

Scissione societaria non proporzionale di S.r.l. ed eventuale integrazione di un'operazione fiscalmente elusiva ai sensi dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973

di Stefano Fiorentino

Sommario: 1. Definizione del quesito ed esposizione dei fatti - 2. Ricognizione della normativa tributaria di riferimento in tema di scissione societaria con specifico riferimento all'art. 37-bis del DPR n. 600/1973 - 3. Segue. Gli orientamenti manifestati dal Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive in tema di scissione societaria non proporzionale - 4. Valutazione degli eventuali profili elusivi dell'operazione di scissione di Euroveicoli S.r.l. - 5. Conclusioni

1. Definizione del quesito ed esposizione dei fatti

La società Alfa S.r.l. ha interesse ad una valutazione degli effetti fiscali conseguenti ad un'ipotesi di scissione societaria non proporzionale(1), con particolare riferimento alla eventuale natura "elusiva" della stessa ex art. 37-bis del DPR n. 600/1973(2). I fatti salienti della vicenda vengono di seguito esposti.

La compagine sociale della società è di tipo familiare, con una composizione del capitale sociale simmetricamente ripartito fra tre fratelli e le rispettive consorti.

La società, avente sede nella Provincia di Napoli, ha come oggetto principale ed effettivo della propria attività "la vendita di ricambi, accessori e lubrificanti per autoveicoli, leggeri e pesanti, mezzi d'opera, motoveicoli, autoveicoli industriali, mezzi navali da diporto, motori marini". La stessa possiede altresì un distinto ramo aziendale, inerente lo svolgimento del gioco del bowling e di altri giochi di abilità.

E' utile rilevare che in data 1/1/2006 la Alfa S.r.l. ha incorporato la Beta S.n.c., avente la stessa compagine sociale ed il medesimo oggetto sociale della società Alfa S.r.l., e che svolgeva effettivamente la medesima attività commerciale. Dopo la fusione la società ha consolidato e migliorato la propria capacità d'impresa: sin dall'esercizio 2006, infatti, la Alfa S.r.l. (risultante dalla fusione) ha raggiunto un volume di fatturato superiore a €9.000.000), superiore alla somma dei fatturati delle due società ante fusione.

La società, anche per effetto della citata operazione di fusione, risulta essere attualmente titolare di un complesso immobiliare rappresentato da: fabbricato a destinazione commerciale, capannoni, piazzali ed uffici, in cui viene svolta esclusivamente l'attività del commercio all'ingrosso dei ricambi auto ed automezzi (immobile A); fabbricato a destinazione commerciale ubicato nella zona della Provincia di Napoli oggetto di fitto di ramo d'azienda (immobile B) . La predetta società è inoltre titolare di ulteriori immobili siti in Napoli (quattro negozi commerciali ed un appartamento), oggetto di contratto di locazione a terzi.

In merito all'immobile B va detto che lo stesso è attualmente destinato al già evidenziato ramo aziendale, che è autonomo e perfettamente organizzato (con licenze TULPS per il gioco e la somministrazione, impianti, attrezzature ed arredi), inerente lo svolgimento del gioco del bowling nonché di altri giochi di abilità.

E' importante rilevare che la gestione di tale distinto ramo aziendale, ha dato luogo ad alcune gravi divergenze nella compagine sociale di Alfa S.r.l. Il complesso in esame era stato inizialmente concesso in locazione alla società Gamma S.r.l. (la cui compagine era rappresentata dai figli di alcuni soci di Alfa S.r.l.) mediante scrittura privata di affitto di ramo d'azienda dall'anno 2004. Il canone annuo ivi pattuito ammontava ad € 260.000,00 oltre Iva. La società locataria, tuttavia, non è stata in grado di onorare i propri obblighi contrattuali, ed a fronte di tale inadempimento si sono manifestati i già segnalati dissensi nella compagine di Alfa S.r.l. Quanto detto si evince, in primo luogo, dal verbale di assemblea ordinaria del febbraio 2006, laddove la proposta di riduzione del canone prestabilito contrattualmente da €260.000,00 a €100.000,00, unitamente ad una rateizzazione dei canoni già scaduti e non pagati, veniva approvata con il voto contrario del socio Rossi e di Bianchi (moglie del socio Rossi). Questi ultimi, tra l'altro, motivavano il proprio dissenso ritenendo non adeguata l'attuale gestione della società locataria, che rischiava di compromettere l'ingente investimento effettuato in tale ramo aziendale da Alfa S.r.l. Le specifiche divergenze

evidenziate venivano successivamente ribadite in occasione dell'assemblea ordinaria del giugno 2007, che approvava il bilancio 2006 di Alfa S.r.l. con l'astensione dei soci Rossi e Bianchi. Ancora, dal verbale di assemblea del settembre 2007, si evince che, preso atto del reiterato inadempimento della società Gamma S.r.l. anche riguardo alle successive e più favorevoli condizioni contrattuali, Alfa S.r.l. ha deliberato (all'unanimità):

1) di dare mandato ad un legale per ottenere la risoluzione del contratto di affitto di ramo d'azienda per inadempimento (incarico poi effettivamente espletato nel settembre 2007);

2) di prendere in considerazione un'operazione di scissione societaria non proporzionale, con l'obiettivo di risolvere il conflitto insorto tra i soci, attribuendo ai soci Rossi e Bianchi l'intero capitale sociale di una società di nuova costituzione (beneficiaria), che avrà la proprietà del complesso aziendale inerente il bowling.

