

Scissione

La scissione con apporto di valore patrimoniale negativo alla società beneficiaria

di Angelo Busani e Christian Montinari

È possibile impostare una scissione con apporto di un patrimonio di valore contabilmente nullo o negativo ma che abbia un valore corrente positivo. In taluni casi dovrebbe essere possibile anche una scissione con apporto di valore, sia corrente che contabile, negativo.

Il tema oggetto di questo approfondimento è se sia ipotizzabile una scissione con apporto dalla società scissa (d'ora innanzi individuata come società "S") alla società beneficiaria (d'ora innanzi individuata come società "B") di elementi patrimoniali il cui valore contabile, sommato algebricamente, abbia un risultato negativo. Ad esempio, si immagini che lo stato patrimoniale della S sia del seguente tenore patrimoniale e reddituale:

ATTIVO		PASSIVO	
Attivo da scindere	1.000	Passivo da scindere	1.400
Altro attivo	2.000	Altro passivo	700
		Patrimonio netto	900

Se è chiaro che la S, all'esito di una tale operazione di scissione, avrebbe un indubbio beneficio, in quanto il suo patrimonio netto avrebbe la seguente rappresentazione:

ATTIVO		PASSIVO	
Altro attivo	2.000	Altro passivo	700
		Patrimonio netto	900
		Riserva da scissione	400

il fatto che la B riceva un apporto di valore contabile negativo non esclude *a priori* che la B non abbia interesse a effettuare l'operazione. Si pensi al caso che l'asset oggetto di scissione abbia un valore

contabile assai inferiore al suo valore "reale" (è il cosiddetto caso della scissione a valore "contabile" negativo ma a valore "reale" positivo) (1) e che tale reale valore oltrepassi il valore delle passività scisse, cosicché la somma algebrica degli elementi patrimoniali scissi, considerati appunto per il loro valore reale, abbia un risultato effettivamente positivo (seppur contabilmente negativo); ma si può pensare anche al caso che la B riponga sugli asset scissi un tale valore strategico e prospettico (esprimibile dall'iscrizione, per effetto della scissione, ove possibile, di un conseguente valore di avviamento) da determinarla ad accettare un apporto di valore negativo sia sotto il profilo contabile che sotto il profilo dei reali valori dei beni assegnati dalla S alla B, il quale però diviene un apporto di valore positivo se sommato algebricamente con detto avviamento (2).

Note:

(1) Si pensi all'ipotesi del ramo d'azienda valorizzato in bilancio senza espressione del valore d'avviamento, perché generato "internamente"; oppure al caso dell'immobile iscritto in bilancio al costo storico; e si pensi alla scissione con la quale si spostino nella beneficiaria detti asset unitamente a un debito da finanziamento bancario recentemente attivato, e quindi commisurato al loro valore corrente.

(2) Lo stesso ragionamento può essere ripetuto per l'apporto dalla S alla B che contabilmente abbia un valore nullo, in quanto il valore contabile delle attività sia esattamente compensato dal valore delle passività: interesse della S potrebbe, ad esempio, essere quello di sbarazzarsi di asset ritenuti non strategici, mentre interesse della B (che, anche qui, stimi le attività ricevute a seguito della scissione per un valore reale superiore a quello contabile) potrebbe essere quello, pure in questo caso, di conseguire risorse patrimoniali ritenute importanti per l'attività sociale.

La scissione a valore contabile negativo e a valore reale positivo

Utilizzando l'esempio numerico appena fatto, se si ipotizza che il valore corrente dell'attivo trasferito per effetto di scissione (contabilizzato per 1.000) sia in effetti di 1.900 (e di conseguenza il valore economico del patrimonio scisso - dato dalla differenza tra attività e passività - sia pari a 500), e se si conviene che la B possa "fotografare" questa operazione (3) nel proprio bilancio di apertura *post* scissione come segue:

ATTIVO		PASSIVO	
Attivo da scissione	1.000	Passivo da scissione	1.400
Disavanzo da scissione (4)	900		
		Patrimonio netto	500

si espliciterebbe, con questa rappresentazione contabile, mediante la chiarezza dei numeri, la fattibilità e la legittimità dell'operazione di scissione di un patrimonio di valore contabile negativo ma di valo-

