

TRIBUTI

SCISSIONE DI SINGOLI ASSET E ABUSO DEL DIRITTO



Gian Marco COMMITTERI

Dottore Commercialista e Revisore Legale
Equity Partner Alonzo, Committeri & Partners

Angelo CERRAI

Dottore Commercialista e Revisore Legale
Associate Alonzo, Committeri & Partners

Non è censurabile sotto il profilo dell'abuso del diritto l'operazione di scissione avente ad oggetto singoli asset (partecipazioni, marchi e immobili). È, quindi, fiscalmente neutrale il passaggio del patrimonio della società scissa a una o più società beneficiarie che non usufruiscano di un sistema di tassazione agevolato, posto che non si determina la fuoriuscita degli elementi trasferiti dal regime ordinario d'impresa. Questa, in sintesi, la risposta a interpello n. 354 del 20 giugno scorso. Si tratta di una posizione condivisibile anche nella precisazione secondo cui è necessario che la scissione non sia, di fatto, volta all'assegnazione dei beni della scissa 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 e/o delle riserve di utili in capo ai soci usufruendo del regime di neutralità fiscale. Sulla natura della beneficiaria quale eventuale società di "mero godimento" è tuttavia necessario che l'analisi dell'Amministrazione finanziaria non sia di tipo "statico", giacché ben potrebbero verificarsi situazioni nelle quali gli asset non siano gestiti in maniera "attiva" per una precisa scelta imprenditoriale, evidentemente temporanea, che non può assurgere ad elemento decisivo al fine di un giudizio antiabuso.

1

PREMESSA

Con la risposta a interpello 20.6.2023 n. 354, l'Agenzia delle Entrate è tornata ad occuparsi della legittimità, in ottica antiabuso, di un'operazione di scissione parziale di singoli asset effettuata da una società in favore del proprio socio unico anch'esso società di capitali e facente parte del medesimo gruppo aziendale. L'intervento dell'Amministrazione finanziaria, in linea con i precedenti pareri resi sul tema,

si rende apprezzabile per i principi espressi e, al contempo, disvela alcune questioni che meriterebbero ulteriori riflessioni da parte dell'Ufficio in quanto, se non correttamente inquadrata, potrebbero sollevare numerose criticità su riorganizzazioni che, a ben vedere, risultano pienamente legittime. Scopo del presente contributo, quindi, è quello di analizzare gli elementi che meriterebbero ulteriori precisazioni da parte dell'Agenzia, cercando al contempo di fornire spunti interpretativi per l'inquadramento, in chiave antievasiva, degli stessi.

PRESUPPOSTI COSTITUTIVI DELL'ABUSO DEL DIRITTO E SCISSIONI DI SINGOLI ASSET

L'art. 10-*bis* dello Statuto dei diritti del contribuente, introdotto dal DLgs. 128/2015 allo scopo di porre fine allo stato di incertezza che fino ad allora gravitava attorno agli elementi costitutivi dell'abuso del diritto¹, riformulando la nozione di elusione/abuso del diritto prevista dall'abrogato art. 37-*bis* del DPR 600/73, stabilisce che per potersi formulare un giudizio di abusività circa una determinata sequenza negoziale si rende necessaria la contemporanea presenza di tre presupposti²:

- la realizzazione di un vantaggio fiscale indebito;
- l'assenza di sostanza economica delle operazioni effettuate;
- la circostanza che il vantaggio costituisca l'effetto essenziale dell'operazione.

