

Dissidi insanabili tra soci e strumenti per la riorganizzazione societaria

di Gian Marco Committeri (*) e Angelo Cerrai (**)

In presenza di un insanabile conflitto tra soci è fondamentale individuare correttamente gli strumenti idonei a risolvere la siffatta situazione di "crisi" societaria. Qualora l'operazione astrattamente più lineare per raggiungere tale obiettivo non fosse, per oggettiva impossibilità, percorribile, ben potrebbe accadere che l'alternativa sequenza negoziale individuata possa essere caratterizzata da un maggior numero di atti e apparire, quindi, più "tortuosa". Se a ciò si aggiunge il fatto che la soluzione risulta caratterizzata da un maggior carico fiscale non sembrerebbe *a fortiori* possibile eccepire alcuna censura sotto il profilo dell'abuso del diritto. Difatti, non può valutarsi come più coerente un'altra sequenza che conduce al medesimo risultato con il medesimo numero di atti negoziali ma con un maggior onere tributario complessivo, essendo legittima la libera scelta del contribuente tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale.

1. Premessa

Può capitare che il **deterioramento dei rapporti tra soci** non renda più opportuno e profittevole la prosecuzione della gestione in comune delle società. Questo può accadere, chiaramente, tanto nel caso in cui il veicolo sia una società operativa quanto se trattasi di una *holding* (ad esempio, di partecipazioni). Le possibili soluzioni sono ovviamente molteplici e dipendono essenzialmente dagli obiettivi e dalle disponibilità, non solo economiche, dei soci. Ipotizzando, per semplicità, che la società sia partecipata da due soci, uno con una quota di maggioranza e l'altro con una quota minoritaria, si può immaginare *sic et simpliciter* che un socio rilevi la quota dell'altro. Tuttavia, qualora questa "strada" non fosse percorribile per qualsivoglia motivo (tipicamente perché non si trova l'accordo sul prezzo ovvero perché, anche se ci fosse con-

vergenza sulla valutazione, il socio potenzialmente acquirente non dispone delle finanze necessarie), si renderebbe ovviamente necessario individuare soluzioni alternative. Soluzioni alternative che, a ben vedere, sono quasi sempre costituite da **operazioni straordinarie** che possono presentare importanti riflessi fiscali, atteso che le varie opzioni **non scontano una fiscalità omogenea** (1) e possono comportare un diverso numero di atti per il raggiungimento di un medesimo risultato sostanziale.

Scopo del presente contributo, quindi, è quello di indagare circa le possibili sequenze negoziali atte alla risoluzione di un insanabile conflitto tra due **soci di una holding** che detiene una partecipazione in una società operativa e il cui socio di maggioranza (persona fisica) intende interrompere il rapporto societario continuando, però, a mantenere la sua partecipazione nella società operativa attraverso un proprio veico-

(*) Dottore commercialista, Alonzo Committeri & Partners - *Equity Partner*.

(**) Dottore commercialista, Alonzo Committeri & Partners - *Associate*.

(1) Si pensi alla neutralità fiscale che caratterizza le opera-

zioni di scissione ma non tutte le operazioni di conferimento di partecipazioni. Difatti, il conferimento di partecipazioni è un'operazione a carattere realizzativo i cui effetti possono essere solo eventualmente "sterilizzati".

lo societario dallo stesso interamente posseduto (2).

2. Scissione della *holding*

La scissione societaria, la cui disciplina è rinvenibile negli artt. 2506 ss. c.c. (3), può concretamente realizzarsi attraverso numerose e diverse modalità operative, il che, di fatto, la rende altamente versatile, ovvero idonea a soddisfare svariate esigenze di riorganizzazione delle strutture imprenditoriali e/o delle compagini sociali. Si tratta, infatti, di un istituto che, proprio per la sua **varietà morfologica**, rappresenta uno dei più dibattuti strumenti giuridici societari del nostro ordinamento. Ordinamento che, si noti, dal 3 luglio 2023 vedrà l'ingresso al suo interno, per mezzo del nuovo art. 2506, comma 1, c.c., della **scissione "con scorporo"**, operazione con cui sarà possibile effettuare la scissione assegnando le azioni o quote di una o più società **beneficiarie di nuova costituzione** (4) non ai soci della società scissa (come avviene normalmente nella scissione) bensì alla società scissa stessa. Pertanto, l'estrazione di patrimonio (non necessariamente un compendio aziendale) dalla società scorporanda e il suo apporto alla società beneficiaria neocostituita potrà avvenire, a scelta della società che si scinde, indifferentemente mediante:

- un'operazione di conferimento;

- un'operazione di scissione (quest'ultima necessariamente in regime di continuità contabile). Nel caso che qui interessa è evidente come l'operazione in grado di ottenere immediatamente il risultato ricercato sarebbe una **scissione totale asimmetrica della holding** con attribuzione della partecipazione riferibile al socio (persona fisica) a una beneficiaria di nuova costituzione da questo interamente posseduta (**NewCo**) (5). L'operazione, infatti, darebbe origine all'attribuzione a due società beneficiarie, ciascuna posseduta integralmente dai soci della scissa (che verrebbe ad estinguersi), del patrimonio della scissa in proporzione alla partecipazione che ciascun socio deteneva nella stessa. L'effettuazione di siffatta operazione, tuttavia, potrebbe essere ostacolata proprio dal **dissidio tra i soci** che, in caso di mancato accordo, potrebbe non renderne possibile l'esecuzione: questo poiché verrebbe meno il **"consenso unanime"** richiesto dall'art. 2506, comma 2, c.c. (6).

In realtà, qualche dubbio in ordine alla necessità di tale consenso si potrebbe porre proprio nei casi di scissione totale giacché, in tal caso, la scissa si estingue e non si ottiene il risultato della mancata attribuzione di partecipazioni nelle beneficiarie ad alcuni soci, che vedrebbero, invece, incrementare la propria quota nella scissa, evenienza possibile solo nei casi di scissione "parziale" e "asimmetrica" (7). L'orientamento

(2) Lo spunto per la riflessione è tratto dall'interessante caso esposto nel documento n. 1 del *Think Tank* di STS Deloitte, "Il conferimento di partecipazioni in società in liquidazione da parte di persone fisiche", febbraio 2023.

(3) Si fa presente inoltre che, nel nostro ordinamento, la disciplina sull'operazione di scissione è contenuta anche nei seguenti articoli:

- art. 12 del D.Lgs. n. 112/2017, per quanto concerne la scissione delle imprese sociali;

- art. 42-bis, c.c., per quanto concerne la scissione delle associazioni riconosciute, non riconosciute e delle fondazioni.

In ambito comunitario, invece, si segnala che, in materia di scissione di società per azioni, la Direttiva UE 2017/1132, pubblicata nella G.U. dell'Unione Europea del 30 giugno 2017, relativa ad alcuni aspetti di diritto societario, al fine di conferire una sistemazione organica alle materie trattate in precedenti Direttive in materia societaria, ha abrogato le Direttive 82/891/CEE, 89/666/CEE, 2005/56/CE, 2009/101/CE, 2011/35/UE e 2012/30/UE, fornendo un quadro normativo uniforme per i soci e i terzi, per il tramite di misure aventi ad oggetto, *inter alia*, anche le scissioni di società per azioni, mediante un'effettiva armonizzazione delle legislazioni nazionali, consentendo così ai soci e ai creditori un'adeguata e obiettiva informazione e un'appropriata tutela dei loro diritti.

(4) La novità è contenuta nel Decreto legislativo approvato dal Consiglio dei Ministri il 23 febbraio scorso e pubblicato il 7 marzo 2023 in G.U., recante attuazione della Direttiva UE 2019/2121, che modifica la Direttiva UE 2017/1132 in tema di trasformazioni, fusioni e scissioni transfrontaliere. Per l'ipotesi di apporto a beneficio di società preesistente, l'operazione di

conferimento rimane dunque l'unica strada percorribile. Come è stato efficacemente notato, tuttavia, "al medesimo risultato cui si arriverebbe mediante uno scorporo 'diretto' in una società beneficiaria preesistente si giungerà comunque articolando l'operazione in due stadi: dapprima, lo scorporo in una *NewCo* e poi la incorporazione della *NewCo* in una società preesistente" (così, A. Busani, "Scissione, debutta lo scorporo di quote anche alla società", in *NT Norme e Tributi Plus* del 6 marzo 2023).