Note:

(3) Invero, l'impostazione contabile "tradizionale" vuole che, ai sensi dell'art. 2504 *bis*, comma 4, primo periodo, c.c. (secondo il quale nel primo bilancio successivo alla fusione le attività e le passività sono iscritte ai valori risultanti dalle scritture contabili alla data di efficacia della fusione medesima), nel primo bilancio successivo alla scissione la società beneficiaria assuma gli elementi patrimoniali attribuiti dalla società scissa al medesimo valore che essi avevano presso la società scissa medesima (cosiddetto principio della "conservazione dei dati contabili" o *pooling of interest method*) con la conseguenza che la società beneficiaria, dovendo ricevere le attività e le passività scisse ai medesimi saldi rilevabili dalla contabilità della società scissa, non può modificarli per adeguarli al loro valore corrente; di conseguenza, la società beneficiaria, per effetto della attribuzione di un patrimonio (anche se solo contabilmente) negativo, dovrebbe essere tenuta a fronteggiare tale "perdita da riorganizzazione" mediante una speculare riduzione del proprio patrimonio netto. Cfr. in tal senso Scognamiglio, *Le scissioni*, in Colombo-Portale (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, 7***, 2, *Fusione - Scissione*, Torino, 2004, 313, secondo cui «il principio di continuità dei valori contabili [...] rende praticamente impossibile l'emersione di avanzi e disavanzi» da concambio, cosicché il dettato dell'art. 2504 *bis*, comma 4, c.c., andrebbe riferito solamente agli avanzi/disavanzi da annullamento: «se, ai fini del concambio, ad alcuni beni della scissa assegnati alla preesistente beneficiaria deve essere attribuito un valore superiore a quello di iscrizione nella contabilità della società scissa, tale plusvalenza (benché, appunto, rilevante ai fini del concambio) non potrà essere iscritta nel bilancio post scissione della società beneficiaria: correlativamente, l'aumento di capitale (più eventuale sovrapprezzo) della beneficiaria, conseguente al trasferimento dei beni della scissa, non potrà essere superiore alla sommatoria dei valori di iscrizione dei beni (al netto dei debiti) nella contabilità della scissa (c.d. "valore di carico"); con la conseguenza che potrebbe rendersi neces-

sario il provvedere in altro modo alla corretta attribuzione del concambio» (e cioè "rimescolando" le azioni della società beneficiaria tra i suoi "vecchi" soci e i soci della scissa divenuti soci della beneficiaria per effetto della scissione). Cfr. pure Piccone, sub art. 2506 *bis*, *Progetto di scissione*, in Bianchi (a cura di), *Trasformazione - Fusione - Scissione*, artt. 2498 - 2506 *quater*, Milano, 2006, 1087, secondo il quale «la società beneficiaria dovrà procedere alla copertura del patrimonio netto (negativo) ad essa trasferito, con riserve (o, eventualmente, con una corrispondente riduzione di capitale [...]). Insomma, il trasferimento di un netto contabile negativo dalla scissa alla beneficiaria è compatibile con la nozione di scissione, sempreché il valore economico di quanto trasferito sia positivo e la beneficiaria abbia riserve (o possa diminuire il proprio capitale) in misura tale da "coprire" il netto contabile ad essa trasferito». Nel medesimo senso anche la massima n. "L.E.1" del Comitato Notarile Triveneto e il documento OIC n. 4 del 25 gennaio 2007, oltre riportati; e pure, sembra, la massima "L.E.9", sempre del Comitato Notarile Triveneto, secondo la quale «la previsione contenuta nell'art. 2504 *bis*, comma 4, c.c., (richiamata per la scissione dall'art. 2506 *quater*, comma 1, ultimo periodo, c.c.), nella parte in cui disciplina l'appostamento di eventuali disavanzi o avanzi di fusione o scissione, è volta esclusivamente a dettare un principio contabile e non anche a consentire che una di tali operazioni possa essere posta in essere con modalità che contemplino una rivalutazione o svalutazione di poste di bilancio, ovvero la creazione di nuove poste (avviamento), in deroga alle regole sostanziali del diritto societario. Si ritiene pertanto che gli annullamenti di partecipazioni e le variazioni del capitale (a servizio o meno del concambio) non possano essere realizzati nell'ambito di una fusione o scissione se non nei limiti imposti dallo specifico procedimento nei quali sono inclusi e nell'integrale rispetto di tutte le norme positive che ordinariamente li disciplinano».

