

La circolare tributaria n. 49/2018

La scissione non proporzionale non è (più) elusiva

di Fabio Giommoni - dottore commercialista e revisore legale

Con una serie di risposte a interPELLI pubblicate tra ottobre e novembre 2018 l'Agenzia delle entrate sembra aver definitivamente "sdoganato" la scissione non proporzionale e asimmetrica.

I pregiudizi di elusività dell'operazione in oggetto paiono infatti in gran parte superati, anche grazie alla nuova disciplina dell'abuso del diritto prevista dall'[articolo 10-bis](#) dello Statuto del contribuente.

In particolare, vengono considerate non elusive anche scissioni non proporzionali che comportano l'assegnazione di patrimoni costituiti da singoli beni immobili e non solo da rami d'azienda. Non viene inoltre ribadito il "divieto" di cedere le partecipazioni delle società risultanti dalla scissione.

La scissione non proporzionale e la scissione asimmetrica

La scissione, come è noto, è caratterizzata da un regime di neutralità ai fini delle imposte sui redditi in quanto ai sensi dell'[articolo 173](#), comma 1, Tuir essa "non dà luogo a realizzo né a distribuzione di plusvalenze e minusvalenze dei beni della società scissa".

Questo regime di neutralità, unitamente alla circostanza che la scissione è in grado di "trasferire" beni da un soggetto giuridico all'altro, ha contribuito a caratterizzare l'operazione in oggetto come potenzialmente elusiva da parte dell'Amministrazione finanziaria.

Tant'è che la stessa rientrava nell'elenco delle operazioni contemplate dalla previgente normativa generale antielusiva di cui all'[articolo 37-bis](#), D.P.R. 600/1973.

Questo "pregiudizio" di elusione era tanto più marcato nel caso delle scissioni non proporzionali e asimmetriche, atteso che dette operazioni sono suscettibili di mutare gli assetti proprietari delle società coinvolte e dunque consentono effettivamente di "dividere" i beni della scissa tra i soci di questa, in regime di neutralità fiscale, attraverso una diversa distribuzione delle partecipazioni nella società scissa e in quelle beneficiarie.

Infatti, come evidenziato anche dal Notariato del Triveneto con la massima L.E. 2 - (scissione non proporzionale e scissione asimmetrica - 1° pubblicazione 9 agosto) nella scissione "tipica" le azioni o

quote delle società risultanti da tale operazione (scissa e beneficiarie) sono attribuite ai soci in misura proporzionale alla loro partecipazione originaria.

Cosicché la scissione comporta una redistribuzione del patrimonio della società scissa su più società le quali tuttavia mantengono la stessa compagine sociale della scissa.

Costituiscono eccezioni a tale impostazione generale la scissione non proporzionale e quella asimmetrica.

La prima è disciplinata dal secondo periodo del comma 4 dell'[articolo 2506-bis](#), cod. civ. e prevede una assegnazione ai soci in misura non proporzionale, senza che tale disparità di trattamento sia interamente compensata con conguagli in denaro.

La scissione asimmetrica è invece disciplinata dal secondo periodo del comma 2 dell'[articolo 2506](#), cod. civ., il quale prevede che con il consenso unanime dei soci sia possibile non assegnare ad alcuni di essi partecipazioni in una delle società beneficiarie, ma solo partecipazioni della scissa.

Detta previsione consente, con il consenso unanime dei soci, che ad alcuni di essi non siano assegnate partecipazioni di una o più società risultanti da una scissione (compresa la scissa), compensando tale mancata assegnazione con maggiori partecipazioni in altre società risultanti dall'operazione.

Nella massima n. 28 del Consiglio Notarile della Campania è proposto l'esempio ove la società Alfa Srl è composta da 3 soci: Tizio al 50%; Caio al 30%; Sempronio al 20% e ha un patrimonio del valore di 1 milione di euro.

Viene deliberata la scissione a favore di 3 beneficiarie neo-costituite con attribuzione a Tizio del 100% di Beta Srl (valore patrimoniale 500.000 euro), a Caio del 100% di Gamma Srl (valore patrimoniale 300.000 euro) e a Sempronio il 100% di Delta Srl (valore patrimoniale 200.000 euro).