(5) Per scissione "asimmetrica" deve intendersi ogni operazione nella quale sia previsto che ad uno o più soci della scissa non siano attribuite partecipazioni di una qualunque entità in ciascuna delle società risultanti dall'operazione, prescindendo dalla circostanza che si tratti di scissione parziale o totale. In sostanza, si ritiene qualificabile "asimmetrica" la scissione che produce una separazione anche parziale della compagine sociale originaria, scomponendola in due o più *sub*-compagini.

(6) La norma testé richiamata, infatti, dispone 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".

(7) Sul tema si richiama l'arresto giurisprudenziale del Tribunale di Milano (Rg. 202831-1/2020) che limita la necessità del "consenso unanime" alla sola ipotesi in cui alcuni soci non ricevono partecipazioni al capitale delle società beneficiarie ma vedono solo incrementare il loro peso nella società scissa (cfr. nota n. 2 del caso del *Think Tank* Deloitte, cit.). Diversa è la situazione oggetto del giudizio: dato che nel "caso di specie, invece, si verifica una scissione totale, nessuno dei soci divenendo assegnatario di quote della S.r.l. originaria (destinata ad

prevalente, comunque, è nel senso che, verificandosi tale ipotesi, i soci della scissa che non parteciperanno a una o più società risultanti dall'operazione, siano esse la scissa (nell'ipotesi che sopravviva) o una o più beneficiarie, devono necessariamente prestare il proprio consenso all'operazione in applicazione analogica del principio enunciato dall'art. 2506, comma 2, secondo periodo, c.c.

Sul punto, a ben vedere, si potrebbe argomentare come il **"consenso unanime" non sia necessario** nella situazione prospettata, giacché la società scissa si estingue e ai soci viene comunque garantita la partecipazione, attraverso le beneficiarie (*post* operazione), al patrimonio sociale in misura esattamente proporzionale alle partecipazioni possedute (nella scissa, *ante* operazione). Merita altresì ricordare che nel caso di scissione asimmetrica il cui progetto preveda la **facoltà per ciascun socio di optare per la partecipazione in tutte le società interessate** all'operazione di scissione in proporzione alla sua quota di partecipazione originaria non appare necessaria l'esistenza di un consenso unanime all'operazione (8). Infine, il "consenso unanime" richiesto dall'art. 2506, comma 2, c.c., dovrebbe comunque intendersi come il consenso dei soli soci cui non siano assegnate partecipazioni in una o più società partecipanti alla scissione, siano esse la scissa o le beneficiarie. Tale disposizione, infatti, "non appare volta a derogare all'eventuale regola maggioritaria vigente nella società scissa per le decisioni dei soci, bensì a tutelare il diritto individuale di ciascun di essi a non essere estromesso dalle iniziative imprenditoriali cui partecipa" (9).

Non è evidentemente questa la sede per indagare oltre gli aspetti civilistici dell'operazione di scissione "asimmetrica" posto che ciò che qui rileva è semplicemente l'eventuale **impossibilità di deliberare tale operazione**, situazione che, si noti, può derivare anche dalla presenza di **vincoli statutari**, come nell'ipotesi di mag-

gioranze qualificate necessarie per assumere tale deliberazione assembleare.

Una volta assodato che la "strada maestra", peraltro fiscalmente neutrale (10), non risulta percorribile è necessario valutare soluzioni alternative.

3. Un'alternativa alla scissione della holding

Una possibile soluzione alternativa (11) è rappresentata dalla siffatta sequenza negoziale:

- messa in **liquidazione della holding**;
- **conferimento (da parte del socio) in NewCo** della quota detenuta nella *holding* in liquidazione;
- **assegnazione** alla *NewCo* delle azioni possedute dalla *holding* nella società operativa **ad esito del riparto finale** (in natura) della liquidazione.

