

Scissione a favore di beneficiaria di nuova costituzione con attribuzione di patrimonio netto negativo

Il caso

Si esaminano le conseguenze fiscali di un'operazione di scissione parziale a favore di una società di nuova costituzione, con attribuzione alla beneficiaria di un patrimonio netto contabile negativo (in cui il valore contabile dei debiti assegnati risulti di ammontare superiore al valore contabile degli elementi dell'attivo trasferiti alla società beneficiaria).

Il valore della porzione di patrimonio netto della scissa da assegnare alla società beneficiaria di nuova costituzione è oggetto di un'apposita relazione giurata di stima, volta ad attestare, ai sensi dell'art. 2343 (ovvero 2465) del codice civile (di seguito "c.c."), che il valore effettivo del patrimonio trasferito risulti almeno pari al valore nominale del capitale sociale della beneficiaria di nuova costituzione, al fine di scongiurare fenomeni di "annacquamento" del capitale.

La soluzione

L'operazione prospettata dovrebbe essere considerata e trattata, ai fini fiscali, alla stregua di una normale operazione di scissione.

Osserviamo preliminarmente che, con la Risoluzione n. 12 del 16 gennaio 2009, l'Amministrazione finanziaria ha ritenuto non elusiva un'operazione di scissione parziale non proporzionale con attribuzione di patrimonio netto contabile negativo a favore di società già esistente, muovendo dall'assunto che le regole fiscali che connotano le operazioni di scissione (tra le quali il principio di neutralità fiscale) siano applicabili anche con riferimento alle scissioni di patrimonio netto negativo.

Tale orientamento è stato confermato nella più recente risposta n. 101 del 2018.

Si ritiene che questo indirizzo interpretativo debba valere non solo nel caso in cui l'operazione di scissione sia realizzata con attribuzione di un patrimonio netto contabile negativo a una società di beneficiaria già esistente, ma anche nell'ipotesi di beneficiaria di nuova costituzione.

Le motivazioni

La liceità dell'operazione

La liceità civilistica dell'operazione di scissione con attribuzione di un patrimonio netto contabile negativo (avente un valore reale positivo) a favore di una società beneficiaria costituita *ex novo*, non già preesistente, è dibattuta in prassi e in dottrina.

¹Il principale orientamento contrario, volto ad ammettere l'operazione solo a favore di beneficiaria già esistente, è sostenuto dal Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, il quale ritiene che "l'operazione debba

¹ Una analisi puntuale e completa dei diversi orientamenti della dottrina e della prassi notarile è effettuata nel documento di ricerca del luglio 2018 della Fondazione Nazionale dei Commercialisti del CNDC dal titolo *La scissione negativa: ammissibilità civilistica e profili contabili*.

alternativamente attuarsi: a) mediante riduzione delle riserve della beneficiaria (ovvero, in carenza di riserve capienti, del capitale) in misura tale da assorbire il netto contabile trasferito; b) mediante rilevazione di una minusvalenza” (massima L.E.1 del 2008).

Dello stesso avviso è il seppur risalente principio contabile OIC 4 del gennaio 2007 che, al par. 4.3.3., si esprime nel seguente modo: *“E’ tuttavia ammessa, in accordo con la dottrina, anche l’ipotesi che il valore contabile del patrimonio netto trasferito ad una beneficiaria sia negativo (perché le passività superano le attività) purché però il valore economico sia positivo e si tratti di società beneficiaria già esistente. In questa ipotesi, nel caso della scissione parziale, a seguito del trasferimento la società scissa imputerà a riserva la differenza negativa fra attività e passività dell’azienda trasferita (che per essa costituisce un componente positivo del patrimonio netto)”*.

Secondo altro filone interpretativo, invece, l’operazione verso una beneficiaria di nuova costituzione viene riconosciuta, subordinatamente alla redazione di una relazione di stima del patrimonio della scissa da assegnare alla Newco’ beneficiaria, ai sensi degli artt. 2343 (per le S.p.A.) e 2465 (per le S.r.l.) c.c..