L'attuale disciplina dell'abuso, si noti, riconosce espressamente la libertà di scelta del contribuente – peraltro, già costituzionalmente tutelata³ – tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e comportanti un diverso carico fiscale⁴ e relega le valide ragioni economiche dell'ope-

razione al ruolo di mera esimente del regime antielusivo, permettendo così al contribuente di giustificare la propria condotta anche nel caso in cui si verificano i presupposti dell'abuso poc'anzi elencati. A ciò si aggiunga che, come ha avuto più volte modo di chiarire l'Amministrazione finanziaria, il presupposto della realizzazione di un vantaggio fiscale indebito assume rilievo pregiudiziale nella valutazione in chiave antielusiva⁵. Difatti, l'art. 10-*bis* comma 2 lett. b) della L. 212/2000 prevede che debbano considerarsi vantaggi fiscali indebiti i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario. Appare, inoltre, opportuno evidenziare che sin dall'introduzione del predetto art. 10-*bis* sono subito sorti diversi dubbi interpretativi in merito all'individuazione delle norme fiscali di riferimento in relazione alle quali deve essere verificato se il beneficio fiscale eventualmente ritratto dal contribuente sia in contrasto con le relative finalità. In particolare, nel silenzio della norma, ci si è chiesto quali debbano essere prese in considerazione: quelle di cui il contribuente si intende avvalere o quelle che sarebbero state applicate all'operazione alternativa attraverso cui si conseguirebbe in modo più lineare il medesimo risultato giuridico ed economico dell'operazione effettuata⁶?

1 Cfr. Relazione illustrativa del DLgs. 128/2015.

2 Per una disamina dei presupposti costitutivi dell'abuso del diritto, cfr. Zizzo G. "La clausola generale antiabuso - Tra certezza del diritto ed equità del prelievo", in "L'ordinamento tributario italiano", Pisa, 2022; Beghin M. "L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto", Padova, 2021; Miscali M. "Contributo allo studio dell'abuso del diritto", *Dir. prat. trib.*, 4, 2017; AA.VV. "Il nuovo abuso del diritto", a cura di Miele L., Manuali Eutekne, Torino, 2016; Contrino A., Marcheselli A. "Le valide ragioni extrafiscali, non marginali, nella dinamica della contestazione dell'abuso", in "Abuso del diritto e novità sul processo tributario", Milano, 2016; Gallo F. "La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale", *Rass. trib.*, 6, 2015; circ. Assonime 4.8.2016 n. 21.

3 La giurisprudenza di legittimità è pacifica nel ritenere che contestare il diritto di scelta del contribuente tra diverse soluzioni messe a disposizione dall'ordinamento implicherebbe una sindacabilità delle scelte imprenditoriali, con contestuale violazione del principio di libertà delle iniziative economiche costituzionalmente garantito. In tal senso, cfr. Cass. 21.1.2011 n. 1372; Cass. 6.12.2018 n. 31613 in *Sistema Integrato Eutekne*.

4 Così l'art. 10-*bis* co. 4 della L. 212/2000: "Resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale".

5 L'Agenzia ha chiarito che, ai fini della valutazione dell'abuso, "si procede, quindi, prioritariamente alla verifica dell'esistenza del primo elemento costitutivo - l'indebito vantaggio fiscale - in assenza del quale l'analisi antiabusiva si deve intendere terminata. Diversamente, al riscontro della presenza di indebito vantaggio, si proseguirà nell'analisi della sussistenza degli ulteriori elementi costitutivi (assenza di sostanza economica e essenzialità del vantaggio indebito). Infine, solo qualora si dovesse riscontrare l'esistenza di tutti gli elementi, l'Amministrazione finanziaria procederà all'analisi della fondatezza e della non marginalità delle ragioni extrafiscali" (cfr. ris. Agenzia Entrate 3.11.2016 n. 101 e, in termini analoghi, le ris. Agenzia Entrate 27.7.2017 n. 99 e 26.7.2017 n. 98).

6 Si veda, per tutti, la circ. Assonime 21/2016.

Tralasciando in questa sede, per esigenze di sintesi, l'analisi dell'una o dell'altra tesi, per ciò che qui interessa occorre rilevare che l'orientamento della parte pubblica sembrerebbe quello di intendere la formulazione lessicale dell'art. 10-*bis* comma 2 lett. b) ora come riferita alla finalità delle disposizioni applicate, ora anche a quelle che sarebbero altrimenti applicabili, aderendo, di fatto, a seconda dei casi, ad entrambe le tesi sopra menzionate⁷.