Appare di immediata evidenza come la sequenza negoziale testé descritta comporti un **numero significativo di passaggi** che può destare *prima facie* perplessità nelle autorità fiscali e condurre a un'analisi della stessa sotto il profilo dell'abuso del diritto, di cui si dirà *infra* (12).

Analizzando i singoli *step* della complessa operazione si possono fare le seguenti considerazioni.

Anzitutto, la messa in **liquidazione (volontaria) della holding** non pare determinare complessità particolari. Tale scelta, infatti, è rimessa alla decisione dei soci e, in assenza di maggioranze statutarie qualificate, può essere assunta dal socio di maggioranza (13). Dal punto di vista fiscale, poi, la messa in liquidazione della *holding* non determina conseguenze rilevanti.

Nel secondo passaggio, quello del **conferimento in NewCo della partecipazione detenuta dal socio persona fisica in holding**, invece, si rende necessario condurre alcune riflessioni. In particolare, essendo la partecipazione oggetto di conferimento in una società in liquidazione, si tratta di comprendere se lo *status* della *hol-*

estinguersi) ma ciascuno di essi divenendo unico socio di ciascuna delle quattro società beneficiarie, così realizzandosi anche una definitiva separazione della compagine (dal che la definizione dell'operazione come scissione totale non proporzionale 'estrema'); con la conseguenza che a tale scissione totale non pare applicabile la disciplina in tema di consenso unanime dei soci dettata per la scissione parziale asimmetrica dal secondo comma dell'art. 2506 Codice civile, disciplina quest'ultima il cui carattere derogatorio dal principio generale di maggioranza esclude ogni interpretazione estensiva o analogica".

(8) In tal senso cfr. Consiglio notarile di Milano, massima n. 30 e Comitato notarile delle Tre Venezie, massima L.E.11 del 9/15.

(9) Cfr. massima del Comitato notarile delle Tre Venezie

(L.E.10 del 9/15).

(10) Evenienza che risulterà importante in sede di valutazione di eventuali profili abusivi della soluzione alternativa prescelta.

(11) Individuata e analizzata nel documento citato in nota 2.

(12) Più volte, infatti, la struttura "tortuosa" della sequenza negoziale è stata ritenuta sintomatica di un abuso del diritto. Si vedano le risposte n. 30 dell'8 ottobre 2018, n. 242 del 5 agosto 2020, n. 493 del 20 luglio 2021, n. 497 del 21 luglio 2021.

(13) Diversamente, la liquidazione potrebbe essere la conseguenza di uno stallo decisionale tra soci che può condurre alla liquidazione giudiziale della società.

ding possa influire in ordine all'applicabilità del **regime di "realizzo controllato"** di cui art. 177, comma 2, del T.U.I.R.

Sul punto, ad avviso di chi scrive, non si ravvedono elementi che possano indurre a ritenere non applicabile il regime fiscale testé citato (14). Difatti, l'operazione di conferimento soddisfa perfettamente tutte le condizioni previste dalla norma, sia quelle soggettive che quelle oggettive. Più specificatamente, sia la società conferitaria che la società conferita sono società di capitali e la conferitaria acquisisce, per effetto del conferimento, il **controllo di diritto** della *holding*. A ciò si aggiunga che non sussistono preclusioni normative circa l'applicabilità del regime fiscale in commento alle operazioni di conferimento aventi ad oggetto società in liquidazione.

Merita tuttavia ricordare come la posizione della Agenzia delle entrate, sebbene riconosca la non abusività dell'operazione di conferimento della partecipazione da parte della persona fisica in una *NewCo* (evenienza che determina una più efficiente gestione fiscale dei flussi di dividendi provenienti dalla società operativa, almeno fintanto che gli stessi permangono nel patrimonio del soggetto IRES), sembra porre comunque la condizione dell'**esercizio di un'attività imprenditoriale da parte della conferitaria** "caratterizzata da un impiego attivo ed efficace delle risorse derivanti dalla distribuzione dei dividendi"; diversamente, se il riassetto conduce a una **mera gestione passiva di asset patrimoniali**, si "evidenzerebbe la natura prettamente fiscale della riorganizzazione posta in essere" (15).

