compagine societaria. La scissione è infatti l'unico istituto che permette ai soci di mantenere il controllo sulle beneficiarie, dato che utilizzando la scissione le quote o azioni delle beneficiarie saranno distribuite ai soci della scissa in base al rapporto di cambio.²⁷

L'attuazione delle operazioni straordinarie e nello specifico della scissione, risultano strumentali anche per la gestione di una crisi d'impresa, tema particolarmente rilevante negli ultimi anni con la previsione del Codice della crisi. La scissione può essere infatti la premessa per limitare i danni economici conseguenti a tali crisi. Scindendo e conferendo a società

²⁷ Il rapporto di cambio consiste nella quantità e nella configurabilità delle azioni che verranno cedute in cambio di quelle che dovranno essere ritirate o annullate. Permette di: determinare la quota di partecipazione del capitale sociale della beneficiaria o newco spettante ai soci della società scissa; determina il peso relativo di ciascun patrimonio apportato sul valore complessivo.

beneficiarie i rami aziendali a più alto o più basso contenuto reddituale e patrimoniale, si possono limitare gli effetti di un dissesto, nonostante rimangano comunque in capo ad entrambe le società, la beneficiaria e la società che scinde, la responsabilità solidale delle obbligazioni. Chiaramente questa “corresponsabilità” è prevista per tutelare i creditori della società che scinde.

È bene precisare come la scissione possa rappresentare un utile strumento per ovviare alla crisi aziendale solo quando questa è in una fase di declino, intesa come quella fase nella quale l'azienda sta maturando una situazione di malessere, e quindi nella quale non si è ancora manifestata la crisi intesa come insolvenza del debitore. Il “declino”²⁸ è collegato a una performance negativa in termini di variazione del capitale, cioè alla distruzione di valore; un'impresa è in declino quando perde valore nel tempo. La “crisi”, invece, è uno sviluppo ulteriore del declino. Essa si concretizza, di solito, a seguito delle perdite economiche (di redditività e di valore), in ripercussioni gravi e crescenti sul piano dei flussi finanziari. Nella fase di grave crisi aziendale a nulla servirebbero interventi di scissione, risulterebbero infatti ormai tardivi; la scissione è uno strumento operabile e consigliabile nell'ipotesi di futuri rischi, ancora eventuali ed ipotetici, caratteristici della fase di declino.

La scissione potrebbe anche rappresentare uno strumento utile a soddisfare eventuali esigenze da parte dei soci di determinare nuovi o semplicemente diversi assetti societari, ad esempio potrebbe voler raggiungere la predisposizione di un assetto volto a facilitare l'ingresso nella compagine societaria di nuovi soci interessati solo all'aspetto operativo.

²⁸ Il modello di Guatri del 1995 suddivide due fasi della crisi aziendale: il decino, che a sua volta si compone di “incubazione” e “maturazione”; e la crisi, composta da “gravi ripercussioni su flussi finanziari e fiducia” e da “conseguenze sugli stakeholders”.

L'organo amministrativo di una società potrebbe inoltre decidere di procedere con la scissione dell'azienda per dirimere una situazione conflittuale tra i soci, e quindi per separare compagini societarie "litigiose".

Si ricorre alla scissione anche per ragioni finanziarie: per ridefinire la struttura finanziaria delle società coinvolte, per il disinvestimento e l'attuazione dei processi di liquidazione, per l'effettuazione di operazioni di concentrazione²⁹, quando il distacco di aree o unità serve a migliorare il reperimento di fondi, ad accedere più facilmente ad agevolazioni e contributi, a consentire il disinvestimento e il realizzo di produzioni, linee, marchi e così via.

Le finalità sono le più disparate e possono rappresentare in ogni caso una ragione differente, potrebbe anche essere considerata per gestire una successione generazionale³⁰, come strategia di ritirata, da settori e da mercati, se non di anticipata liquidazione in situazioni di irreversibile difficoltà, al fine di trattenere il valore che si detiene o di salvarne il possibile.

Bisogna comunque considerare, nonostante il successo al quale l'attuazione dell'operazione di scissione aspira, che anche quando spinta da buoni propositi, potrebbe non portare al successo dell'operazione. Questo perché l'operazione è complessa e richiede una serie di valutazioni economiche e strategiche, che se non ben valutate, possono essere causa di distruzione di ricchezza.

²⁹ Cfr. , L.D. ROSA, A. RUSSO, M. IORI, *Operazioni straordinarie*, Gruppo 24 ore, 2021, pag. 227

³⁰ Nel caso del trasferimento intergenerazionale della proprietà e del controllo delle imprese vi sono effetti rilevanti sotto il profilo dell'efficienza. Il mercato della proprietà delle imprese dovrebbe assicurare che la proprietà e il controllo dell'impresa venga ceduta ai soggetti più adatti. Nel caso delle aziende a controllo familiare il cambio del controllo non sempre avviene sul mercato della proprietà delle aziende. I diritti di proprietà dell'impresa vengono, alla morte dell'imprenditore, sottratti al mercato della riallocazione proprietaria e trasmessi in via diretta agli eredi o successori o beneficiari senza considerare le capacità imprenditoriali degli stessi. Con la scissione dell'azienda si potrebbe meglio gestire una grande realtà scomponendola in base alle diverse attività in realtà di più piccole dimensioni, meglio gestibili da profili poco esperti.

Evitare la "Sindrome dei Buddenbrook": le imprese italiane e il ricambio generazionale, Sandro Trento. Simonetta Vezzo.,

2.5 Le fasi dell'operazione di scissione

Il procedimento per mezzo del quale si compie l'operazione di scissione è caratterizzato da alcune fasi fondamentali. Al pari dell'operazione di fusione, anche l'operazione di scissione può essere suddivisa nel seguente modo:

- Fase endosocietaria: la prima fase si caratterizza per essere un momento preparatorio volto alla predisposizione di una serie di atti documentali di tipo informativo (progetto di scissione, situazioni patrimoniali, relazioni di amministratori ed esperti) sulla base dei quali i soci assumono la propria decisione circa la fattibilità e la convenienza dell'operazione di scissione;

- fase pubblicitaria: è la fase in cui si esegue il deposito presso la sede sociale dei documenti predisposti in precedenza, ovvero la loro pubblicazione sul sito Internet;

- fase deliberativa: è la fase in cui l'assemblea è chiamata a prendere la decisione di approvare l'operazione di scissione sulla base della documentazione di cui ha avuto conoscenza;

- fase delle opposizioni: fase in cui si rende effettivo il diritto di opposizione dei creditori sociali che ritengono di venire pregiudicati dalla scissione;

- fase attuativa: è il momento finale nel quale si dà attuazione al programma.³¹

2.5.1 Fase endosocietaria: il progetto di scissione

È la fase endosocietaria che apre il procedimento per la predisposizione di un'operazione di scissione. In tale fase si instaurano rapporti e contatti fra gli organi amministrativi e si producono inoltre i documenti necessari per avviare il procedimento. La necessità della predisposizione di questa documentazione è data dal voler rendere maggiormente accessibili ai

³¹ Cfr. L. DE ROSA, A. RUSSO, M. IORI, Guida Pratica Operazioni straordinarie, Gruppo24Ore, 2021. Si veda la pag. 177 in tema di procedimento di scissione.

soci ed ai terzi le informazioni in ordine all'operazione che si intende porre in essere. Il documento più rilevante in ordine di importanza è il progetto di scissione, disciplinato dall'art. 2506-bis, c.c.: consiste in un atto documentale unitario riguardante tutte le società partecipanti alla scissione. Il documento in discussione, in seguito a quanto disposto dal D.lgs. 22/1992, rappresenta il più importante strumento informativo diretto ai soci ed ai terzi.

La lettura degli artt. 2506-bis e 2501-ter, c.c. permette di conoscere il «contenuto minimo» del progetto di scissione. È possibile enucleare tre diverse parti di cui il progetto deve essere composto.

La prima parte riguarda le informazioni di cui all'art. 2501-ter, c.c.: si tratta del contenuto minimo essenziale previsto per la fusione: i dati identificativi ed informazioni di tipo anagrafico delle società partecipanti; la bozza dell'atto costitutivo delle nuove società risultanti dall'operazione o delle società beneficiarie preesistenti; il rapporto di cambio, che nel caso della scissione è rappresentato dal numero delle quote e delle azioni delle (o della) società beneficiarie da assegnare ai soci della scissa, ed eventuale conguaglio in denaro; la modalità di assegnazione delle quote o delle azioni delle società beneficiarie ai soci della società scissa; la data a decorrere dalla quale le quote o azioni assegnate partecipano agli utili; la data a decorrere dalla quale le operazioni delle società partecipanti alla scissione sono imputate al bilancio delle società beneficiarie; il trattamento eventualmente riservato a particolari categorie di soci e ai possessori di titoli diversi dalle azioni; i vantaggi particolari eventualmente proposti a favore dei soggetti cui compete l'amministrazione delle società partecipanti alla scissione.

Il progetto di scissione deve inoltre contenere «l'esatta descrizione degli elementi patrimoniali da assegnare a ciascuna delle società beneficiarie e dell'eventuale conguaglio in

denaro». In questo caso è stato osservato che ogni società beneficiaria è tenuta a redigere gli inventari contenenti i diversi elementi dell'attivo e del passivo.³²

Da ultimo, nel progetto di scissione devono essere indicati i “criteri di distribuzione delle azioni o quote delle società beneficiarie³³”: pertanto, deve rendere esplicita la proporzionalità o la non proporzionalità dell'assegnazione di dette azioni o quote ai soci della scissa. In caso di scissione non proporzionale deve essere previsto, per i soci che non approvano la scissione, il diritto “di far acquistare le proprie partecipazioni per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso³⁴” nonché l'indicazione dei soggetti “a cui carico è posto l'obbligo di acquisto”.

2.5.2 Fase pubblicitaria

Come previsto per il progetto di fusione all'art. 2506-bis c.c., ultimo comma, quello di scissione va depositato per l'iscrizione nel registro delle imprese del luogo ove hanno sede le società partecipanti all'operazione di scissione, o in alternativa il progetto di scissione è pubblicato sul sito internet delle società, con modalità atte a garantire la sicurezza del sito medesimo, l'autenticità dei documenti e la certezza della data di pubblicazione. Tra l'iscrizione

³² La data di riferimento di detta situazione patrimoniale, a rigor di logica, parrebbe dover coincidere con quella di cui all'art. 2501-quater, c.c.

³³ La norma disciplina l'ipotesi nella quale dal progetto di scissione non sia desumibile la destinazione di alcuni elementi patrimoniali attivi o passivi. La legge stabilisce dei criteri da seguire, facendo un distinguo tra elementi attivi e passivi e tra scissione parziale e totale. In particolare, qualora si tratti di elementi patrimoniali attivi, nel caso di scissione totale gli elementi patrimoniali saranno ripartiti tra le società beneficiarie «in proporzione delle quote del patrimonio netto assegnato a ciascuna di esse, così come valutato ai fini della determinazione del rapporto di cambio»; mentre, nel caso di scissione parziale, tali elementi patrimoniali rimarranno in capo alla società scissa. Qualora si tratti di elementi patrimoniali passivi, la suddivisione segue lo stesso principio. Nel caso di scissione totale rispondono in solido le società beneficiarie; mentre nel caso di scissione parziale risponderanno in solido le società beneficiarie e la scissa. In quest'ultimo caso il Legislatore ha voluto garantire maggiore tutela ai creditori sociali della scissa che potranno rivalersi sia sul patrimonio della scissa che su quello delle beneficiarie. Tale responsabilità solidale incontra il limite del valore effettivo del patrimonio netto attribuito a ciascuna società.

³⁴ Di cui all'art. 2437-ter c.c. per le S.p.a. e le S.a.p.a.; e all'art. 2473 c.c. per le S.r.l.

o la pubblicazione sul sito Internet del progetto e la data fissata per la decisione in ordine alla fusione devono intercorrere almeno trenta giorni, salvo consenso unanime da parte dei soci alla rinuncia del termine³⁵. Nel caso in cui ad una scissione non partecipino S.p.a., S.a.p.a. o cooperative per azioni, i termini di cui agli artt. 2501-ter sono ridotti alla metà per effetto del disposto dell'art. 2505-quater c.c.

2.5.3 Fase deliberativa

L'art. 2502-bis c.c. prevede che la deliberazione in ordine alla scissione debba essere iscritta nel Registro delle imprese e, pertanto, depositata entro trenta giorni presso il Registro stesso. Oggetto di deposito sono, oltre alla delibera di scissione, i documenti ex art. 2501-septies c.c.: progetto di scissione, relazioni degli amministratori e degli esperti, situazione patrimoniale, bilanci ultimi tre esercizi con relative relazioni degli amministratori, del collegio sindacale ed eventualmente con la relazione di certificazione.

La decisione di approvazione del progetto di fusione o di scissione di una società di persone in una società di capitali deve essere redatta in forma pubblica, dovendo ritenersi che il controllo di legittimità di cui all'art. 2436, c.c., obbligatoriamente previsto nel caso di specie dall'art. 2502-bis, co. 2, c.c., presupponga tale forma. Una volta depositati, gli atti sono sottoposti a controllo da parte del notaio, il quale esegue una valutazione di tipo formale, attestando il rispetto della norma e non entrando nel merito delle scelte degli amministratori. Nel caso invece di fusione o di scissione di una società di persone in altra società di persone, ovvero nel caso in cui una società di persone incorpori o risulti beneficiaria di scissione anche di società di capitali,

³⁵ Si veda la la Massima n. 29 del Consiglio Notarile di Milano (marzo 2004)

la decisione di approvazione del progetto di fusione o di scissione da parte dei soci della società di persone può anche rivestire la forma della scrittura privata autenticata.

2.5.4 Fase delle opposizioni

L'operazione di scissione, come quella di fusione, può tradursi in una maggiore difficoltà per il creditore sociale di veder esigibile il proprio credito. L'art. 2503 c.c., richiamato dall'art. 2506-ter c.c. in tema di scissione, si preoccupa per l'appunto di offrire maggiore garanzia ai creditori sociali. La scissione si attua trascorsi sessanta giorni dall'iscrizione delle deliberazioni delle società presso il Registro delle imprese ed è questo il termine³⁶ a disposizione dei creditori sociali per fare opposizione all'operazione stessa .

L'opposizione è permessa anche agli obbligazionisti. Ai sensi dell'art. 2503-bis c.c., infatti, i possessori di obbligazioni delle società partecipanti alla fusione, e di conseguenza anche quelli partecipanti ad un'operazione di scissione, possono fare opposizione a norma dell'articolo 2503 c.c., salvo che l'operazione sia approvata dall'assemblea degli obbligazionisti. Ai possessori di obbligazioni convertibili deve essere data facoltà, mediante avviso da pubblicarsi nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana almeno novanta giorni prima della iscrizione del progetto di scissione, di esercitare il diritto di conversione nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione dell'avviso. Ai possessori di obbligazioni convertibili che non abbiano esercitato la facoltà di conversione devono essere assicurati diritti equivalenti a quelli loro spettanti prima della

³⁶ A meno che la società non deroghi allo stesso per il verificarsi di una delle ipotesi previste quali eccezioni. È possibile derogare al termine di 60 giorni di cui sopra al verificarsi di una delle seguenti ipotesi: il consenso dei creditori delle società partecipanti alla scissione e tale consenso risulti anteriore alle iscrizioni previste nell'art. 2501-ter, c.c. (deposito progetto di fusione o scissione); è avvenuto il pagamento dei creditori dissenzienti rispetto alla scissione; si è effettuato un deposito presso una banca delle somme corrispondenti ai pagamenti suindicati come garanzia; la relazione degli esperti è stata effettuata per tutte le società dalla medesima società di revisione e quest'ultima ha attestato la non necessità di garanzie a tutela dei creditori.

fusione, salvo che la modificazione dei loro diritti sia stata approvata dall'assemblea prevista dall'articolo 2415 c.

2.5.5 Fase attuativa

Ai sensi dell'art. 2504, c.c. cui rinvia sempre l'art. 2506-ter, c.c., l'iter della scissione si conclude con la redazione dell'atto di scissione che consiste in un documento unico cui partecipano tutte le società coinvolte nell'operazione e che si può considerare come l'attuazione della deliberazione assembleare in ordine alla scissione. Tale atto è sottoscritto dagli amministratori di ogni società partecipante all'operazione di scissione e deve risultare da atto pubblico. Contiene tutte le conclusioni che scaturiscono dalle delibere assembleari ed è strettamente correlato al progetto di scissione. L'atto di scissione deve essere depositato entro trenta giorni nel Registro delle imprese del luogo ove è posta la sede delle società che partecipano alla scissione.

2.6 Differenze di scissione

Come nella fusione, anche nella scissione il trasferimento di attività e passività da un complesso aziendale ad un altro (o ad altri) genera differenze contabili, chiamate "differenze di scissione".

Le differenze di scissione emergono nella contabilità (cd. "differenze contabili"), e poi eventualmente nel bilancio della società beneficiaria (cd. "differenze di bilancio")³⁷. Le

³⁷Nel secondo comma dell'art. 173 del Tuir, è rilevante questa distinzione, in quanto nella prima parte del citato articolo si fa riferimento alle differenze «di bilancio», mentre nella seconda parte alle differenze «contabili».

differenze contabili emergono automaticamente nella contabilità della società beneficiaria a seguito della rilevazione delle attività e delle passività ricevute dalla scissa e sono essenzialmente poste di equilibrio contabile. Quando le differenze contabili trovano un'espressa rappresentazione nel bilancio della beneficiaria relativo al primo esercizio chiusosi successivamente alla operazione, divengono differenze di bilancio. Queste ultime, pur derivando dalle differenze contabili, non necessariamente assumono lo stesso valore, dal momento che è possibile operare su quelle contabili una serie di aggiustamenti al fine di ridurre o eliminare l'impatto sul bilancio della società beneficiaria (cd. "processo di riassorbimento").

Le differenze di scissione si distinguono in: differenze da concambio, che traggono origine dal concambio delle azioni o quote dei soci della società scissa; differenze da annullamento, che si ricollegano all'annullamento, senza sostituzione, della partecipazione nella società scissa posseduta dalla beneficiaria.

2.6.1 Differenza da concambio

La sostituzione delle partecipazioni nella società scissa con le partecipazioni delle società beneficiarie avviene sulla base del rapporto di concambio.

Nelle scissioni con concambio, l'avanzo (o il disavanzo) è dato dalla differenza negativa (o positiva) tra l'aumento di capitale della beneficiaria, necessario per l'emissione delle partecipazioni da attribuire ai soci della scissa a compensazione dell'apporto patrimoniale ricevuto ed il patrimonio netto contabile trasferito.

Per quanto attiene alla modalità di calcolo del rapporto di concambio, nella prassi, le differenze sono determinate confrontando l'aumento di capitale della società beneficiaria con la corrispondente quota di patrimonio netto ad essa trasferito. Una parte della dottrina sostiene,

tuttavia, che l'aumento di capitale deve essere raffrontato con la quota di capitale della scissa proporzionale alla parte di patrimonio trasferito (nel caso di scissione totale) ovvero con la quota di capitale della scissa annullato (nel caso di scissione parziale) e non con la quota di patrimonio netto trasferito. Ne consegue che, nella scissione a favore di una beneficiaria preesistente, si determina un avanzo da concambio quando il capitale della beneficiaria non viene aumentato o quando viene aumentato di un importo inferiore rispetto al valore della quota di capitale della scissa annullato (proporzionale alla parte di patrimonio trasferita).

L'avanzo da concambio misura, dunque, quella parte del capitale sociale della scissa che, come conseguenza del rapporto di cambio fissato, non si è tradotto in capitale della beneficiaria ma viene trasferito a riserva.

Si ha l'emersione di un disavanzo da concambio se il capitale della beneficiaria viene aumentato in misura superiore alla quota di capitale della scissa annullato ovvero viene aumentato senza che la scissa abbia abbattuto il suo capitale sociale.

Una volta emersa la differenza da concambio nella contabilità della società beneficiaria, si pone la questione di come trattare la stessa prima a livello contabile e poi a livello di bilancio.

Con riferimento al disavanzo da concambio, al fine di addivenire ad un suo corretto trattamento nel bilancio della beneficiaria relativo al primo esercizio chiuso successivamente alla scissione, si possono ipotizzare tre comportamenti alternativi:

1. soltanto differenze da concambio, come le scissioni totali a favore di beneficiarie neocostituite ovvero di beneficiarie già esistenti che non sono legate alla scissa da un rapporto partecipativo: viene considerata assolutamente non percorribile in quanto si porrebbe in contrasto con i principi di chiarezza e di rappresentazione veritiera e corretta della situazione patrimoniale, finanziaria ed economica della società beneficiaria;

2. soltanto differenze da annullamento, come le scissioni totali a favore di beneficiarie che detengono una partecipazione totalitaria nella scissa: , determina di fatto una rivalutazione delle attività della scissa a valori correnti in deroga ai principi di valutazione, in special modo quello del costo e di prudenza, cui è uniformato il nostro ordinamento in tema di bilancio di esercizio³⁸;

3. sia differenze da concambio, sia differenze da annullamento, come quelle scissioni totali a favore di beneficiarie che possiedono una partecipazione non totalitaria nella scissa: è l'unica delle tre ipotesi che si manifesta pienamente compatibile con un sistema orientato a considerare la scissione come un evento meramente modificativo dell'impresa collettiva, consistente nel mantenere nel bilancio della società beneficiaria i valori «storici» delle attività e delle passività provenienti dalla società scissa. Nel bilancio della beneficiaria relativo al primo esercizio chiuso dopo la data di realizzazione della scissione non emergerebbe dunque alcun disavanzo da concambio, verificandosi soltanto una modificazione qualitativa all'interno del patrimonio netto.

Contrariamente al disavanzo, del quale si deve escludere l'autonoma rilevazione nel primo bilancio della società beneficiaria, l'avanzo «contabile» è destinato a tradursi in avanzo «di bilancio». Nel bilancio relativo al primo esercizio chiuso successivamente alla scissione, l'avanzo da concambio è pertanto destinato a figurare fra le poste ideali del patrimonio netto, quale riserva di capitale. In particolare, secondo l'opinione sostenuta dalla dottrina maggioritaria l'avanzo da concambio rappresenta quella parte del capitale della scissa che non si è tradotto in aumento di capitale della beneficiaria ma è confluito nelle altre poste ideali del

³⁸ Tale rivalutazione non comporterebbe una violazione dei predetti principi e sarebbe conforme al principio del costo, solo nel caso in cui si considerasse la scissione non alla stregua di un'operazione modificativa del contratto sociale, ma come un'operazione di acquisizione cui risulta naturalmente applicabile il purchase method contemplato dai Principi contabili internazionali (Ifrs 3).

netto di quest'ultima. Per questa ragione, l'avanzo da concambio condividerebbe la stessa natura della riserva sovrapprezzo azioni.

2.6.2 Differenze da annullamento

Nella scissione le differenze da annullamento derivano dall'annullamento della partecipazione posseduta nella scissa dalla beneficiaria a fronte del trasferimento patrimoniale ricevuto. In particolare, dalla scissione emerge un disavanzo (avanzo) da annullamento "contabile" se il valore della partecipazione nella scissa, annullata dalla beneficiaria per effetto della scissione, risulti superiore (inferiore) al valore della quota di netto ricevuto. Le differenze da annullamento non sempre scaturiscono dal mero confronto tra il valore della partecipazione posseduta dalla beneficiaria e quello del netto trasferito, in quanto nella scissione, al contrario delle fusioni senza concambio, le partecipazioni della scissa non vengono necessariamente annullate in tutto o in parte dalla beneficiaria per effetto dell'operazione. Uno dei due termini da porre a confronto per il computo della differenza da annullamento, la quota della partecipazione nella scissa posseduta dalla beneficiaria che viene annullata, è infatti influenzato dalle scelte fatte dagli amministratori della scissa circa la posta ideale del netto da ridurre a fronte del trasferimento a favore della beneficiaria (se riducono ad esempio solo il capitale, la beneficiaria dovrà annullare l'intera partecipazione, mentre, se utilizzano solo le riserve disponibili, la beneficiaria manterrà l'intera partecipazione). Consideriamo l'ipotesi in cui dalla scissione emerga un disavanzo «contabile» da annullamento³⁹ misurato dal maggior valore

³⁹ Le ragioni che possono spiegare la differenza contabile emersa all'atto della scissione sono le seguenti: 1. il prezzo a cui la beneficiaria ha acquistato la partecipazione nella scissa è stato concordato tenendo conto di uno o più dei seguenti fattori: delle plusvalenze latenti in capo alle attività della scissa; della presenza di attività immateriali non iscritte nel bilancio di quest'ultima; dell'avviamento dell'azienda di quest'ultima; 2. il predetto prezzo è stato concordato in misura eccessiva rispetto all'effettivo valore del patrimonio della società a causa: di un errore di valutazione; della necessità di acquisire la società per realizzare ulteriori obiettivi (come ad es.

della partecipazione annullata rispetto alla quota di patrimonio netto della scissa attribuito alla beneficiaria.

La beneficiaria deve procedere al riassorbimento del disavanzo, totale o parziale, attraverso: la rivalutazione, fino a concorrenza dei valori correnti, delle singole attività ricevute dalla scissa; l'iscrizione di quelle attività immateriali presenti nel patrimonio della scissa a cui non era stata data adeguata valorizzazione e rappresentazione nel bilancio; per l'eccedenza, l'iscrizione nell'attivo di una voce di avviamento a fronte del costo sostenuto per il maggior valore complessivo implicito nell'azienda della scissa.

Se, al termine del processo di rilevazione delle attività ricevute ai loro valori correnti, il disavanzo "contabile" da annullamento non è stato del tutto riassorbito⁴⁰, la beneficiaria potrà rilevare una voce di avviamento, nei limiti del costo effettivamente riconosciuto nel prezzo concordato con il venditore all'atto dell'acquisto delle partecipazioni nella scissa.⁴¹

Nel caso in cui dalla scissione emerga un avanzo da annullamento "contabile", tale posta di equilibrio contabile misurerà la quota del patrimonio netto della scissa non assorbita dall'annullamento della partecipazione posseduta dalla beneficiaria. Se il maggior valore del patrimonio netto della scissa trasferito alla beneficiaria, rispetto al valore di libro delle partecipazioni possedute da quest'ultima, è ascrivibile ad una sopravvalutazione dell'attivo ovvero ad una sottovalutazione del passivo, l'avanzo da annullamento contabile viene

eliminare un concorrente, facilitare l'ingresso in un nuovo mercato); 3. successivamente all'acquisto della partecipazione da parte della beneficiaria il valore del patrimonio della partecipata ha subito dei decrementi, e la beneficiaria non ha provveduto a svalutare la partecipazione in misura corrispondente.

⁴⁰ L'eventuale quota di disavanzo contabile non assorbita al termine di tali operazioni può derivare alternativamente: dal «cattivo affare» realizzato dalla beneficiaria all'atto dell'acquisto della partecipazione nella scissa, in quanto il prezzo riconosciuto al venditore si è dimostrato eccedente rispetto al valore effettivo del patrimonio della scissa e alle sue aspettative reddituali; dalle perdite sofferte dalla scissa dopo l'acquisizione, che non sono state recepite prontamente nel bilancio della beneficiaria in termini di svalutazione della partecipazione posseduta. In questa ipotesi emerge quella che tecnicamente è denominata una «perdita di scissione».

⁴¹ Tale soluzione è stata avallata dalla stessa giurisprudenza di legittimità, in quanto considerata perfettamente compatibile con il disposto dell'art. 2426, n. 6, c.c.

riassorbito attraverso una svalutazione delle attività ovvero una rivalutazione delle passività. Alternativamente, l'avanzo contabile potrebbe essere ascritto ad una perdita «futura» della scissa e il suo riassorbimento potrebbe avvenire attraverso l'accantonamento ad un apposito fondo rischi del passivo (cd. “fondo di consolidamento per rischi e oneri futuri”) in conformità all'art. 33, D. Lgs. 127/1991 in materia di bilanci consolidati delle imprese industriali. Al di fuori delle ipotesi sopra ricordate, l'avanzo da annullamento “contabile” si trasforma in avanzo “di bilancio”. Secondo l'orientamento prevalente in dottrina, tale avanzo “di bilancio”, al contrario della «perdita di scissione», non deve trovare esposizione nel conto economico ma piuttosto nelle poste ideali del patrimonio netto, in quanto si tratta di una componente di reddito «non realizzata» in uno scambio con terze economie e pertanto non potrebbe influenzare il risultato economico di esercizi.⁴²

⁴²Cfr. L. DE ROSA, A. RUSSO, M. IORI, *Guida Pratica Operazioni straordinarie*, Gruppo24Ore, 2021. Si veda la pag. 205-223.

