

EDITORIALE

Le scissioni non proporzionali nella gabbia dell'abuso

di Giuseppe Zizzo

I. Le indicazioni dell'Agenzia

L'Agenzia delle Entrate ha, nel tempo, definito le condizioni al ricorrere delle quali sarebbe consentito escludere la natura abusiva delle scissioni non proporzionali, costruendo intorno alla stessa una serie di steccati capaci di limitarne sensibilmente la flessibilità.

Secondo l'Agenzia, «affinché non siano ravvisabili profili elusivi, occorre che la scissione non sia, di fatto, volta a surrogare lo scioglimento del vincolo societario da parte dei soci (o di alcuno di essi) e l'assegnazione agli stessi del patrimonio aziendale imponibile ai sensi dell'articolo 86, comma 1, lettera 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»¹.

Questa posizione deve oggi, tra l'altro, essere messa al confronto con le direttive fornite nell'atto di indirizzo “interpretativo e applicativo” adottato dal MEF in materia di abuso del diritto il 26 febbraio 2025.

II. Quali vantaggi fiscali?

Nell'atto di indirizzo il MEF assume che, ai fini della corretta applicazione dell'art. 10-bis L. n. 212/2000, occorre dare «priorità alla ricerca del vantaggio fiscale indebito perché proprio tale vantaggio fiscale e la sua natura indebita - cioè, l'emersione di “benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario” (comma 2, lett. b dell'art. 10-bis) - rappresenta il discriminante tra abuso del diritto e lecito risparmio d'imposta». Occorre dunque individuare il “vantaggio fiscale” che il contribuente avrebbe ottenuto realizzando l'operazione osservata, per poi verificarne la natura “indebita” o meno.

In particolare, per il caso si debba indagare sulla natura indebita dei vantaggi fiscali connessi ad una singola operazione, come nel caso considerato, il MEF ha chiarito che «la soluzione sistematicamente preferibile, nonché quella in grado di garantire maggior certezza applicativa, è guardare alla ratio della norma applicata dal contribuente al fine di verificare se tale ratio sia stata rispettata: l'esito favorevole di questo esame esclude ipso facto l'abuso ed esaurisce ogni altra verifica ...».

In questa prospettiva, per le scissioni non proporzionali occorre misurarsi con la *ratio* dell'art. 173, comma 1, D.P.R. n. 917/1986, e del regime di neutralità fiscale che questa disposizione configura.

Il regime in questione, nelle scissioni come nelle fusioni, è legato alla natura giuridica di queste operazioni, intese come “operazioni sui soggetti”, come operazioni, cioè, che incidono (almeno tipicamente) trasversalmente sulla organizzazione societaria, dividendola e/o combinandola con altre, tanto nella sua componente soggettiva (la compagine sociale) quanto nella sua componente oggettiva (le attività e passività che ne formano il patrimonio). Tant’è che alle disposizioni che la stabiliscono (l’art. 173, commi 1 e 3, per la scissione, l’art. 172, commi 1 e 3, per la fusione) è pacificamente attribuito carattere dichiarativo, e non innovativo.

Del resto, la neutralità fiscale presuppone la continuità di regime (non c’è neutralità se non c’è continuità) su entrambi i piani indicati: su quello della componente soggettiva, con riferimento alle partecipazioni ricevute; e su quello della componente oggettiva, con riferimento alle attività e passività trasferite. E la continuità, di per sé, esclude arbitraggi, e perciò strumentalizzazioni destinate a produrre risparmi d’imposta.

Si deve perciò ritenere che il regime di neutralità non costituisca un “vantaggio fiscale”, di cui si possa (eventualmente) predicare la natura “indebita” ai sensi del comma 2, lett. b), dell’art. 10-bis.

La ricostruzione proposta dall’Agenzia trascura, inoltre, una ulteriore circostanza.

L’accertamento della ricorrenza dei vantaggi fiscali implica la comparazione tra l’onere tributario connesso alla condotta adottata e quello connesso ad un comportamento diverso, assunto a modello. Presuppone pertanto, anzitutto, l’individuazione della condotta indiziata di appartenere al campo dell’abuso e, successivamente, l’individuazione di una condotta modello, da contrapporre alla prima. Quest’ultima deve essere fungibile a quella tenuta dal contribuente. Deve, cioè, essere idonea a produrre il medesimo risultato economico-giuridico prodotto da quest’ultima. Una comparazione tra oneri fiscali ha senso, infatti, solo se le condotte poste a confronto producono i medesimi risultati extra-fiscali. È questa identità a giustificare la cancellazione delle divergenze di regime tributario riscontrabili tra le stesse, consentendo alla clausola antiabuso di appiattire il regime della condotta adottata su quello (maggiormente oneroso) della condotta assunta a modello.

Come evidenziato, ad avviso dell’Agenzia, laddove vi sia l’attribuzione dei beni a società di mero godimento, la scissione non proporzionale eluderebbe la fattispecie dell’assegnazione dei beni ai soci, «*imponibile ai sensi dell’articolo 86, comma 1, lettera c), e comma 3, del Tuir*».