L'ipotesi di progetto di scissione che mi è stato inviato dalla Alfa S.r.l., può essere sinteticamente esposto nei termini che seguono:

E' prevista la costituzione di una nuova società a responsabilità limitata beneficiaria della scissione (d'ora innanzi Beneficiaria). Alla Beneficiaria sarà assegnato il complesso aziendale inerente il bowling, comprendente l'immobile B nonché gli impianti, le attrezzature e gli arredi ivi contenuti. In particolare, alla Beneficiaria andranno tutte le attività (pari ad € 2.976.436,62) e le passività (pari a € 2.409.331,96) correlate a tale compendio, con un netto patrimoniale (composto da capitale sociale, riserva di utili vincolata e riserve di utili) pari a € 567.104,66. Il capitale sociale della Beneficiaria, pari ad € 100.000,00 sarà assegnato esclusivamente ai soci Rossi (per € 57.160,00 pari al 57,16% del capitale) e Bianchi (per € 42.840,00 pari al 42,84% del capitale). Il rapporto di cambio per l'attribuzione delle quote della Beneficiaria è stato stabilito nella misura di 1/3, ovvero la totalità delle quote della Beneficiaria a fronte del 33% detenuto dai due coniugi nel capitale della Alfa S.r.l. (società Scissa).

Gli altri quattro soci della Scissa, non riceveranno quote della Beneficiaria ma otterranno un incremento delle quote di partecipazione nel capitale della società scissa (Alfa S.r.l.), proporzionale alle quote di partecipazione rispettivamente possedute nella Scissa *ante* scissione.

2. Ricognizione della normativa tributaria di riferimento in tema di scissione societaria con specifico riferimento all'art. 37-bis del DPR n. 600/1973

La scissione societaria è disciplinata ai fini delle imposte sui redditi dall'art. 173 del D.P.R. n. 917/1986(3), che prevede un regime di "neutralità" fiscale dell'operazione(4). Per completezza può essere aggiunto che la stessa operazione non è rilevante ai fini Iva ai sensi dell'art. 2, comma 3, lett. f, del D.P.R. n. 633/1972(5), ed è soggetta ad imposte di registro (D.P.R. n. 131/1986, Tariffa I, art. 4), ipotecarie e catastali (D. Lgs. N. 347/1990, art. 10) in misura fissa pari ad €168,00.

Nel quesito formulato, peraltro, non si dubita della ordinaria neutralità fiscale dell'operazione, ma si chiede di valutare in concreto la eventuale natura elusiva dell'operazione di scissione così come prospettata.

L'elusione tributaria, come è noto, è definita in generale quale comportamento dei contribuenti che in sé non viola alcuna norma d'imposizione, e quindi formalmente legittimo, ma in realtà è teso unicamente all'ottenimento di un vantaggio fiscale, ottenuto sovente attraverso un uso "anomalo" degli strumenti giuridici(6). Ora, al di là delle implicazioni generali correlate all'approfondimento di tale fenomeno, la scissione societaria, come già detto, assume peculiare valenza in quanto espressamente richiamata nella disposizione antielusiva di carattere settoriale prevista dall'art. 37-bis, comma 3, D.P.R. n. 600/73(7). Ed è proprio in merito all'applicabilità di tale disposizione alla concreta operazione di cui all'oggetto che andrà sviluppato il parere.

Il comma 1 dell'art. 37-bis, stabilisce che "*so n o inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro(8), privi di valide ragioni economiche(9), diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario(10) e ad ottenere riduzioni d'imposte o rimborsi, altrimenti indebiti(11)*".

Il comma 2 dello stesso articolo, in stretta correlazione logico-sistemica con il primo comma, prevede il potere dell'Amministrazione finanziaria di disconoscere i vantaggi tributari conseguiti dai contribuenti mediante gli atti, i fatti ed i negozi di cui al comma 1, applicando le imposte in base alle disposizioni eluse, al netto del carico fiscale dovuto

per effetto dei "comportamenti" fiscalmente disconosciuti(12).

Come già detto, il comma 3, contiene l'elenco delle operazioni cui è applicabile la disciplina antielusiva *de qua*, operazioni tra le quali è espressamente richiamata la scissione societaria(13).

In merito all'interpretazione dell'art. 37-*bis*, sono state manifestate numerose opinioni, spesso divergenti. La vivacità del dibattito, unitamente alla difficoltà di raggiungere orientamenti unanimemente condivisi e stabili nel tempo, testimonia sicuramente sia la centralità della tematica rispetto alle dinamiche fiscali dell'impresa, sia la difficoltà di inquadramento della stessa; la diversità di orientamenti sugli aspetti più generali, poi, si riflette sull'incertezza "pratica" di una "empirica" distinzione degli atti rivolti ad una pianificazione fiscale "lecita", rispetto ai comportamenti "elusivi" censurabili dall'Amministrazione finanziaria(14).

La risposta allo specifico quesito, peraltro, più che una sofisticata ed esaustiva disquisizione teorica, deve soddisfare un'esigenza concreta ed applicativa, rivolta essenzialmente ad "assicurare" una tendenziale stabilità e prevedibilità delle conseguenze tributarie connesse all'ipotesi di scissione così come prospettata nella descrizione dei fatti. In tale ottica si ritiene importante orientare il parere in funzione degli orientamenti sinora espressi dal Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, che sicuramente costituiranno un fondamentale riferimento anche per l'applicazione dell'art. 37-*bis* alle situazioni future(15).

3. Segue. Gli orientamenti manifestati dal Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive in tema di scissione societaria non proporzionale.

In via preliminare si prende atto che, dopo le modifiche normative introdotte dall'art. 9, comma 6, del D. Lgs. n. 358/1997(16), come ripetutamente affermato dallo stesso Comitato consultivo, "*la scissione, anche non proporzionale, è operazione fiscalmente neutrale e di per sé non elusiva*" (C. cons. parere n. 8 del 22 marzo 2007) (17).

Da ciò discende che gli eventuali profili "elusivi" dell'operazione di scissione vanno verificati alla stregua delle concrete modalità con cui è realizzata l'operazione di scissione; ai sensi dell'art. 37-*bis* assume rilievo, in tal senso, "*la contestuale sussistenza o meno dei presupposti necessari per considerare elusiva un'operazione e, cioè, l'assenza di valide ragioni economiche, l'aggiramento di obblighi o divieti posti dall'ordinamento tributario e l'ottenimento di vantaggi fiscali*" (C. cons. parere n. 10 del 12 aprile 2006) (18). A tal proposito è stato opportunamente precisato che "*il vantaggio fiscale non deriva necessariamente dalla singola operazione di scissione ma dalla realizzazione di atti tra loro collegati e diretti a conseguire in modo formalmente legittimo risparmi d'imposta indirettamente disapprovati dall'ordinamento*" (C. cons. parere n. 8 del 22 marzo 2007) (19).