Capitolo III

L'elusione fiscale e l'abuso del diritto

3.1 L'abuso del diritto

La nozione di abuso del diritto si configura come *polimorfa* in relazione ai diversi ambiti, nazionali e sovranazionali, in cui viene in rilievo, cosicché è pressoché impossibile darne una definizione unitaria.

Preliminarmente va ricordato che, per opinione prevalente, con le locuzioni di “abuso del diritto” e/o “elusione fiscale” si indicano concetti sostanzialmente identici. Le due locuzioni utilizzate come sinonimi nascono da una diversa matrice storica: la nozione di elusione in materia tributaria è presente nel nostro ordinamento da vari decenni e si è sviluppata attraverso l'adozione di apposite clausole di portata più o meno ampia aventi ad oggetto singole fattispecie, mentre l'abuso del diritto in materia tributaria è un concetto di derivazione comunitaria che si è affermato solo in tempi recenti su impulso della giurisprudenza, finendo per assumere una valenza generale.⁴³

In via di prima e non esaustiva approssimazione l'abuso può essere definito come una categoria giuridica che si riferisce all'esercizio anomalo od oltre i limiti di un diritto da parte del suo titolare. Il diritto è, in via generale, esercitato conformemente alle condizioni previste dalla norma che attribuisce il diritto, ma il risultato cui si giunge è contrario all'obiettivo che la norma voleva raggiungere.

⁴³ Assonime, *La disciplina sull'abuso del diritto*, Circolare n. 21 del 4 agosto 2016.

L'abuso del diritto, si sostanzia in una limitazione all'esercizio del diritto, e quindi, in quanto tale, non può che essere eccezionale. Eccezionale in quanto, se è pur vero che il termine "diritto" si riferisce a una situazione giuridica soggettiva di vantaggio attribuita da una norma a un soggetto nei confronti di altri soggetti, è anche vero che la possibilità di abusarne porta inevitabilmente con sé l'idea che la modalità in cui si esercita tale diritto, di per sé atto lecito, sia fonte di responsabilità.

Il divieto di abusare del proprio diritto viene ricondotto al principio di buona fede⁴⁴ e, dunque, il suo fondamento normativo viene ravvisato negli artt. 1175 e 1375 c.c.: in particolare, si ritiene, alla luce del principio di solidarietà previsto dal nostro ordinamento all'art. 2 della Costituzione, che il principio di buona fede, impedisca di esercitare incondizionatamente il proprio diritto, cioè senza tenere in considerazione lo scopo per cui il diritto è stato riconosciuto.

Tale nozione non deve essere confusa con quella di eccesso di diritto: sebbene entrambe si caratterizzino per uno sconfinamento oltre quanto concesso dall'ordinamento al titolare del diritto, nel caso dell'abuso l'esercizio del diritto avviene in modo apparentemente conforme a quanto concesso dall'ordinamento, mentre l'eccesso di diritto è immediatamente ravvisabile in considerazione del fatto che l'esercizio del diritto avviene attraverso un travalicamento dei limiti individuati dalla normativa.

⁴⁴ Il codice civile fa spesso riferimento alla terminologia «buona fede», utilizzandola, però, con accezioni differenti. Si suole distinguere tra buona fede in senso oggettivo, da intendere come regola di condotta, e buona fede in senso soggettivo, ossia come stato di coscienza. Con riferimento alla buona fede oggettiva, il punto di riferimento normativo è rappresentato dall'art. 1175 c.c. che stabilisce che debitore e creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza. Da questa disposizione, dunque, discende un reciproco obbligo di condotta, che non riguarda, cioè, solo il debitore, ma anche il creditore. Per quanto attiene la buona fede soggettiva, essa va intesa come ignoranza di ledere il diritto altrui.

Anche a livello comunitario il problema dell'abuso si pone sostanzialmente con riguardo a quelle situazioni giuridiche di vantaggio discendenti da norme *comunitarie* direttamente applicabili, che attribuiscono, in modo più o meno dettagliato, una precisa protezione giuridica al soggetto agente. Anche nell'ordinamento dell'Unione europea, così come in quelli nazionali, l'abuso del diritto deve essere concepito, quindi, in termini generali, come limite all'esercizio di un diritto.

3.2 Il consolidamento del concetto di elusione nell'ordinamento comunitario

La giurisprudenza comunitaria ha fornito un notevole contributo in materia di abuso del diritto. La Corte di Giustizia delle Comunità Europee si è infatti più volte pronunciata riguardo alla frode, all'elusione, all'abuso del diritto.

I primi tentativi del giudice europeo di formulare una nozione di abuso del diritto compiuta risalgono agli anni Settanta, con la sentenza del 3 dicembre 1974, n. 331 . In tale sentenza i giudici individuano due aspetti ai fini dell'individuazione del comportamento abusivo. Con il primo profilo, la Corte individuava con chiarezza gli elementi di base della fattispecie integrativa dell'elusione della legge nazionale. Questa si verificava in presenza delle seguenti condizioni: il prestatore di servizi stabilito in uno stato membro svolge la sua attività per intero o principalmente sul territorio di un altro stato (c.d. stato di destinazione); l'operazione è realizzata dal soggetto allo scopo di sottrarsi alle norme sull'esercizio della sua professione, la cui osservanza gli sarebbe stata imposta ove egli si fosse stabilito nello stato di destinazione. Il secondo profilo attiene all'uso distorto delle norme sulla libertà di stabilimento e di libera fornitura dei servizi: nel caso di specie, il ricorrente aveva utilizzato le norme sulla libertà di stabilimento per eludere la norma nazionale. Tale comportamento, che configura un'ipotesi di

abuso del diritto, secondo la Corte può consentire una limitazione dell'applicazione delle norme del Trattato al fine di contrastare i fenomeni elusivi.

Successivamente sono tante le sentenze della Corte di Giustizia che si sono espresse in materia. Queste mostrano chiaramente l'introduzione nell'ordinamento comunitario, ad opera della Corte, di un principio antiabusivo. Possono sinteticamente essere indicate come segue le ipotesi di divieto di comportamento abusivo a fronte della consolidata giurisprudenza comunitaria: l'elusione o la frode alla legge nazionale, cioè l'aggiramento di norme statali procurato attraverso l'uso strumentale di prerogative comunitarie (elusione della legge nazionale)⁴⁵; la precostituzione fittizia o artificiosa delle condizioni prescritte da una norma comunitaria al fine dell'attribuzione di una prerogativa soggettiva di vantaggio (frode alla norma comunitaria); l'esercizio di un diritto fondato su di una disposizione comunitaria, da ritenersi in concreto non conforme alla finalità della disposizione o ad altri criteri generali di valutazione (abuso del diritto in senso stretto)⁴⁶. Ciò prevede l'esistenza di un immanente principio di abuso del diritto a livello comunitario, inteso come categoria generale.⁴⁷

Il principio dell'abuso del diritto comunitario ha uno spettro di applicazione molto ampio in quanto è notevolmente estesa la nozione datane dalla Corte, la quale ha costantemente affermato che "i singoli non possono avvalersi fraudolentemente o abusivamente delle norme del diritto comunitario". L'applicazione di queste ultime non può infatti spingersi fino a ricomprendere "pratiche abusive, ossia operazioni o concatenazione di operazioni commerciali anormali

⁴⁵ Così, ad esempio, le sentenze 3 dicembre 1974, C-33/74, *Van Binsbergen*; 5 ottobre 1994, C-23/93, *TV10*.

⁴⁶ Così, ad esempio, le sentenze 3 marzo 1993, C-8/92, *General Milk Products* e 12 maggio 1998, C-367/96, *Kefalas*.

⁴⁷ R. BETTI, G. Sbaraglia, *L'abuso del diritto in materia tributaria: la giurisprudenza comunitaria*, Il fisco, 2011. https://static1.squarespace.com/static/55a50b8ee4b00f4e23b93618/t/55e958a2e4b01420b0bd501d/1441355938256/_12+F39_1_Betti-Sbaraglia_def_OK.pdf

effettuate non nell'ambito di ordinarie transazioni commerciali, ma unicamente allo scopo di beneficiare abusivamente dei vantaggi previsti dal diritto comunitario".⁴⁸

Le diverse modalità di ricorso a questo principio riflettono l'ampia gamma di situazioni in cui lo stesso è stato applicato: quello delle libertà fondamentali⁴⁹, quello della sicurezza sociale⁵⁰, della politica agricola comune⁵¹, del diritto societario⁵², della libertà di stabilimento⁵³, ma soprattutto quello tributario, in cui la Corte si è data cura di individuare anche gli elementi che devono ricorrere perché un'operazione possa essere definita "abusiva" ai fini fiscali.

In ambito Iva, perché possa parlarsi di comportamento abusivo, sanzionato dal giudice nazionale con l'indetraibilità dell'Iva assolta in corrispondenza di tali comportamenti, le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della sesta Direttiva e della legislazione nazionale che la traspone, «procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da queste stesse disposizioni. Deve altresì risultare da un insieme di elementi oggettivi che lo scopo delle operazioni controverse è essenzialmente l'ottenimento di un vantaggio fiscale». La

⁴⁸La Corte ha più volte offerto tale definizione nelle sentenze 11 dicembre 1977, C-125/76, *Cremer*; 3 marzo 1993, C-8/92, *General Milk Products*; 2 maggio 1996, C-206/94, *Palletta*; 12 maggio 1998, C-367/96, *Kefalas*; 9 febbraio 1999, C-212/97, *Centros*; 30 settembre 2003, C-167/01, *Diamantis*; 3 marzo 2005, C-32/03, *Fini H*; 21 febbraio 2006, C-255/02, *Halifax*; 6 aprile 2006, C-56/04, *Agip Petroli*; 12 settembre 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*; 7 giugno 2007, C-178/05, *Commissione/Repubblica ellenica*; 28 giugno 2007, C-79/06, *Planzer*; 5 luglio 2007, C-321/05, *Kofoed*

⁴⁹Corte di giustizia Ce, 5 ottobre 1994, C-23/93, *TV10* sulla libera prestazione di servizi; 21 giugno 1988, C-39/86, *Lair* sulla libera circolazione dei lavoratori; 10 gennaio 1985, C-229/83, *Leclerc* sulla libera circolazione delle merci; 7 febbraio 1979, C-115/78, *Knoors* sulla libertà di circolazione delle persone e la libertà di stabilimento in cui la Corte ha espressamente riconosciuto «l'interesse legittimo che uno Stato membro può avere ad impedire che, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, alcuni dei suoi cittadini tentino di sottrarsi all'impero delle leggi nazionali».

⁵⁰Corte di giustizia Ce, 2 maggio 1996, C-206/94, *Palletta*

⁵¹Corte di giustizia Ce, sentenza *Cremer*, 11 ottobre 1977, C-125/76

⁵²Nelle sentenze *Kefalas* (12 maggio 1998, C-367/96) e *Diamantis* (3 marzo 2005, C-32/03) la Corte ha affermato che un azionista non deve invocare il diritto comunitario allo scopo di ottenere vantaggi illeciti e palesemente estranei all'obiettivo della disposizione considerata.

⁵³Nella sentenza 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros*, la Corte ha affermato che uno Stato membro ha diritto di adottare misure volte ad impedire che, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, taluni suoi cittadini tentino di sottrarsi all'impero delle leggi nazionali, e che comunque gli interessati non possono in ogni caso avvalersi abusivamente e fraudolentemente del diritto comunitario.

valutazione del carattere abusivo dell'operazione presuppone dunque il realizzarsi di una duplice condizione, la prima oggettiva e la seconda soggettiva: lo sviamento della normativa comunitaria rispetto alle finalità previste dalla normativa stessa; il perseguimento dello scopo essenziale del risparmio d'imposta il cui "ottenimento costituisce lo scopo essenziale della soluzione contrattuale prescelta nonostante l'eventuale ricorrenza di ulteriori obiettivi economici ispirati, ad esempio, da considerazioni di marketing, di organizzazione, di garanzia".

Come in ambito Iva, così come per le altre imposte armonizzate, come accise e imposte doganali, la Corte ha confermato l'abuso del diritto come principio comunitario; per le imposte dirette, invece, la giurisprudenza comunitaria ha confermato per il settore delle imposte dirette un atteggiamento di *self-restraint*, ovvero di volontaria mancata presa di posizione sul tema evitando accuratamente di offrire una qualsiasi definizione di cosa debba intendersi per "comportamento abusivo" in questo comparto. La Corte ha pertanto negato che gli Stati membri possano reprimere una condotta valutabile come elusiva facendo applicazione diretta del principio generale dell'abuso del diritto comunitario senza passare per il tramite di una norma interna, "pena il rischio di frustrare, facendo applicazione di un principio generale meno chiaro e preciso, l'obiettivo di armonizzazione della direttiva n. 90/434 e di minare la certezza del diritto da quest'ultima perseguita in materia di ristrutturazione delle società di capitali".

Le amministrazioni nazionali, nel comparto delle imposte dirette, non dovranno dunque fare applicazione diretta del principio comunitario antiabuso, ma lasceranno al giudice nazionale il compito di verificare se nel diritto interno la norma comunitaria sia stata trasfusa, ovvero se esista una disposizione o un principio interno volto a reprimere in generale gli abusi.

È dunque soltanto in tema di imposizione sul valore aggiunto che la Corte europea ha affermato l'esistenza e l'immediata applicabilità del canone interpretativo del divieto comunitario di abuso, in quanto canone volto ad impedire l'applicazione e l'interpretazione

abusiva in materie disciplinate dal diritto comunitario e non anche in quelle di competenza totalmente o parzialmente nazionale.

In questo comparto, così come le norme impositive hanno origine, perlopiù, interna, allo stesso modo anche il divieto di abuso delle stesse non potrà che avere la medesima origine, pena la violazione non solo dell'art. 11, ma anche dello stesso art. 23 della nostra carta costituzionale, secondo cui "Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge".⁵⁴

3.2.1 La codificazione normativa dell'abuso del diritto a livello comunitario

Gli interventi legislativi della Comunità Europea, oggi Unione Europea, in materia tributaria, hanno contribuito a definire e individuare i comportamenti abusivi. Difatti, in base all'armonizzazione dei diritti interni con il diritto comunitario, prevista dal Trattato, in ambito fiscale sono stati emanati numerosi atti normativi comunitari, al fine di rendere omogenea la regolamentazione dell'imposizione per agevolare gli scambi e per favorire e non distorcere la concorrenza tra gli Stati membri, evitando imposizioni aventi come unico scopo il protezionismo. Sul piano normativo, esistono alcuni casi nei quali è chiara la volontà del legislatore europeo di codificare l'abuso del diritto.

Nell'ambito delle operazioni straordinarie, la Comunità Europea ha emanato una direttiva *ad hoc*, la Direttiva n. 2009/133, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti di attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi e al trasferimento della sede sociale di una Società Europea e di una Società Cooperativa Europea tra Stati membri, il cui art.15.1, lett. a), prevede espressamente che uno Stato membro

⁵⁴ P. SAGGESE, *L'abuso del diritto quale principio antielusione tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Fondazione italiana del notariato, Gruppo24Ore; si veda <https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=36/3608&mn=3>

può rifiutare di applicare in tutto o in parte le disposizioni degli articoli da 4 a 14, o di revocarne il beneficio, qualora risulti che una delle operazioni di cui all'art 1⁵⁵ "ha come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali l'elusione o l'evasione fiscale; il fatto che l'operazione non sia effettuata per valide ragioni economiche, quali la ristrutturazione o la razionalizzazione delle attività delle società partecipanti all'operazione, può costituire la presunzione che quest'ultima abbia come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali l'elusione o l'evasione fiscali". La norma antielusiva, contenuta nella direttiva, qualifica come comportamento abusivo nell'ambito di tali operazioni quello che ha come obiettivo principale, o come uno degli obiettivi principali, la frode o l'evasione fiscale, privo, pertanto, di valide ragioni economiche. L'esigenza del legislatore comunitario di prevedere ipotesi potenzialmente elusive deriva dal fatto che non in tutti i paesi esistono norme antielusione e, laddove esistano, possono avere formulazione, finalità ed obiettivi sostanzialmente diversi.

Un altro esempio interessante è dato dall'art. 35 della Direttiva n.2004/38, sulla circolazione delle persone, rubricato espressamente "Abuso di diritto", a norma del quale "gli Stati membri possono adottare le misure necessarie per rifiutare, estinguere o revocare un diritto conferito dalla presente direttiva, in caso di abuso di diritto o frode, quale ad esempio un matrimonio fittizio. Qualsiasi misura di questo tipo è proporzionata ed è soggetta alle garanzie procedurali previste agli articoli 30 e 31", i quali rispettivamente obbligano gli Stati membri a notificare i

⁵⁵ Articolo 1: Ogni Stato membro applica la presente direttiva:

- a) alle operazioni di fusioni, scissioni, scissioni parziali, conferimenti di attivo e scambi di azioni riguardanti società di due o più Stati membri;
- b) ai trasferimenti di sede sociale da uno Stato membro all'altro operati da una società europea (Societas Europaea o SE) di cui al regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società europea (SE), o da una società cooperativa europea (SCE) di cui al regolamento (CE) n. 1435/2003 del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativo allo statuto della Società cooperativa europea (SCE).

provvedimenti di limitazione del diritto di ingresso o di soggiorno, ovvero di allontanamento, e a consentirne il sindacato giurisdizionale.⁵⁶

3.2.2 Rilevanza delle sentenze della Corte di Giustizia

A seguito dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, i giudici comunitari hanno progressivamente elaborato una nozione di abuso del diritto applicabile anche in campo tributario, conseguenza questa in parte dovuta anche alla lacunosità delle leggi e alla ritrosia del legislatore comunitario a introdurre nell'ordinamento comunitario una clausola generale antielusiva.

Appaiono del tutto rilevanti alcune pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

In tema di operazioni straordinarie, dopo l'emanazione delle già citate direttive sulle operazioni societarie straordinarie, la Corte di Giustizia è ritornata sulla nozione di abuso del diritto: si ricorda la sentenza C-28/1995 del 17 luglio 1997. La casistica oggetto di tale sentenza riguardava la Signora Leur-Bloem, istante verso l'Amministrazione finanziaria dei Paesi Bassi. La signora riteneva che l'operazione che essa intendeva effettuare fosse una "fusione per scambio di azioni" ai sensi della normativa dei Paesi Bassi, il che le consentiva di fruire dell'esenzione dall'imposta sul plusvalore eventualmente ottenuto sulla cessione di azioni e della possibilità di compensare le eventuali perdite all'interno dell'entità fiscale in tal modo creata. I giudici della Corte, contrari al parere dell'istante, hanno invece affermato che: "art. 11 della direttiva va interpretato nel senso che per accertare se l'operazione che si intende effettuare abbia come obiettivo principale o come uno dei suoi obiettivi principali la frode o l'evasione fiscali le autorità nazionali competenti devono procedere, in ciascun caso, ad un

⁵⁶ F.MUNARI, *Il divieto di abuso del diritto nell'ordinamento dell'Unione europea*, Diritto e pratica tributaria, 2015.

esame globale della detta operazione. Tale esame deve poter costituire oggetto di un controllo giurisdizionale. Ai sensi dell'art. 11, n. 1, lett. a), della direttiva, gli Stati membri possono prevedere che il fatto che l'operazione progettata non venga effettuata per valide ragioni economiche legittima una presunzione di frode o di evasione fiscali. Spetta loro predisporre le procedure interne necessarie a tal fine nel rispetto del principio di proporzionalità. Tuttavia, l'istituzione di una norma di portata generale che escluda automaticamente talune categorie di operazioni dall'agevolazione fiscale, sulla scorta di criteri come quelli menzionati nella seconda soluzione sub a), e a prescindere dal sussistere di un'effettiva evasione o frode fiscale, eccederebbe quanto è necessario per evitare una tale frode o evasione fiscale e pregiudicherebbe l'obiettivo perseguito dalla direttiva. La nozione di valida ragione economica ai sensi dell'art. 11 della direttiva dev'essere interpretata nel senso che trascende la ricerca di un'agevolazione puramente fiscale come la compensazione orizzontale delle perdite”.

A detta della Corte di Giustizia, il giudice di merito, non può esaminare la controversia riguardante frodi o evasioni basandosi su principi generali, bensì deve effettuare una di volta in volta una valutazione sull'operazione globale. In secondo luogo, l'individuazione del comportamento abusivo deve essere attribuita al sindacato giurisdizionale. Con tale sentenza, si afferma la preminenza del diritto pretorio nell'ordinamento comunitario e si consolida la nozione dell'abuso del diritto in materia tributaria.

Ancora, la Corte, esprimendosi in materia di dazi doganali, con la sentenza C-110/99, osserva che, non potendo essere utilizzata la stessa norma sui dazi doganali per contrastare il fenomeno dell'elusione in materia, sarebbe necessaria la presenza di tre elementi concomitanti per il concretarsi dell'ipotesi di abuso di diritto: “un elemento oggettivo, vale a dire la prova che le condizioni per la concessione di una prestazione sono state create artificialmente, cioè che l'operazione commerciale non è stata conclusa per uno scopo economico, bensì

esclusivamente per l'ottenimento delle sovvenzioni, a carico del bilancio comunitario, che accompagnano questa operazione. Ciò richiederebbe un'analisi, da compiere caso per caso, tanto del senso e dello scopo della normativa comunitaria di cui trattasi, quanto del comportamento di un operatore economico avveduto che gestisca i propri affari nel rispetto delle norme giuridiche in materia ed in conformità agli usi economici e commerciali esistenti nel settore interessato; – un elemento soggettivo, ovvero il fatto che l'operazione commerciale in questione è stata compiuta fondamentalmente per ottenere un vantaggio finanziario in contrasto con lo scopo della normativa comunitaria; – un elemento procedurale relativo all'onere della prova. Questo sarebbe a carico dell'amministrazione nazionale competente. Tuttavia nei casi più gravi di abuso sarebbe possibile anche un "principio di prova" il quale porti eventualmente ad un'inversione dell'onere della prova. La verifica della presenza di questi tre diversi elementi sarebbe di competenza del giudice nazionale".

La nozione di abuso del diritto in campo tributario, in base alla giurisprudenza che si è susseguita negli anni, ha assunto nel corso degli anni nel diritto comunitario il ruolo di categoria generale. In altri termini, pur non essendo presente una clausola generale antiabuso codificata nel diritto comunitario, il giudice, ai fini della corretta applicazione delle norme comunitarie, può, in ipotesi di uso anormale del diritto del titolare, reputare l'operazione come abusiva. Infatti, in ambito fiscale, l'uso formalmente corretto di un diritto al solo scopo di ottenere un indebito vantaggio d'imposta, è valutato, caso per caso, come abuso del diritto.⁵⁷

⁵⁷ R. BETTI, G. SBARAGLIA, *L'abuso del diritto in materia tributaria: la giurisprudenza comunitaria*, Il fisco, 2011.

3.3 Il consolidamento del concetto di elusione nell'ordinamento italiano

Nel nostro codice civile, a differenza di altri sistemi codicistici europei⁵⁸, non esiste una norma che sanzioni in via generale l'abuso del diritto, individuando soltanto specifiche disposizioni che sanzionano l'abuso con riferimento a determinate posizioni soggettive.

La cultura giuridica degli anni '30 del secolo scorso riteneva, infatti, che l'abuso più che una nozione giuridica, fosse un concetto di natura etico-sociale, con la conseguenza che colui che ne "abusava" veniva considerato meritevole di biasimo, ma non di sanzione giuridica. Dalla fine degli anni '50, però, inizia a consolidarsi il passaggio della figura dell'abuso del diritto dall'area dei valori etico sociali all'area della vera giuridicità, ritenendo ammissibile la sanzionabilità giuridica di quei comportamenti che, pur integrando formalmente gli estremi dell'esercizio del diritto, alla luce di circostanze concrete risultino volti al perseguimento di un interesse non meritevole di tutela.

Un tale contesto culturale, unitamente a ragioni di salvaguardia del principio di certezza del diritto, atteso l'enorme potere che una clausola generale come quella dell'abuso avrebbe attribuito al giudice, impedì che venisse trasfusa nella stesura definitiva del codice civile italiano del 1942 quella norma del progetto preliminare prevista dall'art. 7 che affermava: "nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto gli fu riconosciuto". Tale norma tuttavia è stata eliminata dal testo, probabilmente, sia al fine di non inficiare la certezza del diritto, sia perché il legislatore ha considerato sufficienti gli altri principi generali espressamente previsti dal codice.

La scelta del legislatore del '42 è stata, quindi, quella di preferire ad una norma di carattere generale norme specifiche applicabili solo in determinate ipotesi appositamente tipizzate dal

⁵⁸ Ad esempio, l'articolo 334 del codice civile portoghese del 1966, dedicato in modo specifico all'abuso del diritto, stabilisce l'illegittimità dell'esercizio di un diritto quando il titolare ecceda manifestamente i limiti imposti dalla buona fede, dal buon costume, o dallo scopo sociale o economico del diritto.

legislatore quali: l'art. 833 c.c. che pone il divieto di atti emulativi che non abbiano altro scopo che quello di recare molestia ad altri, l'art. 1438 c.c. afferente alla minaccia di far valere un diritto, l'art. 2598 c.c. in tema di concorrenza sleale, nonché di altre specifiche ipotesi presenti all'interno del nostro codice civile.

In virtù di un secondo orientamento, basato sulla valorizzazione del ruolo della buona fede oggettivamente intesa e della correttezza, si è invece evidenziato come il principio di abuso del diritto ben possa desumersi dall'art 2. Cost., che in un'ottica marcatamente solidaristica, impone ai consociati di comportarsi secondo le regole di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., con la conseguenza di poter attivare forme di tutela non più limitate a quei comportamenti che frustrano lo scopo per il quale il diritto viene protetto, ma anche a quei comportamenti che risultano contrari ai doveri (contrattuali) di correttezza e buona fede con conseguente ampliamento dei mezzi di tutela estesi sino a ricomprendere quelli tipici dell'inadempimento contrattuale.⁵⁹

Diversamente in materia tributaria l'esigenza di contrastare i numerosi comportamenti volontari posti in essere al fine di conseguire un risparmio di imposta ha portato la dottrina e la giurisprudenza a cercare soluzioni in via interpretativa individuandole negli strumenti previsti dal codice civile per le ipotesi di abuso degli strumenti negoziali e della legge.

L'attuale ricorso da parte dei giudici di legittimità alla figura dell'abuso del diritto in funzione antielusiva (tributaria) è dunque un fatto nuovo nell'esperienza giuridica italiana che fa proprie le esperienze di oltreconfine quali, *in primis*, quella tedesca e più di recente quella comunitaria nella quale i principi dettati dalla Corte di giustizia, di cui si è parlato nel precedente paragrafo, almeno nell'interpretazione fattane dalla Corte di Cassazione, costituiscono il nuovo

⁵⁹ D. QUATTRONE, *Il rifiuto di tutela in tema di abuso del diritto e l'exceptio doli generalis, Analisi normativa dell'abuso del diritto e del rimedio dell'eccezione di dolo generale, con particolare riguardo agli orientamenti giurisprudenziali più significativi*, Altalex, 2020.

modello da seguire al fine di fronteggiare il problema dell'elusione fiscale sia sul piano comunitario, che sul piano interno.⁶⁰

3.4 Le origini della ricerca di una clausola antielusiva generale nell'ordinamento italiano

Per comprendere la disciplina dell'elusione, al quale oggi ci riferiamo con la locuzione abuso del diritto⁶¹, e comprenderne gli aspetti più significativi, è il caso di compiere una breve ricognizione del contesto normativo ed interpretativo che su questa tematica si è sviluppato nel corso degli anni: dai tentativi degli anni 80 di introdurre una norma antielusiva generale, all'art 10 della Legge 408 del 29/12/1990, che per primo è riuscito, in parte, ad ottenerlo; al successivo art 37 bis del Dpr 600 del 1973, ora abrogato data la compatibilità con il nuovo art. 10 bis "Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale" della legge 212 del 2000, meglio conosciuto come "Statuto del contribuente".