Al riguardo, la Massima n. 72 del Consiglio Notarile di Milano del novembre 2005 ha precisato, partendo dall’analisi dell’operazione di fusione, quanto segue *“...posto che siffatta imputazione del disavanzo da concambio, a differenza di quello da annullamento, comporta la formazione ex novo di capitale sociale non coperto da valori già risultanti nelle scritture contabili e nei bilanci delle società partecipanti alla fusione, è in tal caso necessario che venga redatta anche la relazione di stima del patrimonio della società incorporata a norma dell’art. 2343 c.c., la quale potrà pertanto essere affidata agli esperti incaricati della relazione sulla congruità del rapporto di cambio, in analogia a quanto dispone l’art. 2501-sexies, comma 7, c.c..*

[...] La medesima conclusione deve ritenersi applicabile, mutatis mutandis, anche per la scissione, sia in ipotesi di scissione a favore di società preesistenti (nella quale si riproduce una situazione sostanzialmente analoga a quella della fusione per incorporazione), sia in caso di scissione a favore di società di nuova costituzione (nella quale, invece, l’imputazione del disavanzo da concambio rappresenta addirittura una “conditio sine qua non” per poter dar corso all’operazione, ogni qual volta la parte di patrimonio assegnata ad una beneficiaria di nuova costituzione, pur avendo un valore effettivo positivo, presenti valori contabili negativi)”.

Conforme a tale orientamento è anche la massima n. 1 del luglio 2016 del Consiglio Notarile di Roma, Velletri e Civitavecchia (a cura della Commissione Diritto Societario), secondo la quale *“E’ ammissibile, alle condizioni di seguito indicate, la scissione mediante assegnazione alla o alle beneficiarie di un netto patrimoniale avente valore negativo dal punto di vista contabile, ma positivo a valori correnti.*

In tal caso la determinazione del rapporto di cambio segue le regole ordinarie, atteso che siffatto rapporto non può che tenere conto dei valori effettivi degli elementi patrimoniali considerati nell’operazione.

Sul piano patrimoniale l’operazione è ammissibile laddove ricorra almeno una delle seguenti circostanze:

- 1) si proceda a rivalutare il netto assegnato a valori correnti sulla base di una perizia redatta ai sensi dell’art. 2343 c.c. o dell’art. 2343-ter, secondo comma lett. b), c.c. ovvero dell’art. 2465 c.c.;*
- 2) si tratti di una scissione a favore di beneficiaria preesistente il cui patrimonio netto presenti un saldo positivo idoneo ad assorbire il netto negativo assegnatole, senza dar luogo nella beneficiaria stessa alla fattispecie di cui all’art. 2447 c.c. o dell’art. 2482-ter c.c.;*
- 3) si tratti di una scissione a scopo meramente liquidativo, siccome effettuata a favore di società preesistente in stato di liquidazione e prevedendosi che la società beneficiaria continui ad essere una società in stato di liquidazione”.*

Aspetti civilistici

Sotto il profilo civilistico, l’efficacia di un’operazione di scissione si verifica, in base alla regola generale (art. 2506-quater c.c.), quando *“ha effetto dall’ultima delle iscrizioni dell’atto di scissione nell’ufficio del registro delle imprese in cui sono*

iscritte le società beneficiarie”, e ciò anche nell’ipotesi in cui l’operazione realizzata contrasti con i principi base che regolano l’istituto giuridico (cfr. sentenza della Cassazione 20 novembre 2013, n. 26043).

Nel caso di specie l'operazione analizzata dalla Suprema Corte era relativa a una "scissione reale negativa", realizzata in violazione della normativa del codice e, quindi, un'ipotesi diversa da quella in esame, la quale riguarda invece il caso di una scissione contabile negativa, ma con un trasferimento di patrimonio effettivo positivo.²

In merito preme sottolineare che l'art. 2505-ter c.c. (richiamato per la scissione dall'art. 2506-ter c.c.) dispone che "Alle iscrizioni nel registro delle imprese ai sensi degli articoli 2501-ter, 2502-bis e 2504 conseguono gli effetti previsti dall'articolo 2448" e tale ultima norma prevede che "Gli atti per i quali il codice prescrive l'iscrizione o il deposito nel registro delle imprese sono opponibili ai terzi soltanto dopo tale pubblicazione, a meno che la società provi che i terzi ne erano a conoscenza".³

Aspetti fiscali

L'Amministrazione finanziaria, con una risposta ad un interpello antiabuso della Direzione Regionale delle Entrate della Lombardia (Interpello 904-1280/2019), si è espressa su una riorganizzazione societaria che comprendeva un'operazione di scissione parziale asimmetrica con attribuzione di un patrimonio contabile negativo, avente valore effettivo positivo, a favore di una beneficiaria di nuova costituzione.