Nella specifica ipotesi della scissione societaria, è stato evidenziato che la fattispecie dell' "aggiramento elusivo" e del vantaggio fiscale indebito si ravviserebbe ogni qualvolta, nella concreta operazione, appaia prevalente, a scapito del naturale profilo riorganizzativo, una finalità di sostanziale divisione e/o mera assegnazione di cespiti patrimoniali aziendali ai soci ovvero a terzi (cfr. C. cons. parere n. 11 del 12 aprile 2006(20); C. cons. parere n. 31 del 4 ottobre 2006(21); C. cons. parere n. 10 del 22 marzo 2007(22); C. cons. parere n. 8 del 22 marzo 2007); in tali casi "*il risparmio fiscale sarebbe rinvenibile nello spostamento sine die della tassazione delle plusvalenze sui beni stessi, prevista sulla base del valore normale dei medesimi cespiti, ai sensi dell'art. 86, comma 1, lett. c e comma 3, del T.U.I.R.*" (così C. cons. parere n. 8 del 22 marzo 2007).

In particolare, sono stati considerati quali "segnali" del carattere "elusivo" dell'operazione di scissione non proporzionale:

a) l'assenza di una reale prospettiva inerente una migliore utilizzazione dei cespiti aziendali confluiti nella società beneficiaria o nella scissa, laddove prevale un carattere di "mero godimento" dell'attività immobiliare svolta dalle società coinvolte nella scissione (C. cons. pareri n. 8(23) e 10 del 22 marzo 2007(24); C. cons. parere n. 31 del 4 ottobre 2006(25));

b) la successiva e correlata cessione delle partecipazioni societarie della scissa o della beneficiaria (C. cons. parere n. 40 del 18 dicembre 2006(26));

Al contrario sono stati valorizzati quali elementi indicativi della natura "non elusiva" dell'operazione di scissione non proporzionale :

c) la finalità "reale" di risolvere conflitti gestionali insorti tra i soci (C. cons. pareri n. 8 e 10 del 22 marzo 2007);

d) l'effettivo (e diretto) utilizzo ai fini imprenditoriali dei cespiti aziendali assegnati alle società coinvolte nell'operazione di scissione (C. cons. pareri n. 10 e 11 del 12 aprile 2006; C. cons. parere n. 40 del 18 dicembre 2006(27));

e) l'effettivo riscontro di vantaggi (ovviamente anche prospettici) in termini patrimoniali, gestionali o finanziari, derivanti dall'operazione di scissione per le società coinvolte (C. cons. parere n. 10 del 22 marzo 2007; C. cons. pareri n. 10 e 11 del 12 aprile 2006).

4. Valutazione degli eventuali profili elusivi dell'operazione di scissione di Alfa S.r.l.

Le considerazioni e le risultanze interpretative evidenziate, in via generale, sul tema della natura elusiva o meno dell'operazione di scissione non proporzionale, vanno adesso correlate alle risultanze fattuali della scissione della società Alfa così come è stata prospettata.

Nel caso di specie, appare assente il principale profilo di elusività dell'operazione, evidenziato retro sub lett. a). In effetti i principali cespiti immobiliari inerenti il patrimonio aziendale di Alfa S.r.l. appaiono essenzialmente rivolti alla reale gestione di un'attività d'impresa (commercio di ricambi), assumendo un profilo assolutamente marginale i cespiti attualmente locati a terzi. Del resto, lo stesso contratto di locazione dell'immobile B (ramo aziendale bowling), è stato effettivamente risolto in funzione della volontà dichiarata di alcuni soci di gestire direttamente la relativa attività aziendale. In merito all'elemento descritto alla lettera b), non risulta dagli elementi pervenuti che vi sia una volontà dei soci di procedere alla scissione per poi cedere le partecipazioni.

A sostegno invece della natura "non elusiva" dell'operazione e della sussistenza di vantaggi economici effettivi derivanti dall'operazione di scissione non proporzionale di Alfa S.r.l. si segnala che: l'operazione appare effettivamente idonea a risolvere un conflitto "reale" insorto tra i soci in merito alle strategie gestionali dell'impresa (precedente lettera c); dopo l'operazione di scissione si prospetta un utilizzo diretto ai fini imprenditoriali dei principali compendi immobiliari assegnati, che tra l'altro sono oggettivamente connotati come distinti ed effettivi rami aziendali: l'immobile A, rimane destinato all'esercizio diretto dell'attività di commercio di ricambi da parte della società Alfa (futura Scissa); Il complesso B, che risulta interamente assegnato alla Beneficiaria di nuova costituzione, è dichiaratamente destinato alla gestione diretta da parte dei due soci Rossi e Bianchi. Sembra sussistere, quindi, anche l'elemento valorizzato alla precedente lettera d).

Evidenti appaiono pure i vantaggi economici, gestionali e finanziari dell'operazione di scissione nel caso concreto, rilevati alla precedente lettera e). Al di là infatti della soluzione del conflitto tra i soci di Alfa S.r.l., di per sé rilevante, è evidente il vantaggio gestionale per la società Beneficiaria, che potrà gestire direttamente l'attività inerente il compendio aziendale del bowling, assumendo coerentemente su di sé, con la piena ed esclusiva proprietà, sia i rischi che i vantaggi dell'attività d'impresa da intraprendere.