In realtà, la questione relativa all'inserimento o meno di una clausola antielusiva generale, nacque già negli anni 40, prima della stesura definitiva del testo del codice civile. Nel progetto preliminare dello stesso veniva previsto un articolo, l'art. 7, nel quale si stabiliva che "nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo è stato riconosciuto"⁶². Questa formulazione non è poi stata confermata in quanto si è ritenuta lesiva di un altro principio fondamentale dell'ordinamento, quello della certezza del diritto.

⁶⁰ P. SAGGESE, *L'abuso del diritto quale principio antielusione tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Fondazione italiana del notariato.

⁶¹ Come può evincersi dalla radice etimologica del termine (*ab-uti*) con l'espressione "abuso del diritto" si suole nel diritto comune indicare un limite esterno all'esercizio, potenzialmente pieno ed assoluto, di un diritto soggettivo (*facultas agendi*) per il fatto di porsi in contrasto con gli scopi etici e sociali per cui il diritto stesso è riconosciuto e protetto dall'ordinamento giuridico positivo.

⁶² La formulazione è simile alla previsione, nell'ordinamento tedesco, in cui viene stabilito come "l'esercizio del diritto è inammissibile se può avere il solo scopo di provocare danno ad altri".

A partire dalla fine degli anni 80 si è ampiamente discusso circa la possibilità di introdurre nell'ordinamento giuridico italiano una clausola antielusiva avente un carattere generale; il nostro ordinamento tributario, infatti, nonostante fosse dotato di specifiche norme antielusive relative a fattispecie tipiche⁶³, fin dalle sue origini era del tutto carente di una norma antielusiva di carattere generale, da potersi applicare quindi alla generalità dei casi contrari alla norma.

Il primo tentativo di emanazione di una norma in tal senso si ebbe nel 1986 con il progetto Piro Formica, tentato in seguito alla sempre più crescente necessità di arginare il dilagare del ricorso all'operazione di fusioni per incorporazione di società caratterizzate da sole perdite fiscali, con lo scopo di consentire alla società incorporante di dedurre le perdite pregresse dell'incorporata.

Si tentò di perseguire questo progetto con varie proposte di legge, molte delle quali risultarono del tutto vane: dapprima si tentò con la proposta di legge presentata alla Camera dei deputati e diretta all'introduzione dell'articolo 41 bis nel D.P.R. n. 600/1973. Questo consentiva agli uffici delle imposte, in base ad autorizzazione motivata del competente Ispettorato compartimentale delle imposte dirette, di “considerare irrilevanti, ai fini della determinazione del reddito complessivo, gli atti che avessero la loro causa nell'esclusiva o principale la riduzione dell'onere tributario”. Tale progetto venne abbandonato, in quanto risultava molto carente di logica, finendo per attribuire un pericolosissimo e incontrollabile margine di discrezionalità all'Amministrazione Finanziaria, essendo questa libera di accertare la causa elusiva quale elemento discriminante la stipulazione dell'atto e la sua irrilevanza fiscale e, in secondo luogo, venne criticato perché troppo settoriale, riferendosi solo alle imposte dirette.⁶⁴

⁶³ Si pensi ad esempio al dispositivo dell'articolo 110 Tuir “*Norme generali sulle valutazioni*” che al comma 7 prevede una normativa antielusiva specifica per la *disciplina delle operazioni infragruppo*” o al comma, 10 dello stesso articolo in tema dei costi *black list*.

⁶⁴ P. TABELLINI, *L'elusione della norma tributaria*, Giuffrè editore, 2007, si veda la p. 130.

Successivamente, il 5 agosto 1988, un secondo progetto antielusivo fu presentato al Parlamento dal Ministero delle Finanze con il disegno di Legge 1301 del 1988 rubricato “Disposizioni in materia tributaria per ampliare gli imponibili, contenere le elusioni e consentire gli accertamenti parziali in base agli elementi segnalati dall'anagrafe tributaria”. In particolare l’articolo 31 del suddetto D.d.l. conteneva nel primo comma una vera e propria definizione di elusione avente un carattere prevalentemente generale: “Si ha elusione di tributo quando le parti pongono in essere uno o più atti giuridici tra loro collegati al fine di rendere applicabile una disciplina tributaria più favorevole di quella che specifiche norme impositive prevedono per la tassazione dei medesimi risultati economici che si possono ottenere con atti giuridici diversi da quelli posti in essere”. Nel secondo comma inoltre il legislatore lasciava all’Amministrazione la discrezionalità di individuare tali atti. Al comma tre si prevedeva infine un ulteriore aspetto critico, la disposizione avrebbe avuto un effetto retroattivo sugli atti già posti in essere prima dell’entrata in vigore della legge. La norma suscitò numerose critiche da parte dei giuristi, soprattutto con riferimento all’efficacia retroattiva di cui al terzo comma; furono queste le ragioni per cui la proposta fu bocciata dal Parlamento.

L’8 marzo 1989 un terzo tentativo più organico di emanazione di una norma nella lotta all’elusione si ebbe con il disegno di Legge delega n. 3705, meglio conosciuta come Legge Colombo, presentato alla Camera dei deputati. Esso tuttavia decadde per fine legislatura a causa di un complesso iter e delle numerose modifiche subite.

Solo nel 1990, con la Legge n. 408 del 29 dicembre, è stata per la prima volta introdotta una norma antielusiva generale, o meglio, semi-generale. Infatti vedremo come il legislatore italiano abbia preferito una definizione della clausola antielusiva non propriamente generale, posizionandosi in una via di mezzo tra particolarismo e generalità, assumendo quale valore di

fondo da salvaguardare la certezza dei rapporti tributari (che nel caso avesse adottato una concezione generale avrebbe sicuramente leso).

3.5 La disciplina previgente

3.5.1 Art 10 Legge 408/90

Con l'art. 10 della legge 408/90 rubricato "Disconoscimento fiscale del costo delle partecipazioni. Imposte conseguenti iscritte in ruolo provvisorio" si è introdotto il potere dell'Amministrazione finanziaria di disconoscere i vantaggi tributari conseguiti mediante operazioni di concentrazione, trasformazione, scorporo, cessione d'azienda, riduzione di capitale, liquidazione, valutazione di partecipazioni, cessione di crediti e cessione o valutazione di valori mobiliari, prive di valide ragioni economiche ed effettuate allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio d'imposta.⁶⁵

Secondo la formulazione originaria del disposto dell'articolo 10, primo comma, della Legge del 29 dicembre del 1990 n. 408130, "è consentito all'Amministrazione finanziaria disconoscere ai fini fiscali la parte di costo delle partecipazioni sociali sostenute e comunque i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di fusione, concentrazione, trasformazione, scorporo e riduzione di capitale, poste in essere senza valide ragioni economiche ed allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta".⁶⁶

⁶⁵ L'operazione di scissione, nel 1990 non era ancora contemplata dal Codice, essendo, come detto, riconosciuta solo nel 1991, ed è questa la ragione per cui non figura nella disposizione di cui sopra.

⁶⁶ Nell'ultima formulazione l'articolo 10 si presentava come segue: "È consentito all'amministrazione finanziaria disconoscere i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di concentrazione, trasformazione, scorporo cessione di azienda, riduzione di capitale, liquidazione, valutazione di partecipazioni, cessione di crediti o cessione o valutazione di valori mobiliari poste in essere senza valide ragioni economiche allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio d'imposta." a seguito della modifica disposta con l'art. 9 comma 5 del D.lgs 9 ottobre 1997, n. 358 (in Gazzetta Ufficiale il 24/10/1997, n. 249).

La norma, se da un lato si caratterizza per la nuova previsione dell'assenza delle valide ragioni economiche e il fraudolento ottenimento del risparmio di imposta per l'individuazione di operazioni elusive, ancora una volta prevede delle tassative ipotesi per la quale si può parlare di elusione quando ricorrono le condizioni, da questo la semi-generalità della norma che non si dimostra sufficiente per le necessità del sistema.

Nell'analizzare questo comma particolarmente interessante risulta l'analisi della Dott.ssa Andriola secondo cui il primo comma dell'articolo 10 della legge n. 408/1990 occupa una posizione intermedia tra particolarismo e generalità, delimitando l'ambito di applicazione al ricorrere di specifiche condizioni:

1. l'effettuazione di un'operazione tassativamente elencata (in particolare, le operazioni compiute dalla società sul capitale sociale);
2. la mancanza di valide ragioni economiche (quale elemento oggettivo di segno negativo del fatto elusivo che, se presente, ne impedisce la costituzione);
3. il requisito dell'esclusività del fine fiscale dell'operazione (ottenere un risparmio d'imposta) coniugato con il requisito della "fraudolenza"⁶⁷.⁶⁸

Per essere in grado di identificare un'operazione come elusiva, era necessario, quindi, affiancare al perseguimento dello scopo di ottenere un risparmio d'imposta, l'assenza di valide ragioni economiche. La circostanza per cui il legislatore avesse previsto la concomitanza delle condizioni (avendo utilizzato la congiunzione "e"), comportava per l'Amministrazione

⁶⁷ Il termine "frode" è molto spesso abusato nel nostro ordinamento, per cui nella norma in questione deve intendersi come "attività svolta in malafede mediante raggiri per procurarsi un vantaggio", non realizzabile senza l'inganno, ma non necessariamente riconducibile ad una fattispecie penale. Cfr. A.O. FERRETTO, *Le operazioni societarie e la norma antielusione*, in Riv. Dir. Trib., 1992, cit., p. 432.

⁶⁸ M. ANDRIOLA, *La dialettica tra "aggiramento" e valide ragioni economiche, in una serie di ipotesi applicative della norma antielusiva*, in Rass. Trib., 6/2006, cit., p. 1904

finanziaria un duplice onere probatorio: il requisito della fraudolenza e la mancanza di valide ragioni economiche extra-tributarie.

Tale circostanza evidenzia come il requisito delle valide ragioni economiche, mutuato dagli ordinamenti di *common law*⁶⁹, sia stato mal posizionato all'interno della disposizione antielusiva, essendo stato affiancato al requisito della fraudolenza ed impropriamente attribuito all'Amministrazione finanziaria l'onere della prova.

Non meno rilevanti risultano i limiti che discendevano dalla previsione di fattispecie casistiche caratterizzate da diversi profili di eterogeneità, rendendo vano qualsiasi tentativo di individuare un criterio di natura fiscale che le accomuni⁷⁰.

In conclusione, è evidente come la prima disposizione antielusiva italiana era il frutto di un mal riuscito tentativo di introdurre una norma antielusiva semi-generale, le cui condizioni previste la resero sostanzialmente inefficace.

3.5.2 Art. 37-bis D.P.R. n. 600 del 1973

Al fine di superare le criticità evidenziate nella previsione dell'art. 10 della Legge n. 408 del 1990, l'art. 7 del D.lgs. 8 ottobre 1997 n. 358 ha previsto l'introduzione nel D.P.R. n. 600 del 1973, dell'art. 37-bis, quale norma antielusiva cardine del sistema. La disposizione antielusiva contenuta nell'art. 37-bis non esula dall'art. 10 della legge 408/1990, bensì, è stata il risultato di una revisione dei criteri di individuazione delle operazioni potenzialmente di natura elusiva da essa indicate, attuata con l'obiettivo di favorire un maggiore coordinamento tra la disciplina delle operazioni straordinarie, quella delle imposte dirette e la normativa comunitaria; il

⁶⁹ In tali ordinamenti vige il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, il cui scopo è dato dal disconoscimento dei comportamenti che mirano prevalentemente ad ottenere dei risparmi d'imposta, a meno che il contribuente non dimostri che i comportamenti sono guidati da valide ragioni economiche

⁷⁰ F. PAPPARELLA, *Riflessioni in margine all'art. 10 della legge n. 408, relativo alla ristrutturazione delle imprese*, op. cit., p. 1840.

legislatore nella previsione dell'art 37-bis ha inoltre tenuto conto della disposizione di cui all'art. 1344 c.c.⁷¹ che disciplina il contratto in frode alla legge, al fine di favorire una certa conformità tra ordinamento civilistico e ordinamento tributario.

Il primo comma dell'art. 37-bis prevede che “Sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti”. Dalla lettura della previsione si possono desumere tutti gli elementi in grado di costituire una clausola antielusiva generale. L'art. 37-bis stabiliva infatti tre elementi fondamentali affinché un comportamento potesse essere classificato come elusivo:

1. l'aggiramento di una disposizione in materia fiscale mediante atti, fatti o negozi anche tra loro collegati. Nell'operatività, l'aggiramento della norma tributaria si realizza mediante una serie di negozi anomali: si osserva una incongruità tra il risultato che si vuole ottenere ed i mezzi utilizzati. Diverso è quando le norme non vengono aggirate, ma violate, non si ha in questo caso elusione ma una condotta illecita che sfocia nell'evasione.

2. la presenza di un risparmio d'imposta indebito: è il primo elemento che deve essere vagliato, se manca il vantaggio indebito la condotta non risulta elusiva, anche se c'è un effettivo aggiramento della norma. Affinché il vantaggio sia indebito è necessario che non sia previsto dall'ordinamento tributario e che sia in contrasto con il principio di capacità contributiva. La relazione ministeriale accompagnatoria alla norma ha definito i vantaggi indebiti come quei

⁷¹ Il contratto con causa illecita deve essere tenuto distinto da altre ipotesi: dal contratto contrario alla legge, in cui non si aggira la legge ma la si viola direttamente; dalla frode ai creditori, con cui si vuole diminuire la garanzia patrimoniale (2740 c.c.) e che viene colpita con l'azione revocatoria (2901 c.c.); dalla simulazione, in cui le parti dichiarano qualcosa di diverso da ciò che vogliono, laddove nella frode alla legge si dichiara ciò che si vuole ma che è illecito.

“vantaggi ottenuti mediante scappatoie formalmente legittime allo scopo di aggirare regimi fiscali tipici che il sistema non consente e indirettamente disapprova”.

3. l'assenza di valide⁷² ragioni economiche⁷³: concetto che non risultava una novità, essendo già previsto dal precedente art. 10 della legge 408/1990, dopo che, tale elemento era stato menzionato anche a livello comunitario, in particolare nella direttiva Cee 343/1990: la volontà del legislatore, in conformità anche con i detti principi comunitari, risultava quella di non penalizzare, ma anzi tutelare, il contribuente le cui operazioni avevano rilevanza economica e che, di conseguenza, fossero in grado di favorire la crescita dell'economia e dei mercati, anche se si accompagnavano a vantaggi fiscali a favore del contribuente, comunque ottenuti secondariamente rispetto all'obiettivo principale.

Tuttavia, il concetto di valide ragioni economiche si è spesso rivelato come una lama a doppio taglio per il contribuente: l'Amministrazione finanziaria, infatti, ha spesso utilizzato detto concetto per contestare alcune operazioni lecite, in quanto consentite dall'ordinamento e pienamente conformi con lo spirito della norma, solamente per l'assenza delle valide ragioni economiche. Come se il legittimo risparmio d'imposta non fosse una fattispecie ammissibile e come se l'esistenza (o meno) di motivazioni economiche che giustificano un'operazione fosse l'elemento imprescindibile per considerare elusiva l'operazione o le operazioni svolte. Il

⁷² Il Dottor Pietro Bonazza analizza il concetto di valide nell'articolo *“Le valide ragioni economiche nell'art. 37-bis del D.p.r. 600/1973”*. Nello specifico il Dottor Boanazza si chiede “perché, se esistono “ragioni economiche”, queste non dovrebbero non essere valide per definizione, posto che la ragione nel senso di ratio non potrebbe essere non valida, pena di non essere una ragione. Inoltre, “valide” per chi? Per il contribuente sono pur sempre valide, posto che le ha scelte, mentre per l'Amministrazione, che tende alla massimizzazione del gettito, non sono mai valide; ma, allora, “valide” deve essere inteso in senso oggettivo, o meglio, nel senso “comunemente inteso”, secondo una *communis opinio*, cioè una prassi corrente nel mondo degli affari. Per conservare l'aggettivo “valide” senza far dispetto alla logica bisogna sostituire il termine “ragioni” con “motivazioni”, anche perché questo è il senso inteso dal legislatore.”

⁷³ La locuzione “valide ragioni economiche” traduce compiutamente l'abbinamento dei concetti dell'economic substance e del business purpose del sistema Statunitense. Queste regole statunitensi sono improntate, come quelle italiane, a raggiungere una chiarezza interpretativa con il quale il contribuente possa pianificare la tassazione del proprio reddito.

concetto delle valide ragioni economiche è passato erroneamente, quindi, dall'essere elemento giustificativo, in quanto in grado (tuttora) di escludere la condotta elusiva, a strumento "costitutivo" dell'elusione stessa. Il concetto di valide ragioni economiche risultava, quindi, astratto e di difficile definizione.⁷⁴

Nel comma 2 dell'art. 37-bis veniva poi fissato il rimedio che doveva essere messo in atto al verificarsi di un comportamento elusivo, ovvero la neutralizzazione degli effetti fiscali mediante l'applicazione delle disposizioni contenute nelle norme aggirate. Si stabiliva quindi che "l'Amministrazione finanziaria disconosce i vantaggi tributari conseguiti mediante gli atti, i fatti e i negozi di cui al comma 1, applicando le imposte determinate in base alle disposizioni eluse, al netto delle imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile all'amministrazione". Sia nel primo che nel secondo comma si faceva riferimento al concetto di "inopponibilità". La previsione di questo termine non è casuale: ed infatti, in caso di azione amministrativa da parte degli Uffici, non venivano meno gli effetti giuridici derivanti dagli atti, fatti o negozi, ma soltanto quelli tributari. Sotto il profilo tributario, le operazioni elusive venivano quindi riqualificate, neutralizzando gli effetti fiscali, come se le operazioni elusive non avessero mai avuto luogo; dal punto di vista civilistico, invece, le operazioni rimanevano invariate, continuando a produrre i propri effetti. Questo perché gli effetti fiscali sono slegati da quelli civilistici, prevedere l'invalidità di un atto solamente per l'elusività del comportamento risulterebbe in ultima analisi eccessivo. Inoltre, esiste una specifica

⁷⁴ La stessa Corte di Cassazione con la sentenza n. 8487 del 08/04/2009 conferma che le ragioni economiche non devono limitarsi all'aumento del profitto nel breve termine, ma – specie se in presenza di gruppi societari – l'analisi deve allargarsi al medio-lungo periodo. Anche le operazioni di mera riorganizzazione aziendale, i cui effetti in termini di efficienza strutturale e funzionale dell'impresa si possono riscontrare solo nel lungo periodo, sono da considerarsi operazioni provviste di sostanza economica. Sostanza economica che, secondo la Suprema Corte, non si concretizza invece se l'operazione è volta esclusivamente all'ottenimento di un beneficio fiscale, in contrasto con i principi di solidarietà e utilità sociale. In definitiva, l'operazione priva di ragione economica avrebbe il duplice difetto di non favorire la crescita economica e di determinare una riduzione del gettito fiscale e quindi dei fondi da destinare a redistribuzione tra i membri della società.

disposizione, l'art. 10 dello Statuto dei diritti del contribuente, rubricato "Tutela dell'affidamento e della buona fede. Errori del contribuente", il cui comma 3 stabilisce come "le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto", volta a tutelare la certezza dei rapporti negoziali, impedendo ad un terzo, nel caso l'Amministrazione finanziaria, di potere incidere sulla buona riuscita di un accordo contrattuale.⁷⁵

Sebbene da un lato l'articolo sembra fondarsi su una nozione di elusione a valenza potenzialmente "universale"; dall'altro lato, si rivolgeva pur sempre ad una serie di operazioni tassativamente elencate. Con il terzo comma dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/73, infatti, il Legislatore tributario ha evidentemente scelto, ancora una volta, di non introdurre una norma antielusiva di carattere generale simile a quelle già contemplate in altri ordinamenti, come quello tedesco⁷⁶, privilegiando un'impostazione casistica.

Questa elencazione conteneva la tipologia di operazioni interessate dalla norma antielusiva, che per la maggior parte sono riconducibili a operazioni straordinarie (come trasformazioni, fusioni, scissioni eccetera). Parte della dottrina ha evidenziato come l'elenco risultasse piuttosto

⁷⁵ Cfr. D. DEODOTTO, *Accertamento e riscossione*, Gruppo 24Ore, 2021.

⁷⁶ In Germania già nel lontano 1919 una clausola generale antiabuso era stata introdotta nella legge organica sui tributi, poi trasferita alla legge di adattamento fiscale e, infine, inserita nella sezione 42 del Codice tributario tedesco (*Abgabenordnung*) del 1977 dove è attualmente collocata.

Il primo comma contiene il divieto di abuso; infatti la clausola generale antiabuso inizia con la statuizione del divieto di eludere la norma tributaria tramite l'abuso di forme giuridiche. A seguire viene disciplinato il rapporto tra norme speciali e generali; nello specifico al fine di verificare la sussistenza del presupposto per l'applicazione della norma antiabuso generale in primis bisogna appurare se eventualmente esista una norma speciale anti-abuso applicabile al caso concreto e solo in assenza di norme antiabuso specifiche, applicabili alla fattispecie in esame, si procede all'applicazione della norma antiabuso generale. Infine, al terzo periodo ed ultimo periodo del primo comma, si determinano le conseguenze giuridiche dell'abuso stabilendo che "in presenza di un abuso ai sensi del comma due, la pretesa tributaria si realizza nel modo in cui si sarebbe realizzata per effetto di una forma giuridica adeguata alla situazione economica". Nel secondo comma della norma è contenuta la definizione di abuso. Si configura la fattispecie dell'abuso del diritto quando, per effetto della scelta di una forma giuridica inadeguata, non supportata da ragioni extrafiscali rilevanti, si realizza un vantaggio fiscale non previsto dalla legge. Infine viene prevista la possibilità per il contribuente di confutare l'asserzione di abusività qualora riesca a dimostrare la sussistenza delle ragioni extrafiscali meritevoli di tutela secondo il quadro complessivo dei rapporti. Op. cit. FiscoOggi, Germania: una clausola antiabuso a prova di adeguatezza, 6 ottobre 2014.

esaustivo, per il fatto di ricomprendere la maggior parte dei casi di elusione in grado di realizzarsi. Alcuni autori si sono spinti addirittura oltre, tanto da ritenere l'elenco né esaustivo né tassativo, ritenendo quindi la clausola contenuta dall'art. 37-bis una clausola antielusiva generale applicabile a tutti i casi di elusione, non solo a quelli elencati. Paradossalmente è la stessa Corte di Cassazione a dare ragione a questa teoria, Corte che con la pronuncia di Cassazione n. 26947/2020, nella quale la Suprema Corte afferma che “Invero, è errata l'affermazione del giudice di appello, nella parte in cui ritiene che l'art. 37-bis del D.P.R. 600/1973 contenga una elencazione tassativa della fattispecie abusive, sì da non poterne ricomprendere altre, diverse da quelle indicate”.

Ad ogni modo, l'interpretazione che considerava l'art. 37-bis come clausola antielusiva generale risultava piuttosto estrema. La semi generalità della clausola in questione era prerogativa del legislatore che lo ha dimostrato già con la previsione della norma all'interno del D.P.R. 600/1973, che riguarda l'accertamento delle imposte dirette, rendendo esplicita la volontà di limitare gli effetti di tali disposizioni al solo campo delle imposte dirette.

Rispetto al previgente art. 10 della legge 408/1990 vi erano tuttavia delle importanti novità: non era stato più previsto che la condotta elusiva fosse fraudolenta, ma risultava sufficiente un “aggiramento di obblighi e divieti”. Mancava altresì il riferimento allo “scopo esclusivo” dell'ottenimento del vantaggio fiscale, essendo sufficiente che la condotta fosse volta ad “aggirare obblighi e divieti previsti dall'ordinamento tributario”. Inoltre, risultava introdotta la locuzione “anche collegati tra loro”, con riferimento agli atti, i fatti e i negozi con cui si concretizzava la condotta elusiva; questo per colpire anche le operazioni caratterizzate – come spesso avviene in simile ambito – da una serie di atti, fatti o negozi collegati tra loro attraverso uno schema elusivo ampio e articolato, volto ad aggirare la norma impositiva fiscale.

Ultima, ma non meno importante novità, risultava l’inserimento dell’aggettivo *indebito* riferito al risparmio d’imposta, che aveva (e tuttora ha) una rilevanza fondamentale. Esso infatti definiva lo spartiacque tra elusione e legittimo risparmio d’imposta. Difatti, il vantaggio fiscale conseguito, affinché la condotta possa definirsi elusiva, deve avere i caratteri del “non dovuto” e non previsto dalla norma; il vantaggio deve essere contrario alla volontà del legislatore e allo “spirito” della norma. Motivo per cui se il contribuente sceglie la (legittima) strada meno onerosa fiscalmente non si può parlare di elusione, bensì solamente di legittimo risparmio d’imposta.

L’ultimo aspetto da considerarsi un’innovazione rispetto al previgente art. 10 della legge 408/1990 riguarda l’aspetto procedurale. Se i primi tre commi erano dedicati alla definizione dell’elusione fiscale, del vantaggio fiscale indebito e dei limiti applicativi, nei successivi commi venivano contenute delle disposizioni volte a illustrare il procedimento per l’attuazione degli accertamenti antielusivi. Secondo la normativa l’Amministrazione finanziaria era tenuta a presentare una richiesta formale di chiarimenti da indirizzare al contribuente, a partire dalla consegna di questa il contribuente aveva un periodo di tempo entro il quale fornire chiarimenti e informazioni richieste, in questo periodo non poteva essere emesso l’avviso di accertamento. Si giungeva, nel caso in cui le informazioni non erano considerate soddisfacenti, ad una “motivazione rinforzata”. La necessità del contraddittorio è essenziale essendo l’elusione un principio astratto, di difficile definizione e con un elevato grado di incertezza applicativa; è necessario di volta in volta analizzare il caso specifico.

Il tentativo di introdurre una norma antielusiva generale risulta ancora una volta vano.

3.6 La disciplina vigente

3.6.1 L'abuso del diritto e l'art 10 bis della Legge 212 del 2000

Al fine di garantire i contribuenti sulla certezza in materia, il governo è stato delegato ad adottare una normativa chiara ed esaustiva, in grado di determinare “senza ambiguità i connotati dell'abuso e le modalità dell'uso distorto degli strumenti negoziali, in sostituzione del richiamato art. 37 bis”. Per effetto della delega contenuta nella legge 23/2014, è stato quindi emanato il D.lgs. 128/2018 sulla cosiddetta “certezza del diritto”, il quale ha introdotto l'art. 10-bis della legge 212/2000, disciplinante le disposizioni in materia di Statuto del contribuente, rubricato "Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale".⁷⁷

L'obiettivo dichiarato nella relazione illustrativa al D.lgs. 128/2015 è quello "di dare maggiore certezza al quadro normativo in tema di elusione-abuso del diritto, di evitare che gli uffici esercitino i loro poteri di accertamento senza precise linee guida limitandosi a invocare il principio generale antiabuso e, soprattutto, di sganciare la dimostrazione della sussistenza della sostanza economica delle operazioni dalla sfera dei motivi della condotta, oggettivizzandola nel senso dell'effettività”.

La collocazione della predetta disposizione nello Statuto del contribuente “muove dall'esigenza di introdurre un istituto che, conformemente alle indicazioni della legge delega, unifichi i concetti di elusione e di abuso e conferisca a questo regime valenza generale con riguardo a tutti i tributi, sia quelli armonizzati, per i quali l'abuso trova fondamento nei principi dell'ordinamento dell'Unione europea, sia quelli non armonizzati, per i quali, come si è visto, il fondamento è stato individuato dalla Corte di Cassazione nel principio costituzionale della capacità contributiva. Inoltre, l'inserimento di questa disciplina nell'ambito dello statuto dei

⁷⁷ Cfr. D.DEOTTO, Accertamento e riscossione, Gruppo24Ore, 2021, pag. 190 “Presupposti di applicazione della nuova norma sull'abuso del diritto (art. 10-bis della legge 212/2000), cause esimenti ed effetti per il contribuente.”

diritti del contribuente conferisce ad essa la forza di principio preordinato alle regole previste nelle discipline dei singoli tributi, come è stato più volte riconosciuto dalla Corte di Cassazione relativamente alle altre disposizioni contenute nello statuto”.⁷⁸

Il nuovo art. 10-bis dello Statuto definisce abuso del diritto “una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti”. Si evincono i tre presupposti per l’esistenza dell’abuso:

1. L’assenza di sostanza economica, o se l’operazione presenta contenuto economico, la sua giustificazione essenziale è di natura fiscale. Un caso di operazione priva del tutto di sostanza economica è la costituzione di una società che non svolge alcuna attività, ed è costituita in un “paradiso fiscale”⁷⁹ al solo scopo di detenere partecipazioni i cui proventi non sono tassati o sono tassati in misura blanda in quello stato. La norma precisa che sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, “la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell’utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato”;

2. Il rispetto formale delle norme fiscali. Abbiamo già detto che quando si ha violazione allora si tratta di evasione, nel caso dell’elusione le norme vengono formalmente rispettate;

3. La realizzazione di vantaggi fiscali indebiti. I “vantaggi fiscali indebiti” sono definiti dal secondo comma dell’art 10 - bis come i “*benefici, anche non immediati,*

⁷⁸ Come espressamente indicato nella Relazione illustrativa allo schema di Decreto legislativo recante disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra Fisco e contribuente.