Tenuto conto di quanto finora detto, quindi, ai fini del presente contributo **occorre individuare l'eventuale vantaggio fiscale ritraibile dalle scissioni di singoli asset e, successivamente, chiedersi se questo possa essere qualificato come "indebito"**.

A tal fine, giova preliminarmente ricordare che la scissione societaria, la cui disciplina è rinvenibile negli artt. 2506 ss. c.c.⁸, può concretamente realizzarsi attraverso numerose e diverse modalità operative, il che, di fatto, la rende altamente versatile, ovvero idonea a soddisfare le più svariate esigenze di riorganizzazione delle strutture imprenditoriali e/o delle compagini sociali. In estrema sintesi, accanto alle forme di scissione "tipiche", ovvero quelle espressamente disciplinate dal legislatore, non esistendo nel nostro ordinamento una norma di chiusura che limiti le tipologie di scissione alle sole ipotesi ivi previste⁹, sono rinvenibili altre fattispecie "atipiche", in quanto non perfettamente aderenti allo schema e al procedimento tipizzato nel nostro ordina-

mento e la cui costruzione è rimessa all'autonomia privata. Proprio il carattere polimorfo e polifunzionale¹⁰ della scissione, quindi, fa sì che questa rappresenti uno dei più dibattuti strumenti giuridici societari del nostro ordinamento in quanto ben si presta all'attuazione di possibili arbitraggi fiscali.

Più precisamente, volendo semplificare, si può dire che **l'operazione di scissione presenta profili di elusività** ogniqualvolta finalizzata, di fatto, unicamente a surrogare lo scioglimento del vincolo societario da parte dei soci (o di alcuni di essi) e l'assegnazione agli stessi del patrimonio aziendale imponibile ai sensi dell'art. 86 comma 1 lett. c) e comma 3 del TUIR, attraverso la formale attribuzione dei relativi beni 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 e/o delle riserve di utili in capo ai soci usufruendo del regime di neutralità fiscale.

Pertanto, atteso che, come ampiamente sottolineato dalla giurisprudenza di merito, ai sensi dell'art. 10-*bis* comma 4 della L. 212/2000, le operazioni di riorganizzazione aziendale ben possono essere pianificate per motivi esclusivamente fiscali (a patto che, chiaramente, il vantaggio fiscale che ne deriva non possa qualificarsi come "indebito"), **qualora la condotta del contribuente sia unicamente finalizzata al raggio di precise disposizioni – nel caso di specie quelle recanti l'imponi-**

7 Per un approfondimento circa l'evoluzione degli orientamenti interpretativi dell'Agenzia in tema di abuso del diritto si veda, per tutti, Miele L. "La complessa interpretazione dell'abuso del diritto nella prassi dell'Agenzia delle entrate", *Corr. trib.*, 7, 2022.

8 Si fa presente inoltre che, nel nostro ordinamento, la disciplina sull'operazione di scissione è contenuta anche nei seguenti articoli: art. 12 del DLgs. 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.UE 30.6.2017, 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'appropriatezza tutela dei loro diritti.

9 In tal senso, Scognamiglio G., "Le scissioni", in "Trattato delle società per azioni", Torino, 2005; massima del Consiglio Notarile di Roma luglio 2016 n. 1.

10 Questa definizione fu attribuita alla scissione, per la prima volta, da D'Alessandro F., Presidente dell'allora Commissione ministeriale incaricata della stesura dello schema del DLgs. 22/91, che introdusse l'istituto della scissione nel nostro ordinamento.

bilità dei singoli asset scissi – l'operazione di scissione non può che ritenersi abusiva.

Viceversa, qualora sussistano le valide ragioni extrafiscali, non marginali, di cui all'art. 10-bis comma 3 della L. 212/2000, l'operazione è da considerarsi pienamente legittima.

Risulta quindi evidente come non si possa giungere *tout court* a un giudizio di abusività della condotta posta in essere dal contribuente senza valutare tutti gli elementi caratterizzanti il caso di specie. Evidenza che, a volte, sembrerebbe esser "sfuggita" alla parte pubblica in ordine alla scissione di alcuni specifici *asset*¹¹.