Ma effettivi vantaggi economici sembrano rilevabili anche per la società Scissa. Ed infatti, la diminuzione patrimoniale (pari a € 2.856.436,62) conseguente alla fuoriuscita del comparto aziendale inerente il bowling, non incide sull'attività primaria svolta dalla società; al contrario, la stessa può trarre vantaggio dai correlati trasferimenti delle relative importanti passività sia economiche che finanziarie (pari a complessivi € 2.309.332,96) nonché dei leasing in corso sui beni afferenti il bowling stesso. Tutto ciò, infatti, consente automaticamente alla società scissa Alfa S.r.l. di disporre di significative nuove risorse che possono essere investite nella propria attività d'impresa.

In linea con la natura economica e reale del disegno economico complessivo perseguito con l'operazione di riorganizzazione aziendale, è utile ricordare la già segnalata precedente operazione di fusione tra Alfa S.r.l. e Beta S.n.c. I vantaggi economici di tale operazione sono resi evidenti, tra l'altro, dall'incremento di fatturato della società risultante dalla fusione che, già il primo anno successivo all'operazione (2006), ha registrato un incremento del fatturato superiore alla somma dei fatturati che le due società raggiungevano separatamente l'anno precedente.

5. Conclusioni

Alla stregua delle considerazioni complessivamente svolte, si ritiene che l'operazione di scissione non proporzionale di Alfa S.r.l. non presenti natura fiscalmente "elusiva" ai sensi dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973. E' evidente che tale affermazione presuppone la effettiva conformità alla realtà dei fatti e delle situazioni, così come esaminati e prospettati nel presente scritto.

Note

(1) La scissione non proporzionale si verifica quando le azioni o quote di ogni società beneficiaria vengono assegnate ai soci della società scissa non in proporzione alla loro percentuale di partecipazione al capitale sociale della stessa scissa. L'operazione in commento, consentendo di costituire compagini sociali differenti tra loro, è dotata di un grado di elasticità operativa tale da rappresentare lo strumento ideale per effettuare sistemazioni patrimoniali tra i soci. Il sorgere di un dissidio insanabile tra i soci di una società, ad esempio, potrebbe portare alla liquidazione dell'intero complesso aziendale. Con un'operazione di scissione non proporzionale, invece, il patrimonio può essere suddiviso senza cessare la propria destinazione. Per un approfondimento delle problematiche correlate al fenomeno della scissione non proporzionale, si rinvia alla nota n. 3.

(2) L'art. 37-bis è in vigore dall'8 novembre 1997 e dalla stessa data cessa di trovare applicazione l'art. 10 L. n. 408/1990. La norma in commento è collocata nel D.P.R. n. 600/1973, recante disposizioni in materia di accertamento delle imposte sui redditi. Risulta in tal modo limitato a queste imposte l'ambito di applicazione dell'art. 37-bis. Per approfondimenti in merito all'interpretazione di tale disposizione, si veda, senza pretesa di completezza: D. STEVANATO, *Elusione e sanzioni amministrative: spunti per una discussione*, in *Corr. Trib.*, 1997, 1965; P.M. TABELLINI, *Il progetto governativo antielusione*, in *Boll. Trib.*, 1997, 1062; A. e G. VASAPOLLI, *Analisi critica della nuova norma antielusiva*, in *Corr. Trib.*, 1997, 3631 ss.; P. PICCONE FERRAROTTI, *Riflessioni sulla norma antielusiva introdotta dall'art. 7 del D.Lgs. n. 358/1997 (art. 37-bis del DPR n. 600/1973)*, in *Rass. Trib.*, 1997, 1150 ss.; M. NUSSI, *Elusione tributaria ed equiparazione al presupposto nelle imposte sui redditi: nuovi (e vecchi) problemi*, in *Riv. Dir. trib.*, 1998, I, 529 ss.; P. ANELLO – F. DI DOMENICO, *Profili applicativi della nuova norma antielusiva*, in *Corr. Trib.*, 1998, 1364 ss.; P. RUSSO, *Brevi note in tema di disposizioni antielusive*, in *Rass. Trib.*, 1999, I, 68 ss.; G. RIPA, *Disposizioni antielusive: confronto tra risparmio di imposta ed elusione*, in *Corr. Trib.*, 2000, 1276 ss.; S. CAPOLUPO, *Elusione – Una chiara inversione di rotta*, in *Il Fisco*, 2000, 25 ss.; F. GALLO, *Rilevanza penale dell'elusione*, in *Rass. Trib.*, 2001, 326 ss.; S. COCIANI, *Spunti ricostruttivi sulle tecniche giuridiche di contrasto all'elusione tributaria. Dal disconoscimento dei vantaggi tributari all'inopponibilità al fisco degli atti, fatti e negozi considerati "elusivi"*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2001, I, 765 ss.; J. BLOCH – L. SORGATO, *Fiscalità di gruppo ed elusione*, in *Corr. Trib.*, 2001, 2626 ss.; M. BEGHIN, *Elusione tributaria tra clausole "generali" e disposizioni "correttive" – Alcune chiavi di lettura della vigente disciplina*, in *Il Fisco*, 2002, 3804; D. STEVANATO, *Elusione tributaria, abuso dell'autonomia negoziale e natura del risparmio d'imposta – Nota a sentenza*, in *GT Riv. Giur. Trib.*, 2006, 614 ss.; M. BASILAVECCHIA, *La difficile individuazione dei comportamenti elusivi: funzione della norma generale*, in *Corr. Trib.*, 2006, 1935 ss.