⁷⁹ L’espressione paradiso fiscale deriva dalla locuzione inglese tax heaven, ma la denominazione più appropriata è tax haven, ossia rifugio fiscale. Il termine “paradiso fiscale” vuole indicare quegli stati che, grazie ad una normativa particolarmente agevolata (sia per i redditi delle persone fisiche che per quelli delle società), sono in grado di offrire condizioni che permettono loro di attirare capitali dall’estero, e servendosi della potenza della globalizzazione e della crescente liberalizzazione dei flussi finanziari. finiscono per sottrarre risorse agli altri paesi.

realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario". Deve quindi sussistere la violazione della ratio delle norme o dei principi generali dell'ordinamento e, soprattutto, di quelli della disciplina tributaria in cui sono collocati gli obblighi e divieti elusivi. Lo scopo di ottenere indebiti vantaggi fiscali devono essere considerati causa prevalente dell'operazione abusiva. L'elusione è inoltre da riferire ad una norma precisa, e non all'ordinamento tributario in generale.

Il secondo comma dello stesso art. 10 bis si propone di chiarire meglio tali concetti. A titolo esemplificativo, la norma indica due indici di mancanza di sostanza economica, ossia: la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato. Ai fini del riscontro dell'abusività di una condotta risulta comunque centrale la disposizione di cui alla lettera b) del comma 1, che dà una definizione di "vantaggio fiscale indebito": si considerano i "benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario". Nella relazione illustrativa al D.lgs. 128/2015 viene espressamente puntualizzato che i vantaggi fiscali indebiti che si realizzano per effetto dell'operazione priva di sostanza economica devono essere lo scopo essenziale della condotta^{80,81}.

⁸⁰ Questo in attuazione del criterio direttivo dell'art. 5, comma 1, lettera h), n.1 della menzionata legge delega 23/2014, che impone di considerare lo scopo di ottenere indebiti vantaggi fiscali come causa prevalente dell'operazione abusiva.

⁸¹ La previsione in analisi risulta coerente con quanto auspicato nella raccomandazione della Commissione UE sulla pianificazione fiscale aggressiva n. 2012/772/UE, secondo cui "la finalità di una costruzione o una serie di costruzioni artificiose consiste nell'eludere l'imposizione quando, a prescindere da eventuali intenzioni personali del contribuente, contrasta con l'obiettivo, lo spirito e la finalità delle disposizioni fiscali che sarebbero altrimenti applicabili". La stessa raccomandazione precisa che elementi necessari della condotta abusiva sono l'oggettivo contrasto delle operazioni con la finalità delle norme fiscali e la presenza di un'operazione priva di sostanza economica. Infine pone l'accento sul fatto che il vantaggio fiscale debba essere essenziale, rispetto a tutti gli altri fini.

Il comma 3 dell'art. 10-bis specifica ulteriormente che non si considerano abusive, in ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente. Per cogliere la non marginalità delle ragioni extrafiscali occorre considerare l'intrinseca valenza di tali ragioni rispetto al compimento dell'operazione di cui si sindacava l'abusività. In questo senso, le valide ragioni economiche extrafiscali non marginali sussistono solo se l'operazione non sarebbe stata posta in essere in loro assenza. A questo proposito la relazione illustrativa all'art. 10-bis della legge 212/2000 secondo cui l'abuso del diritto deve essere individuato principalmente per esclusione, dovendosi preliminarmente verificare se il vantaggio conseguito risulta legittimo o meno e, in seguito, rilevando se il vantaggio, qualora indebito, sia da ascrivere (o meno) a fenomeni di evasione.

Al quarto comma il legislatore conferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale.

Al quinto comma si prevede poi la possibilità di proporre interpello per conoscere anticipatamente se l'operazione che si vuole porre in essere costituisce o meno fattispecie di abuso del diritto, indicando tra l'altro: il settore impositivo rispetto al quale l'operazione pone il dubbio applicativo; le puntuali norme di riferimento, comprese quelle passibili di una contestazione in termini di abuso del diritto con riferimento all'operazione prospettata. L'Amministrazione Finanziaria dovrà procedere alla verifica della sussistenza o meno dell'indebito vantaggio fiscale e della sostanza economica e essenzialità del vantaggio indebito. Solo qualora riscontrasse l'esistenza di tutti gli elementi, l'Amministrazione procederà all'analisi della fondatezza e della non marginalità delle ragioni extra fiscali. In assenza di uno dei

presupposti o, comunque, in presenza di valide ragioni extrafiscali, l'analisi antiabuso dovrà intendersi conclusa in senso negativo.

Occorre considerare che vi è anche un'altra condizione affinché possa configurarsi l'ipotesi di abuso del diritto ed è quella stabilita dal comma 12 dell'art. 10-bis: viene previsto che in "sede di accertamento l'abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie". Ciò sta a dire che non si può realizzare abuso del diritto quando si è in presenza di fattispecie rientranti nell'evasione.

In conclusione l'elusione è un'ipotesi che si interpone tra due estremi: il risparmio d'imposta, lecito e legittimo, e l'evasione, intesa come la violazione di precetti.

Come per l'art 37-bis anche il 10-bis prevede l'inopponibilità all'Amministrazione finanziaria: quando il fisco dimostra che l'operazione posta in essere dalla società ha lo scopo di trarne un vantaggio indebito, l'Amministrazione ne disconosce i vantaggi ottenuti, rideterminando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi, tenendo conto di quanto già versato dal contribuente. L'amministrazione finanziaria applica quindi l'imposta prevista dalla norma elusa, l'imposta dovuta in relazione alla fattispecie che doveva essere realizzata. A tale avviso di accertamento il contribuente non può opporre di non dovere l'imposta perché il comportamento effettivamente posto in essere non è opponibile all'Amministrazione. Gli avvisi emessi in applicazione della norma antielusiva sono dunque speciali atti d'imposizione, che, impongono il pagamento della differenza tra imposte dovute in base alla norma elusa ed imposte versate per il comportamento realizzato. Prima dell'emissione dell'avviso di accertamento, però, l'Amministrazione deve permettere al contribuente il contraddittorio, infatti secondo

quanto previsto dal comma 6 dell'art 10-bis, riguardante i limiti procedurali all'accertamento⁸²:
“l'abuso del diritto è accertato con apposito atto, preceduto a pena di nullità dalla notifica al contribuente di una richiesta di chiarimenti da fornire entro il termine di sessanta giorni, in cui sono indicati i motivi per i quali si ritiene configurabile un abuso del diritto”. Il contribuente dovrà, o meglio potrà, fornire entro il termine di sessanta giorni le proprie osservazioni al riguardo, di cui l'Amministrazione dovrà tenere conto in sede di emissione del successivo avviso di accertamento. Sempre l'art. 10-bis, al comma 8, prevede che l'atto debba poi essere motivato, a pena di nullità⁸³ “in relazione alla condotta abusiva, alle norme o ai principi elusi, agli indebiti vantaggi fiscali realizzati, nonché ai chiarimenti forniti dal contribuente (...)”

L'operazione è resa quindi dall'Amministrazione inefficace fiscalmente, ma gli altri effetti dell'operazione restano inalterati. Questo perché l'Amministrazione finanziaria non può sostituire una forma giuridica legittima con un'altra altrettanto legittima, ma più onerosa dal punto di vista fiscale.

L'Amministrazione finanziaria per poter accertare l'abuso del diritto deve dimostrare la sussistenza della condotta abusiva. Su di essa quindi incorre l'onere della prova, di cui all'art. 10-bis comma 9. L'amministrazione dimostra gli elementi di cui al comma 1 e 2 del medesimo

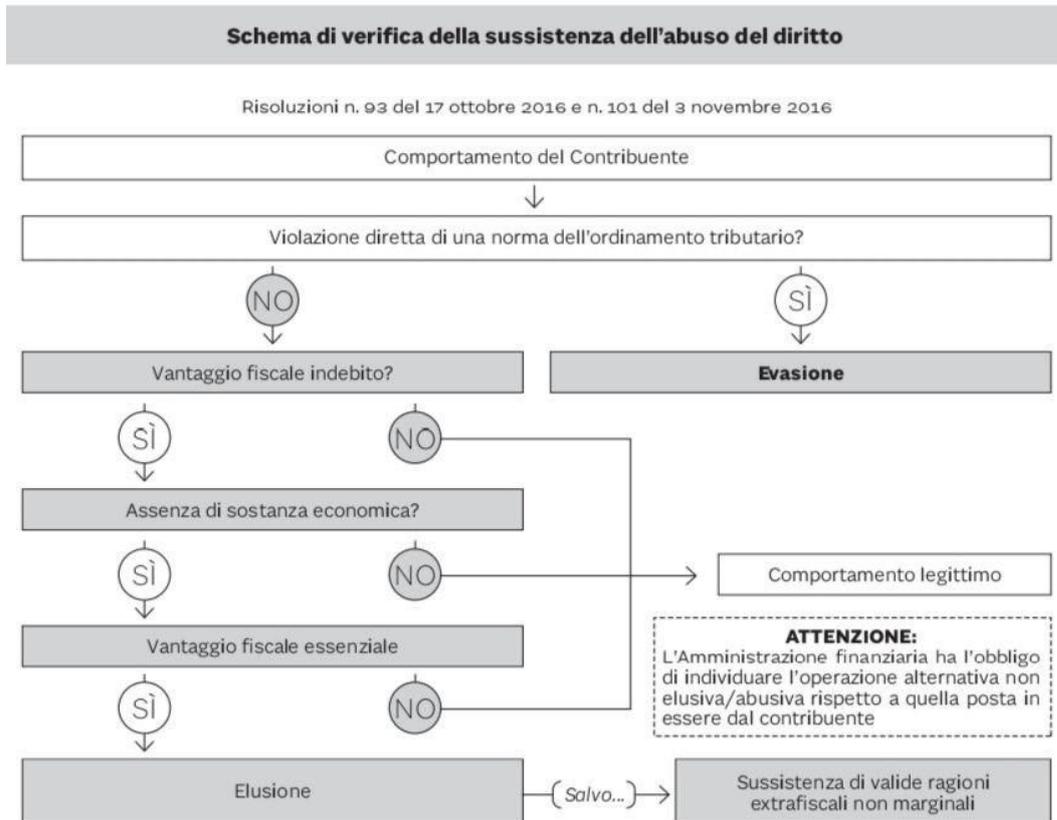
⁸² L'art. 10 bis nei comma 6 e 7 prevede e regola il preventivo contraddittorio modulato sulle garanzie procedurali già previste dall'art. 37-bis del d.P.R. n. 600 del 1973

⁸³ L'operato della pubblica amministrazione è disciplinato dalla costituzione all'art. 97, secondo cui: “I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.” Inoltre lo Statuto del contribuente all'articolo 7 prevede l'obbligo di motivazione e chiarezza per tutti gli atti della pubblica amministrazione: 1. Gli atti dell'amministrazione finanziaria sono motivati secondo quanto prescritto dall'articolo 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241, concernente la motivazione dei provvedimenti amministrativi, indicando i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione. Se nella motivazione si fa riferimento ad un altro atto, questo deve essere allegato all'atto che lo richiama. 2. Gli atti dell'amministrazione finanziaria e dei concessionari della riscossione devono tassativamente indicare: a) l'ufficio presso il quale è possibile ottenere informazioni complete in merito all'atto notificato o comunicato e il responsabile del procedimento; b) l'organo o l'autorità amministrativa presso i quali è possibile promuovere un riesame anche nel merito dell'atto in sede di autotutela; c) le modalità, il termine, l'organo giurisdizionale o l'autorità amministrativa cui è possibile ricorrere in caso di atti impugnabili. 3. Sul titolo esecutivo va riportato il riferimento all'eventuale precedente atto di accertamento ovvero, in mancanza, la motivazione della pretesa tributaria”.

articolo: l'assenza di sostanza economica, la realizzazione di vantaggi fiscali indebiti e quindi l'incongruità dello schema negoziale adottato dal contribuente rispetto alle normali logiche di mercato e la contrarietà del vantaggio fiscale conseguito alle norme e ai principi del sistema. Il contribuente invece ha l'onere di provare, a propria discolpa, le ragioni extrafiscali non marginali che lo hanno guidato nelle operazioni, ragioni di cui al comma 3.

Si osserva, inoltre, che nella formulazione dell'art. 10-bis non è stato disciplinato il dovere dell'Ufficio di riqualificare la diversa operazione che si sarebbe potuta realizzare in luogo di quella ritenuta elusiva. L'espressa previsione di tale dovere dell'Ufficio avrebbe messo al riparo l'Amministrazione finanziaria dalle future contestazioni del contribuente il quale, il più delle volte, si vede contestare l'abuso del diritto senza comprendere quale altra operazione sarebbe stata immune da tale rilievo.

In conclusione, lo schema di seguito proposto riassume l'interpretazione di un'operazione da considerare abusiva del diritto:



3.7 Il lecito risparmio d'imposta

Come detto il contribuente ha libertà di scegliere il più conveniente tra i regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale, la c.d. pianificazione fiscale è infatti del tutto legittima e può comportare vantaggi economici.

Le operazioni che comportano risparmi fiscali, previsti dall'ordinamento e in applicazione delle norme tributarie, quindi, non sono da configurarsi come operazioni elusive. Questo perché per gli operatori economici è sempre lecito, quando previsto dall'ordinamento, ricercare il sistema che più permette di risparmiare, questo perché l'azienda nell'esercizio dell'attività di impresa vuole giustamente massimizzare il proprio profitto, e può farlo anche ricorrendo ad operazioni che gli permettono, tra l'altro, un risparmio di tipo fiscale. Vi è quindi legittimo risparmio d'imposta, se è stata esercitata "la libertà di scelta del contribuente tra regimi

opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale, salvo che queste ultime non configurino un caso di abuso del diritto”.

Dall’analisi fatta della clausola antiabusiva testé analizzata risulta chiaro che alcune situazioni possano talvolta ritenersi dubbie e si rende quindi necessaria l’interpretazione giurisprudenziale.

Un caso pratico di incertezza particolarmente rilevante risulta quello sul quale si è espressa la Corte di cassazione il 26 agosto 2015 con la sentenza n. 17175. Secondo la Corte di cassazione non costituisce pratica abusiva, essendo rimessa all’esercizio dell’autonomia privata, la ricerca di una forma di finanziamento ritenuta più opportuna in base al concreto interesse dell’impresa, pur se comporti un risparmio fiscale. Il principio è stato affermato con riguardo ad una operazione di *sale and lease back* di un immobile, ritenendo non indebito il vantaggio fiscale derivante dal più favorevole regime di deduzione dei canoni di leasing, rispetto a quello previsto per le quote di ammortamento del costo di acquisto del bene, che seppure deducibile, lo è per un minore importo e inoltre questo è scaglionato per un periodo di tempo più lungo. Si è quindi ritenuto che rientra nella libera volontà dell’imprenditore la facoltà di optare per l’acquisto o di impiegare qualsiasi altro strumento finanziario che pur gli consenta il medesimo risultato dell’utilizzo del bene, compreso il *sale and lease back*.⁸⁴

In conclusione, anche l’Agenzia riconosce che se il contribuente, attraverso operazioni legittime, si pone nelle condizioni di fruire di un vantaggio fiscale previsto dalla legge si configura ipotesi di legittimo risparmio d’imposta. Una diversa soluzione finirebbe per contrastare con un principio diffuso in tutti gli ordinamenti tributari, che consente al contribuente di regolare i propri affari nel modo fiscalmente meno oneroso, e dove le norme

⁸⁴ F. TESAURO, *Compendio di diritto tributario*, UTET giuridica, Torino, 2020.

antielusione scattano solo quando l'abuso di questa libertà dà luogo a manipolazioni, scappatoie e stratagemmi che seppure senza violare le norme, finiscono per stravolgere con i principi del sistema. La norma antielusiva non può quindi vietare la scelta tra una serie di possibili comportamenti cui il sistema attribuisce pari dignità di quello fiscalmente meno oneroso.⁸⁵

3.8 La scissione e il concetto di elusione nell'ordinamento italiano

Considerando che le operazioni di concentrazione e separazione, ma soprattutto l'operazione di scissione, sono state generalmente viste con sospetto dal legislatore e dall'Amministrazione, specie dato il ricorso distorto che si è fatto dell'operazione di scissione nei primi anni 90 della sua introduzione, la verifica circa l'applicabilità del nuovo art. 10-bis in tale operazione rappresenta un'importante prova circa l'efficacia di tale disposizione anti abuso del diritto.

È utile sottolineare che le operazioni straordinarie non sono sottoposte, oggi, alla sola norma antiabuso di carattere generale, di cui abbiamo trattato, ossia il sopracitato art. 10-bis che ha abrogato la precedente disposizione antielusiva semi generale definita dall'art. 37-bis, ma anche da un insieme di specifiche norme antielusive relative alle operazioni straordinarie (es. comma 7, art. 172 del TUIR).

L'operazione di scissione, proprio per le sue peculiari caratteristiche, per la neutralità fiscale di cui gode, e per il fatto che l'operazione di scissione sconta imposte di registro, ipotecarie e catastali in misura fissa, è stata sottoposta fin dal passato a numerose attenzioni da parte del legislatore e dell'Amministrazione, pur con esiti non sempre coerenti tra loro.

⁸⁵ Sul punto si è espressa anche Assonime, nella Circ. n. 27/2018, ove ha affermato che “non può esservi abuso per il solo fatto che il contribuente adotti soluzioni negoziali fiscalmente meno onerose, purché si tratti di operazioni di per sé legittime. Questo è ciò che sancisce in modo esplicito l'art. 10-bis, comma 4, della l. n. 212/2000 (...). E in quest'ottica (...) non assume alcuna importanza che la via percorsa dal contribuente possa essere più o meno lunga o comporsi di due operazioni anziché di una sola, purché naturalmente il collegamento negoziale non risulti di per sé abusivo nel senso di violare la ratio dei regimi invocati o dei principi dell'ordinamento”.

In passato, a causa del sedicesimo comma dell'art. 123-bis del D.P.R. n. 917/1986⁸⁶, l'operazione di scissione è stata pesantemente penalizzata. Ampliando la portata dell'allora disposizione antielusiva semi generale disciplinata dall'art. 10 della Legge n. 408/1990, oltre a far rientrare in detta norma anche le operazioni in esame, disponeva una presunzione assoluta (*Praesumptio iuris et de iure*⁸⁷) di elusività indirizzata a due particolari forme di scissione: la scissione con conferimento di singoli beni e la scissione non proporzionale. Tale disposizione, è stata oggetto di numerose critiche, specie l'esclusione della possibilità di fornire prova contraria, come invece avveniva per tutte le altre operazioni straordinarie.

Solo nel 1997, con l'introduzione dell'art. 9, sesto comma, del d.lgs. n. 358, dell'8 ottobre 1997, attraverso il quale si disponeva l'abrogazione del sedicesimo comma dell'art. 123-bis, sono state abrogate fattispecie ritenute, con presunzione assoluta, elusive. In questo modo le operazioni di scissione venivano collocate tra le ipotesi di elusione previste dalla Legge n. 408/1990.

A ciò si aggiunge l'introduzione durante l'anno 1997 della nuova disposizione antielusiva semi generale disciplinata dall'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973.

Da allora, e fino all'introduzione della nuova disciplina dell'abuso del diritto, le operazioni di scissione, figurando tra le ipotesi specificatamente tipicizzate nel comma 3 dell'art. 37-bis, quando in possesso dei presupposti per l'applicazione della sopracitata norma antielusiva, ricadevano nel novero di applicazione di tale disciplina.

⁸⁶ Il citato comma recitava: "Le disposizioni dell'art. 10 della legge 29 dicembre 1990, n. 408, sono da interpretare nel senso che si applicano anche alle operazioni di scissione, disconoscendo in ogni caso i vantaggi tributari nell'ipotesi di scissioni non aventi per oggetto aziende o complessi aziendali, anche sotto forma di partecipazioni, ovvero in quelle di assegnazione ai partecipanti di ciascuno dei soggetti beneficiari di azioni o quote in misura non proporzionale alle rispettive partecipazioni nella società scissa."

⁸⁷ *Praesumptio iuris et de iure* è una locuzione latina che indica la presunzione giuridica che non ammette una prova contraria

Successivamente, l'operazione di scissione è stata oggetto numerose volte del parere, non sempre coerente e lineare tra le varie richieste, dell'ormai soppresso Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, nonché da interpretazioni amministrative.

Occorre premettere, inoltre, che per effetto delle scelte adottate dal legislatore nell'elaborare la nuova disposizione generale antielusiva, tutti gli operatori dovranno seguire una precisa logica nel valutare l'esistenza di aspetti abusivi di una determinata operazione: si dovrà dapprima osservare se l'operazione realizzata presenta sostanza economica, in termini di effetti economici e giuridici che con tale iniziativa i soggetti conseguono, verificando la coerenza tra la scelta adottata e le finalità civilistiche degli istituti impiegati ed infine osservando l'esito finale conseguito; qualora l'operazione sia priva di sostanza economica occorrerà verificare se il risparmio fiscale conseguito possa essere qualificato come indebito, ovvero contrario alle disposizioni fiscali del nostro ordinamento; se questa verifica si concluderà con la classificazione del vantaggio fiscale come indebito, gli operatori dovranno comparare tale vantaggio con l'eventuale presenza di valide ragioni extrafiscali non marginali; Si dovrà verificare, quindi, l'essenzialità del risparmio fiscale indebito nella realizzazione dell'operazione realizzata, o comunque, che le eventuali valide ragioni extrafiscali non siano state fondamentali e decisive nell'adozione di quella determinata operazione e per il conseguimento di quel determinato risultato finale.

Capitolo IV

Disciplina tributaria dell'operazione di scissione

4.1 Aspetti fiscali dell'operazione di scissione: le origini normative

In attuazione della delega contenuta nell'art. 34, comma 2, della L. 19 febbraio 1992, n. 142, con i Decreti legislativi nn. 543 e 544 del dicembre 1992, è stato disciplinato il regime fiscale delle scissioni di società nazionale e intracomunitaria.

Il D.lgs. 543/1992, relativo alle operazioni domestiche, si componeva di due articoli: il primo, contemplava la disciplina sostanziale dell'operazione straordinaria in esam ai fini delle imposte sui redditi, inserendo nel corpo del D.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917, di seguito denominato "TUIR", l'art. 123-bis; il secondo, aggiungendo il comma 3-bis, all'art. 11, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, regolava gli aspetti procedurali della stessa in termini di obblighi di presentazione della dichiarazione dei redditi della società scissa.

Le discipline, procedurali e sostanziali, hanno subito negli anni un'ulteriore evoluzione e aggiornamento, ad opera delle seguenti norme:

- del D.lgs. 8 ottobre 1997, n. 358, che ha introdotto la possibilità di ottenere il riconoscimento fiscale dei maggiori valori iscritti per effetto dell'imputazione dei disavanzi da annullamento e da concambio derivanti da operazioni di scissione mediante il pagamento di un'imposta sostitutiva;
- del D.lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, che ha trasfuso il regime tributario contenuto nel previgente articolo 123-bis nell'attuale art. 173 TUIR;
- del D.P.R. 322/1998, così come emanato dal D.P.R. 435/2001, che ha sostituito, riscrivendoli, gli obblighi dichiarativi della scissa;

- del D.lgs. 19 novembre 2005, n. 247, che ha apportato modifiche di coordinamento al testo dell'art. 173;
- della L. 24 dicembre 2007, n. 244, che, con il co. 46, lett. b), art. 1, ha aggiunto all'art. 173, TUIR il co. 15-bis, il quale consente, per rinvio alla normativa prevista in tema di conferimento d'azienda, il co. 2-ter, art. 176 TUIR, l'applicazione del regime di imposta sostitutiva anche alle società beneficiarie di operazioni di scissione per ottenere il riconoscimento fiscale dei maggiori valori dell'attivo, costituenti immobilizzazioni materiali ed immateriali, iscritti in bilancio a seguito dell'operazione straordinaria;
- del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, art. 15, co. 10, che ha introdotto, in deroga al regime dell'imposta sostitutiva previsto dall'art. 176, co. 2-ter, TUIR, uno speciale regime di riconoscimento fiscale dei maggiori valori attribuiti in bilancio all'avviamento, ai marchi d'impresa e alle altre attività immateriali; il successivo co. 11 dello stesso art. 15 estende la possibilità di allineare i maggiori valori fiscali attribuiti in bilancio ad attività diverse da quelle indicate nell'art. 176, co. 2-ter, TUIR, mediante tassazione con aliquota ordinaria.⁸⁸

L'esame della disciplina fiscale delle operazioni di scissione riguarda pressoché esclusivamente le imposte dirette, in quanto sotto il punto di vista delle imposte indirette la questione è molto semplice.

4.2 Le imposte dirette

Di seguito vengono commentati i singoli commi dell'art. 173 del TUIR, inerenti le imposte dirette.

⁸⁸ Cfr. L. DE ROSA, A. RUSSO, M. IORI, *Operazioni straordinarie*, Gruppo24Ore, 2013; si veda la pag. 276.

4.2.1 La neutralità della scissione

Il primo comma dell'art. 173 prevede la neutralità dell'operazione: "La scissione totale o parziale di una società in altre preesistenti o di nuova costituzione non dà luogo a realizzo né a distribuzione di plusvalenze e minusvalenze dei beni della società scissa, comprese quelle relative alle rimanenze e al valore di avviamento".⁸⁹ La neutralità della scissione è equiparata sotto tutti gli aspetti alla fusione: sia per le scissioni totali che parziali, effettuate a società beneficiarie di nuova costituzione o esistenti, l'operazione non costituisce presupposto di realizzo o distribuzione di plusvalenze o minusvalenze dei beni della società scissa. Questo perché l'operazione non traducendosi in un fenomeno traslativo di beni e di rapporti giuridici, ma in un atto di riorganizzazione della struttura societaria, non comporta l'emersione di componenti positivi, plusvalenze, o negativi, minusvalenze, di reddito in capo ad alcuno dei soggetti coinvolti (la società scissa e i soci). Il trasferimento di beni attuato mediante la scissione non assume, dunque, autonoma rilevanza tributaria posto che lo stesso è solo strumentale ad una rinnovazione della medesima organizzazione la quale, seppur mutata, sopravvive frammentata nelle beneficiarie.

Questa impostazione trova avallo nella giurisprudenza, la quale fin nei primissimi interventi in materia ha ritenuto insussistente in caso di scissione l'obbligo di redigere una perizia di stima ex art. 2343 c.c.⁹⁰, del patrimonio assegnato alla beneficiaria, non riconoscendosi in tale assegnazione un conferimento in senso tecnico.

⁸⁹ L'art. 173 riporta la prima parte del precedente articolo 123-bis D.P.R. 917/1986, ma non la seconda, che affermava l'ininfluenza di plusvalenze e minusvalenze emergenti dal progetto di scissione e nelle situazioni patrimoniali di scissione. Questa decisione è stata presa dal legislatore perché la disposizione si è ritenuta superflua, a seguito dell'introduzione nella normativa tributaria dell'irrelevanza delle plusvalenze e minusvalenze iscritte.

⁹⁰ L'art. 2343 c.c. rubricato "Stima dei conferimenti di beni in natura e di crediti" prevede al primo comma che: "Chi conferisce beni in natura o crediti deve presentare la relazione giurata di un esperto designato dal tribunale nel cui circondario ha sede la società, contenente la descrizione dei beni o dei crediti conferiti, l'attestazione che il loro valore è almeno pari a quello ad essi attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale soprapprezzo e i criteri di valutazione seguiti. La relazione deve essere allegata all'atto costitutivo."