L'ultimo *step* della sequenza negoziale individuata è rappresentato dall'**assegnazione a NewCo della partecipazione nella società operativa** in sede di riparto dell'attivo della *holding* a completamento della liquidazione. Tale "passaggio", si noti, determina **effetti sia sulla holding che sulla NewCo**: per la prima potrebbe emergere una plusvalenza tassabile *ex art.* 86, comma 1, lett. c) (16) e 3 (17) del T.U.I.R., che potrebbe essere ammessa, al ricorrere di tutte le condizioni, al regime di esenzione previ-

sto dall'art. 87 del T.U.I.R. ("PEX"), mentre per la *NewCo* le conseguenze fiscali dell'assegnazione sono più complesse.

Occorre infatti considerare che, ai sensi del comma 5-*bis* dell'art. 86 del T.U.I.R., "nelle ipotesi dell'art. 47, commi 5 e 7, costituiscono plusvalenze le somme o il valore normale dei beni ricevuti a titolo di ripartizione del capitale e delle riserve di capitale per la parte che eccede il valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni". Il combinato disposto delle due previsioni normative determina che (i) non costituiscono utili le somme e i beni ricevuti dai soci delle società soggette all'imposta sul reddito delle società a titolo di **ripartizione di riserve o altri fondi** costituiti con sopraprezzi di emissione delle azioni o quote, con interessi di conguaglio versati dai sottoscrittori di nuove azioni o quote, con versamenti fatti dai soci a fondo perduto o in conto capitale e con saldi di rivalutazione monetaria esenti da imposta (18) mentre (ii) le somme o il valore normale dei beni ricevuti dai soci in caso di **liquidazione 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.

Pertanto, in capo alla *NewCo*, possono sorgere due distinte tipologie di reddito:

- una **plusvalenza** pari alla differenza (positiva) tra il valore riferito alla ripartizione di capitale e riserve di capitale della *holding* e il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione;
- un utile da partecipazione (**dividendo**) corrispondente alla parte di valore normale delle azioni attribuite a titolo diverso dalla ripartizione del capitale o riserve di capitale (19).

Alla luce di quanto finora esposto appare chiaro che la complessiva sequenza negoziale ipotizzata è in grado di generare **redditi imponibili** che, diversamente, non verrebbero a emersione nell'ipotesi in cui fosse stato possibile seguire la "strada maestra" della **scissione asimmetrica, fiscalmente neutrale** *ex art.* 173 del T.U.I.R.

4. Abuso del diritto

L'operazione poc'anzi descritta, chiaramente, deve essere esaminata anche sotto il profilo del-

(14) In tal senso si pronuncia anche il documento citato in nota 2.

(15) Così la risposta ad interpello n. 215 del 26 aprile 2022. Sul punto, in senso critico, cfr. G.M. Committeri - A. Cerrai, "Il vantaggio fiscale indebito 'pesa' troppo nell'interpretazione antiabuso dell'Agenzia delle entrate", in *il fisco*, n. 35/2022, pag. 3307.

(16) La norma dispone che concorrono a formare il reddito le plusvalenze dei beni relativi all'impresa, diversi da quelli indicati al comma 1 dell'art. 85, se "i beni vengono assegnati ai

soci o destinati a finalità estranee all'esercizio dell'impresa".

(17) La plusvalenza è costituita dalla differenza tra il valore normale e il costo non ammortizzato dei beni.

(18) Le somme o il valore normale dei beni ricevuti riducono il costo fiscalmente riconosciuto delle azioni o quote possedute.