(3) L'art. 173 (previgente art. 123-bis), introdotto dal D.lgs. 30 dicembre 1992, n. 543, fissa i principi generali applicabili a tutte le ipotesi di scissione. Questa, infatti, può assumere forme diverse: può essere totale, con conseguente estinzione della società scissa, ovvero parziale, al termine della quale la società scissa sopravvive con un patrimonio ridotto; può determinare la costituzione di una o più nuove società beneficiarie o prevedere l'incorporazione del patrimonio scisso in società preesistenti; può essere proporzionale, quando ai soci della società scissa sono attribuite quote o azioni delle società beneficiarie in proporzione alla loro originaria quota di partecipazione, o non proporzionale, quando tale proporzione non è rispettata, per esempio perché solo alcuni soci della società scissa diventano soci della

beneficiaria; può prevedere o meno il con cambio di quote o di azioni. Sulla disciplina tributaria della scissione, si veda: F. NAPOLITANO, *Aspetti fiscali di fusioni e scissioni*, in AA.VV., *Fusioni e scissioni*, Milano, 1993, 109; R. LUPI, *Scissione di società (dir. trib.)*, in *Enc. Giur.*, vol. XVIII, Roma, 1996; A. MONTI, *La scissione di società*, in *Imposta sul reddito delle persone giuridiche. Imposta locale sui redditi*, a cura di Tesaro F., in *Giur. Sist. Dir. trib.*, Torino, 1996; A. FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, 924 ss.; P. A. SPITALERI, *Progetto di scissione*, in *La riforma delle società, Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, 494 ss.; F. TIOZZO, *La scissione di società*, in *Trattato teorico pratico delle società*, a cura di Giorgio Schiano di Pepe, Milano, 2005, 463 ss.; G. FALSITTA, *Corso istituzionale di diritto tributario*, Cedam, 2007, 500 ss.; P. MANDARINO, *La fiscalità delle fusioni e scissioni nel Tuir*, Il Sole 24 ORE spa, 2007, 191 ss.; G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, Cedam, 2008, 588 ss.

(4) Art. 173, comma 1: *“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 o minusvalenze dei beni della società scissa, comprese quelle relative alle rimanenze e al valore di avviamento”*. Il principio in commento è ribadito nel successivo comma 2: *“nella determinazione del reddito delle società partecipanti alla scissione non si tiene conto dell’avanzo o del disavanzo conseguenti al rapporto di cambio [...], ovvero all’annullamento di azioni o quote”*. La neutralità fiscale, inoltre, al comma 3, è riaffermata anche con riguardo alle singole posizioni personali dei soci: *“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’art. 47, comma 7 [Tuir], e, ricorrendone le condizioni, degli articoli 58 e 87”*.

E’, però, il caso di notare che il disconoscimento fiscale dei disavanzi da scissione (e da fusione) è stato in parte moderato dall’art. 1, nei commi che vanno dal 242 al 249, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge Finanziaria 2007).

Per approfondimenti sull’argomento, si veda: F. TIOZZO, *La scissione di società*, cit., 464 ss.; G. SEPIO, *Sulla “neutralità” delle scissioni di un patrimonio netto contabile negativo*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2005, 127; M. DI SIENA, *La scissione di un patrimonio netto negativo: note minime sulla disciplina civilistico-contabile e sulle relative implicazioni*, in *Rass. Trib.*, 2006, 265.

(5) Tale norma stabilisce che non sono considerate cessioni di beni i trasferimenti di beni e servizi in dipendenza di fusioni, scissioni o trasformazioni di società. Sul punto v. D. MANDO’ - G. MANDO’, *Manuale dell’Imposta sul valore aggiunto*, XXIII ed., Milano, 2004, 39 e 61.

(6) Sulle implicazioni generali di tale problematica, si rinvia a: U. MORELLO, *Il problema della frode alla legge nel diritto tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 1991, I, 8; S. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale. Il problema dell’elusione fiscale*, Padova, 1992; R. LUPI, *L’elusione come strumentalizzazione delle regole fiscali*, in *Rass. Trib.*, 1994; P. PISTONE, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Padova, 1995; S. FIORENTINO, *L’elusione tributaria. Scelte di metodo e questioni terminologiche*, Napoli, 1996; A. CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, Bologna, 1996; R. LUPI, *Elusione e legittimo risparmio d’imposta nella nuova normativa*, in *Rass. Trib.*, 1997, 1099 ss.; P. RUSSO, *Brevi note in tema di disposizioni antielusive*, in *Rass. Trib.*, 1999, 68; G. ZIZZO, *Brevi considerazioni sulla nuova disciplina antielusione*, in AA. VV., *Commento agli interventi di riforma tributaria*, a cura di Miccinesi, Padova, 1999, 435; G.

ZOPPINI, *Prospettiva critica della giurisprudenza “antielusiva” della Corte di Cassazione (1969-1999)*, in *Riv. Dir. trib.*, 1999, 919; P. M. TABELINI, *Elusione fiscale*, in *Enc. Dir., Aggiornamento – III*, Milano, 1999, 545; A. GARCEA, *Il legittimo risparmio d’imposta*, Padova, 2000; G. ZOPPINI, *Fattispecie e disciplina dell’elusione nel contesto delle imposte reddituali*, in *Riv. Dir. trib.*, 2002, I, 53.

(7) La disposizione in esame stabilisce che quanto previsto nei primi

due commi si applica a condizione che, nell'ambito della condotta in concreto posta in essere, siano utilizzate determinate operazioni, tra le quali anche le scissioni societarie. Al riguardo corre l'obbligo di precisare che, l'abrogata presunzione assoluta di elusività riguardante le scissioni non proporzionali -contenuta nell'ultimo comma dell'art. 123-bis Tuir, in vigore fino al 6 novembre 1997 - impediva l'utilizzo delle operazioni in oggetto per perseguire il frazionamento della compagine sociale, senza tuttavia inseguire intenti elusivi. Con le modifiche normative intervenute, il legislatore ha correttamente adeguato la disciplina italiana in materia di scissioni a quella comunitaria (direttiva n. 434/1990, art. 11, comma 1), la quale stabilisce che i benefici delle scissioni sono revocabili soltanto quando hanno come obiettivo principale la frode o l'evasione fiscale, e l'assenza di valide ragioni economiche può costituire presunzione relativa di un tale colpevole intento. Ai sensi dell'art. 1, comma 5, D.L. n. 209/2002, inoltre, con riferimento alle operazioni di fusione e scissione, è precluso ogni accertamento ai sensi dell'art. 37-bis DPR n. 600/1973, qualora sia stata versata una somma pari al 6% dei disavanzi da annullamento di cui all'art. 6 D.Lgs. n. 358/1997 imputati in bilancio.