L'operazione, non implicando un cambiamento nell'assetto giuridico e funzionale dei beni sociali, non presenta alcun punto di contatto con quell'insieme di eventi cui la normativa tributaria attribuisce natura realizzativa alle plusvalenze e alle minusvalenze dei beni sociali.

Nella scissione la scomposizione del patrimonio aziendale non è, infatti, connessa alla liquidazione dei beni sociali, o alla loro destinazione a fini extra-imprenditoriali, bensì alla suddivisione del soggetto: finché, ai fini delle imposte sui redditi, le società beneficiarie svolgono un'attività commerciale, non c'è alcuna ragione sistematica di procedere all'imposizione delle plusvalenze. Si ha, infatti, scomposizione di soggetti, senza alcuna interruzione dell'impresa o comunque senza interruzione del regime dei beni di impresa, con le plusvalenze o minusvalenze che restano allo stato latente, in attesa di un futuro realizzo.⁹¹

4.2.2 Avanzi e disavanzi di scissione

L'art. 173 prevede, al secondo comma, la neutralità degli avanzi e disavanzi di scissione: “Nella determinazione del reddito delle società partecipanti alla scissione non si tiene conto dell'avanzo o del disavanzo conseguenti al rapporto di cambio delle azioni o quote ovvero all'annullamento di azioni o quote a norma dell'articolo 2506-ter del codice civile. In quest'ultima ipotesi i maggiori valori iscritti per effetto dell'eventuale imputazione del disavanzo riferibile all'annullamento o al concambio di una partecipazione, con riferimento ad elementi patrimoniali della società scissa, non sono imponibili nei confronti della beneficiaria. (...)”

Prima di approfondire il citato comma occorre definire cosa si intende con avanzo e disavanzo da concambio e quando si verificano. Si ha disavanzo da concambio quanto il

⁹¹ Cfr. L. DE ROSA, A. RUSSO, M. IORI, Guida pratica operazioni straordinarie, Gruppo24Ore, 2021. pag. 225

capitale sociale o l'aumento del capitale della beneficiaria è superiore al netto conferito; viceversa, si ha avanzo da concambio quanto il capitale sociale o l'aumento del capitale della beneficiaria è inferiore al netto conferito.

La disciplina degli avanzi e disavanzi è analoga a quella prevista per la fusione. La loro iscrizione, nel bilancio della società beneficiaria, non è rilevante ai fini tributari. I disavanzi, se fossero trattati come perdite, sarebbero non deducibili e da imputarsi a conto economico come costo di esercizio indeducibile; se avessero invece natura di plusvalenza sui beni della società scissa o natura di avviamento, vi sarebbe l'impossibilità fiscale di effettuare l'ammortamento sul maggior valore derivante dal disavanzo, i maggiori valori che ne risultano non sono imponibili. La beneficiaria avrà inoltre l'onere di redigere un "prospetto di riconciliazione" che mette in luce le differenze tra i valori contabili iscritti in bilancio e i valori fiscalmente riconosciuti. Il comma 15-bis dell'articolo 173 riconosce, così come è previsto per l'incorporante che partecipa ad un'operazione di fusione, la possibilità della società beneficiaria di applicare l'imposta sostitutiva prevista dall'articolo 176, comma 2-ter del TUIR⁹² ai fini del riconoscimento dei maggiori valori che dovessero essere iscritti in bilancio dalla società per effetto dell'operazione di scissione, in conseguenza quindi dell'utilizzo del disavanzo.

L'affrancamento dei maggiori valori iscritti è consentito soltanto in sede di allocazione del disavanzo, al maggior valore dei beni provenienti dalla società scissa, ma non anche a quelli della società beneficiaria.⁹³

⁹²In particolare l'imposta sostitutiva (ai fini IRES ed IRAP) è stabilita in misura pari: al 12%, sulla parte dei maggiori valori ricompresi nel limite di € 5.000.000; al 14%, sulla parte dei maggiori valori che eccede 5.000.000 di € e fino a 10.000.000 di €; al 16%, sulla parte dei maggiori valori che eccede i 10.000.000 di €.

⁹³ In merito si è espressa l'Agenzia delle Entrate con la circolare 25 settembre 2008 n. 57/E e la risoluzione Ag. Entrate 11 giugno 2010 n. 50/E.

4.2.3 Neutralità in capo ai soci.

L'art 173 del TUIR non prevede la sola neutralità fiscale in capo alla società di eventuali plusvalenze e minusvalenze; il comma 3 infatti prevede la neutralità fiscale anche in capo ai soci della società. Il valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni che, a scissione avvenuta, sono possedute dai soci della trasferente non può che corrispondere al costo fiscalmente riconosciuto dell'originaria partecipazione posseduta nella società scissa, ridotto dell'eventuale conguaglio in denaro per la parte di esso che non costituisce utile per i soci. Difatti il citato comma prevede che "Il cambio delle partecipazioni originarie non costituisce né realizzo né distribuzione di plusvalenze o di minusvalenze né conseguimento di ricavi per i soci della società scissa, fatta salva l'applicazione, in caso di conguaglio, dell'articolo 47, comma 7,⁹⁴ e, ricorrendone le condizioni, degli articoli 58 e 87".

L'affermata neutralità dell'operazione anche nei confronti dei soci rappresenta la logica conseguenza della neutralità in capo alla società.

Se l'operazione di scissione si sostanzia in un atto modificativo dell'originario rapporto associativo volto a ridisegnare la struttura organizzativa dell'impresa sociale, l'attribuzione ai soci della scissa delle partecipazioni delle beneficiarie, secondo il rapporto di cambio indicato nel progetto di scissione, non configura un atto di realizzo delle plusvalenze o delle minusvalenze latenti. Attraverso l'attribuzione al socio delle partecipazioni delle beneficiarie che sostituiscono in tutto o in parte quelle della scissa, il socio non consegue il disinvestimento dell'originario conferimento effettuato, ma ottiene il titolo di partecipazione al "nuovo" rapporto sociale nella sua veste riorganizzata.

⁹⁴Articolo 47, comma 7, TUIR: "le somme o il valore normale dei beni ricevuti dai soci in caso di recesso, di riduzione del capitale esuberante o di liquidazione anche concorsuale delle società ed enti costituiscono utile per la parte che eccede il prezzo pagato per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni o quote annullate".

Se invece i soci della scissa ricevano un conguaglio per riequilibrare un assetto patrimoniale altrimenti asimmetrico, la situazione si prospetta diversamente.

Viene disposta la rilevanza tributaria e non più la neutralità, applicandosi l'art. 47, comma 7 del Tuir, secondo cui: "Le somme o il valore normale dei beni ricevuti dai soci in caso di recesso, di esclusione, di riscatto e di riduzione del capitale esuberante o di liquidazione anche concorsuale delle società ed enti costituiscono utile per la parte che eccede il prezzo pagato per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni o quote annullate". Dunque il Legislatore parifica il fenomeno del conguaglio ad un atto di disinvestimento patrimoniale, capace di incidere sul rapporto partecipativo.

Il socio della scissa, che riceve il conguaglio in denaro, realizza, infatti, a titolo definitivo una parte del plusvalore latente nella sua partecipazione detenuta nella scissa: la monetizzazione di tale ricchezza e la definitiva perdita della frazione di partecipazione annullata a fronte del conguaglio in denaro sono le ragioni per le quali la neutralità non può operare in caso di conguaglio in denaro.

4.3 Le imposte indirette

Ai fini delle imposte dirette, la disciplina sulla scissione è contenuta nell'art. 173 del T.U.I.R..⁹⁵

La scissione è irrilevante ai fini IVA. I passaggi di beni in dipendenza di scissioni non sono considerati cessioni di beni e, pertanto, costituiscono operazioni escluse da IVA, secondo quanto disposto dall'articolo 2, comma 3, del DPR 633 del 1972.

⁹⁵ Per talune fattispecie l'art 173 del TUIR detta norme sostanzialmente analoghe a quelle della fusione, pur con i necessari ed ovvi adattamenti conseguenti alla differente struttura dell'operazione; per altre fattispecie, non riscontrabili nella fusione, stabilisce delle norme "specifiche", proprie per l'operazione di scissione

Per quanto riguarda il pro-rata: se la società beneficiaria è preesistente all'operazione essa applicherà le regole che le sono proprie salvo conguaglio in dichiarazione annuale; se la beneficiaria è di nuova costituzione distinguiamo due casistiche: nel caso in cui l'attività esercitata dalla beneficiaria sia la medesima della scissa, la beneficiaria applicherà il pro rata nella stessa percentuale della scissa. In caso contrario verrà adottato un pro rata determinato presuntivamente, salvo conguaglio in dichiarazione annuale.

Per quanto attiene alle imposte di registro, ipotecarie e catastali, l'operazione di scissione scontano queste imposte in misura fissa.

L'imposta di registro viene scontata in misura fissa pari a € 200,00. Anche il verbale assembleare di approvazione del progetto di scissione sconta l'imposta di registro nella misura fissa di 200,00 euro a norma dell'articolo 11 della Tariffa, parte I, allegata al D.P.R. 131/1986.⁹⁶

Anche imposta ipotecaria e imposta catastale sono dovute nella misura fissa pari ad € 200,00, la prima secondo quanto disposto dall'articolo 10, comma 2, D.Lgs. 31 ottobre 1990, n. 347, la seconda secondo l'articolo 4 della Tariffa allegata al Decreto Legislativo 31 ottobre 1990, n. 347.

Le istruzioni alla dichiarazione IMU precisano che i trasferimenti dei diritti di proprietà o dei diritti reali di godimento tra persone giuridiche a seguito di operazioni di fusione e scissione rientrano nei casi in cui sussiste l'obbligo di presentazione della dichiarazione, in considerazione del fatto che in tali ipotesi il Comune non è in possesso delle informazioni necessarie per verificare il corretto adempimento dell'obbligazione tributaria. In particolare, in

⁹⁶ Cfr. Circ. Agenzia delle Entrate 29 maggio 2013 n. 18/E, par. 6.32. OGGETTO: *La tassazione degli atti notarili - Guida operativa - Testo unico dell'imposta di registro, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131*

caso di scissione parziale, la società scissa deve presentare la dichiarazione IMU⁹⁷ al fine di denunciare la cessazione del possesso degli immobili a partire dalla data di effetto della scissione, mentre la società beneficiaria deve indicare l'inizio del possesso degli immobili. Ciascun soggetto partecipante all'operazione, quindi, provvederà a porre in essere i rispettivi adempimenti dichiarativi, alla stregua di una ordinaria operazione di cessione dell'immobile. In caso di scissione totale, invece, una delle società beneficiarie dovrà presentare la dichiarazione per conto della società scissa. A tal fine, analogamente a quanto disposto per la fusione, nel frontespizio nel quadro relativo al dichiarante devono essere indicati i dati della società beneficiaria, mentre nel quadro relativo al contribuente devono essere indicati i dati della società scissa. Inoltre, nello spazio riservato alle annotazioni devono essere fornite le ulteriori informazioni per l'individuazione della società beneficiaria che ha ricevuto l'immobile.

⁹⁷ La dichiarazione va presentata nel caso in cui si siano verificate: “variazioni” rispetto a quanto già comunicato in passato con la dichiarazione ICI/IMU e si tratti di variazioni non conoscibili dal Comune. La dichiarazione ha effetto anche per gli anni successivi laddove non si verificano modificazioni dei dati dichiarati che variano l'ammontare dell'imposta dovuta.

Parte II

Capitolo I

Problematiche elusive in tema di scissioni

1.1 Scissioni *legittime* o *elusive*

Nella prospettiva antielusiva, così come accade per le altre operazioni previste dall'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973, occorre distinguere le ipotesi nelle quali la scissione appare indotta da motivi organizzativi, con maggiori possibilità di dimostrarne le “valide ragioni economiche” all'Amministrazione, rispetto a quelle nelle quali diviene assai difficile produrre i riscontri richiesti dalla norma, come nel caso dei dissidi tra i soci, le cui prove dovrebbero poter essere dimostrate da contenziosi in corso, diffide, verbali del consiglio d'amministrazione, carteggi, etc.

Le operazioni di scissione poste in essere devono di volta in volta essere analizzate per comprendere i motivi che hanno portato l'organo amministrativo ad intraprendere la via della scissione. Detti motivi possono essere trasparenti e previsti dalla normativa che ha previsto l'operazione di scissione, tali da renderla degna di tutela giuridica, o possono essere motivi che vanno aldilà di quanto voluto dalla normativa.

Analizzeremo diverse casistiche e motivazioni che hanno portato le società a procedere con la scissione, studiando di volta in volta le istanze di interpello presentate dai contribuenti all'Agenzia delle entrate, che hanno chiesto un'interpretazione circa la possibile esistenza di abuso del diritto sul caso da loro considerato.

1.2 Le operazioni c.d. circolari

Rientrano nel novero delle operazioni straordinarie ritenute elusive/abusive del diritto le operazioni definite come *circolari*, ossia quelle in cui, ad esito di una serie di atti giuridici, il soggetto o i soggetti che vi hanno dato luogo si trovano nella medesima situazione giuridica in cui versavano prima del compimento di detti atti, lasciando quindi sostanzialmente immutato l'assetto originario.

La *ratio* delle operazioni circolari risulta, di fatto, quello di conseguire un vantaggio fiscale esclusivo, così da far coincidere il risultato fiscale con quello economico.⁹⁸

1.2.1 Risposta all'interpello 30/2018

Per comprendere il meccanismo elusivo che si cela dietro alle operazioni circolari propongo di seguito l'analisi della risposta n. 30/2018 dell'Agenzia delle Entrate ad un interpello presentato dal contribuente in occasione dell'attuazione di un'operazione straordinaria dubbia in tema di abuso del diritto.

L'interpello in questione ha per oggetto: “Articolo 10-bis della legge 27 luglio 2000, n. 212. Abuso del diritto: conferimento di partecipazioni seguito dalla scissione della società conferitaria”.

La società istante ALFA, costituita “per svolgere la funzione di controllo delle varie società facenti parte del Gruppo X”, spiegava nell'interpello presentato all'Agenzia delle Entrate l'intenzione di porre in essere il seguente progetto di ristrutturazione societaria, articolato in due fasi: il conferimento e la scissione. Inizialmente, si prevedeva la costituzione di una nuova

⁹⁸ D. DEODOTTO, *Stop alle operazioni circolari*, *ILSole24Ore*, articolo del 28/07/2017.

società, ALFA 1, mediante il conferimento, da compiere ai sensi dell'art. 177, comma 2, del TUIR, da parte di ciascuna persona fisica, della propria quota di partecipazione (25%) all'epoca detenuta in ALFA; con l'atto di conferimento i soci conferenti avrebbero apportato, ciascuno, il 25% della quota di partecipazione in ALFA, al fine di far acquisire alla società neo-costituita ALFA 1 il controllo totalitario della stessa ALFA. Successivamente verrebbe posta in essere la scissione parziale della stessa società conferitaria (ALFA 1) in quattro entità (ALFA 1, ALFA 2, ALFA 3 e ALFA 4) con attribuzione a ciascun socio persona fisica, rispettivamente, del 100% della società scissa (ALFA 1) e delle società beneficiarie (ALFA 2, ALFA 3 e ALFA 4); la predetta scissione verrebbe a qualificarsi come scissione non proporzionale "asimmetrica".

L'istante giustifica l'operazione descritta con la finalità di:

- "ottimizzare l'intera struttura societaria";
- "creare dei veicoli funzionali a ciascuno dei soci persone fisiche in ragione delle propensioni imprenditoriali che ognuno di essi intendesse sviluppare e senza che si creino ingerenze e/o interferenze reciproche nella gestione";
- "creare veicoli societari idonei a rendere possibile l'ingresso di nuovi soci e/o sinergie funzionali allo sviluppo di nuovi progetti imprenditoriali";
- "creare veicoli societari atti a rendere più agevole, per ciascuna persona fisica, l'eventuale passaggio generazionale limitatamente alla famiglia di ciascun singolo Socio persona fisica";
- "rispettare gli impegni e le clausole imposti dal vigente "Accordo", che impone a ALFA - in qualità di firmataria – di non effettuare direttamente o indirettamente, operazioni di vendita, atti di disposizione o comunque operazioni che abbiano per oggetto o per effetto, direttamente o indirettamente, l'attribuzione o il trasferimento a terzi, a qualunque titolo e sotto qualsiasi forma, delle azioni ordinarie della Società (BETA), per un arco temporale di almeno 12 mesi dalla data di sottoscrizione".

L'istante ritiene che la prospettata riorganizzazione societaria, attuata mediante una duplice operazione straordinaria (di conferimento e di scissione), non costituisca un'operazione posta in essere con finalità abusive ai sensi dell'art. 10-bis della legge n. 212 del 2000.

L'Agenzia si dichiara contraria al parere dell'istante dichiarando che l'operazione di riorganizzazione descritta ha come unico fine quello di trasferire le partecipazioni in ALFA, detenute, in egual misura, da quattro soci persone fisiche non in regime d'impresa (25% cadauno), in quattro holding unipersonali, ognuna posseduta da ciascuno. Compilate tali operazioni, ciascuna holding risulterà titolare del 25% della partecipazione in ALFA.

L'Agenzia spiega le ragioni per le quali la riorganizzazione rappresentata costituisca una fattispecie di abuso del diritto.

La creazione di holding unipersonali, ciascuna delle quali risulterà detentrici della sola partecipazione (di minoranza) originariamente detenuta dal proprio socio di riferimento, può avvenire direttamente attraverso il conferimento delle suddette partecipazioni in quattro società di capitali (unipersonali) di nuova costituzione.

Dal punto di vista fiscale, i conferimenti in società sono equiparati alle cessioni a titolo oneroso. A tale riguardo, infatti, l'articolo 9, comma 5, del TUIR stabilisce, come principio generale, che "ai fini delle imposte sui redditi le disposizioni relative alle cessioni a titolo oneroso valgono anche per gli atti a titolo oneroso che importano costituzione o trasferimento di diritti reali di godimento e per i conferimenti in società"

L'Agenzia ritiene che il modello di riorganizzazione prescelto faccia conseguire un indebito vantaggio fiscale in capo a ciascun socio di ALFA, rinvenibile nel risparmio d'imposta derivante dalla fruizione della neutralità fiscale *indotta*, che assisterebbe il preliminare conferimento di partecipazioni, e dalla fruizione della neutralità fiscale derivante dalla successiva scissione parziale della società conferitaria, in luogo dell'applicazione del principio

generale che assiste i conferimenti in società, previsto dall'articolo 9 del TUIR, per i soggetti non imprenditori titolari di partecipazioni minoritarie. Ne conseguirebbe l'assoggettamento a tassazione dell'intera plusvalenza derivante dalla differenza (positiva) tra il valore normale della partecipazione oggetto di conferimento e il suo costo fiscale.

Inoltre l'Agenzia dichiara le operazioni descritte dall'istante prive di sostanza economica in quanto inidonee a produrre effetti significativi diversi dai descritti vantaggi fiscali. Il suddetto vantaggio fiscale indebito risulta, altresì, essenziale perché la specifica sequenza di operazioni che l'istante intenderebbe porre in essere non appare diretta al soddisfacimento di un interesse economico diverso da quello del perseguimento del vantaggio fiscale stesso; non sono quindi rinvenibili valide ragioni extrafiscali non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che giustificano l'insieme dei negozi giuridici prospettati.

La sequenza delle operazioni poste in essere porta sostanzialmente alla stessa situazione di partenza, fruendo, nella sequenza delle operazioni, di un vantaggio fiscale che non può che risultare indebito.

1.3 La scissione come strumento per la creazione di valore

Il carattere poliedrico e flessibile dell'operazione di scissione che mira a soddisfare esigenze di riorganizzazione aziendale, è stato di fatto riconosciuto dall'Agenzia delle Entrate che in molteplici pronunciamenti in risposta ad interpelli presentati dai contribuenti, incerti sull'interpretazione di talune operazioni di scissione sotto il punto di vista dell'abuso del diritto, ha ritenuto le scissioni, anche non proporzionali ed anche se aventi ad oggetto beni diversi dalle

aziende, pienamente legittime dal punto di vista fiscale, quando contraddistinte da valide ragioni extrafiscali.⁹⁹

Analizziamo in ordine temporale una serie di risposte negative per quanto attiene l'esistenza di abuso del diritto da parte dell'Agenzia delle Entrate, susseguitesi nell'anno 2019:

- Risposta all'interpello n. 13/2019: la casistica riguardava una scissione parziale proporzionale con costituzione di una *new company* seguita dalla cessione della partecipazione totalitaria nella scissa (il tutto effettuato all'interno del medesimo gruppo); la valida ragione extrafiscale che motivava la scissione era rappresentata dalla volontà di separare il ramo immobiliare da quello operativo.

- Risposta all'interpello n. 53/2019: la questione riguardava una scissione parziale proporzionale di due società a favore di una beneficiaria costituita *ex novo* con assegnazione di partecipazioni; anche in questo caso la valida ragione extrafiscale era rappresentata dalla separazione dell'attività principale da quella secondaria, in questo caso del comparto immobiliare da quello agricolo;

- Risposta all'interpello n. 87/2019: la questione afferiva la scissione totale asimmetrica a favore di due società costituite *ex novo* e la ragione tutelabile che permetteva l'operazione era rappresentata dalla necessità di voler dirimere un dissidio tra soci con separazione degli stessi;

- Risposta all'interpello n. 89/2019: la casistica vedeva una donazione di quote societarie seguita da due scissioni parziali asimmetriche a beneficio di una società di nuova costituzione, la ragione extrafiscale è stata anche qui quella di dirimere una controversia tra soci separandoli;

⁹⁹ Cfr. L. DE ROSA, A. RUSSO, M. IORI, Operazioni straordinarie, Gruppo24Ore, 2021, pag. 516, "*Profili elusivi delle operazioni straordinarie*".

- Risposta all'interpello n. 148/2019: il caso concerne lo scambio di partecipazioni mediante conferimento e successiva scissione totale e un ulteriore scambio di partecipazioni mediante conferimento, la valida ragione extrafiscale è rappresentata dalla volontà per la scissa di ridurre la catena partecipativa;

- Risposta all'interpello n. 343/2019: la casistica riguarda la scissione totale non proporzionale con costituzione di quattro società beneficiarie ciascuna interamente partecipata da un unico socio della società scissa, la ragione tutelabile è data dalla volontà di riorganizzazione societaria in vista di un futuro passaggio generazionale.

Dalla breve analisi di queste risposte negative in tema di esistenza di abuso del diritto da parte dell'Agenzia delle Entrate, è evidente come le valide ragioni che portano ad intraprendere un'operazione di scissione sono le più disparate, per lo più, legate:

- alla volontà di separare attività aziendali diverse tra loro in distinti rami aziendali, o *business unit*, per logiche imprenditoriali, strategiche o di convenienza economica ed organizzativa, e di procedere quindi con una riorganizzazione aziendale;
- alla volontà di dirimere controversie e conflitti tra soci;
- al proponimento di prestabilire un passaggio generazionale.

1.4 La scissione immobiliare

In tema di abuso del diritto nelle operazioni di scissione un aspetto che spesso incide sulle risoluzioni pubblicate dall'Agenzia delle Entrate è il fatto che la società che sta procedendo alla scissione possieda o meno aziende o immobilizzazioni materiali.¹⁰⁰ Sebbene il *trasferimento* di immobili tra due società, la scissa e la beneficiaria, sia essa costituita *ex novo* che preesistente,

¹⁰⁰Cfr. R. LUGANO, *Abuso del diritto - Da valutare le scissioni con immobili*, Il Sole 24ore, articolo del 29/01/2019.

possa essere propedeutico ad una riorganizzazione aziendale, questa finalità potrebbe in realtà nascondere la vera volontà dei soci, ossia quella di voler trasferire a loro stessi beni aziendali, beneficiando della neutralità fiscale. Mentre le operazioni di scissione immobiliare che mirano alla riorganizzazione aziendale sono sempre considerate non abusive del diritto, quando non comportano vantaggi fiscali indebiti, le operazioni che mirano alla creazione di società *contenitori* sono da considerare abusive del diritto, perché raggiungono una finalità non prevista dal legislatore.

1.4.1 Gli aspetti probatori nelle operazioni di scissione immobiliare

Il problema si pone sotto il profilo probatorio, poiché devono emergere chiaramente dalle difese del contribuente, sia in sede precontenziosa che in sede contenziosa, le finalità riorganizzative dell'impresa che mostrano le valide ragioni extrafiscali dell'operazione posta in essere.

La dimostrazione è particolarmente laboriosa in quanto bisogna provare che l'operazione abbia una sua sostanza economica, che non realizzi un vantaggio fiscale indebito e che invece, se tale vantaggio fiscale esiste, non è l'effetto essenziale dell'operazione.

Tale prova è lasciata, da un lato, all'impresa, che ha l'onere di giustificare la finalità perseguita dall'operazione e la sua riconducibilità alla casistica delle scissioni non ritenute elusive, e, dall'altro, all'Amministrazione finanziaria, che ha l'onere di provare la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico nel loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici alle normali logiche di mercato.

Tale dimostrazione può essere fornita dalla produzione di qualunque documento che ricopra un ruolo particolarmente importante nella vita decisionale dell'impresa, quale, ad esempio, la "relazione accompagnatoria" degli amministratori al progetto di scissione di cui all'art. 2506-ter c.c., oppure, in assenza di tale relazione, di un documento informale di analogo contenuto,

nel quale vanno esposte con chiarezza le valide ragioni economiche a fondamento dell'operazione realizzata, o ancora, i verbali di assemblea dai quali risultino le esigenze di riorganizzazione, o esibendo altri documenti dai quali emerga la necessità di diversificare l'attività in distinti rami per logiche imprenditoriali e strategiche o la volontà di operare un ricambio generazionale.

Ne deriva che l'onere di allegazione dei fatti posti a fondamento delle proprie tesi risulta essere uno snodo centrale per il contribuente e per l'Amministrazione, tanto in fase contenziosa quanto in fase pre-contenziosa.

1.4.2 La scissione non proporzionale con immobili

Come abbiamo visto, la riorganizzazione aziendale, la predisposizione del passaggio generazionale, ma anche il voler dirimere conflitti tra soci, spesso passano per il tramite di una scissione con immobili, e nella prassi quella a cui più si ricorre è quella di tipo non proporzionale. La scissione non proporzionale rappresenta un caso tipico in cui si sono sviluppati dubbi sulla natura abusiva o meno della fattispecie.

Assonime si esprime in merito al procedimento logico-applicativo della disciplina antiabuso, nello specifico con riguardo alla scissione e circolazione di beni singoli e di aziende, con la Circolare n. 21 del 4 agosto 2016, nella quale afferma: “Si consideri, a titolo di esempio, una società che fa capo a due soci (A e B) e che possiede due attività di analogo valore economico (o due asset autonomi o divisibili, come le partecipazioni). Mediante una scissione non proporzionale si perviene all'attribuzione di una attività alla beneficiaria che sarà posseduta integralmente da A ed all'attribuzione dell'altra attività a B che sarà a sua volta posseduta integralmente da B.

In questi casi, già in passato si è sostenuto che il vantaggio conseguito attraverso il ricorso al regime di neutralità fiscale della scissione di cui all'art. 173 del TUIR potrebbe risultare

indebita, salvo che non ricorrano valide ragioni extrafiscali quali, l'esigenza di risolvere un dissidio insanabile tra i soci. Ciò in quanto la scissione non proporzionale si presterebbe ad un uso distorto consistente nella mera assegnazione dei beni ai soci e le beneficiarie assumerebbero il ruolo di meri contenitori delle attribuzioni di pertinenza di ciascun socio.¹⁰¹

Alla luce del nuovo art. 10 bis, l'accertamento dell'eventuale abuso non può prescindere però dall'analisi di compatibilità tra il risultato conseguito e la disciplina fiscale della scissione. La scissione non proporzionale o asimmetrica è certamente ammessa sul piano civilistico ed è anzi una delle possibili modalità di attuazione dell'operazione, ma tale regime può attuarsi negli stessi termini in cui l'operazione è ammessa ai fini civilistici.