Gli effetti economico-giuridici della scissione non proporzionale non sono però sovrapponibili a quelli dell’assegnazione dei beni ai soci, indipendentemente dalla natura dei beni attribuiti o rimasti. Non è perciò corretto assumere come fungibili le due operazioni, e perciò mettere a confronto la fiscalità della prima con quella della seconda al fine di valutare la ricorrenza di un “vantaggio”.

La scissione, a differenza dell’assegnazione ai soci, anche quando ha ad oggetto singoli beni, e non aziende o rami di azienda, preserva la titolarità “indiretta”, per il

tramite delle beneficiarie, dei beni sociali. E questa titolarità, anche quando funzionale al “mero godimento” dei beni stessi, non è irrilevante per l’ordinamento tributario. Le società “di mero godimento” (benché a certe condizioni destinatarie di una normativa speciale quanto a determinazione dell’imponibile e dell’imposta dovuta) sono infatti dotate della stessa soggettività tributaria delle società “operative”.

A ciò si aggiunga che il comma. 15-ter dell’art. 173, introdotto dal D.Lgs. n. 192/2024, e destinato a regolare le scissioni mediante scorporo (operazioni che, comunque, appartengono alla categoria giuridica delle scissioni), chiarisce, senza che possano residuare margini di dubbio, che l’applicazione del regime di neutralità non è preclusa dalla circostanza che la scissione abbia ad oggetto, anziché un’azienda o un ramo di azienda, uno o più beni.

III. La scelta della forma più vantaggiosa

Ma vi è di più, se anche detti effetti fossero sovrapponibili, e la neutralità della scissione dovesse essere qualificabile come “vantaggio fiscale”, la ricostruzione in esame si troverebbe comunque in urto con l’atto di indirizzo dal MEF. Segnatamente, con la direttiva per la quale, «*quando è lo stesso sistema fiscale ad offrire un’alternativa fiscalmente più vantaggiosa rispetto ad un’altra, la scelta del contribuente non può essere censurata; il vantaggio fiscale è legittimamente conseguito*» (p. 5).

Nel caso considerato, di scelta della scissione non proporzionale in luogo dell’assegnazione dei beni ai soci, opererebbe il principio della libertà di scelta tra soluzioni negoziali fungibili, perché ugualmente adeguate ed efficienti rispetto al risultato economico-giuridico ottenibile, che è stabilito dal comma 4 dell’art. 10-bis. L’esempio di “*alternativa fiscalmente più vantaggiosa*” offerto dall’atto di indirizzo, ossia quello della neutralità fiscale della fusione quale alternativa alla imponibilità della liquidazione, è perfettamente calzante. Il caso di specie prospetta infatti la medesima alternativa tra neutralità fiscale (della scissione) ed imponibilità (dell’assegnazione dei beni ai soci).

La possibilità di qualificare il “vantaggio fiscale” riscontrato, ossia l’applicazione del regime di neutralità in luogo di quello di imponibilità, come “indebito” deve dunque essere esclusa. Per utilizzare i termini utilizzati dal MEF nell’atto di indirizzo, trattandosi di “*operazioni messe sullo stesso piano*”, la scelta della società di servirsi della prima anziché della seconda “*non può essere censurata*”, sicché il vantaggio fiscale che si assume conseguito per effetto di questa scelta è un vantaggio fiscale “*legittimamente conseguito*”.

IV. Il collegamento

Per l’Agenzia il carattere non abusivo della scissione deve, inoltre, «*ritenersi subordinato alla condizione che nessun asset societario sia impiegato per raggiungere obiettivi esclusivamente personali oppure familiari o, in generale, estranei ad un contesto imprenditoriale, e che dalla beneficiaria non provengano flussi finanziari, diversi dai dividendi, a favore dei soci (per esempio, a titolo di*

prestito/garanzia)» (enfasi aggiunta).

Questa prospettiva si rivolge a valorizzare, per giudicare del carattere della scissione non proporzionale, il successivo compimento, da parte delle società coinvolte, di atti dispositivi a favore dei soci. Ovviamente, la stessa, in tanto potrà assumere consistenza, in quanto *(i)* questi atti in concreto si realizzino successivamente alla scissione e *(ii)* siano espressione di una programmazione congiunta a quella di quest'ultima e non una mera eventualità.

In realtà, se è vero che, all'esito della scissione considerata, i soci possono gestire in autonomia le attività che prima gestivano collettivamente, e potrebbero perciò più agevolmente impiegarle «*per raggiungere obiettivi esclusivamente personali oppure familiari o, in generale, estranei ad un contesto imprenditoriale*», è anche vero che la gestione di queste attività resta mediata dalla forma societaria (della scissa per chi resta socio della scissa, della beneficiaria o delle beneficiarie per chi diviene socio della beneficiaria o delle beneficiarie). La permanenza di questa mediazione assicura che il regime fiscale dei beni sociali, e degli atti che li interessano, anche di quelli che ne comportano la disposizione a favore dei soci, non muti in ragione della scissione. Detto altrimenti, gli effetti nella sfera impositiva di questi atti, se realizzati successivamente all'operazione, non differiscono da quelli degli stessi, quando realizzati anteriormente ad essa.