La prassi sulla scissione non proporzionale in vigore del “vecchio” abuso del diritto

In vigore della disciplina antielusiva di cui all'[articolo 37-bis](#), D.P.R. 600/1973, l'Amministrazione finanziaria con la [risoluzione n. 114/E/2001](#) aveva affrontato il caso di una scissione non proporzionale che conduceva alla “separazione” in 2 parti del patrimonio di una società che esercitava il commercio all'ingrosso e al minuto di autoricambi per autoveicoli. A una prima società, le cui quote erano attribuite a uno dei soci, venivano assegnati solo beni immobili, mentre in una seconda società, attribuita all'altro socio, il rimanente patrimonio aziendale relativo all'attività commerciale.

Nell'occasione l'Agenzia delle entrate aveva chiarito che la scissione deve essere considerata elusiva dal momento che la stessa, di fatto, è unicamente finalizzata alla creazione di una società “contenitore” destinata ad accogliere beni da far circolare successivamente sotto forma di partecipazioni, spostando

la tassazione dai beni di primo grado (immobili) a quelli di secondo grado (partecipazioni), così aggirando le regole poste dal sistema in ordine alla tassazione delle plusvalenze. Nel caso oggetto di interpello la scissione non pareva elusiva in quanto sorretta da valide ragioni economiche consistenti nella continuazione dell'attività commerciale da parte di uno solo dei soci, con il successivo ingresso dei propri figli.

La [risoluzione n. 5/E/2006](#) ha, invece, ritenuto elusiva una scissione non proporzionale di una società immobiliare il cui patrimonio veniva ripartito in 3 società, attribuite agli altrettanti soci della scissa, in quanto, secondo l'Agenzia delle entrate, le ragioni di detta operazione consistevano esclusivamente nella finalità di 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 dall'unipersonalità delle società beneficiarie, dalla ristretta base familiare della compagine societaria della società scissa, dalla gestione degli immobili di tipo meramente "locatizio" 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 immobili dei quali lo stesso potesse liberamente disporre attraverso lo schermo societario e non era diretta invece a una vera riorganizzazione aziendale finalizzata a rendere più efficiente l'esercizio dell'attività d'impresa.

Infine, 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 2 società finalizzate alla gestione di rami aziendali e non di meri contenitori di beni aziendali, per cui l'operazione non doveva essere considerata elusiva.

La scissione prevedeva infatti 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 sostanza, 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 (tipicamente immobili), caratterizzati da una gestione "statica" e soprattutto se poi le partecipazioni nelle società risultanti da tale operazione venivano cedute.

Peraltro, anche la più recente [risoluzione n. 98/E/2017](#) (emessa in vigore del "nuovo" abuso del diritto) precisava che l'operazione di scissione non proporzionale potrebbe assumere valenza elusiva qualora la stessa rappresenti solo la prima fase di un più complesso disegno unitario 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*).

Detta risoluzione riteneva altresì necessario, affinché non siano ravvisabili profili elusivi, che la scissione non proporzionale non sia, di fatto, volta all'assegnazione dei beni della scissa o della beneficiaria attraverso la formale attribuzione dei medesimi a società di "mero godimento", non connotate da alcuna operatività, al solo scopo di rinviare *sine die* la tassazione delle plusvalenze latenti sui beni trasferiti usufruendo del regime di neutralità fiscale. Ma nel caso di specie l'Agenzia delle entrate non ha qualificato l'attività di locazione di beni immobili (ancorché nei confronti dei soci) come "di mero godimento", in quanto produttiva di reddito di impresa.

La prassi sulla scissione non proporzionale con il "nuovo" abuso del diritto

Le interpretazioni ministeriali evidenziate in precedenza sono state rese in vigore della norma generale antiabuso di cui all'abrogato [articolo 37-bis](#), D.P.R. 600/1973.

La disciplina antielusiva è stata riformata nel 2015 e la nuova definizione di abuso del diritto, contenuta nell'[articolo 10-bis](#), L. 212/2000 (Statuto dei diritti del contribuente), stabilisce (comma 1) che

"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".

Ai sensi del comma 2 sono considerate operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali.

Sempre secondo il comma 2, sono indici di mancanza di sostanza economica 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.

I vantaggi fiscali indebiti sono invece rappresentati da benefici realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario.

Non si considerano in ogni caso abusive (comma 3) 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 o dell'attività professionale del contribuente.

Da ultimo, il comma 4 precisa che resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale.

Occorreva pertanto un aggiornamento della prassi ministeriale in tema di scissione non proporzionale alla luce di detta nuova normativa sull'abuso del diritto. Questo è avvenuto, in particolare, con le risposte a interPELLI pubblicate dall'Agenzia delle entrate a partire dal 1° settembre 2018 in base al [provvedimento del direttore del 7 agosto 2018](#).