Per di più, il regime di neutralità tipico della scissione non replica in alcun modo né direttamente, né indirettamente, gli effetti di un'assegnazione dei beni ai soci tenuto conto che i beni confluiti nelle società beneficiarie non fuoriescono dal regime dei beni di impresa e i soci mantengono il costo fiscale delle partecipazioni originariamente possedute, con la conseguenza che non si producono né doppie deduzioni né salti di imposta di nessun tipo. La riprova di ciò si evince dal fatto che le beneficiarie ereditano comunque le posizioni soggettive della società scissa non imputabili a specifici asset secondo il criterio proporzionale dell'art. 173, comma 4, del TUIR, e che continuano oltretutto a rispondere in solido dei tributi e delle sanzioni dovuti dalla società scissa ai sensi dell'art. 173, comma 13, del TUIR.

Ne consegue che sembra ormai anacronistico qualificare in via pregiudiziale come abusive le operazioni di scissione non proporzionale, sia che la scissione abbia ad oggetto aziende sia che riguardi altri asset.¹⁰²

¹⁰¹ Cfr. Risoluzione dell'Agenzia delle entrate n. 5/E del 2006

¹⁰² Assonime, *La disciplina sull'abuso del diritto*, Circolare n. 21 del 4 agosto 2016, pag. 93.

Distinguiamo l'interpretazione delle operazioni di scissioni non proporzionali con immobili in due gruppi: quelle in vigore della precedente disposizione normativa, avvenute ante la nuova disciplina dell'abuso del diritto, e quelle post.

1.4.2.1 Il vecchio orientamento

In vigore della precedente disciplina antielusiva di cui all'articolo 37-bis, D.P.R. 600/1973, l'Amministrazione finanziaria più volte si è espressa considerando elusive operazioni di scissione non proporzionale con immobili¹⁰³.

La risoluzione n. 5/E/2006 ha, infatti, ritenuto elusiva una scissione non proporzionale di una società immobiliare il cui patrimonio veniva ripartito in tre società, attribuite agli altrettanti soci della scissa. Secondo l'Agenzia delle Entrate, le finalità che si volevano raggiungere con detta operazione consistevano esclusivamente nel voler suddividere il patrimonio immobiliare della società scissa fra le tre società beneficiarie in modo da consentire a ciascun socio di gestire singolarmente i diversi immobili e di destinarli a finalità personali. Ciò era dimostrato, secondo l'Agenzia, dalla unipersonalità delle società beneficiarie, dalla ristretta base familiare della compagine societaria della società scissa, e dalla gestione degli immobili, una minima parte delle predette unità immobiliari era infatti data in locazione a terzi mentre la maggior parte delle stesse era utilizzata direttamente sia dai soci che dagli usufruttuari (i genitori degli stessi soci), e dalla natura di società "di comodo" della società scissa. Pertanto, secondo l'Amministrazione finanziaria, la predetta operazione di scissione parziale non proporzionale era diretta alla mera creazione di società *contenitori* che consentissero di assegnare a ciascun socio una parte degli

¹⁰³ F. GIOMMONI, *La scissione non proporzionale non è (più) elusiva*; Circolare tributaria n. 49/201; si veda il paragrafo *La prassi sulla scissione non proporzionale in vigore del "vecchio" abuso del diritto* a pag. 2.

immobili dei quali lo stesso potesse liberamente disporre attraverso lo schermo societario; e non era quindi diretta a una vera riorganizzazione aziendale.

L'Amministrazione finanziaria, riprendendo quanto affermato dal Comitato consultivo nel parere del 13 luglio 2005, n. 18, ha ritenuto che tale operazione "potrebbe prestarsi ad un uso distorto" finalizzato ad una mera assegnazione dei beni ai soci ed ha quindi giudicato l'operazione elusiva e priva delle caratteristiche di una vera riorganizzazione aziendale e di valide ragioni economiche, realizzata al solo fine di conseguire un indebito risparmio fiscale.

Anche con la risoluzione n. 56/E/2007 l'Agenzia delle entrate aveva chiarito che la scissione non proporzionale "può assumere valenza elusiva qualora rappresenti solo la prima fase di un più complesso disegno unitario finalizzato alla successiva rivendita o donazione delle quote societarie delle beneficiarie da parte dei soci persone fisiche, con l'esclusivo fine di spostare la tassazione dai beni di primo grado (gli immobili) ai beni di secondo grado (quote di partecipazione) soggetti a un più mite regime di tassazione". Nel caso oggetto di detta risoluzione, invece, non erano previste cessioni di quote ed era chiaro che l'intento era quello di creare due società finalizzate alla gestione di diversi rami aziendali e non di meri contenitori di beni aziendali, per cui l'operazione non è stata considerata elusiva. La scissione prevedeva il frazionamento di un immobile produttivo in parte in capo alla scissa e in parte alla beneficiaria le quali, post scissione, risultavano possedute interamente l'una dal primo socio della scissa e l'altra dal secondo socio della scissa. Essa appariva sostenuta da valide ragioni economiche in quanto finalizzata alla separazione di attività produttive che, a causa dei dissidi insorti tra i soci, non potevano essere più esercitate congiuntamente.

In conclusione, secondo i suddetti pronunciamenti di prassi, la scissione non proporzionale non veniva considerata elusiva se avente a oggetto rami d'azienda che venivano poi effettivamente esercitati dai soci assegnatari di essi. Era invece elevata la possibilità di incorrere

nella disciplina antielusiva se oggetto di scissione erano patrimoni costituiti da singoli beni, specie se immobili, caratterizzati da una gestione “statica” e soprattutto se poi le partecipazioni nelle società risultanti da tale operazione venivano cedute e non mantenute in capo al socio.

1.4.2.2 L'attuale orientamento

Oggi, le scissioni non proporzionali che vengono utilizzate per dirimere conflitti tra soci o divergenze imprenditoriali, o con la finalità di procedere ad una ristrutturazione aziendale, o per la predisposizione di un passaggio generazionale, non presentano profili di abuso del diritto, anche nel caso in cui il perimetro della scissione comprenda solo o in prevalenza immobili o compendi immobiliari, sempre che la stessa non rappresenti uno strumento volto alla creazione di società *contenitore* (di immobili, di azienda, etc.) e alla successiva cessione delle partecipazioni da parte dei soci persone fisiche, con l'esclusivo fine di spostare la tassazione dai beni di primo grado (i.e., gli immobili, etc.) ai beni di secondo grado (i.e., titoli partecipativi) soggetti a un più mite regime impositivo (*capital gain*).

La prima risposta positiva dell'Agenzia delle Entrate, che ha successivamente dato il via a numerose conferme, è codificata nella risoluzione n. 98/E del 26 luglio 2017.

L'interpello riguardava un'operazione di scissione parziale asimmetrica non proporzionale, finalizzata all'assegnazione agevolata di beni immobili, ex art. 1, commi 115-120, della Legge n. 208/2015¹⁰⁴, ai soli soci che avrebbero ricevuto partecipazioni nella società scissa. In breve:

¹⁰⁴ L'art. 1, commi da 115 a 120, della L. n. 208/2015 (Finanziaria 2016) riproponeva la possibilità di assegnare ai soci, di società di persone e di capitali, i beni aziendali detenuti dalle stesse, entro il termine del 30.09.2016. L'adempimento prevede l'assolvimento di un'imposta sostitutiva delle imposte dirette e dell'IRAP nella misura dell'8% oppure del 10,5% in presenza di società di comodo. Per poter beneficiare dell'agevolazione i soci devono risultare tali alla data del 30.09.2015. I beni oggetto dell'agevolazione sono: gli immobili strumentali per natura, purché non utilizzati per l'esercizio dell'attività, immobili patrimonio e merce; i mobili iscritti in Pubblici registri non utilizzati come strumentali nell'attività. L'assegnazione potrà essere effettuata a fronte dell'annullamento di riserve di capitale e/o di utili ed in caso di utilizzo di riserve in sospensione d'imposta, risulta anche dovuta un'imposta sostitutiva nella misura del 13%.

la società possedeva un solo immobile, composto da più unità abitative concesse in locazione; poiché una minoranza di soci era contraria all'operazione di assegnazione agevolata, è stata costituita una beneficiaria, interamente posseduta da essi, alla quale sono state attribuite unità immobiliari in proporzione alle quote originariamente detenute nella scissa. L'istante chiedeva di sapere se la fattispecie in questione configurasse l'ipotesi di abuso del diritto, ai sensi dell'articolo 10 bis della Legge n. 212/2000 (Statuto dei Diritti del Contribuente). L'unico beneficio fiscale derivante dall'operazione, ossia l'applicazione delle imposte sostitutive per l'assegnazione agevolata, sarebbe spettato ai soci interessati anche senza l'operazione di scissione, che si è resa opportuna solo per evitare costi a carico dei soci dissenzienti ovvero il recesso della maggioranza.

A parere dell'istante, la descritta operazione di scissione funzionale all'assegnazione agevolata di beni immobili ad alcuni dei soci, non risulta va abusiva ai sensi dell'art. 10 bis della legge n. 212/2000, in quanto: non era finalizzata alla realizzazione di un vantaggio fiscale indebito; prestava formale osservanza alle norme fiscali; non era priva di sostanza economica, atteso che consentiva la fuoriuscita dal perimetro della società scindenda di una parte degli immobili, con l'assegnazione dei medesimi ad alcuni soci, in linea con le finalità della legge n. 208/2015; non comportava la violazione di alcuna disposizione di legge, né di obblighi e divieti previsti dall'ordinamento tributario

L'orientamento, che ormai si può definire consolidato, è stato da ultimo confermato dall'Agenzia delle Entrate con la risposta all'interpello n. 72 del 2020: nell'operazione prospettata l'Agenzia non ha ravvisato profili elusivi, né ai fini delle imposte dirette, né ai fini dell'imposta di registro. Il caso sottoposto al vaglio delle Entrate, riguarda una società, Alfa, partecipata dalla società Beta al 70 % e per il rimanente 30% da Tizio; Beta è partecipata a sua volta al 100% da Caio. Alfa eroga a favore delle controllate prestazioni per servizi di contabilità,

controlling , generali, amministrativi, direzionali, marketing, IT e risorse umane. Alfa è proprietaria degli immobili strumentali allo svolgimento delle attività del gruppo, concessi in locazione alle società partecipate; inoltre possiede ulteriori immobili locati a società terze. L'istante ha evidenziato nell'interpello che tra il socio di maggioranza di Alfa, Beta, e il socio di minoranza, Tizio, “sono da tempo insorti contrasti derivanti della diversità di propensioni e vedute circa le modalità di prosecuzione e di sviluppo dell'attività d'impresa”.

Il socio di maggioranza di Beta, Caio, intendeva favorire lo sviluppo del gruppo ALFA in ambito industriale e commerciale e investire risorse finanziarie e per questo ha presentato al Consiglio di amministrazione un *business plan* che prevedeva, in sintesi, il rafforzamento della struttura commerciale e la proposizione di un adeguato piano di investimenti per il rinnovamento degli impianti produttivi. Il socio di minoranza non condivide tale indirizzo e propende invece per lo sviluppo del gruppo in ambito immobiliare.

Per risolvere questa situazione di conflitto tra i soci circa le prospettive di sviluppo dell'attività di impresa, si intende porre in essere una scissione asimmetrica, parziale e non proporzionale, mediante la quale il ramo immobiliare (compendio non strumentale) di Alfa verrebbe attribuito a una società di nuova costituzione (NEWCO), interamente partecipata da Tizio, che, ad esito dell'operazione, uscirebbe definitivamente dalla compagine sociale di Alfa.

Il ramo immobiliare verrebbe iscritto nel bilancio di NEWCO agli attuali valori contabili e nel rispetto del principio di neutralità e di continuità dei valori fiscali: i beni attribuiti alla società beneficiaria assumeranno, dunque, il medesimo valore fiscale che avevano presso la società scissa Alfa, senza far emergere plusvalenze/minusvalenze latenti sui cespiti.

Peraltro, non si configurerebbe neppure l'aggiramento dell'art. 47, comma 7, TUIR, norma relativa alla tassazione in caso di recesso o di liquidazione, in quanto il compendio immobiliare non verrà destinato ad uso personale del socio Tizio, ma sarà gestito dalla NEWCO secondo la

visione imprenditoriale del socio unico; non vi sarà, dunque, alcuna destinazione del ramo immobiliare a finalità estranee all'esercizio di impresa.

Inoltre, il socio assegnatario delle partecipazioni nella società beneficiaria non è intenzionato a cederle, né le ha previamente rivalutate con il pagamento di un'imposta sostitutiva, né è intenzionato a procedere alla liquidazione della società beneficiaria con assegnazione a se stesso del bene avvalendosi di norme fiscali agevolative; né la società beneficiaria usufruirà di alcuna disposizione agevolativa.

Il nuovo assetto societario consentirebbe agli attuali soci di ALFA di sviluppare i due rami (industriale/commerciale ed immobiliare) separatamente e permetterebbe a ciascuno di essi una gestione consona alle proprie visioni e strategie di sviluppo aziendale, *"evitando collisioni future destinate inevitabilmente a danneggiare l'attività di impresa, con possibile nocumento dei soci tutti e dei creditori sociali"*.

Alla luce di tutte queste premesse, l'Agenzia conclude che si tratta di una soluzione fisiologica al problema del conflitto tra soci e che non esistono profili elusivi nell'operazione, né ai fini delle imposte dirette né ai fini dell'imposta di registro (che si applicherà in misura fissa all'operazione societaria).¹⁰⁵

1.4.3 Operazioni di *spin off*

Nel panorama italiano, le operazioni di corporate *spin off*, definite secondo l'approccio statunitense, trovano corrispondenza nelle operazioni mediante le quali una società o un ramo di essa vengono apportati presso altra società esistente o di nuova costituzione ricevendo come contropartita non denaro, ma azioni della società conferitaria.

¹⁰⁵ P. CEPPELLINI, R. CEPPELLINI, *Nessuna elusione fiscale nella scissione non proporzionale con immobili*, IPSOA Quotidiano, 2020.

L'azienda "figlia" così costituita viene scorporata proprio al fine di evidenziarne le differenze con la società madre e di cederla sul mercato per ottenere risorse da investire in settori ritenuti maggiormente strategici. Altre volte, invece, la stessa può restare nel perimetro della società madre.

Una valida ragione economica per cui ricorrere alla scissione ricorre quindi quando costi e ricavi vengono separati in relazione all'eterogeneità delle attività da separare, per il miglioramento ottenibile nella gestione separata delle due attività e la conseguente separazione del patrimonio in funzione del rischio di impresa.

1.4.3.1 Parere 22 marzo 2007 n. 8

In particolare il Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, con il parere n. 8, emanato il 22/03/2007¹⁰⁶, ha esaminato il caso di una società, X S.p.a., con oggetto una sociale immobiliare, le cui attività riguardavano la compravendita, la costruzione e l'intermediazione e finanziaria, la cui scissione avrebbe condotto al seguente riassetto:

- la società scissa sarebbe rimasta di proprietà del socio C
- le quote delle società beneficiarie, una già costituita (Y S.r.l.) e l'altra da costituire (K S.r.l.), sarebbero state separatamente attribuite agli altri due soci della X S.p.a.

Secondo l'interpellante, la riorganizzazione aziendale prospettata avrebbe consentito nuove strategie imprenditoriali, attraverso una maggiore articolazione e differenziazione delle risorse disponibili. L'operazione sarebbe stata effettuata con continuità di valori storici, in regime di neutralità fiscale e senza sottrarre gli immobili al regime d'impresa; inoltre, era manifestata nell'istanza la volontà dei soci di non cedere le proprie partecipazioni nel periodo successivo

¹⁰⁶ Si veda per il parere completo da parte del comitato il sito internet dell'Agenzia delle Entrate: https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/348947/Parere+n+8+del+22+marzo+2007_Parere+n.+8+del+2007.pdf/61f204c1-19ea-187f-605f-963cac46cf2b

alla scissione. In conseguenza della scissione parziale non proporzionale, le due beneficiarie avrebbero ricevuto una parte del patrimonio della società scissa X S.p.A., che avrebbe proseguito la propria attività di gestione immobiliare, nonché parte dei crediti e delle disponibilità liquide della medesima, mentre i debiti sarebbero stati parzialmente trasferiti ad una delle beneficiarie nella misura necessaria per evitare conguagli in denaro. Il patrimonio netto sarebbe rimasto per un terzo alla società scissa, mentre la parte rimanente sarebbe stata assegnata, in parti uguali, a ciascuna delle due beneficiarie. Il Comitato risponde all'istanza riaffermando il principio generale di neutralità per le operazioni di scissione; ciò premesso, occorre verificare se, nel caso di specie, la scissione non proporzionale poteva prestarsi ad un uso distorto finalizzato ad una mera assegnazione dei beni ai soci.

La possibile criticità dell'operazione è infatti individuata, nella possibilità che, attraverso l'operazione di scissione, possano sorgere una o più società non operative, che sono tipici *contenitori* per la gestione pseudo-societaria di cespiti in realtà utilizzati privatamente. In tale contesto, l'operazione verrebbe a costituire l'alternativa fiscalmente meno onerosa, e sostanzialmente elusiva, rispetto all'assegnazione dei beni ai soci. Su questa base, ossia sulla mancanza di valide ragioni economiche, il Comitato ha ritenuto che l'operazione fosse intesa ad aggirare le norme tributarie, differendo la tassazione sulle plusvalenze dei beni che sarebbero stati assegnati ai soci grazie al regime di neutralità fiscale tipico della scissione.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Cfr. F.CARRIROLO, *La scissione societaria accompagnata dalla successiva cessione delle quote delle beneficiarie*, *Commercialista telematico*, 2011.

1.4.4 La scissione per la riorganizzazione del compendio immobiliare di un

Gruppo

Spesso un Gruppo ricorre all'operazione di scissione per procedere con una riorganizzazione del compendio immobiliare. L'operazione ha la finalità simile a quella di operazioni preordinate ad affidare rami aziendali differenti a due aziende per una gestione separata delle attività in questione; in questo caso, però, ciò che si vuole distinguere è la gestione degli asset immobiliari, ad esempio per darli in locazione, anche alle stesse società del gruppo, con l'attività operativa propria.

L'alternativa all'operazione di scissione con il quale si raggiunge lo stesso risultato, è quella della cessione degli asset alla società beneficiaria. La cessione immobiliare risulta sotto il punto di vista fiscale più oneroso, in quanto l'operazione non gode della stessa neutralità della scissione. Da qui il dubbio, negli anni, che procedere con l'operazione di scissione possa costituire un vantaggio fiscale indebito.

L'Agenzia delle entrate ha invece più volte chiarito che l'operazione di scissione parziale proporzionale, preordinata alla separazione dell'attività operativa da quella immobiliare (c.d. spin-off immobiliare), non integri un disegno abusivo, anche quando alternativa ad essa può essere operata una cessione di immobili. L'Agenzia ha anzi ribadito come l'operazione “rappresenta un'operazione fisiologica di riorganizzazione del compendio immobiliare del gruppo industriale”, al fine di sviluppare più efficientemente le due attività.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Cfr. A.GINEX, *Non abusivo lo spin-off immobiliare di un gruppo societario*, Euroconference news, 12 gennaio 2019.

1.4.4.1 Risoluzione 2018 n. 139

In relazione all'ipotesi di procedere ad un'operazione di scissione con la finalità di separare due distinte attività, l'Agenzia delle entrate si è espressa con la risoluzione del 2018 n. 139 riguardo una valutazione anti-abuso di una scissione parziale proporzionale in risposta ad un interpello presentato da un gruppo industriale francese, il gruppo ALFA, che opera in diverse nazioni mediante società controllate direttamente o indirettamente.

La ramificazione italiana del Gruppo vede la presenza, tra le altre, delle società ALFA S.p.A., BETA S.r.l. a socio unico e GAMMA S.r.l. (le prime due sono le istanti o scindende, e la terza GAMMA la beneficiaria).

La società GAMMA svolge l'attività di gestione degli asset immobiliari per conto delle altre società del Gruppo. In particolare, GAMMA possiede direttamente o detiene in locazione finanziaria la maggior parte degli immobili utilizzati dalle società operative del Gruppo che operano in Italia, occupandosi dell'acquisizione, costruzione, manutenzione e gestione degli stessi.

In particolare, la riorganizzazione prospettata consentirà al Gruppo di eguagliare l'organizzazione dei siti italiani a quella dei siti presenti nel resto d'Europa, laddove le società operative non sono proprietarie del patrimonio immobiliare che, invece, appartiene ad un'unica società immobiliare che gestisce tutti gli asset immobiliari e, a sua volta, li concede in locazione a canoni di mercato alle società operative locali. La GAMMA è già proprietaria di otto unità immobiliari, mentre il restante patrimonio immobiliare appartiene a ALFA e BETA. È, pertanto, intenzione del Gruppo procedere con tre scissioni proporzionali di ALFA e BETA a favore di GAMMA, attraverso le quali perseguire l'obiettivo di separare le attività immobiliari rispetto alle attività operative.

Al fine di determinare le quote della beneficiaria che i soci delle scindende dovranno ricevere, si è reso necessario determinare un rapporto di cambio mediante il raffronto tra il valore economico della quota di patrimonio netto trasferito da ciascuna delle scindende e il valore economico del patrimonio netto della beneficiaria ante scissione. In questo modo si arriva a determinare l'aumento di capitale sociale che la società beneficiaria stessa dovrà deliberare a fronte dell'apporto ricevuto dalle scindende.

L'istante dichiara che non vi è alcuna volontà di porre in essere ulteriori atti, fatti e/o negozi giuridici che coinvolgano le società interessate dalle scissioni successivamente al suo perfezionamento. In particolare, non vi è alcuna intenzione di cedere a terzi le partecipazioni nelle società scisse e nella beneficiaria in quanto il Gruppo ALFA intende continuare ad espandere la propria attività nel mercato italiano mantenendo la proprietà delle società attualmente possedute.

In ragione di tutto ciò l'Agenzia delle Entrate ha ritenuto l'operazione di scissione prospettata dalla società istante priva di profili abusivi del diritto, in quanto non integra un disegno abusivo ai sensi dell'articolo 10-bis della legge 27 luglio 2000, n. 212. Risulta chiaro, infatti, dalla situazione prospettata, come il gruppo voglia affidare ad un'unica società la gestione degli immobili del gruppo per una più efficace ed unitaria gestione. Inoltre il fatto di voler rendere il "comparto" italiano del tutto simile a quelli delle altre nazioni appartenenti al gruppo, le quali già hanno una struttura caratterizzata da una società del gruppo alla quale viene assegnata la proprietà degli immobili e la gestione dei contratti di locazione le cui conduttrici sono le stesse società del gruppo, rende ancora di più evidente, la reale necessità di voler procedere con una riorganizzazione del compendio immobiliare.

1.5 La scissione con beneficiaria la controllante della scissa

L'operazione di scissione di una società in favore di una beneficiaria, controllante della scissa, non risulta secondo l'Agenzia delle entrate abusiva ex art. 10-bis L. 212/2000, quando però le finalità che si vogliono raggiungere sono quelle previste dall'ordinamento e quando non si raggiungono le tre condizioni che identificano un'operazione abusiva: vantaggi fiscali indebiti, l'assenza di sostanza economica e l'essenzialità del conseguimento di un vantaggio fiscale.

1.5.1 Risoluzione n. 282/2021

Con la risposta all'Interpello n. 282 del 23/4/2021, l'Agenzia delle Entrate ha valutato non abusiva ex art. 10-bis L. 212/2000, una scissione societaria a favore dell'unico socio della scissa, dichiarando l'assenza di vantaggi fiscali indebiti. L'istante è una società *sub-holding*, controllata al 100% da Alfa S.r.l., avente come oggetto sociale: l'attività di commercializzazione di prodotti vinicoli; l'attività immobiliare; la coltivazione di fondi, silvicoltura, allevamento di bestiame e itticoltura; la commercializzazione dei relativi prodotti; il coordinamento tecnico, finanziario e amministrativo delle società partecipate.

La scissione, secondo l'istante, ha finalità riorganizzative, difatti, la Società e la propria controllante "si prefiggono l'obiettivo di riorganizzare le attività del Gruppo, trasferendo quelle attualmente condotte dalla Società ma non rientranti nel suo core business alle società del Gruppo che hanno come oggetto principale lo svolgimento di tali attività".

L'operazione straordinaria progettata dall'istante consiste in una scissione parziale in favore della propria controllante Alfa S.r.l.. In particolare, sarebbero assegnati ad Alfa S.r.l. i seguenti elementi patrimoniali: le partecipazioni nelle società del gruppo facente capo ad Alfa S.r.l. diverse da quelle agricole che resterebbero sotto il controllo dell'istante; tutti i rapporti finanziari di credito e di debito con le partecipate oggetto di scissione; le disponibilità

finanziarie eccedenti rispetto a quelle necessarie per sostenere le attività operative della società istante e delle sue partecipate; alcune figure professionali di profilo tecnico tali da assicurare la gestione degli investimenti finanziari e di alcune funzioni di gruppo.

Tale scissione rappresenta il tipico caso di suddivisione di due attività differenti tra loro, la cui gestione congiunta, a lungo andare, risulta troppo onerosa.

Per effetto della scissione, quindi, la beneficiaria, la Alfa S.r.l. e/o controllante, assumerebbe un “ruolo attivo di gestione e di finanziamento delle partecipate diverse da quelle destinate a restare sotto il controllo diretto ed indiretto della società istante, la quale si concentrerebbe nella commercializzazione dei prodotti vinicoli e nel coordinamento tecnico e gestionale delle partecipate dirette e indirette, operanti nella produzione agricola vitivinicola”.

L’istante, infine, evidenzia che il passaggio del patrimonio della società scissa alla società beneficiaria non determinerebbe alcuna fuoriuscita degli elementi trasferiti dal regime ordinario dei beni d’impresa e che Alfa S.r.l, così come la scissa, non usufruisce di alcun sistema di tassazione agevolato; inoltre Alfa S.r.l. procederebbe all’applicazione di quanto previsto dall’art. 173 del TUIR in materia di ricostituzione dei vincoli fiscali e non vi è alcuna indiretta finalità divisionale di assets fra i soci persone fisiche.

Ciò premesso, quindi, l’istante ha presentato istanza avente ad oggetto l’abuso del diritto di cui all’art. 10-bis della legge n. 212 del 2000 ai fini delle imposte sui redditi, imposte indirette IVA e registro.

L’Agenzia delle Entrate osserva che “l’operazione di scissione di cui all’istanza è finalizzata a consentire alla società scissa di concentrarsi nella commercializzazione dei prodotti vinicoli e nel coordinamento tecnico e gestionale delle partecipate operanti nella produzione agricola vitivinicola, trasferendo quelle attività non rientranti nel suo core business”. L’operazione in parola non configura alcun abuso del diritto e non consente la realizzazione di alcun vantaggio

fiscale indebito poiché: non determina nessuna fuoriuscita degli elementi trasferiti dal regime ordinario dei beni d'impresa; il disegno riorganizzativo non prevede alcuna divisione di asset fra i soci persone fisiche; al pari della società scissa, la società beneficiaria non usufruisce di alcun sistema di tassazione agevolato e si atterrà alle disposizioni previste dall'art. 173 del TUIR in merito alla ricostituzione dei vincoli fiscali.

Ai fini IVA, l'Agenzia delle Entrate rileva che l'operazione non determina alcun profilo elusivo. Difatti l'operazione così come presentata dall'istante non è volta alla mera assegnazione dei beni della società scissa attraverso la formale attribuzione dei medesimi ad una società che funga da contenitore, non connotata da alcuna operatività al solo scopo di usufruire del regime di neutralità fiscale, dato che, l'operazione di riorganizzazione aziendale, è finalizzata all'effettiva continuazione dell'attività d'impresa da parte della società beneficiaria della scissione.

Infine, dal punto di vista dell'imposta di registro, l'Agenzia delle Entrate conferma l'applicazione dell'imposta in misura fissa, ai sensi dell'art. 4, comma 1, della Tariffa, Parte Prima, allegata al DPR n. 131/1986.

Nell'istanza di interpello presentata risultano chiare e trasparenti le finalità che si vogliono raggiungere con la scissione. Sebbene la scissione avvenga in favore dell'unica controllata della società, è chiara la necessità di voler far convergere due attività diverse tra loro, quali la produzione agricola e la gestione amministrativo finanziaria, in due diverse società.