In tale intervento, l'Agenzia delle Entrate, nel confermare l'assenza di contenuti abusivi nella riorganizzazione, non ha messo in dubbio la liceità dell'operazione di scissione, prendendo pienamente atto di tutti gli schemi giuridici prospettati dal contribuente alla base della operazione di riorganizzazione. Si tratta di una risposta che ripropone lo stesso schema logico prospettato dalla Risoluzione n. 12 del 16 gennaio 2009 e dalla risposta n. 101 del 2018 in quanto anche in quei casi si trattava di interpelli antielusivi.

In una successiva risposta ad interpello della Direzione Regionale delle Entrate dell'Emilia Romagna (Interpello n. 909-2066/2021), avente ad oggetto la determinazione del costo fiscale di una partecipazione in una società interessata da un'operazione di scissione cosiddetta "negativa", l'Amministrazione Finanziaria ha precisato che la distinzione, per cui la società beneficiaria non è preesistente, ma di nuova costituzione, "non è assolutamente di poco conto" ai fini dell'applicazione della Risoluzione n. 12 del 2009.

Il documento in parola evidenzia, inoltre, i seguenti due aspetti: i) quello secondo cui la stessa Agenzia delle Entrate, in tale risoluzione, si asterrebbe espressamente da "qualsiasi valutazione in ordine alla liceità civilistica dell'operazione di scissione realizzata secondo le modalità rappresentate"; ii) quello in base al quale la "liceità civilistica dell'operazione esula tuttavia dall'esame che può essere esperito in sede di interpello". Infine, il documento dell'Agenzia evidenzia anche che "ci si limita in questa sede a rilevare che la definizione del trattamento fiscale di una operazione in ordine alla quale sussistono condizioni di incertezza interpretativa deve essere preventiva e non può prescindere dalla corretta applicazione dei principi contabili".

² Relativamente al tema delle tutele dei terzi si evidenzia che, recentemente, la Corte di Cassazione Civile, Sez. III, 06 maggio 2021 n. 12047 si è pronunciata sull'ammissibilità dell'azione revocatoria ex art. 2901 c.c. avente ad oggetto un atto di scissione societaria, schierandosi a favore della tesi favorevole alla stessa. La motivazione conferma un indirizzo già espresso in un'altra sentenza (Cassazione 31654/2019) evidenziando che "la revocatoria ordinaria dell'atto di scissione societaria deve ritenersi sempre esperibile, in quanto mira ad ottenere l'inefficacia relativa dell'atto, che lo rende inopponibile al solo creditore pregiudicato, al contrario di ciò che si verifica nell'opposizione dei creditori sociali prevista dall'art. 2503 c.c., finalizzata, viceversa, a farne valere l'invalidità".

Il principio evidenzia la Cassazione – "sembra aver poi ricevuto, sia pur indirettamente, una significativa conferma" da parte della Corte di Giustizia, con sentenza del 30 gennaio 2020 resa nella causa C-394/18 che tra l'altro ha affermato che "un rimedio che non demolisca l'operazione, non ne comporti la scomparsa, e non produca effetti nei confronti di tutti non contrasta con la nozione di nullità come intesa dalla Direttiva".

³ La pubblicità cui è sottoposta l'operazione di scissione, espressamente disciplinata dal codice civile, assolve dunque la funzione di rendere nota ai terzi l'operazione ai fini della eventuale opposizione e l'opponibilità o meno dell'atto ai terzi postula la producibilità di effetti dell'atto medesimo nei loro confronti: "L'art. 2448 c.c. assegna all'iscrizione nel registro delle imprese una forza non già costitutiva ma meramente dichiarativa, nel senso che la positiva iscrizione di un fatto nel registro viene a rendere, in ogni caso, efficace lo stesso anche nei confronti dei terzi" (Corte di Cassazione, Ord. 26.11.2018 n. 30542).