(8) Tale espressione sottolinea che il fenomeno elusivo non è determinato, al contrario di quanto si riteneva in passato, da un solo atto, bensì è il risultato di un unico progetto di lungo periodo, nel quale dall'analisi di una singola operazione potrebbe non risultare la natura elusiva. La stessa relazione ministeriale di accompagnamento alla normativa antielusiva sottolinea come il vantaggio fiscale raramente deriva "da una mera fusione, da un mero conferimento, ma [...] da eventi preparatori e consequenziali, come l'acquisto o la cessione di partecipazioni sociali". Sul punto: F. COCIANI, *Spunti ricostruttivi sulle tecniche di contrasto all'elusione tributaria. Dal disconoscimento dei vantaggi tributari all'inopponibilità a l Fisco degli atti, fatti e negozi considerati "elusivi"*, cit., 705 ss.

(9) G. ZIZZO, *La nozione di elusione nella clausola generale*, in *Corr. Trib.*, n. 39, 2006, 3087 ss., secondo il quale il riferimento alle ragioni, ossia ad un contesto di giustificazione, anziché ai motivi, ossia ad un contesto di decisione, del comportamento, colloca l'indagine richiesta su un piano oggettivo; L. POTITO, *Le "valide ragioni economiche" di cui all'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973: considerazioni di un economista d'azienda*, in *Rass. Trib.*, 1999, 59 ss.; S. CAPOLUPO, *Le valide ragioni economiche*, in *Il Fisco*, 2002, 4108 ss.; P. BONAZZA, *Elusione, valide ragioni economiche, e principio di proporzionalità*, in *Boll. Trib. Inf.*, 2002, 253 ss.; G. VANZ, *L'elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, in *Rass. Trib.*, 2002, 1606 ss.; P. MONARCA, *Disposizioni antielusive: i chiarimenti sulle "valide ragioni economiche"*, in *Corr. Trib.*, 1497 ss.; M. ANDRIOLA, *La dialettica tra "aggiramento" e valide ragioni economiche, in una serie di ipotesi applicative della norma antielusiva*, in *Rass. Trib.*, 2006, 1897 ss.; P. M. TABELLINI, *L'elusione della norma tributaria*, Milano, 2007, 235 ss. Si segnala, inoltre, che nella sentenza *Leur Bloem* del 17 luglio 1997, causa C-28/95, la Corte di Giustizia CE ha stabilito che "la nozione di valida ragione economica [...] deve essere interpretata nel senso che trascende la ricerca di un'agevolazione puramente fiscale".

(10) Il requisito dell'aggiramento di obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario ha sollevato qualche perplessità. Le norme tributarie, infatti, non hanno carattere precettivo, atteso che non impongono né vietano determinati comportamenti: esse si limitano a ricollegare a specifici fatti l'insorgere di obblighi fiscali. Sul punto, F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, Parte generale*, Utet, 2006, 259. L'Autore ritiene che "l'elusione è da riferire ad una norma precisa, non all'ordinamento tributario in generale, o ai principi generali dell'ordinamento tributario". In senso contrario, P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario, Parte generale*, Milano, 2002, 222, secondo il quale l'elusione è da rapportare ai "principi di vertice propri del sistema tributario nel suo complesso". Secondo autorevole dottrina, R. LUPI, *Elusione e legittimo risparmio d'imposta nella nuova normativa*, cit., "non appaiono giustificate le preoccupazioni di molti operatori, i quali temono che tutti i vantaggi fiscali connessi alle operazioni indicate nel comma 3 dell'art. 37-bis possano essere sic et simpliciter disconosciuti dal Fisco, e che al contribuente incomba automaticamente l'onere di dare una prova contraria, identificata con le valide ragioni

economiche". Altra autorevole dottrina, G. ZIZZO, *La nozione di elusione nella clausola generale*, cit., sostiene che "l'accertamento della ricorrenza di un risparmio d'imposta, ottenuto mediante l'aggiramento del presupposto di determinati obblighi o divieti stabiliti dall'ordinamento tributario, implica, inevitabilmente, una comparazione tra l'onere tributario ricollegatesi alle posizioni sorte in ragione della condotta seguita e quello ricollegantesi alle posizioni che sarebbero scaturite dall'adozione di un comportamento diverso, assunto a modello". In merito al requisito dell' "aggiramento", si è autorevolmente sostenuto che la volontà del Legislatore si è espressa nel senso di voler conservare autonomo rilievo a tale requisito nel funzionamento dell'art. 37-bis e ciò sarebbe possibile "anche senza allontanare troppo la nozione fiscale di aggiramento dal senso proprio della frode alla legge, e cioè dal perseguimento indiretto di un risultato già vietato da altre norme": S. FIORENTINO, *I crediti delle imprese nell'ires*, Cedam, 2007, 235. Con riferimento all'espressione "fraudolentemente" del precedente art. 10 della L. n. 408/1990, si veda tra gli altri: F. GALLO, *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in *Dir. prat. trib.*, 1992, I, 1779; S. FIORENTINO, *Il problema dell'elusione nel sistema tributario positivo*, in *Riv. Dir. trib.*, 1993, I, 822; F. PAPARELLA, *Riflessioni in margine all'art. 10 della legge 1990, n. 408, relativo alla ristrutturazione delle imprese*, in *Dir. prat. trib.*, 1995, I, 1849.

(11) La norma richiede, dunque, un vantaggio "indebito", un vantaggio, cioè, che non si sarebbe conseguito adottando un percorso diverso, più ortodosso e più oneroso di quello in concreto posto in essere: F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, cit., 260.

Il vantaggio tributario, inoltre, è definito dalla norma quale "riduzione d'imposte o rimborsi", così innovando rispetto all'art. 10, L. n. 408/1990 che non conteneva indicazioni specifiche al riguardo. A differenza della precedente disposizione, il vantaggio non costituisce più il fine esclusivo dell'operazione, bensì il suo risultato. Sulla gravità dell'eliminazione dello "scopo esclusivo" di ottenere un risparmio d'imposta quale presupposto di esistenza dell'elusione: G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, Parte generale*, Cedam, 2005, 202, secondo la cui autorevole voce la condizione dello scopo esclusivo aveva un grandissimo pregio sotto il profilo della certezza del diritto, eliminando ogni margine di discrezionalità applicativa della norma.