1.6 La scissione per dirimere una controversia tra soci

Spesso l'intenzione che si vuole raggiungere con l'attuazione di un'operazione di scissione è quella di voler risolvere l'insorgere di dissidi e diatribe insanabili tra soci. Nella prassi è sempre più frequente il ricorso ad un'operazione di scissione asimmetrica non proporzionale,

che ricorre quando non tutti i soci partecipano alla scissione, cioè quando ad alcuni soci non è assegnata nessuna delle azioni o quote della beneficiaria (questo può avvenire solo purché sia deliberata con consenso unanime) e quando le quote e le azioni delle società beneficiarie sono assegnate ai soci della scissa senza considerare le originarie percentuali di partecipazione, bensì attribuendo partecipazioni il cui valore complessivo equivalga il valore della partecipazione precedentemente posseduta¹⁰⁹.

Questa operazione assicura una continuazione dell'attività sociale operando una riorganizzazione degli assetti societari volta a superare criticità che, diversamente, potrebbero portare a situazioni di stallo.

Le divergenze riguardano spesso conflitti tra soci, che non si trovano d'accordo sulle modalità di gestione della società, per divergenze di *vision* eccetera, ma anche e soprattutto possono avvenire nell'ambito di società che custodiscono patrimoni familiari, nelle quali i conflitti tra eredi possono manifestarsi una volta che viene meno il *de cuius* (da qui la necessità, come vedremo nel prossimo paragrafo, di organizzare, prima del venir meno dell'imprenditore di famiglia, il passaggio generazionale).

Per quanto attiene la controversia tra soci, con l'operazione di scissione, ad esempio, è possibile programmare l'uscita di uno o più soci da una società mediante la scissione di una *business unit* o di un ramo aziendale a favore di una società beneficiaria le cui quote o azioni siano assegnate unicamente a tali soci uscenti. Condizione essenziale per l'effettuazione di tale operazione è il consenso unanime di tutti i soci.

I vantaggi societari sono sia di tipo gestionale che tributario. Con l'operazione di ottiene una separazione condivisa tra i soci e si riesce a mantenere, seppur in società differenti, la continuità

¹⁰⁹ Ciò è consentito dall'art. 2506, comma 2, del codice civile, disciplinante le forme di scissione, in cui si prevede espressamente che *“è consentito inoltre che, per consenso unanime, ad alcuni soci non vengano distribuite azioni o quote di una delle società beneficiarie della scissione, ma azioni o quote della società scissa”*

nello svolgimento dell'attività d'impresa. Con la scissione asimmetrica non proporzionale, infatti, viene operata una riorganizzazione aziendale che, oltre a superare i conflitti, consente un'equa distribuzione del patrimonio e il mantenimento di una autonomia decisionale che non incorra nel rischio di sfociare in situazioni che innescano i fattori tipici di una crisi d'impresa.

Sotto il punto di vista fiscale, invece, l'operazione presenta in primo luogo il vantaggio di essere un'operazione fiscalmente neutrale, in forza di quanto previsto all'art. 173 del TUIR; inoltre, il passaggio patrimoniale della società scissa a una o più società beneficiarie non determina, di per sé, la fuoriuscita degli elementi trasferiti da regime ordinario d'impresa e dalla relativa tassazione.

L'Agenzia delle Entrate si è espressa, in recenti interpelli, nel senso di non ritenere l'operazione abusiva ai sensi dell'art. 10-bis delle Legge n. 212/2000. Chiarissimo in tal senso uno dei passaggi dell'interpello n. 36/2018 dell'Agenzia delle Entrate, in cui si legge che “l'operazione di scissione non proporzionale asimmetrica che si intende attuare per superare i conflitti fra i soci non comporti il conseguimento di alcun vantaggio fiscale indebito, non ravvisandosi alcun contrasto con la ratio di disposizioni tributarie o con i principi dell'ordinamento tributario”.

1.6.1 Risoluzione n. 36/2018

Per quanto attiene la possibilità di ricorrere all'operazione di scissione per dirimere controversie tra soci, l'Agenzia delle entrate ha dato risposta, tra le altre, ad un'istanza di interpello, la n. 36/2018, il cui oggetto è la valutazione anti-abuso di un'operazione di scissione parziale asimmetrica non proporzionale di società immobiliare, che andiamo ad analizzare.

I contribuenti presentano nell'istanza la situazione nella quale vorrebbero operare la scissione. La società esercita l'attività di gestione immobiliare ed è proprietaria esclusivamente

di un condominio sito nel comune di Gamma. La compagine sociale risulta composta da quattro soci persone fisiche, ciascuno dei quali possiede la quota del 25% e riveste la qualifica di amministratore. A seguito della grave crisi che ha colpito il settore immobiliare nell'ultimo decennio, i soci hanno manifestato divergenze di opinioni sulla futura gestione societaria, ed intendono, pertanto, dare luogo ad un'operazione di scissione parziale asimmetrica non proporzionale a favore di quattro società a responsabilità limitata unipersonali di nuova costituzione, ciascuna delle quali sarà interamente partecipata da ogni socio. Come detto, tali dissenzi devono poter essere dimostrati da apposita documentazione, per dimostrare all'Amministrazione finanziaria che non si tratta di una mera giustificazione per poter operare un'operazione di scissione, più vantaggiosa sotto il punto di vista fiscale rispetto ad altre operazioni che potrebbero essere alternative. In questo caso l'apposita documentazione dal quale si evincono i contrasti sono i verbali di assemblea del consiglio di amministrazione, dove emergono i pareri contrastanti dei soci. Peraltro, le diverse prospettive imprenditoriali che ciascun socio intende perseguire sono state dettagliatamente illustrate nella bozza di progetto di scissione ex articolo 2506 bis del c.c., come ulteriore prova del fatto che la scissione è utile a dirimere controversie esistenti.

Gli istanti fanno inoltre presente che a causa di tali dissidi la società è entrata in una fase di stallo, che se non ben gestita, potrebbe causare la crisi aziendale, con conseguenze sui soggetti in rapporto con la stessa: "l'operazione di scissione è l'unica soluzione di riorganizzazione aziendale che consentirebbe di superare la situazione di stallo creatasi nella gestione della società, perdurante da due anni, a causa dell'incompatibilità delle diverse prospettive e del conseguentemente deterioramento dei rapporti tra i soci". Come detto nel capitolo relativo alle finalità, infatti, la scissione è anche uno strumento che può essere utilizzato per il superamento delle prime fasi della crisi.

La scissione in esame appare secondo l’Agenzia delle entrate, secondo i fatti esposti ed i documenti integrativi presentati, fra i quali quelli comprovanti i dissidi tra i soci, un’operazione fisiologica per consentire ai quattro soci di proseguire l’attività di gestione degli immobili secondo le diverse prospettive imprenditoriali.

1.7 La scissione finalizzata al passaggio generazionale

Tra le altre finalità ritenute non elusive per la messa in atto di un’operazione di scissione, ma anche per un’operazione di conferimento, o per il recesso atipico, rientra, come detto nella prima parte dello scritto, la necessità di voler agevolare il passaggio generazionale.

L’importanza di un ben gestito passaggio generazionale nelle imprese di famiglia sta nel fatto che spesso è proprio la causa di crisi aziendali, questo in ragione delle implicazioni personali oltre che patrimoniali che lo stesso comporta. Gli obiettivi da perseguire con un più premeditato passaggio generazionale sono: la continuazione dell’impresa di famiglia e la sua migliore gestione, evitando la frammentazione *mortis causa*.

Dalla prassi emerge che l’operazione straordinaria più utilizzata per realizzare il passaggio generazionale tra le imprese, sia l’operazione di scissione, totale o parziale, proporzionale e non, anche se la seconda sembra prevalere sulla prima. Con l’operazione di scissione si permette la suddivisione della società scissa a favore dei diversi componenti della successiva generazione.

L’operazione in sé non è considerata abusiva, essendo come detto la finalità degna di tutela; spesso però si procede, prima o dopo della scissione, con altre operazioni, che possono comportare una casistica abusiva ai sensi dell’art. 10-bis.

1.7.1 Risoluzione n. 343/E del 23 agosto 2019

L'Agenzia delle Entrate con la risposta ad istanza di interpello numero 343/E del 23 agosto 2019 ha fornito chiarimenti sulla valutazione antiabuso di un'operazione di scissione totale finalizzata al passaggio generazionale.

Il quesito verte su una complessa operazione di riorganizzazione di una società di capitali, il cui capitale sociale è suddiviso tra azioni ordinarie con diritto di voto ("Azioni A") e azioni speciali prive del diritto di voto nelle assemblee ordinarie e straordinarie ai sensi dell'articolo 2351, comma 2, del codice civile ("Azioni B").

Il titolare del diritto di usufrutto sull'intera classe di Azioni A risulta essere l'esponente di prima generazione del nucleo familiare, mentre gli altri soci (detentori in pari misura della nuda proprietà delle Azioni A e della piena proprietà delle Azioni B), risultano gli esponenti della seconda generazione.

L'operazione è finalizzata essenzialmente a: procedere ad un'autonoma diversificazione degli investimenti, distinta da quella di ciascuno degli altri esponenti della medesima seconda generazione, per il tramite di singoli veicoli societari attraverso i quali intraprendere nuove iniziative imprenditoriali; e preordinare le condizioni necessarie al passaggio delle attività agli esponenti della terza generazione (ossia ai discendenti in linea diretta di ciascuno degli esponenti di seconda generazione), non detentori di alcuna partecipazione al momento della presentazione dell'interpello.

Gli esponenti di seconda generazione, in accordo con l'esponente di prima generazione, avrebbero intenzione di procedere ad una scissione totale non proporzionale di ALFA, ai sensi degli articoli 2506 e seguenti del codice civile, mediante la costituzione di quattro società per azioni (di seguito, anche "beneficiarie"), ciascuna interamente partecipata da un unico esponente di seconda generazione.

L'esponente di prima generazione non ha espresso alcuna intenzione, successivamente all'operazione di scissione, di donare a favore dell'unico socio di 4 ciascuna società beneficiaria il diritto di usufrutto vitalizio sulle "Azioni A" né di porre in essere altri atti dispositivi con riferimento al predetto diritto reale di godimento. Allo stesso modo, dopo l'operazione di scissione, nessuno dei soci delle società beneficiarie ha intenzione di porre in essere ulteriori atti dispositivi che modifichino la compagine sociale derivante dall'operazione straordinaria in esame. Una volta effettuata la scissione, al fine di preordinare le condizioni necessarie al passaggio generazionale delle attività in favore degli esponenti di terza generazione, i soci/nudi proprietari e il titolare del diritto di usufrutto sulle "Azioni A" avrebbero intenzione di inserire nello statuto sociale delle beneficiarie una specifica disposizione che consenta alle "Azioni B", ai sensi dell'articolo 2351, comma 2, del codice civile, di riacquistare il diritto di voto al verificarsi del decesso dell'esponente di prima generazione. In tal modo, con il decesso dell'esponente di prima generazione, i soci di seconda generazione verrebbero a detenere la piena proprietà del 100% delle azioni aventi diritto di voto nelle beneficiarie facenti capo a loro. Successivamente, al momento del decesso dell'esponente di seconda generazione, il trasferimento *mortis causa* della piena proprietà delle azioni della beneficiaria in favore degli esponenti di terza generazione avverrebbe in favore della totalità di questi ultimi in comproprietà tra loro, ai sensi dell'articolo 2347 del codice civile, con nomina di un rappresentante comune che disporrebbe della 5 maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria ai sensi dell'articolo 2359, comma 1, n. 1), del codice civile. In questo modo, gli esponenti di terza generazione acquisirebbero il controllo della beneficiaria e, pertanto, il trasferimento non dovrebbe scontare l'imposta di successione ai sensi dell'articolo 3, comma 4-ter, primo periodo, del decreto legislativo n. 346 del 1990, ove fossero ottemperati gli ulteriori requisiti indicati da tale ultima disposizione. Tanto rappresentato, gli istanti chiedono conferma

che, ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera a) e c), della legge 27 luglio 2000, n. 212: il principio della neutralità del concambio per i soci di società coinvolte in un'operazione di scissione possa trovare applicazione anche nell'ipotesi della scissione in esame in cui una parte delle azioni emesse da ciascuna beneficiaria sarebbe gravata dal diritto di usufrutto; l'operazione di scissione descritta non rappresenti una fattispecie di abuso del diritto ai fini delle imposte dirette e che la medesima operazione, unitamente agli altri atti che sarebbero posti in essere in epoca ad essa successiva, non configuri una fattispecie abusiva del tributo successorio di cui al decreto legislativo n. 346 del 1990.

Sul primo quesito gli istanti precisano che le modalità con cui il diritto di usufrutto sulle azioni della società scissa si trasferisce, per effetto della scissione, sulle azioni assegnate ai soci della beneficiaria, è conforme sia alla disciplina civilistica in materia, articolo 1014, n. 3) e art. 1119, comma 1, del codice civile, che a quanto sostenuto dal Consiglio Notarile di Milano. Gli interpellanti ritengono, pertanto, che la scissione in esame possa essere attuata in regime di neutralità fiscale ai sensi dell'articolo 173 del TUIR.

L'operazione straordinaria prospettata non determina, secondo l'Agenzia delle entrate, alcun effetto di tipo elusivo, in quanto: le società beneficiarie sarebbero tutte di nuova costituzione e pertanto non vi sarebbe alcun rischio né di compensazione intersoggettiva di risultati fiscali aventi segno differente (redditi imponibili e perdite fiscali) generati presso soggetti passivi diversi né di utilizzo "indebito" sia di interessi passivi indeducibili oggetto di riporto in avanti ai sensi dell'articolo 96, comma 4, del TUIR sia di eccedenze relative all'Aiuto alla crescita economica di cui all'articolo 1, comma 4, del decreto legge n. 201 del 2011¹¹⁰; i beni che confluirebbero nelle società beneficiarie sarebbero mantenuti presso queste ultime

¹¹⁰ Cfr. sul punto, circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 9/E del 9 marzo 2010

nell'ordinario regime d'impresa presso cui sono attualmente detenuti in ALFA e i soci/nudi proprietari e il titolare del diritto di usufrutto sulle "Azioni A" manterrebbero gli originari valori fiscalmente riconosciuti del diritto di usufrutto e delle partecipazioni detenute nella medesima società, con la conseguenza che non si verificherebbero né doppie deduzioni né salti di imposta di alcun tipo; non è intenzione dei soci/nudi proprietari cedere le partecipazioni e dell'esponente di prima generazione cedere il diritto di usufrutto sulle "Azioni A" a soggetti terzi successivamente all'operazione.

Inoltre, gli istanti ritengono che la scissione rappresenti la soluzione più lineare e plausibile tra le ipotesi operative astrattamente idonee a consentire a ciascuno degli esponenti di seconda generazione di addivenire alla desiderata autonoma diversificazione degli investimenti, poiché consente di mantenere gli elementi patrimoniali trasferiti dalla società scissa in un'entità societaria, tramite la quale intraprendere le nuove iniziative imprenditoriali.¹¹¹

1.8 La scissione per lo scioglimento della compagine societaria secondo la previgente normativa

Come detto la giurisprudenza si è negli anni espressa in diverso modo circa l'applicazione dell'operazione di scissione, a seconda della normativa vigente.

Negli anni 2000, l'allora Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, oggi soppresso, aveva fissato, con il parere n. 14 dell'8 maggio 2000, il principio secondo cui le ragioni economiche richiamate dall'art. 10 della legge 408/1990, non sussistevano laddove l'unico scopo della scissione fosse quello di separare la proprietà di due immobili in

¹¹¹ D. BITONTI, *Scissioni parziali finalizzate al cambio generazionale ed ipotesi elusive*, Commercialista telematico, 12 ottobre 2007. Cfr. <https://www.commercialistatelematico.com/articoli/2007/10/scissioni-parziali-finalizzate-al-cambio-generazionale-ed-ipotesi-elusive.html>

un contesto in cui la società scissa non svolgeva più alcuna attività. Erano state, quindi, ritenute illecite le scissioni, sia proporzionali che non proporzionali, che determinavano la scomparsa dell'attività d'impresa.

Secondo il Comitato potevano considerarsi elusive: le operazioni nelle quali i movimenti di soci e cespiti patrimoniali si ponevano in termini obiettivamente strumentali per surrogare, in realtà, lo scioglimento del vincolo societario da parte dei soci della società istante e la ripartizione fra di essi del patrimonio immobiliare; le scissioni parziali non proporzionali aventi la finalità di suddividere il patrimonio immobiliare della società scissa fra le società beneficiarie, in modo da consentire a ciascun socio di gestire singolarmente i diversi immobili e di destinarli a finalità personali; le scissioni finalizzate a soddisfare un'esigenza di scioglimento della compagine societaria, con assegnazione di porzioni del patrimonio immobiliare a favore dei soci uscenti.

Dalle prime due operazioni elusive elencate non emerge, secondo il Comitato, la sopravvivenza né della società istante né delle altre società protagoniste delle operazioni: l'attività della società risultante dalla scissione e quella della società scissa rimangono sempre le stesse e l'operazione surroga, come detto, lo scioglimento del vincolo tra i soci e la ripartizione del patrimonio immobiliare, operazione quest'ultima più congrua sul piano giuridico rispetto alle finalità concretamente perseguite e fiscalmente più onerosa. Anche l'ultima operazione elencata risulta essere elusiva, nell'interpretazione del Comitato, perché non è finalizzata a realizzare un piano di riorganizzazione imprenditoriale e aziendale nell'interesse della società scissa ma è volta a soddisfare un'esigenza di scioglimento della compagine societaria con la definitiva eliminazione della struttura di impresa.

Ad oggi, invece, quest'ultima operazione non risulta avere più natura elusiva. La relazione illustrativa al D.lgs. 5 agosto 2015, n. 128, il c.d. Decreto certezza del diritto ha escluso la natura

abusiva dell'operazione laddove il contribuente, per dare luogo all'estinzione di una società, scelga di effettuare un'operazione straordinaria fiscalmente neutrale anziché una liquidazione. Pertanto, l'assegnazione dei beni ai soci, alla luce dell'art. 10-bis, non costituisce più automaticamente un indice di elusività. L'operazione contestata dall'Amministrazione finanziaria nella risoluzione testé analizzata non è più considerata, in quanto tale, elusiva, salva la prova dell'esistenza di valide ragioni economiche, anche secondo quanto abbiamo analizzato nelle risposte alle istanze di interpello. La relazione illustrativa del Decreto certezza dichiara quindi: "Il comma 4 dell'articolo 10-bis, in stretta connessione con la definizione di condotta abusiva del comma 1 e in aderenza al criterio direttivo dell'art. 5, comma 1, lettera b), della legge delega, ribadisce il principio generale secondo cui il contribuente può legittimamente perseguire un risparmio di imposta esercitando la propria libertà di iniziativa economica e scegliendo tra gli atti, i fatti e i contratti quelli meno onerosi sotto il profilo impositivo. La norma sottolinea, quindi, che l'unico limite alla suddetta libertà è costituito dal divieto di perseguire un vantaggio fiscale indebito. Di qui la già sottolineata delicatezza dell'individuazione delle *rationes* delle norme tributarie ai fini della configurazione dell'abuso. Ad esempio, non è possibile configurare una condotta abusiva laddove il contribuente scelga, per dare luogo all'estinzione di una società, di procedere a una fusione anziché alla liquidazione. E' vero che la prima operazione è a carattere neutrale e la seconda ha, invece, natura realizzativa, ma nessuna disposizione tributaria mostra "preferenza" per l'una o l'altra operazione; sono due operazioni messe sullo stesso piano, ancorché disciplinate da regole fiscali diverse."¹¹²

¹¹² Cfr. A. LEO, *L'abuso del diritto nella scissione immobiliare*, in *Il fisco*, n. 34 del 2016, pag. 1-3252.

Capitolo II

Giurisprudenza di cassazione e comunitaria

2.1 La giurisprudenza in merito all'operazione di scissione

Abbiamo visto come il polimorfismo caratteristico dell'operazione di scissione permetta di ricorrere a tale istituto per il raggiungimento delle più disparate finalità, attraverso diversi tipi di scissione. La neutralità fiscale di cui gode l'operazione di scissione pone il rischio che il contribuente utilizzi l'operazione per il raggiungimento di differenti finalità rispetto a quelle previste dalla normativa.

La giurisprudenza di cassazione e quella comunitaria più volte si sono espresse per determinare i casi di legittimità delle operazioni di scissione poste in essere dai contribuenti, definendo una linea generale da seguire, spesso mutata nel tempo dalla stessa giurisprudenza.

La Cassazione, ha infatti, con la sentenza n. 16428 del 27 luglio 2011, confermato l'orientamento giurisprudenziale consolidato secondo cui "in materia tributaria, il divieto di abuso dei diritto si traduce in un principio generale antielusivo, il quale preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici: tale principio trova fondamento, in tema di tributi non armonizzati, nei principi costituzionali di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione, e non contrasta con il principio della riserva di legge, non traducendosi nell'imposizione di obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali. Esso comporta l'inopponibilità del negozio all'Amministrazione

finanziaria, per ogni profilo di indebito vantaggio tributario che il contribuente pretenda di far discendere dall'operazione elusiva, anche diverso da quelli tipici eventualmente presi in considerazione da specifiche norme antielusive entrate in vigore in epoca successiva al compimento dell'operazione”.

La dottrina civilistica individua infatti l'essenza dell'abuso del diritto nel “tenere un comportamento apparentemente conforme al contenuto di una posizione giuridica soggettiva attribuita dall'ordinamento, ma in realtà in contrasto con le ragioni sostanziali poste a fondamento di tale attribuzione”.

2.1.1 L'interesse creditorio dietro all'operazione di scissione

Si è parlato di come l'operazione di scissione si possa configurare anche per imprese in fase di declino, dove grazie ad una riorganizzazione l'impresa può riuscire a separare quelle attività non più redditizie da quelle ancora in salute. Questa ipotesi, tuttavia, configura un forte rischio che la società scissa nella quale confluisce la *business unit* o il ramo aziendale più debole possa compromettere ancora di più la propria capacità creditoria e quindi diventa ancora più probabile una crisi aziendale.

La necessità di tutelare i terzi soggetti, soprattutto i creditori, ma anche i soci dissenzienti, si fa allora molto forte.

Sebbene possa sembrare pregiudizievole per i creditori, la Corte di cassazione, con la sentenza n. 45031 del 22 dicembre 2010, si è espressa ritenendola, se effettuata nel rispetto delle indicazioni civilistiche e senza la finalità di eludere le norme, fattispecie da non ritenersi operazione in pregiudizio di creditori e, in caso di insolvenza di una società derivante da un'operazione di scissione, appare difficilmente configurabile anche la fattispecie di bancarotta fraudolenta impropria.

I creditori sono infatti ben tutelati, dall'art 2506-quater¹¹³ del codice civile, in primis, che prevede la responsabilità solidale di scissa e beneficiaria¹¹⁴, ma anche dall'art. 2503 del codice civile rubricato "Opposizione dei creditori alla scissione", secondo cui la scissione può essere attuata solo se, nei sessanta giorni che seguono l'ultima delle iscrizioni previste dall'articolo 2502 bis, i creditori non fanno opposizione, oppure se quelli che propongono opposizione vengono debitamente pagati. Nonostante queste rassicurazioni per i creditori la giurisprudenza si è più volte espressa, anche negativamente, sulla legittimità di un'azione revocatoria contro un atto di scissione, pronunce spesso discordanti tra loro.¹¹⁵ I contrapposti orientamenti della giurisprudenza di merito riguardano l'esistenza o meno della configurabilità della scissione come *eventus damni* per l'esperibilità dei rimedi revocatori. Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, il presupposto oggettivo dell'azione revocatoria ordinaria, vale a dire *l'eventus damni*, ricorre "non solo nel caso in cui l'atto dispositivo comprometta totalmente la consistenza patrimoniale del debitore, ma anche quando lo stesso atto determini

¹¹³ Nel caso di scissione di società, l'art. 2504 decies, comma 2, c.c. (applicabile "ratione temporis", oggi art. 2506 quater, comma 3, c.c.) va interpretato nel senso che la società scissa risponde in via solidale, unitamente alla società di nuova costituzione, beneficiaria di una parte del patrimonio originario, del debito a quest'ultima trasferito o mantenuto. Tali debitorie solidali, peraltro, sono tenute con modalità diverse: da un lato, infatti, la responsabilità della società scissa, presupponendo che il credito da far valere sia rimasto insoddisfatto, postula solo la previa costituzione in mora della società beneficiaria (cd. *beneficium ordinis*), non anche la sua preventiva escussione; dall'altro, esclusivamente la società cui il debito è trasferito o mantenuto risponde dell'intero debito, mentre la società scissa risponde nei limiti della quota di patrimonio netto rimastale al momento della scissione e, dunque, disponibile per il soddisfacimento dei creditori, atteso che la suddetta disposizione tende a mantenere integre le garanzie dei creditori sociali per l'ipotesi di scissione, non anche ad accrescerle; Cassazione civile, Sez. I, sentenza n. 4455 del 7 marzo 2016. Cfr. Brocardi https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quinto/titolo-v/capox/sezione-iii/art2506quater.html?utm_source=internal&utm_medium=link&utm_campaign=articolo&utm_content=nav_art_prec_dispositivo

¹¹⁴ Esiste tuttavia un limite alla responsabilità solidale, rappresentato dall'entità del patrimonio netto effettivo attribuito a ciascuna società beneficiaria. Pertanto nelle scissioni a favore di società beneficiarie esistenti, non è possibile intaccare, ai fini della responsabilità patrimoniale, il patrimonio originario della beneficiaria da parte di un creditore di un'altra beneficiaria non soddisfatta da quest'ultima.

¹¹⁵ Cfr. M. CONFALONIERI, *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società. Aspetti civilistici, contabili e fiscali delle operazioni straordinarie*, Gruppo24Ore, 2018.

una variazione quantitativa o anche soltanto qualitativa del patrimonio che comporti una maggiore incertezza o difficoltà nel soddisfacimento del credito”.¹¹⁶

A favore della ammissibilità della revocatoria si sono schierati negli ultimi anni il Tribunale di Roma, il 16 agosto 2016, il quale inquadra la scissione come fenomeno traslativo, in quanto implica l’acquisizione da parte della società beneficiaria di valori prima non esistenti nel suo patrimonio; ma anche il Tribunale di Pescara, il 17 maggio 2017 e il Tribunale di Milano, il 9 luglio 2015.

Per quanto riguarda il giudizio della Cassazione, fino alla recentissima sentenza del 29 gennaio 2021, la n. 2153, nella giurisprudenza di legittimità si rinviene un solo precedente, ed in senso favorevole, sull’ammissibilità della revocatoria della scissione di società, la sentenza di Cassazione, del 4 dicembre 2019, n. 31654¹¹⁷, assumendo una posizione ben precisa e netta: la revocatoria di un atto di scissione è ammissibile.

La suprema Corte, superando tutti gli orientamenti giurisprudenziali contrari, ha affermato che la revocatoria dell’atto di scissione è ammissibile per le seguenti ragioni :

- La revocatoria non incide sulla validità dell’atto ma solo sull’efficacia: ritenere, pertanto, ammissibile l’azione revocatoria contro un atto di scissione non comporta violazione dell’articolo 2504 quater c.c.;

¹¹⁶ Cfr. Cassazione, 18 giugno 2019, n. 16221.

¹¹⁷ La questione sulla quale si è espressa la Corte di Cassazione è la seguente: la società Alfa, con debiti tributari per oltre 5 milioni di euro, conferiva la propria azienda, con atto notarile, ad altra società, Beta; quest’ultima, a sua volta, si scindeva in un’ulteriore società, Gamma. L’allora Equitalia s.p.a. agiva contro la società debitrice Alfa e contro quella beneficiaria del conferimento Beta, nonché contro l’ulteriore società frutto della scissione, Gamma; in via principale, chiedeva di accertare il carattere simulato dell’atto (di conferimento e di scissione) e di acclarare il proprio diritto di agire sui beni conferiti e sui beni oggetto di scissione; in via subordinata, domandava la declaratoria di inefficacia del negozio (di conferimento e scissione) ai sensi dell’art. 2901 c.c., disciplinante l’azione revocatoria. Secondo l’ente riscossore, infatti, la società debitrice aveva posto in essere atti distrattivi del proprio patrimonio, con particolare riferimento all’unico immobile, oggetto di *leasing*, del valore di oltre 700 mila euro. In primo e in secondo grado, le domande attoree venivano accolte e il debitore soccombente ricorreva in Cassazione.

- per i creditori, il pregiudizio si ha tutte le volte in cui per loro diventi più gravoso recuperare il credito: irrilevante è, pertanto, la previsione della responsabilità in solido in capo alle società beneficiarie.