Conclusioni

Ai fini tributari, fatte salve le casistiche di esplicita definizione normativa, l'identificazione di una fattispecie/operazione, al fine dell'applicazione delle specifiche disposizioni di legge, è un presupposto delineato in ambito civilistico. In tal senso, con riferimento al caso specifico, si possono richiamare anche le indicazioni di prassi dell'Agenzia delle Entrate, sopra citate, dalle quali si ricava chiaramente come la questione attinente la liceità civilistica di un'operazione non possa essere oggetto di interpello, in quanto non rientrante nel relativo ambito di competenza. Pertanto, in relazione alla vicenda concernente la realizzabilità delle operazioni di scissione di patrimonio netto contabile negativo verso una società beneficiaria di nuova costituzione, l'amministrazione finanziaria dovrebbe attenersi agli atti posti in essere.

Quindi, nell'ipotesi di operazione di scissione di patrimonio netto contabile negativo, il cui valore reale sia, tuttavia, positivo, verso una società beneficiaria di nuova costituzione (con effetti civilistici definitivi, i quali prevedono che l'invalidità della scissione non possa essere pronunciata dopo l'iscrizione dell'ultimo atto di scissione nel registro delle imprese), la normativa di riferimento ai fini fiscali deve essere quella della scissione.

L'ulteriore conseguenza non potrà che essere quella secondo cui se, in riferimento a un particolare aspetto, la prassi dell'Agenzia ha fornito chiarimenti (Risoluzione 12/2009), questi devono essere applicabili a tutti gli effetti anche in questa ipotesi.

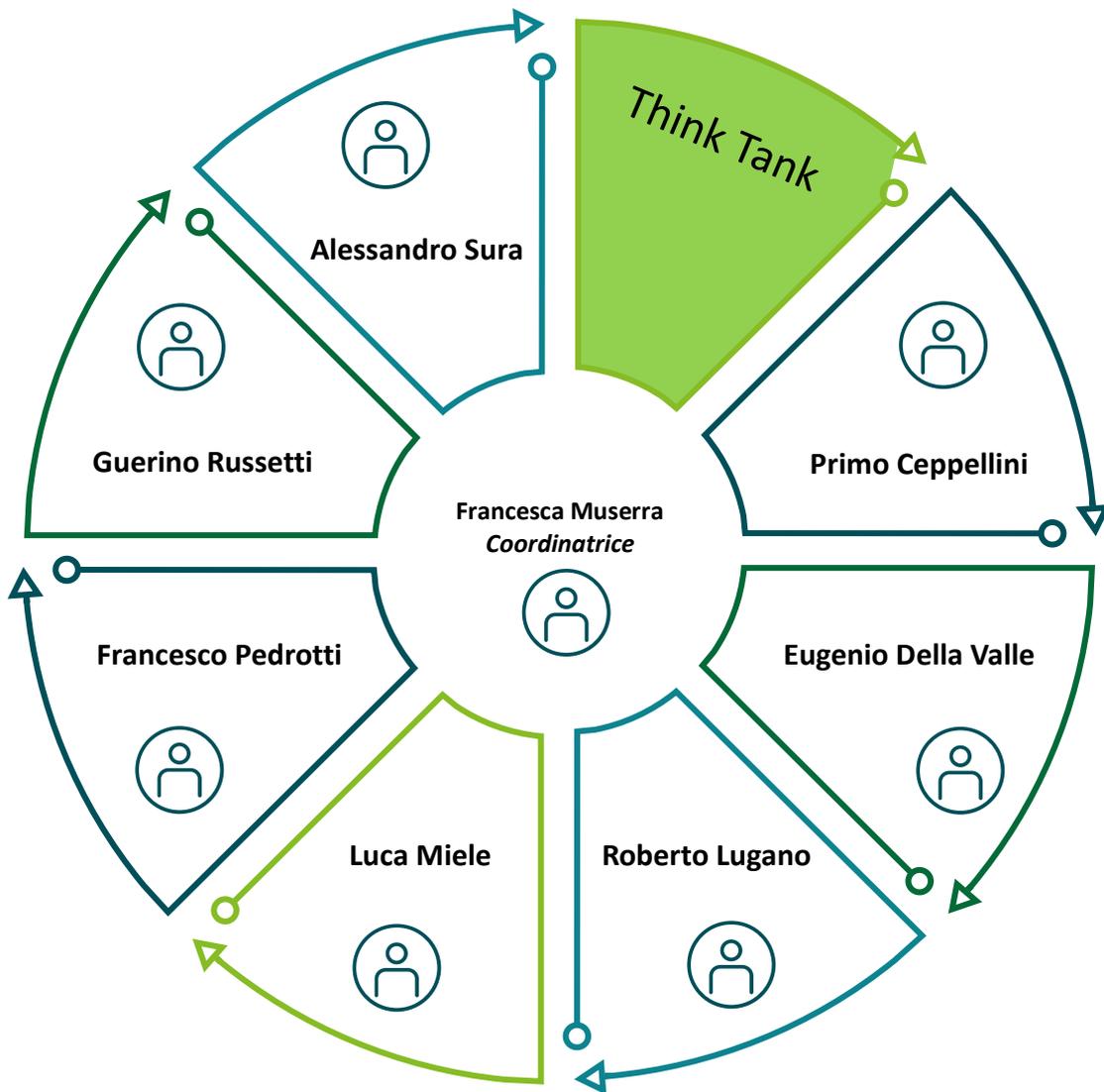
In questo modo è garantita una coerenza logico sistematica che consente di contemperare le esigenze degli operatori coinvolti nelle diverse situazioni. Si pensi, a titolo di esempio, sia al caso di operazioni poste in essere in passato in anni in cui le scissioni del tipo in esame erano ammesse esplicitamente dalla prassi Notarile di Milano sia ai soci della scissa e alla ripartizione del costo fiscalmente riconosciuto nel caso di ulteriori operazioni sulle quote: in entrambe le situazioni mettere in dubbio, a livello fiscale, la qualificazione dell'operazione non risulta coerente con il principio del legittimo affidamento delle parti.