(19) Essendo la *NewCo* un soggetto IRES, il dividendo sarà imponibile per il 5% del relativo ammontare *ex art.* 89 del T.U.I.R.

la liceità in ottica antiabuso ai sensi dell'art. 10-bis della Legge n. 212/2000. La predetta analisi si rende necessaria in ragione del fatto che il risultato ricercato dall'operatore si ottiene con una **sequenza negoziale più complessa** e in maniera evidentemente meno diretta rispetto all'operazione di scissione. Il ricorso ad un maggior numero di atti, infatti, è stato spesso considerato dal Fisco come sintomatico di un comportamento abusivo (20). Tuttavia, non potrà non assumere rilievo decisivo la considerazione circa l'impossibilità (civilistica) di perfezionare l'operazione secondo lo schema più "lineare" (scissione totale asimmetrica). Inoltre, la sequenza negoziale, astrattamente "tortuosa", non determina alcun beneficio fiscale; anzi, come si è visto, questa può risultare **più gravosa** dal punto di vista dell'**onere fiscale ad essa complessivamente correlato**.

In sostanza, quindi, la sequenza negoziale prescelta non sembra poter subire valide censure sotto il profilo dell'abuso del diritto (21).

Correttamente il documento da cui trae spunto il presente intervento (22) si chiede se sia possibile indagare, sempre in relazione alla possibile configurazione di una pratica abusiva, circa la maggiore coerenza di una **diversa sequenza negoziale** che inverta gli ultimi due passaggi. Dopo la messa in liquidazione della *holding*, infatti, si potrebbe procedere all'assegnazione *pro-quota* ai soci delle partecipazioni nella società operativa che sarebbero poi oggetto di conferimento nella *NewCo* unipersonale.

Le **conseguenze fiscali** di questa diversa sequenza negoziale sono **profondamente diverse**.

Potrebbe, infatti, configurarsi un **reddito di capitale** in capo al socio persona fisica, *ex art.* 47, comma 7, del T.U.I.R., pari alla differenza tra il valore normale delle partecipazioni ricevute ed il costo fiscalmente riconosciuto delle azioni o quote della scissa che vengono annullate. Tale reddito sarebbe soggetto ad imposta nella misura del **26%**, superiore quindi al carico fiscale che verrebbe ad emersione nella prima ipotesi di sequenza negoziale in cui l'assegnazione in sede di riparto in natura della liquidazione riguardava un soggetto IRES (*NewCo*).

Tuttavia, posto che il risultato finale cui si giunge è esattamente il medesimo (il socio persona fisica arriverà a detenere, indirettamente, attraverso la *NewCo*, la quota di partecipazione nella società operativa allo stesso riferibile) e che il numero di atti negoziali è identico, ci si trova di fronte ad una fattispecie in relazione alla quale torna applicabile il principio secondo cui è consentita al contribuente la **libera scelta tra "operazioni comportanti un diverso carico fiscale"** (23).

Pertanto, la sequenza negoziale inizialmente prospettata **non appare censurabile sotto il profilo dell'abuso del diritto** (i) né assumendo come operazione più "lineare" la scissione asimmetrica (come detto, civilisticamente non percorribile) (ii) né volendo ipotizzare una inversione degli ultimi due *step* giacché - a parità di risultato finale e di "tortuosità" del percorso scelto - la ricerca del minor carico fiscale rientra tra le legittime scelte del contribuente (24).

(20) Cfr. nota 12.

(21) L'unico elemento che potrebbe essere oggetto di valutazione da parte della Agenzia delle entrate sembra essere rappresentato dal fatto (come visto, giuridicamente consentito) che il socio procede a conferire nella *NewCo* la partecipazione in una società in liquidazione. Ci si potrebbe chiedere, infatti, se questo aspetto potrebbe far apparire la sequenza negoziale come "non genuina", priva cioè di valide ragioni economiche extrafiscali non marginali. In sostanza, infatti, la *holding* è destinata ad essere liquidata, per cui l'effetto economico sotteso

riguarda esclusivamente il soggetto cui verrà attribuito il suo patrimonio ad esito del riparto. Tale considerazione, comunque, non appare in grado di avallare una valida censura della struttura negoziale prescelta sotto il profilo dell'abuso del diritto, come si dirà *infra*.

(22) Citato in nota 2.

(23) Ai sensi dell'art. 10-bis della Legge n. 212/2000.

(24) Alla medesima conclusione circa la non censurabilità della sequenza negoziale sotto il profilo dell'abuso del diritto giunge anche il documento del *Think Tank* di STS Deloitte, cit.