- L'opposizione non è uno strumento sostitutivo ma aggiuntivo. L'opposizione di cui all'articolo 2503 c.c., quindi, non è l'unico strumento di tutela per i creditori sociali. La più recente sentenza della Corte di Cassazione in questo tema è del 29 gennaio 2021, n. 2153, conformemente a quanto statuito dalla Corte di Giustizia UE (con sentenza del 30 gennaio 2020 in causa C-394/18), conferma ancora una volta che l'azione revocatoria ordinaria dell'atto di scissione societaria, pure se esercitata dal curatore fallimentare ex art. 66 l. fall., è sempre ammissibile, anche in concorso con l'opposizione preventiva dei creditori sociali ex art. 2503 c.c., in quanto la prima mira ad ottenere l'inefficacia relativa dell'atto per renderlo inopponibile al creditore pregiudicato, mentre la seconda è finalizzata a farne valere l'invalidità.

Le questioni, esaminate e decise dalla Suprema Corte con la sentenza in commento, traggono origine dal ricorso per cassazione proposto dal ricorrente avverso la sentenza emessa in sede di appello di conferma della decisione del giudice di prime cure, con la quale era stato dichiarato inefficace, ai sensi dell'art. 2901 c.c., nei confronti del fallimento della s.r.l., attore in primo grado, l'atto di scissione parziale con il quale la società di capitali *in bonis* aveva assegnato alla beneficiaria società di persone parte del suo patrimonio, includente un cespite immobiliare. Con lunga ed articolata motivazione la Corte ha rigettato il ricorso, disponendo la integrale compensazione tra le parti del giudizio di legittimità "trattandosi di questione nuova ed essendo intervenuta la pronuncia della Corte di Giustizia UE nelle more del giudizio di legittimità".

A favore della inammissibilità della azione analizzata si è invece pronunciato il giudice di merito Fallimentare del Tribunale di Roma, con ordinanza 7 novembre 2016, dove ha affermato che l'azione Pauliana (o revocatoria) è incompatibile con il sistema di garanzie e con la

disciplina positiva dettata in materia di scissione societaria, ma anche il Tribunale di Bologna, il 1 aprile 2016, che ha affermato l'incompatibilità tra scissione e revocatoria muovendo proprio dalla individuazione della natura giuridica dell'operazione societari presa in analisi.¹¹⁸

Presta attenzione al tema della scissione societaria e della sua revocabilità anche la Corte di Giustizia UE, che interviene per una verifica di compatibilità tra il rimedio di diritto nazionale (c.d. actio pauliana) e la VI Direttiva in materia societaria.¹¹⁹

La Corte di Giustizia Europea, con sentenza del 30 gennaio 2020, decidendo la causa C-394/18, in seguito ad un rinvio operato dalla Corte di appello di Napoli, si è pronunciata a favore della compatibilità dell'azione revocatoria di diritto italiano con gli artt. 12, 18 e 19, della Dir. n. 82/891/CEE (c.d. VI Direttiva) in materia di scissione societaria.

In particolare, la Corte ha precisato che:

- L'articolo 12 VI Direttiva, nonostante non menzioni l'azione revocatoria fra gli strumenti di tutela previsti per i creditori della scissa, mediante l'utilizzo dell'espressione "quanto meno" al secondo paragrafo dell'articolo suddetto, lascia aperta la possibilità agli stati membri di prevedere altre forme di tutela o di mantenere quelle già esistenti;

- L'azione revocatoria non incide sulla validità dell'atto ma solo sull'efficacia, gli effetti dell'operazione restano stabili.¹²⁰

¹¹⁸ Secondo il Tribunale di Bologna, infatti, "la scissione non rappresenta un negozio traslativo, ma configura invece un'operazione societaria a formazione progressiva volta ad ottenere una nuova articolazione dell'ente. Si tratta, quindi, di un evento modificativo degli statuti delle società partecipanti alla scissione, che determina la riorganizzazione delle strutture societarie senza operare l'estinzione dell'ente, o un effettivo trasferimento di cespiti patrimoniali, che vengono solo allocati in maniera differente all'interno delle diverse strutture sociali".

¹¹⁹ Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 117-2020/A, *Scissione di società e revocatoria: un arretramento della Corte di Giustizia nel processo di modernizzazione del diritto societario dell'Unione Europea* di Dario Latella (Approvato dalla Commissione Affari Europei ed Internazionali il 24 giugno 2020)

¹²⁰ Si precisa che anche nell'ordinamento italiano la distinzione tra invalidità ed inefficacia è netta (quest'ultimo punto è stato evidenziato in modo preciso sia nel dispositivo che nella motivazione della sentenza in analisi).

La Corte, comunque, si è solo pronunciata, non potendo fare diversamente, in termini astratti di compatibilità, non entrando nel merito.

2.1.2 La scissione c.d. negativa

Nella prima parte dell'elaborato abbiamo definito le c.d. scissioni negative, possibili nel caso di patrimonio di valore contabilmente negativo, ma solo se con valore positivo se si considera il suo "valore corrente" (ad alcune condizioni), e inammissibile nel caso del patrimonio di valore negativo sia dal punto di vista contabile che dal punto di vista del suo "valore corrente".

La Cassazione civile, Sez. I, con la sentenza n. 26043 del 20 novembre 2013 si è espressa circa quest'ultimo caso. La Cassazione afferma che nel caso di scissione di società, qualora il valore reale del patrimonio attribuito alla società neo-costituita sia negativo, si realizza un'ipotesi di scissione cosiddetta negativa non consentita, in quanto non potrebbe sussistere alcun valore di cambio e, conseguentemente, non potrebbe aversi una distribuzione di azioni.

Nel caso giunto al vaglio della Corte, la scissione di un patrimonio netto negativo pareva essere stata realizzata con il fine di creare un apparente stato di solvibilità della società scissa, trasferendo ad una società costituita *ex novo* delle passività superiori alle attività. Ciò in quanto non solo il valore contabile del patrimonio netto scisso era negativo, bensì anche il suo valore "reale", ovvero l'ammontare espresso a valori effettivi e correnti. Una simile operazione finirebbe per sostanziarsi in un vero e proprio accollo di debiti da parte di una società, che potrebbe essere di nuova costituzione, od anche già esistente, andando ben oltre quella che dovrebbe essere la causa giuridica della scissione, ovvero una modalità di proseguire i rapporti societari in una struttura organizzativa diversa, perlopiù con istituti, quali la scissione e la fusione, che secondo la più recente e maggioritaria dottrina rappresentano vicende meramente modificative dell'assetto sociale delle società partecipanti.

Ne consegue che, in tale evenienza, si producono gli effetti previsti dall'art. 2506 quater, terzo comma, cod. civ. e, pertanto, l'insolvenza della società scissa e della società beneficiaria deve essere valutata separatamente, avuto riguardo agli elementi attivi e passivi del patrimonio di ciascuna società e tenendo presenti i limiti di responsabilità in relazione rispettivamente alle obbligazioni transitate nel patrimonio della società beneficiaria e alle obbligazioni rimaste nel patrimonio della società scissa.

Secondo i Giudici della Cassazione, quindi, con una scissione contabilmente e “realmente” negativa si realizza uno scopo diverso da quello a cui la scissione dovrebbe essere preordinata, ovvero il mascheramento dello stato di decozione della società scissa la quale, infatti, beneficerebbe di una riduzione del proprio passivo senza peraltro consentire alla beneficiaria di potere attribuire alcunché ai soci, stante l'assenza di un concreto valore economico effettivo.

La Cassazione evidenzia però che, una volta che l'atto di scissione è stato iscritto al registro delle imprese, pur se la scissione “realmente” negativa non sarebbe di per sé ammissibile, si producono gli effetti previsti dall'articolo 2506-quater, comma 3, Cod.civ., con la conseguenza che la solvenza di ciascuna società, scissa e beneficiaria, dovrà essere valutata in modo separato, tenendo conto delle proprie passività e attività post scissione, ed anche dei limiti di responsabilità previsti dall'ordinamento quale effetto della scissione stessa.

Per quanto riguarda invece le operazioni di scissione negative realmente “positive” (ossia, con patrimonio netto positivo espresso a valori correnti), l'ordinamento gli riconosce ampio consenso; il Documento OIC 4, par. 4.3.3, si esprime per l'ammissibilità di tali operazioni, aggiungendo che occorre però che la scissione abbia per beneficiaria una società già esistente. Lo stesso limite della preesistenza della beneficiaria non è invece posto dal Notariato di Milano (Massima n. 72 del 2005), purché la differenza tra valore reale e valore contabile del patrimonio

scisso, rappresentata dal disavanzo di concambio, venga supportata da apposita relazione giurata di stima ex articoli 2343 (per le Spa) o 2365 (per le Srl), Cod.civ.¹²¹.

La Corte di Giustizia non sembra invece esprimersi riguardo alle operazioni di scissione negativa; sembra quindi una propria volontà quella di voler lasciare la disciplina in tal senso alle nazioni stesse.

2.1.3 La successione per il passaggio generazionale

Abbiamo visto come tra le tante finalità raggiungibili con l'operazione di scissione rientri anche quella per la predisposizione del passaggio generazionale, utile per non arrivare impreparati al momento in cui l'imprenditore verrà meno, ed evitare quindi spiacevoli ripercussioni sulle performance aziendali.

Abbiamo visto inoltre le pronunce favorevoli in tal senso da parte dell'Agenzia delle Entrate. Le pronunce in commento pongono le basi su quanto disposto sia a livello comunitario, ma anche nazionale, grazie alle massime della Corte di Cassazione circa il favorire il passaggio generazionale.

L'agevolazione comunitaria in commento trova la sua matrice nella Raccomandazione comunitaria 94/1069/CE che ha l'obiettivo dichiarato di favorire il passaggio generazionale delle imprese di famiglia. La Raccomandazione in esame fa riferimento alle già citate difficoltà che si possono avere con un inadeguato passaggio generazionale. Questa afferma che "ogni anno diverse migliaia di imprese sono obbligate a cessare la loro attività a causa di difficoltà insormontabili inerenti alla successione; che tali liquidazioni hanno ripercussioni negative sul tessuto economico delle imprese nonché sui loro creditori e lavoratori; considerando che tale

¹²¹ Cfr. Euroconference <https://www.ecnews.it/la-scissione-negativa-e-i-paletti-fissati-dalla-cassazione/>

perdita di posti di lavoro e di benessere economico è particolarmente deplorabile in quanto essa non è dovuta alle forze di mercato, ma ad un'insufficiente preparazione della successione e all'inadeguatezza di alcune parti della legislazione degli Stati membri, soprattutto in materia di diritto societario, successorio e fiscale; considerando che interventi volti a sensibilizzare, informare e formare gli imprenditori affinché preparino efficacemente la loro successione finché sono ancora in vita sono atti ad aumentare le probabilità di riuscita della successione stessa (...); considerando che, per preparare la successione, può risultare necessario cambiare la forma giuridica dell'impresa adottando la forma più adeguata per il buon esito di tale operazione; che le imprese non dispongono, in tutti gli Stati membri, di un diritto di trasformazione che consenta di cambiare la loro forma giuridica senza procedere allo scioglimento e alla costituzione di un nuovo ente; (...) considerando che alcune tecniche o forme giuridiche facilitano la successione consentendo di distinguere tra potere gestionale e proprietà dell'impresa; considerando che l'adozione da parte di un'impresa della forma giuridica più adeguata per il buon esito della successione non dovrebbe essere ostacolata dalle modalità fiscali; che quanto detto vale anche per tutte le altre operazioni di preparazione alla successione quali l'apporto di attivi, la fusione, la scissione e lo scambio di quote sociali"¹²². Sulla base di tutto ciò e di altre ragioni espresse dalla Raccomandazione, la Commissione raccomanda agli Stati membri l'adozione di istituti per facilitare la successione nelle piccole e medie imprese al fine di assicurare la sopravvivenza delle stesse ed il mantenimento dei posti di lavoro. Inoltre raccomanda, per la preparazione alla successione, di applicare il principio della neutralità fiscale alle operazioni preparatorie delle successioni quali l'apporto di attivi, la fusione, la

¹²² Raccomandazione della commissione del 7 dicembre 1994 sulla successione nelle piccole e medie imprese (94/1069/CE) Testo in: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994H1069:IT:pdf>

scissione e lo scambio di quote sociali; il principio della neutralità fiscale dovrebbe essere applicato anche alle imposte di bollo e di registro e ad altri analoghi tributi.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 120/2020, riguardante il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 4-ter (recte: dell'art. 3, comma 4-ter) del decreto legislativo 31 ottobre 1990, n. 346 (Approvazione del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni) attraverso un'accurata disamina storica della raccomandazione comunitaria dapprima citata, ne ha ricordato l'intento di "facilitare il passaggio generazionale delle imprese a carattere familiare, che costituiscono (...) una delle componenti essenziali della struttura produttiva del Paese", e ha riconosciuto come "il pagamento delle imposte di successione o di donazione rischia di mettere in pericolo l'equilibrio finanziario dell'impresa e quindi la sua sopravvivenza".

2.2 La nuova direttiva UE su trasformazioni, fusioni e scissioni transfrontaliere

Il 12 Dicembre 2019 è stata pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea la direttiva UE n. 2019/2121 del Parlamento europeo e del Consiglio, che modifica la precedente direttiva n. 2017/1132 in materia di trasformazioni, fusioni e scissioni transfrontaliere.

La nuova direttiva, che dovrà essere recepita da tutti gli Stati Membri entro il 31 gennaio 2023, introduce per la prima volta un regime armonizzato per le trasformazioni e le scissioni transfrontaliere, ossia quelle che coinvolgono più di uno Stato membro.

Prima di questa Direttiva soltanto le fusioni transfrontaliere erano state oggetto di una disciplina armonizzata, prima contenuta nella direttiva 2005/56/CE e poi consolidata nella già citata direttiva 2017/1132.

L'obiettivo principale perseguito dal legislatore europeo attraverso la Direttiva è quello di favorire la mobilità transfrontaliera delle imprese offrendo strumenti normativi predefiniti per

riorganizzare l'assetto societario e migliorare l'allocazione del capitale e dei fattori produttivi, consentendo un più ampio esercizio della libertà di stabilimento che rappresenta uno dei principi cardine del diritto dell'Unione, in conformità con quanto disposto dagli artt. 49, comma 2 e 54 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), garantendo il rispetto del principio di tutela dei lavoratori, dei creditori e dei soci.

La nuova Direttiva si pone l'obiettivo di evitare ciò che è accaduto negli ultimi anni. In sintesi, il riferimento è agli scandali fiscali che hanno mostrato come talune imprese abbiano eseguito operazioni *cross-border*, ad esempio costituendo società controllate in determinati Stati membri senza che tali società effettivamente svolgessero un'attività economica in loco, per scopi abusivi, fraudolenti o criminali, ad esempio al solo fine di eludere o di aggirare la legislazione fiscale nazionale.

La libertà di effettuare scissioni e trasferimenti transfrontalieri rappresenta un'ulteriore estrinsecazione della libertà di stabilimento.

Per quanto riguarda la scissione, l'assenza di una specifica regolamentazione in materia ha reso particolarmente difficile una sua applicazione concreta. Questa è la ragione per cui nella prassi si assiste spesso ad operazioni articolate in più fasi volte a perseguire il medesimo obiettivo delle scissioni transfrontaliere (ad es. attraverso la costituzione di una società estera interamente controllata con il successivo conferimento di attività, ovvero una scissione domestica seguita dal trasferimento della sede all'estero).

Inoltre, parte della dottrina si chiede se siano applicabili, in ambito domestico, alle scissioni transfrontaliere, le stesse disposizioni previste in materia di fusioni transfrontaliere, così come il codice civile spesso rimanda alla normativa della fusione per disciplinare la scissione, ma non sembra esserci per ora una risposta a questo interrogativo.

La scissione regolata dalla Direttiva riguarda unicamente le scissioni in favore di società beneficiarie di nuova costituzione e, volutamente, non prevede regole per le scissioni mediante incorporazione, ossia la fattispecie in cui una società trasferisce attività e passività a società preesistenti. Così come per la fusione e per la trasformazione transfrontaliera, la procedura di scissione *cross-border* si articola in una prima fase nella quale viene redatto il progetto di scissione e la relazione illustrativa per i soci e i dipendenti; il progetto viene poi esaminato da un esperto indipendente che elabora una propria relazione destinata ai soci avente ad oggetto le valutazioni in merito all'adeguatezza della liquidazione in denaro e del rapporto di cambio¹²³; successivamente i documenti esaminati devono essere pubblicati prima dell'approvazione da parte dell'assemblea dei soci della società scissa. Quanto al controllo di legittimità della scissione transfrontaliera predefinita, la Direttiva affida il compito agli Stati membri di designare l'organo giurisdizionale, il notaio o altra autorità competente, con la finalità di controllare la legalità della scissione transfrontaliera per la parte della relativa procedura di realizzazione disciplinata dal diritto degli Stati membri delle società beneficiarie e ad approvare la scissione in esame. Tale autorità si accerta, in particolare, che le società beneficiarie rispettino le disposizioni del diritto nazionale relative alla costituzione e all'iscrizione delle società nel registro delle imprese.

La Direttiva, pertanto, apporta un'importante novità nel mondo delle operazioni straordinarie, *cross-border*, provvedendo ad una regolazione specifica della scissione. L'introduzione di procedure armonizzate per l'implementazione di operazioni di

¹²³ La direttiva prevede che l'autorità competente non rilasci il certificato preliminare alla scissione qualora, in conformità del diritto nazionale, la scissione transfrontaliera è effettuata per scopi abusivi o fraudolenti, comportando la o essendo diretta all'evasione del diritto dell'Unione o nazionale, o all'elusione degli stessi, ovvero, per scopi criminali.

trasformazione, scissione e fusione transfrontaliere per le società di capitali consentirà a queste ultime di beneficiare dei vantaggi di un mercato unico dei capitali e, allo stesso tempo si riuscirà a garantire una tutela uniforme agli azionisti, ai dipendenti e ai creditori della società interessata dall'operazione.

Conclusioni

Come si è cercato di voler mettere in luce in questo elaborato, la messa in opera dell'operazione di scissione da parte dei soggetti *società* non sempre risulta in linea con quanto voluto dal legislatore, nazionale e comunitario, con l'introduzione dell'istituto in esame.

L'operazione è spesso utilizzata per ragioni opportunistiche da parte dei soggetti. Quest'utilizzo improprio si è verificato in particolare all'inizio degli anni 90, a seguito dell'introduzione dell'operazione di scissione, quando si pensava erroneamente di poter aggirare la normativa e di ricorrere a tale istituto anche per la sola ragione di trasferire un immobile da una società ad un'altra, beneficiando della neutralità fiscale prevista per l'operazione di scissione.

Con gli anni, fortunatamente, la disciplina è stata dal legislatore affinata, nel senso che sono state classificate, anche dalla giurisprudenza, come abusive e/o elusive, quelle operazioni di scissione che hanno il solo fine di creare un risultato indegno, perlopiù fiscale, senza invece avere nessuna ragione legata alla riorganizzazione aziendale, al voler dirimere una controversia tra i soci, ad una predisposizione al passaggio generazionale, e senza quindi delle ragioni degne.

Ciò che appare ancora da approfondire è il concetto di applicazione dell'abuso del diritto, ancora di difficile attuazione ai casi concreti, come per l'operazione di scissione. Ciò è dovuto alle difficoltà dei requisiti previsti nella disposizione che, per la loro genericità e ampiezza di interpretazione, non sono sempre suscettibili di essere supportati da adeguate prove circa la loro sussistenza.

Fortunatamente, come abbiamo visto, l'ordinamento prevede sempre il diritto del contribuente a presentare istanza di interpello all'amministrazione finanziaria, potendo quindi richiedere all'Agenzia delle Entrate un parere circa l'esistenza o meno di profili abusivi riguardo una determinata operazione di scissione che si vuole porre in essere.

Si resta in attesa del recepimento da parte degli stati dell'UE della Direttiva UE n. 2019/2121 del Parlamento europeo e del Consiglio, di cui all'ultimo paragrafo dell'elaborato, per comprendere come si intenderà recepire a livello nazionale la disciplina che riguarderà, tra le altre, le operazioni di scissione transfrontaliere.

In conclusione, l'operazione di scissione va ritenuta un istituto molto valido, sia per la risoluzione di situazioni aziendali critiche sia per il raggiungimento di diverse finalità rilevanti per le società, che va tenuto in considerazione a seconda delle necessità aziendali dall'organo amministrativo, senza però abusarne per ragioni opportunistiche, evitando quindi di intercorrere in situazioni abusive e elusive del diritto.

Bibliografia

ANDRIOLA M., *La dialettica tra “aggiramento” e valide ragioni economiche, in una serie di ipotesi applicative della norma antielusiva*, in *Rass. Trib.*, 6/2006;

BETTI R., Sbaraglia G., *L'abuso del diritto in materia tributaria: la giurisprudenza comunitaria*, Il Fisco, 2011;

D. BITONTI, *Scissioni parziali finalizzate al cambio generazionale ed ipotesi elusive*, *Commercialista telematico*, 12 ottobre 2007.

BUSANI A., URBANI F., *Operazioni straordinarie: la fusione*. 2017;

CAGNASSO V.O, Commento all'art. 2506, in *Il nuovo diritto societario, commentario* diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2004;

CARRIROLO F., *La scissione societaria accompagnata dalla successiva cessione delle quote delle beneficiarie*, *Commercialista telematico*, 2011;

CEPPELLINI P., Ceppellini R., *Nessuna elusione fiscale nella scissione non proporzionale con immobili*, *IPSOA Quotidiano*, 2020;

CONFALONIERI M., *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società. Aspetti civilistici, contabili e fiscali delle operazioni straordinarie*, Gruppo24Ore, Milano, 2018.

DEODOTTO D., *Accertamento e riscossione*, Gruppo 24Ore, Milano, 2021;

DEODOTTO D., *Stop alle operazioni circolari*, *IlSole24Ore*, articolo del 28/07/2017;

DE ROSA L., Russo A. , Iori M., *Guida Pratica Operazioni straordinarie*, Gruppo 24 ore, Milano, 2021;

GINEX A., *Non abusivo lo spin-off immobiliare di un gruppo societario*, *Euroconference news*, 12/01/2019;

GIOMMONI F., *La scissione non proporzionale non è (più) elusiva*; *Circolare tributaria n. 49/201*;

LEO A., *L'abuso del diritto nella scissione immobiliare*, in *Il fisco*, n. 34 del 2016;

LUGANO C., *Operazioni straordinarie*, Ceppellini Lugano & Associati Società tra Professionisti, Wolters Kluwer, 2020;

LUGANO R., *Abuso del diritto - Da valutare le scissioni con immobili*, Il Sole 24Ore, articolo del 29/01/2019;

MAISTO G., *Elusione ed abuso del diritto tributario: orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, Giuffrè, Torino, 2009.

MUNARI F., *Il divieto di abuso del diritto nell'ordinamento dell'Unione europea*, Diritto e pratica tributaria, 2015;

POTITO L., *Le operazioni straordinarie nelle economie delle imprese*, Giappichelli, VI edizione, Torino 2009;

PALMIERI G., *Operazioni societarie*, Forum "Società e fallimento", 2009;

QUATTRONE D., *Il rifiuto di tutela in tema di abuso del diritto e l'exceptio doli generalis, Analisi normativa dell'abuso del diritto e del rimedio dell'eccezione di dolo generale, con particolare riguardo agli orientamenti giurisprudenziali più significativi*, Altalex, 2020;

SAGGESE P., *L'abuso del diritto quale principio antielusione tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Fondazione italiana del notariato, Gruppo24Ore;

SCIPIONE, L., *La nuova disciplina delle operazioni straordinarie: trasformazione, fusione, conferimento, scissione, liquidazione delle società di capitali*, UTET, Torino, 2006;

SOSTERO U., *Operazioni straordinarie e aggregazioni aziendali*, Giappichelli, Venezia, 2016;

SPOLIDORO M.S., *Inquadramento giuridico, tipicità e polimorfismo delle operazioni straordinarie*, 2019;

TABELLINI P.I., *L'elusione della norma tributaria*, Giuffrè editore, 2007;

TESAURO F., *Compendio di diritto tributario*, UTET giuridica, Torino, 2020;

Sitografia

- http://www.assonime.it/_layouts/15/Assonime.CustomAction/GetPdfToUrl.aspx?PathPdf=http://www.assonime.it/attivita-editoriale/guide/documents/268167/Book_AbusoDEF.pdf
- <https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quinto/titolo-v/capo-x/sezione-iii/art2506.html#:~:text=Con%20la%20scissione%20una%20societ%C3%A0,o%20quote%20ai%20suoi%20soci.>
- <https://www.commercialistatelematico.com/articoli/2007/10/scissioni-parziali-finalizzate-al-cambio-generazionale-ed-ipotesi-elusive.html>
- <https://www.ecnews.it/la-scissione-negativa-e-i-paletti-fissati-dalla-cassazione/>
- <https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=36/3608&mn=3>
- <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994H1069:IT:pdf>
- https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1942-04-04&atto.codiceRedazionale=042U0262&elenco30giorni=false
- <https://www.ipsoa.it/documents/fisco/imposte-dirette/quotidiano/2017/07/27/non-e-abusiva-la-scissione-finalizzata-all-assegnazione-di-beni-ai-soci>
- <http://www.rivistadirittoeprocesso.eu/upload/Articoli/05-CORVI.pdf>
- <http://www.rivistadirittosocietario.com/inquadramento-giuridico-tipicita-polimorfismo-operazioni.>
- https://static1.squarespace.com/static/55a50b8ee4b00f4e23b93618/t/55e958a2e4b01420b0bd501d/1441355938256/_12+F39_1_Betti-Sbaraglia_def_OK.pdf
- <https://C:/Users/emanu/Downloads/Rassegna%20fusione%202018.pdf>

- <https://www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=43730&dpath=document&dfile=26062020131223.pdf&content=Corte%2BCostituzionale%2C%2B%2BSentenza%2Bn%2E%2B120%2F2020%2C%2Bin%2Btema%2Bdi%2Bimposte%2Be%2Btasse%2C%2Bimposta%2Bsulle%2Bsuccessioni%2Be%2Bdonazioni%2C%2Bprevisione%2Bdell%27esenzione%2Bdall%27imposta%2Bper%2Bi%2Btrasferimenti%2Bdi%2Baziende%2Bo%2Bdi%2Brami%2Bdi%2Besse%2Ba%2Bfavore%2Bdei%2Bdiscendenti%2E%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdocumentazione%2B%2D%2B>

Pareri e risoluzioni

- Risoluzione n. 5/E/2006

<http://www.studiomodolo.it/Documenti/Prassi/Fisco/Risoluz/Gennaio/2006/5.pdf>

- Parere 22 marzo 2007 n. 8

https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/348947/Parere+n+8+del+22+marzo+2007_Parere+n.+8+del+2007.pdf/61f204c1-19ea-187f-605f-963cac46cf2b

- Risoluzione n. 50/E.del 2010

https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/305315/Ris+50+del+11+06+10_RIS.+n.+50E+11+giugno+2010.pdf/f505504e-355d-633d-e19f-c8dee489985d

- Circolare Agenzia delle Entrate 29 maggio 2013 n. 18/E

https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/299195/Circolare+18+29052013_circolare+18e.pdf/1dbba825-b823-f5a9-45eb-9b5b48496d0f

- Risoluzione n. 98/E del 26 luglio 2017

https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/302668/Risoluzione+n+98+del+26+luglio+2017_Risoluzione+n.+98_E+del+26+luglio+2017.pdf/9685eb20-ea5c-2543-97ca-08c9063ff9f4

- Risposta all'interpello 30/2018

https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/307321/Interpello+30+2018_Risposta+n.+30+del+2018.pdf/cdd0a171-6ded-f59d-65c7-f84e590b775c

- Risoluzione n. 39 del 2018

https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/307321/Interpello+39+2018_Risposta+n.+39+del+2018.pdf/e46e68d9-5900-73b7-64b0-a6738a593b9f

- Risoluzione n. 343/E del 23 agosto 2019

https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/1756196/Risposta%2Bn.%2B343_2019.pdf/3fbd88bb-47e1-46e4-f1ab-2a5c2d79606f

- Risoluzione n. 282/2021

https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/0/Risposta_282_23.04.2021.pdf/615f1e98-235e-1593-eeac-b09b7d2aef23