Resta impregiudicato per l'Amministrazione finanziaria, nel caso di fattispecie viziate da patologie evidenti, la possibilità di utilizzo, in ambito fiscale e in ottica antielusiva, delle disposizioni previste dall'ordinamento tributario (l'articolo 10 bis dello Statuto del Contribuente *in primis*), qualora le operazioni realizzate presentino i presupposti applicativi delle stesse.⁴

Dovrebbe però restare inteso che, con riferimento al legittimo risparmio d'imposta, anche un'operazione straordinaria dibattuta in ambito civilistico, qualora venga realizzata e conclusa, dovrebbe essere considerata, ai fini fiscali, una delle opzioni che il sistema mette a disposizione degli operatori.

⁴Il presente lavoro, limitandosi alle tematiche tributarie di qualificazione dell'operazione, non entra nel merito di altri, eventuali, strumenti giuridici di tutela che, a livello generale, il sistema giuridico mette a disposizione dei soggetti direttamente e/o indirettamente coinvolti in operazioni irregolari.

Think Tank di STS Deloitte



La presente comunicazione contiene unicamente informazioni a carattere generale che possono non essere necessariamente esaurienti, complete, precise o aggiornate. Nulla di quanto contenuto nella presente comunicazione deve essere considerato esaustivo ovvero alla stregua di una consulenza professionale o legale. A tale proposito Vi invitiamo a contattarci per gli approfondimenti del caso prima di intraprendere qualsiasi iniziativa suscettibile di incidere sui risultati aziendali. È espressamente esclusa qualsivoglia responsabilità in capo a Deloitte Touche Tohmatsu Limited, alle sue member firm o alle entità ad esse a qualsivoglia titolo correlate, compreso lo Studio Tributario e Societario Deloitte Società tra Professionisti S.r.l. Società Benefit, per i danni derivanti a terzi dall'aver, o meno, agito sulla base dei contenuti della presente comunicazione, ovvero dall'aver su essi fatto a qualsiasi titolo affidamento.

Il nome Deloitte si riferisce a una o più delle seguenti entità: Deloitte Touche Tohmatsu Limited, una società inglese a responsabilità limitata ("DTTL"), le member firm aderenti al suo network e le entità a esse correlate. DTTL e ciascuna delle sue member firm sono entità giuridicamente separate e indipendenti tra loro. DTTL (denominata anche "Deloitte Global") non fornisce servizi ai clienti. Si invita a leggere l'informativa completa relativa alla descrizione della struttura legale di Deloitte Touche Tohmatsu Limited e delle sue member firm all'indirizzo www.deloitte.com/about.