È certamente possibile che ricorrono con maggiore frequenza successivamente all'operazione, ma non è questa una circostanza che, a fronte dell'invarianza di regime, può indurre a prospettare un conflitto con le finalità del regime di neutralità della scissione.

V. Le ragioni

Sempre secondo l'Agenzia delle Entrate, «*rileva il principio per cui le finalità perseguitate attraverso la scissione rappresentata muovono da interessi propri delle società coinvolte e non da interessi dei singoli soci*»². Nel caso la scissione dovesse essere rivolta ad attuare gli interessi dei singoli soci rischierebbe, dunque, di cadere nell'area dell'abuso.

Questa condizione non trova, per il vero, alcun riscontro nell'art. 10-bis, il quale, anzi, nel prevedere, al comma 3, che «*Non si considerano abusive, in ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali*», chiaramente apre alla possibilità di valorizzare, al fine di escludere la configurazione di un abuso, interessi ulteriori rispetto a quelli imprenditoriali, ai quali sembra riferirsi l'Agenzia.

La giustificazione di un'operazione societaria può dunque indifferentemente svilupparsi tanto sul piano degli interessi delle società partecipanti quanto su quello degli interessi dei loro soci, di coloro che tramite esse agiscono, e quindi anche del gruppo o dei gruppi societari di cui le società in questione dovessero eventualmente fare parte. Una determinata operazione potrebbe, in effetti, risultare del tutto priva di senso se riguardata dal punto di vista dell'attività economica svolta dalle società partecipanti, in quanto non destinata a razionalizzarne la struttura, né a migliorarne l'efficienza, e di contro apparire perfettamente logica se inquadrata nelle esigenze

(economiche o personali o familiari) dei loro soci o dei gruppi societari ai quali appartengono. Si pensi proprio alla scissione non proporzionale, tipicamente funzionale alla separazione della compagine sociale, e a consentire ai singoli soci (o gruppi di soci), non più interessati alla prosecuzione del sodalizio, di gestire in modo autonomo una quota del patrimonio sociale, indipendentemente dall'attività che in concreto le società risultanti dall'operazione, ed intestatarie di detta quota, eserciteranno.

VI. Fuori dalla gabbia

Le direttive fornite dal MEF nell'atto di indirizzo impongono una revisione delle posizioni espresse dall'Agenzia in tema di scissioni non proporzionali, che le liberi dai vincoli fissati da quest'ultima, in particolare spingendo fuori dalla gabbia dell'abuso, nel quale l'Agenzia le ha confinate, le scissioni non proporzionali non aventi ad oggetto aziende o rami di azienda.

Anche in queste scissioni, infatti, le attività trasferite alle beneficiarie continuano ad essere gestite in forma societaria, come lo erano prima dell'operazione, e rimangono soggette al regime dei beni d'impresa, come lo erano prima dell'operazione. Nessuna discontinuità, idonea a compromettere la sua fisiologica neutralità, si riscontra pertanto.

Last, but not the least, anche a queste scissioni deve essere riconosciuta una sostanza economica, capace di collocarle fuori da detta gabbia.

Le scissioni non proporzionali non solo sono operazioni idonee a produrre effetti economico-giuridici significativi, diversi dai vantaggi fiscali, posto che, per effetto delle stesse, gli elementi patrimoniali trasferiti alle beneficiarie, indipendentemente dalla loro natura, non saranno più oggetto di gestione comune da parte dei soci della scissa, ma di gestione autonoma, per il tramite le società risultanti dall'operazione, ma altresì sono le operazioni più efficienti utilizzabili per produrre detti effetti.

Esse consentono infatti il transito diretto di detti elementi dalla sfera patrimoniale della scissa a quella delle società beneficiarie, senza alcun passaggio per la sfera patrimoniale dei soci (passaggio ai cui sarebbe invece costretto chi scegliesse la soluzione dell'assegnazione dei beni). Rappresentano, quindi, la forma giuridica maggiormente coerente ed adeguata al risultato da ottenere, ossia la costituzione, con una parte del patrimonio della scissa, o con il suo intero patrimonio, se la scissione è totale, di nuove società, una per ciascun socio (o insieme di soci).

¹ Risposta a interpello n. 217 del 5 novembre 2024. In senso conforme, si vedano altresì: Risposta a interpello n. 37 dell'8 febbraio 2024; Risposta a interpello n. 233 del 1° marzo 2023; Risposta a interpello n. 503 del 12 ottobre 2022; Risposta a interpello n. 496 del 6 ottobre 2022; Risposta a interpello n. 256 del 10 maggio 2022; Risposta a interpello n. 152 del 23 marzo 2022; Risposta a interpello n. 555 del 25 agosto 2021; Risposta a interpello n. 459 del 7 luglio 2021.

² Risposta a interpello n. 35 dell'8 febbraio 2024. In senso conforme, si vedano altresì: Risposta a interpello n. 263 del 21 marzo 2023; Risposta a interpello n. 133 del 21 marzo 2022.