3

LA SCISSIONE DI PARTECIPAZIONI, MARCHI E IMMOBILI IN FAVORE DEL SOCIO UNICO NELL'OTTICA DELL'AGENZIA

L'Amministrazione finanziaria si è recentemente espressa in ordine alla valutazione circa la legittimità in ottica antielusiva di un'operazione di scissione di singoli *asset* in favore del socio unico della scindenda¹² adottando un'impostazione che trova il favore degli operatori e che appare in linea con il più recente filone interpretativo sul tema¹³.

Nello specifico, il caso sottoposto al vaglio delle Entrate consisteva nella riorganizzazione aziendale di un gruppo ("Gruppo Beta") che si intendeva attuare attraverso un'operazione di scissione parziale di una società ("Alfa") in favore del proprio socio unico ("Beta") con attribuzione a quest'ultimo di partecipazioni, marchi e immobili.

Le ragioni economiche della scissione dei predetti *asset*, si noti, venivano quindi ampiamente motivate dall'istante ed erano essenzialmente rinvenibili nell'esigenza di un efficientamento gestionale del gruppo perseguito attraverso (limitando la sintesi a quelli che appaiono più rilevanti): (i) la concentrazione sulla *holding* della gestione dei marchi del gruppo al fine di meglio gestire a livello strategico detti *asset*; (ii) facilitazione della politica dei dividendi riducendo il numero dei passaggi necessari per arrivare alla *holding* (in quanto Alfa, chiaramente, deteneva partecipazioni in società operative); (iii) efficientamento nella gestione del patrimonio immobiliare di Alfa in quanto Beta era già detentrica di importanti immobili, anche esteri.

L'Agenzia, quindi, nel rendere il proprio parere, dopo aver ricordato la necessaria presenza congiunta dei tre presupposti costitutivi dell'abuso del diritto e del *modus operandi* con cui deve essere condotta l'analisi antiabuso¹⁴, richiamando le previsioni di cui all'art. 173 del TUIR per cui "*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*", ha evidenziato che, in linea di principio, l'operazione di scissione (anche non proporzionale¹⁵) è fiscalmente neutrale e il passaggio del patrimonio della società scissa a una o più società beneficiarie che non usufruiscano di un sistema di tassazione agevolato non determina la fuoriuscita degli elementi trasferiti dal regime ordinario d'impresa. Principio che, ri-

11 Si pensi al caso delle scissioni di sola liquidità che, a ben vedere hanno da sempre destato particolare "attenzione" da parte dell'Agenzia delle Entrate. Sul tema, si veda Committeri G., Cerrai A. "Scissione di sola liquidità e abuso del diritto", *il fisco*, 21, 2023.

12 Cfr. risposta a interpello 20.6.2023 n. 354.

13 Cfr. risposte interpello Agenzia Entrate 8.5.2023 n. 317 e 23.4.2021 n. 282.

14 Cfr. § 2.

15 Cfr. ris. Agenzia Entrate 22.3.2007 n. 56 e Parere del Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive 24.2.2005 n. 5.

corda l'Ufficio, vale tanto nel caso in cui la scissione abbia a oggetto un ramo d'azienda quanto una serie di *asset* (come nel caso di specie dell'interpello ove il patrimonio netto scisso è sostanzialmente costituito da beni che non integrano un'azienda). Risulta quindi evidente come l'Agenzia non potesse far altro che pervenire a un giudizio di **assenza di un indebito vantaggio fiscale** – primo elemento costitutivo dell'abuso del diritto – nell'operazione di scissione prospettata. Così come appare evidente la precisazione della parte pubblica per cui affinché non siano ravvisabili profili elusivi è **necessario che la scissione non sia, di fatto, volta all'assegnazione dei beni della scissa 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 e/o delle riserve di utili in capo ai soci, usufruendo del regime di neutralità fiscale.**