Nella [risposta n. 36/2018](#) è stato trattato il caso di una scissione societaria non proporzionale con attribuzione della quasi totalità del patrimonio immobiliare, formato da un unico condominio, a favore di 4 Srl unipersonali di nuova costituzione, ognuna delle quali partecipata da ciascuno dei quattro soci della scissa.

Al riguardo l'Agenzia delle entrate, sulla base delle dichiarazioni e delle affermazioni dell'istante, nonché dell'analisi del contenuto dell'istanza di interPELLO e della relativa documentazione integrativa presentata, ha ritenuto che l'operazione di scissione non proporzionale asimmetrica in oggetto non fosse elusiva in quanto non comportante il conseguimento di alcun vantaggio fiscale indebito, né ravvisandosi alcun contrasto con la *ratio* di disposizioni tributarie o con i principi dell'ordinamento tributario. La scissione appariva, infatti, un'operazione fisiologica per consentire ai 4 soci di superare i conflitti sorti fra di loro e proseguire l'attività di gestione degli immobili secondo diverse prospettive imprenditoriali.

La successiva risposta a [interPELLO n. 40/2018](#) ha riguardato una scissione totale non proporzionale di una società che svolgeva attività di locazione di immobili strumentali, mediante la quale tutto il patrimonio sociale (costituito da 20 immobili) veniva omogeneamente suddiviso fra 2 nuove società (esercenti attività di gestione di immobili) facenti capo alle 2 sorelle socie al 50% della società scissa. Tra le 2 sorelle, che avevano ricevuto le quote da un'eredità, erano sorte divergenze di gestione che hanno comportato notevoli frizioni.

L'Agenzia delle entrate ha ritenuto che l'operazione di scissione in oggetto non comportasse il conseguimento di alcun vantaggio fiscale indebito, non ravvisandosi alcun contrasto con la ratio di disposizioni tributarie o con i principi dell'ordinamento tributario, in quanto operazione fisiologica per consentire la divisione delle attività di gestione immobiliare tra le 2 società.

Nella [risposta n. 68/2018](#) veniva affrontato il caso di una scissione parziale non proporzionale asimmetrica effettuata da parte di 2 società (Alfa e Beta) in modo che il gruppo familiare riferibile ai signori Caio risultasse unico proprietario della Alfa e il gruppo familiare facente capo ai signori Sempronio risultasse unico proprietario di Beta, ciascuno con patrimoni composti dalle quote di patrimonio provenienti reciprocamente dalle 2 società originarie.

Anche in questo caso si è ritenuto che l'operazione di scissione non comportasse il conseguimento di alcun vantaggio fiscale indebito, non ravvisandosi alcun contrasto con la *ratio* di disposizioni tributarie o con i principi dell'ordinamento tributario dato che la scissione appariva fisiologica nell'ambito della riorganizzazione delle 2 società, in quanto volta a consentire a ciascun gruppo familiare di continuare la gestione commerciale già di propria pertinenza e di godere del vantaggio patrimoniale e finanziario derivante dalla proprietà e gestione di immobili dati in locazione.

La [risposta n. 70/2018](#) ha trattato una scissione totale non proporzionale asimmetrica di Gamma in favore di tante società beneficiarie unipersonali appositamente costituite quanti erano le sue società socie, seguita dalle fusioni per incorporazione delle singole beneficiarie da parte delle rispettive società controllanti (già socie di Gamma).

Nell'occasione è stato ritenuto che la scissione totale a favore di tante beneficiarie unipersonali appositamente costituite, quanti erano i soci della Gamma, e la successiva incorporazione di queste da parte della società totalmente controllante, non comporti il conseguimento di alcun vantaggio fiscale che possa essere qualificato come indebito.

Ciò dal momento che nell'ipotesi alternativa di scissione di Gamma direttamente a favore delle proprie società socie si sarebbero ugualmente verificati effetti fiscalmente neutrali, al pari di quelli difatti verificatisi.

Solo il complesso caso affrontato dalla [risposta n. 30/2018](#) è stato considerato elusivo.

Si trattava di una operazione di riorganizzazione articolata nelle seguenti 2 fasi:

1. il conferimento da parte dei soci di Alfa, a favore di una società di nuova costituzione, delle rispettive partecipazioni nella predetta società (Alfa), da effettuarsi ai sensi dell'[articolo 177](#), comma 2, Tuir (in "neutralità indotta");

2. la successiva scissione parziale non proporzionale della società conferitaria di nuova costituzione a favore di 3 società beneficiarie di nuova costituzione, ognuna delle quali (società scissa e società beneficiarie) riconducibile a uno dei 4 soci della stessa società conferita.