(12) Più precisamente, l'Amministrazione finanziaria opera prima una valutazione rescindente, rilevando la condotta elusiva e poi, attraverso un'operazione rescissoria, ricostruisce il dovuto con relativa riqualificazione del comportamento. Il disconoscimento, non è da considerare una sanzione, ma uno strumento, con finalità di compensazione, per ripristinare la norma elusa. Diversamente non sarebbe ipotizzabile un'elusione, ma un'evasione vera e propria.

(13) Il comma 3, dell'art. in commento dispone che "le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano a condizione che, nell'ambito del comportamento di cui al comma 2, siano utilizzate una o più delle seguenti operazioni: [...]". L'attività antielusiva del Fisco può intervenire, dunque, solamente in presenza di una o più delle specifiche operazioni previste dal Legislatore.

Sull'elusività delle operazioni di scissione: F. DEZZANI, *Il riordino abbatte gli ostacoli alle scissioni non proporzionali*, in *Il Sole 24 Ore* del 19 luglio 1997, 16; L. GAIANI, *lone fiscale e scissioni societarie*, in *Informatore Pirolo*, 15, 2001, 37; V. EVANGELISTA, *Nuove pronunce societarie relative all'applicazione dell'art. 37 bis del D.P.R. 600/1973*, in *La Sett. Fisc.*, 15, 2002, 30; L. MIELE, *Le operazioni di scissione societaria tra elusione e pianificazione fiscale*, in *Guida Norm.*, 8, 2005, 19.

(14) E' quanto emerso anche durante il Convegno di Studio sul tema "L'elusione fiscale nell'esperienza europea", (29-30 settembre 1995), R. LUPI *L'elusione fiscale nell' esperienza europea* (relazione al convegno).

(15) Sul punto G. ZIZZO, *Clausola antielusiva, Comitato consultivo e certezza del diritto*, in *Corr. Trib.*, 2006, 175 ss.; L. BUCCI, *La norma generale "antielusiva" nell'interpretazione del Comitato consultivo: alcune considerazioni*, cit., 507 s s . E' opportuno notare che l'Agenzia delle Entrate, con la circolare n. 40 del

27 giugno 2007, ha reso nota la soppressione del Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive e, con essa, la conseguente abrogazione delle disposizioni recate dall'articolo 21 della legge n. 413 del 1991, che disciplinano l'attività del comitato consultivo e l'efficacia dei relativi pareri.

Resta, invece, in vigore il comma 9 del suddetto articolo, che prevede che *"il contribuente, anche prima della conclusione di un contratto, di una convenzione o di un atto che possa dar luogo all'applicazione delle disposizioni richiamate nel comma 2, può richiedere il preventivo parere alla competente direzione generale del Ministero delle finanze (ora Agenzia delle entrate), fornendole tutti gli elementi conoscitivi utili ai fini dalla corretta qualificazione tributaria della fattispecie prospettata"*.

I contribuenti, dunque, potranno continuare a richiedere i pareri dell'Agenzia relativamente all'applicazione delle norme antielusive, ma non è più previsto il riesame dei pareri espressi dall'Agenzia.

(16) Tale disposizione, infatti, come già accennato alla nota n. 13, ha abrogato la previsione di cui all'articolo 123-bis, comma 16, del precedente testo unico delle imposte sui redditi e di conseguenza non è più considerata in ogni caso elusiva l'operazione di scissione parziale non proporzionale.

(17) Il Comitato Consultivo, infatti, ribadisce che *"l'operazione di scissione parziale non proporzionale è fiscalmente neutrale. [...] Per considerare elusiva un'operazione ai sensi dell'art. 37-bis del DPR 29 settembre 1973 n. 600, si deve verificare la contestuale sussistenza dei presupposti ivi prescritti."* Nel caso di specie, ritiene elusiva l'ipotesi di scissione non proporzionale posta in essere, perché finalizzata a risolvere divergenze tra i soci, laddove la mancata rappresentazione di reali e concrete strategie imprenditoriali impedisce di ravvisare nell'operazione un profilo di riorganizzazione aziendale e quindi le *"valide ragioni economiche"* (art. 37-bis, comma 1, D.P.R. 600/1973). L'operazione, diversamente da quanto appare, sarebbe destinata a surrogare lo scioglimento del vincolo societario e la successiva assegnazione del patrimonio immobiliare ai soci, mediante il possesso di partecipazioni in società "contenitori" proprietarie degli immobili stessi. In chiave critica, per una diversa interpretazione delle *"valide ragioni economiche"*, si veda: L. GIARETTA, *Scissione societaria, dissidi tra soci ed elusione fiscale*, nota a C. Cons., parere n. 8 del 22 marzo 2007, in *Riv. Dir. trib.*, XVII, ottobre 2007, 608 ss. Per un approfondimento di tale requisito, si rinvia alla nota n. 9.

(18) C. cons. parere n. 10 del 12 aprile 2006: *"Un'operazione di scissione parziale non proporzionale, finalizzata a consentire la divisione, in regime di neutralità fiscale, di un complesso industriale in due sistemi aziendali effettivamente operanti, non presenta caratteri di elusività in quanto sorretta da valide ragioni economiche e non rivolta all'aggiramento di norme tributarie, salvo che in concreto vengano posti in essere atti, fatti o negozi, diversi od ulteriori rispetto a quelli rappresentati nell'istanza, che incidano sulla struttura e/o sulle finalità dell'operazione, configurandone ex post un carattere elusivo"*. Per un approfondimento: G. CREMONA, M.R. GROSSI, P. MONARCA, N. TARANTINO, *L'elusione fiscale. Evoluzione della normativa, prevenzione del fenomeno e prassi ministeriale*, Il Sole 24Ore Spa, 2006, 242.