Sul punto, tuttavia, ci si chiede **come si possa effettivamente verificare *tout court* la non operatività della società beneficiaria.** Un impiego statico degli *asset* scissi, sebbene "atipico", potrebbe vedere la sua genesi in precise scelte imprenditoriali effettuate nell'interesse della società beneficiaria¹⁶. Volendo esemplificare, ben potrebbe essere che la beneficiaria sia una società neocostituita *ad hoc* per la gestione di *asset* che, per motivi contingenti, si ritiene di non utilizzarli in attesa della giusta occasione d'impiego o investimento¹⁷. In questo caso, quindi, si dovrebbe, a parer di chi scrive, **considerare un orizzonte temporale che tenga conto delle variabili che possono presentarsi nella scelta di utilizzo di determinati *asset* prima di addivenire a un**

eventuale giudizio di elusività dell'operazione in parola.

4

CONCLUSIONI

Alla luce di quanto finora esposto, si ritiene che la posizione recentemente adottata dall'Agenzia in tema di scissioni di singoli *asset* debba essere accolta con favore per i principi espressi sebbene vi siano ancora alcune questioni che meriterebbero ulteriori riflessioni da parte dell'Ufficio.

In particolare, le precisazioni finali circa l'assegnazione dei beni della scissa ai soci appaiono condivisibili, ma dovrebbero tener conto del fatto che è molto difficile procedere *ab origine* alla verifica dello stato di società di "mero godimento" della beneficiaria (o beneficiarie) senza considerare tutti gli elementi caratterizzanti la fattispecie.

L'impiego che la beneficiaria fa degli *asset* rivenienti dall'operazione di scissione non può che essere uno degli elementi da considerare in chiave antielusiva, ma non il fulcro della valutazione circa la legittimità o meno della riorganizzazione aziendale operata. Difatti, comportamenti "atipici" quali l'inutilizzo del bene ben potrebbero essere giustificati da valide ragioni non marginali di carattere economico e, soprattutto, limitati nel tempo. Chiaramente, qualora il socio disponga degli *asset* in parola in modo meramente personale al solo scopo di rinviare *sine die* la tassazione delle plusvalenze latenti sui beni trasferiti e/o delle riserve di utili in capo ai soci, usufruendo del regime di neutralità fiscale, si dovrebbe sicuramente addivenire a

16 Sul punto, cfr. Committeri G., Cerrai A. "Il vantaggio fiscale indebito 'pesa' troppo nell'interpretazione antiabuso dell'Agenzia delle entrate", *il fisco*, 35, 2022.

17 Si pensi alle scissioni di sola cassa ove la liquidità riveniente dall'operazione potrebbe essere "accumulata" in attesa del giusto investimento senza che ciò possa condurre *tout court* a un giudizio di abusività in chiave antielusiva della riorganizzazione. Difatti, l'impiego della liquidità derivante dalla scissione non può che essere uno degli elementi da considerare in chiave antielusiva e non il fulcro della valutazione circa la legittimità o meno della riorganizzazione aziendale operata. Per un approfondimento, si rimanda a Committeri G., Cerrai A. "Scissione di sola liquidità e abuso del diritto" cit.

una censura da parte dell'Amministrazione finanziaria, posto che in tal caso la riorganizzazione sarebbe inequivocabilmente finalizzata al raggio di precise disposizioni e il vantaggio fiscale ottenuto a seguito dell'operazione non può che considerarsi indebita e, pertanto, l'operazione illegittima. Conclusivamente, è da rilevare come la risposta in commento confermi la complessità della materia dell'abuso del diritto, che, per

le sue caratteristiche intrinseche, deve essere affrontata con estrema cautela dall'Amministrazione finanziaria, la quale, per formulare il proprio giudizio, deve valutare tutti gli elementi che caratterizzano il caso prospettato, senza poter aprioristicamente sancire l'elusività di una data operazione sulla base di assunti che si connotano di elementi fortemente discrezionali, ovvero entrando nel merito delle scelte imprenditoriali del contribuente.