Completate tali operazioni, ciascuna *holding* risultava titolare del 25% della partecipazione in Alfa.

Secondo l'Agenzia delle entrate detta operazione di riorganizzazione aveva come unico e dichiarato fine quello di trasferire le partecipazioni in Alfa, detenute, in egual misura, da 4 soci persone fisiche non in regime d'impresa (25% cadauno), in 4 *holding* unipersonali, ognuna posseduta da ciascuno dei 4 fratelli.

La citata scissione costituiva, secondo l'Agenzia delle entrate, una fattispecie di abuso del diritto ai sensi dell'[articolo 10-bis](#), L. 212/2000, in relazione all'operazione alternativa che avrebbe consentito la creazione di *holding* unipersonali, ciascuna delle quali detentrica della sola partecipazione (di minoranza) originariamente detenuta dal proprio socio di riferimento, attraverso il conferimento da parte dei 4 delle rispettive partecipazioni del 25% di Alfa in altrettante 4 società di capitali (unipersonali) di nuova costituzione.

Tale conferimento, non riguardando partecipazioni di maggioranza, non avrebbe però potuto godere del regime di cui comma 2 dell'[articolo 177](#), Tuir che può comportare il trasferimento di partecipazioni in neutralità fiscale.

Con l'operazione oggetto del quesito, invece, realizzando prima il conferimento del 100% delle partecipazioni di Alfa (in regime di cui all'articolo 177, Tuir) e poi l'immediata scissione in 4 società della società conferitaria, si otteneva un vantaggio fiscale altrimenti non ottenibile con l'operazione alternativa che appariva più in linea con le normali logiche di mercato.

Conclusioni

A parte l'ultimo caso citato ([risposta n. 30/2018](#)), riguardante la scissione di una *holding* preceduta dal conferimento di partecipazioni, l'Agenzia delle entrate negli interpelli pubblicati tra ottobre e novembre 2018 si è sempre pronunciata favorevolmente in merito alle diverse scissioni non proporzionali e asimmetriche sottoposte dai contribuenti.

Il giudizio di non elusività di tali operazioni non pare più condizionato al "divieto", espresso in passato, di cessione delle partecipazioni nelle società risultanti dalla scissione.

Ciò anche nei casi aventi a oggetto meri compendi immobiliari, con conseguente inevitabile creazione di quelle società "contenitore" che in passato avevano tanto fatto sorgere perplessità di elusività da parte della prassi ministeriale.

La possibilità di cedere le quote di società assegnatarie di rami operativi appariva infatti già superata con la [risoluzione n. 97/E/2017](#), mentre permaneva il dubbio in merito alle società assegnatarie di singoli beni immobili (o comunque di beni caratterizzati da una gestione di “mero godimento” quali marchi, brevetti, partecipazioni, etc.).

Nelle citate risposte a interpello pubblicate nel 2018 l’Agenzia delle entrate si limita, infatti, a precisare che i plusvalori relativi ai componenti patrimoniali trasferiti, mantenuti provvisoriamente latenti, concorreranno alla formazione del reddito secondo le ordinarie regole impositive vigenti al momento in cui i beni fuoriusciranno dalla cerchia dei beni relativi all’impresa, ossia, verranno ceduti a titolo oneroso, diverranno oggetto di risarcimento (anche in forma assicurativa) per la loro perdita o danneggiamento, verranno assegnati ai soci, ovvero destinati a finalità estranee all’esercizio dell’impresa.

In linea generale, dovrebbe pertanto ritenersi superata, come segnalato da parte della dottrina, l’eventualità che la successiva cessione delle partecipazioni nelle società immobiliari risultanti dall’operazione possa configurare la scissione come elusiva.

Ciò alla luce del principio ricavabile dall’[articolo 10-bis](#), comma 4, L. 212/2000, secondo il quale il contribuente è libero di scegliere tra i possibili regimi opzionali offerti dalla legge che comportano un diverso carico fiscale.

Dall’analisi delle risposte dell’Agenzia delle entrate emerge tuttavia come le scelte del contribuente devono orientarsi su operazioni “fisiologiche” rispetto agli interessi economici perseguiti e non su operazioni costruite in modo artificioso solo ed esclusivamente per beneficiare di una disciplina fiscale di favore (il riferimento è, in particolare, alla [risposta a interpello n. 30/2018](#)).