(19) C. cons. parere n. 8 del 22 marzo 2007: *"Come più volte affermato da questo Comitato, la scissione, anche non proporzionale, è un'operazione fiscalmente neutrale e di per sé non elusiva. [...] Per considerare elusiva un'operazione ai sensi dell'art. 37-bis, commi 1 e 2, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, si deve verificare la contestuale sussistenza dei presupposti ivi prescritti. Occorre, cioè, che l'operazione non sia sorretta da valide ragioni economiche, sia diretta ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e sia tesa ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti. Come più volte affermato dal Comitato la scissione non proporzionale potrebbe prestarsi ad un uso "distorto" finalizzato ad una mera assegnazione dei beni ai soci. Qualora, infatti, anche una sola delle società risultanti dalla scissione venisse privata di operatività, risultando un mero "contenitore" dei beni trasferiti, il risparmio fiscale sarebbe rinvenibile nello spostamento sine die della tassazione delle plusvalenze sui beni stessi, prevista sulla base del valore normale dei*

medesimi cespiti, ai sensi dell'art. 86, comma 1, lett. c) e comma 3, del T.U.I.R. Nella fattispecie oggetto di esame non emerge un profilo di riorganizzazione aziendale economicamente rilevante a vantaggio della società scindenda e di quelle beneficiarie; non appare ravvisabile, in altri termini, il vantaggio di tipo economico - imprenditoriale di cui la prima società dovrebbe beneficiare in conseguenza della consistente riduzione del patrimonio immobiliare oggetto della propria attività, né, anche in considerazione dell'ampiezza e dell'eterogeneità dell'oggetto sociale di entrambe le beneficiarie, nonché dell'attività svolta in concreto da quella già esistente, le prospettive di migliore utilizzazione o rendimento che dovrebbero concretizzarsi sugli immobili trasferiti. La scissione prospettata appare, piuttosto, destinata a surrogare lo scioglimento del vincolo societario da parte dei soci e l'assegnazione agli stessi di parte del patrimonio immobiliare."

(20) C. cons. parere n. 11 del 12 aprile 2006: *"l'operazione di scissione prospettata, [...] non presenta profili elusivi, nel presupposto che la stessa sia finalizzata non alla mera assegnazione ai soci di parte del patrimonio della scissa e, quindi, alla creazione di "meri contenitori", ma sia volta alla costituzione di soggetti giuridici realmente operativi e dediti ad un'effettiva attività imprenditoriale."*

(21) C. cons. parere n. 31 del 4 ottobre 2006: l'operazione di scissione societaria posta in essere pare, a giudizio del Comitato, non sorretta da valide ragioni economiche (come ragione dell'operazione viene indicata la diversità di orientamento delle due coppie di soci rispetto alla gestione degli immobili) e rivolta all'aggiornamento di norme tributarie, con indebito risparmio d'imposta, in quanto destinata a surrogare una cessione di beni tra società o una ripartizione fra soci; operazioni, queste, ritenute più congrue sul piano giuridico rispetto alle finalità concretamente perseguite e, tuttavia, fiscalmente più onerose (C. cons. parere n. 31 del 4 ottobre 2006). In senso conforme anche, *ex multis*: parere n. 48 del 7 dicembre 2005; pareri nn. 34, 41 e 42 del 14 ottobre 2005. In senso critico con quanto affermato dal C. cons.: D. MURARO, *L'aprioristico predominio delle "valide ragioni economiche" nella formulazione del giudizio di elusività*, nota a parere n. 31 del 4 ottobre 2006, in *Riv. Dir. trib.*, XVII, giugno 2007, n. 6, 393 ss. Va segnalato che il Comitato in qualche caso, ha ravvisato l'esistenza delle suddette "ragioni" proprio nella composizione delle divergenze tra i soci; per esempio: pareri nn. 31 e 42 del 2006, pareri nn. 8, 10, 13 e 22 del 2007.

(22) C. cons. parere n. 10 del 22 marzo 2007: una scissione parziale non proporzionale, volta a sanare i dissidi sorti tra due nuclei familiari in ordine alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale, è elusiva, laddove la ripartizione delle quote di partecipazione venga effettuata mediante sorteggio. L'operazione deve considerarsi diretta ad aggirare il regime d'imponibilità conseguente all'assegnazione dei beni ai soci ed alla liquidazione della società, non essendo sorretta da valide ragioni economiche (C. cons. parere n. 10 del 22 marzo 2007). In senso critico con quanto affermato dal Comitato: D. MURARO, *Elusione fiscale, dissidio tra i soci e sorteggio delle quote di partecipazione da assegnare in occasione della scissione societaria*, in *Riv. Dir. trib.*, XVII, ottobre 2007, n. 10, 618 ss.

(23) *"[...] Quanto finora detto [...] induce a ritenere che l'operazione in questione sia finalizzata non a realizzare un piano organizzazione aziendale nell'interesse delle società coinvolte nell'operazione, ma a soddisfare l'esigenza di suddivisione del patrimonio immobiliare finalizzato ad un uso diretto dei soci."*

(24) *"[...] la soluzione cui la scissione si pone in alternativa è quella della liquidazione della società con assegnazione dei beni tra i soci", differendo sine die l'imponibilità delle plusvalenze.*

(25) *"[...] la scissione prospettata appare destinata a surrogare una cessione di beni fra società o una loro ripartizione fra soci"*

(26) *"[...] l'operazione di scissione non proporzionale in esame non presenta caratteri di elusività nei limiti in cui in motivazione, sempreché non vengano posti in essere atti, fatti o negozi, diversi o ulteriori rispetto a quelli rappresentati nell'istanza, i quali incidano sulla struttura e/o sulle finalità dell'operazione, configurandone *ex post* un carattere elusivo."*

(27) Il Comitato, nel negare la natura elusiva dell'operazione posta in essere, sottolinea che l'intento dei soci è di perseguire, in piena