(4) Sul tema che (difformemente all'opinione riportata alla nota precedente) in questa fattispecie si generi invero un "disavanzo da concambio" iscrivibile nell'attivo dello stato patrimoniale della società beneficiaria (e ciò ai sensi dell'art. 2504 *bis*, comma 4, secondo periodo, c.c., richiamato nella scissione dall'art. 2506 *ter*, secondo cui l'avanzo viene iscritto nel patrimonio netto mentre il disavanzo è imputato agli elementi dell'attivo e del passivo e per la differenza ad avviamento) cfr. Tamburini, in Maffei Alberti (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, IV, 2601; Zanetti, *Scindibilità di un patrimonio netto contabile negativo anche a favore di beneficiaria newco*, in *Fisco*, 48, 2009, 7906; nonché la Massima n. 72 del Consiglio Notarile di Milano, ove (nella analoga materia della fusione) si afferma: «Il principio della continuità dei bilanci in sede di fusione, sancito dall'art. 2504 *bis*, comma 4, c.c., implica che, di regola, il capitale sociale della società risultante dalla fusione non possa eccedere la somma del capitale sociale e delle riserve delle società partecipanti alla fusione. Tale assunto è peraltro suscettibile di deroga in caso di disavanzo "da concambio", dovuto alla differenza tra il capitale sociale dell'incorporata ante fusione, e l'aumento di capitale sociale deliberato dall'incorporante a servizio della fusione, in misura necessaria per soddisfare il rapporto di cambio, qualora non vi siano sufficienti riserve (nel patrimonio netto dell'incorporata e/o dell'incorporante) per "coprire" detta differenza. Deve infatti ritenersi consentita anche in questo caso - oltre che nell'ipotesi di disavanzo "da annullamento", pacifica in giurisprudenza e in dottrina - l'imputazione del disavanzo da concambio "agli elementi dell'attivo e del passivo delle società partecipanti alla fusione e, per la differenza e nel rispetto delle condizioni previste dall'art. 2426, n. 6, c.c. ad avviamento", a norma dell'art. 2504 *bis*, comma 4, seconda frase, c.c. Tuttavia, 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.».

re reale positivo (5): in particolare, mediante questa impostazione, l'apporto della S alla B, seppur contabilmente di valore negativo in capo ad S, non determinerebbe l'emersione di un differenziale patrimoniale negativo in capo alla B (6), bensì di un plusvalore latente (pari al valore economico effettivo del patrimonio apportato alla B per effetto della scissione) qualificabile e rilevabile come posta di patrimonio netto e quindi utilizzabile, in tutto o in parte, per formare il capitale sociale (7) occorrente all'effettuazione del concambio e quindi all'emissione di partecipazioni a favore dei soci della S; al contempo, in contropartita della posta patrimoniale così generatasi, e dell'iscrizione in continuità contabile degli elementi dell'attivo e del passivo scissi, dovrebbe essere rilevato il relativo disavanzo da concambio pari alla differenza tra il valore economico effettivo e quello contabile del patrimonio apportato alla B per effetto della scissione.

Questa impostazione, tra l'altro, dovrebbe consentire non solo la scissione verso una società beneficiaria già esistente, ma anche verso una beneficiaria costituita *ex novo* (8).

Note:

(5) Ammettono la scissione a valore contabile negativo ma a valore reale positivo: Bolognesi, *sub art. 2506*, in Grippo (a cura di), *Commentario delle società*, Torino, 2009, II, 1309; Cusa, *Prime considerazioni sulla scissione delle società*, Milano, 1992, 137; Perotta - Garegnani, *Le operazioni di gestione straordinaria*, Milano, 1999, 278; Quattraro, *La scissione*, in *Riv. dott. comm.*, 1995, 1103; Scognamiglio, *Le scissioni*, cit., 150; Vasapolli, *Avanzo, disavanzo e differenze da scissione*, in questa *Rivista*, 1995, 162; identica la posizione espressa nelle massime notarili, e cioè la predetta massima n. 72 del Consiglio Notarile di Milano e la massima n. "L.E.1" del Comitato Notarile Triveneto; secondo quest'ultima «è ammissibile la scissione, anche non proporzionale, mediante assegnazione ad una o più beneficiarie di un insieme di elementi patrimoniali attivi il cui valore contabile sia inferiore a quello dell'insieme degli elementi passivi (cosiddetta "scissione negativa"), sempreché il valore economico/reale di quanto complessivamente assegnato sia positivo». Peraltro, prosegue questa massima, «in tal caso si ritiene che la beneficiaria della "scissione negativa" debba essere preesistente e l'operazione debba 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 della minusvalenza. Il principio esposto deve ritenersi applicabile, per l'identica *ratio*, anche all'ipotesi della fusione, laddove l'incorporata abbia un patrimonio contabile negativo ma reale positivo. Al contrario, non si ritiene ammissibile una scissione o fusione "negativa" nell'ipotesi in cui anche il valore reale del patrimonio assegnato (comprensivo dell'eventuale avviamento) sia negativo, poiché in tal caso non potrebbe sussistere alcun rapporto di cambio. È inoltre da rilevare che una scissione o una fusione "realmente negativa", anche laddove non sia necessario determinare un rapporto di cambio, risulterebbe priva di utilità per la società beneficiaria/incorporante e produrrebbe comunque un'alterazione del valore economico delle partecipazioni preesistenti, in ciò

contrastando con la causa stessa di tali operazioni». Cfr. anche il documento OIC n. 4 del 25 gennaio 2007, nel quale si legge che «è 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)». Occorre notare (si veda anche sul punto la successiva nota 7) che, mentre nella predetta massima n. "L.E.1", nel predetto documento OIC n. 4 del 25 gennaio 2007, e in Bolognesi, *sub art. 2506*, in Grippo (a cura di), *Commentario delle società*, Torino, 2009, II, 1309, si afferma che la B non potrebbe essere una società di nuova costituzione, nella massima n. 72 del Consiglio Notarile di Milano si fa invece riferimento al «caso di scissione a favore di società di nuova costituzione» nel quale «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».

(6) Come invece vorrebbe l'impostazione contabile definita "tradizionale" nella precedente nota 3.

(7) Si apre a questo punto la questione, non oggetto del presente lavoro, se questa eccedenza di valore reale rispetto al valore contabile debba essere fatta oggetto di una perizia ai sensi dell'art. 2343 c.c. Su questo tema cfr. (nella analoga materia della fusione) Bianchi, *La congruità del rapporto di cambio nella fusione*, Milano, 2002, 300; Laurini G., *Manuale breve della s.r.l. e delle operazioni straordinarie*, Padova, 2004, 134; Magliulo, *La fusione delle società*, Milano, 2005, 278; Santagata, *Le fusioni*, in Colombo - Portale (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, 7***, 2, *Fusione - Scissione*, Torino, 2004, 202; nonché, oltre alla già richiamata massima n. 72 del Consiglio Notarile di Milano, la massima del Consiglio Notarile di Firenze intitolata "Fusione tra società di capitali e determinazione del capitale sociale della risultante" ove si afferma che «L'art. 2343 c.c. può però essere utile - ed anzi appare ai più indispensabile strumento - nel caso in esame: lo scostamento dal principio di continuità contabile e la fissazione di un capitale della società risultante dalla fusione superiore alla somma dei patrimoni netti delle società fuse, infatti, può trovare un'adeguata "copertura" giuridica e fornire una sufficiente garanzia economica ai terzi proprio in presenza di una relazione giurata di stima, le cui risultanze confermino che il patrimonio stimato è almeno pari al capitale stesso».

(8) In tal senso, oltre che la predetta massima n. 72 del Consiglio Notarile di Milano, cfr. Di Siena, *La scissione di un patrimonio netto negativo: note minime sulla disciplina civilistico-contabile e sulle relative implicazioni fiscali*, in *Rass. trib.*, 2006, 265; e Zanetti, *Scindibilità di un patrimonio*, cit., 7906. Le opinioni contrarie sono già state riportate nella precedente nota 5: esse sono evidentemente condizionate da una diversa impostazione contabile di questo apporto di valore negativo, e cioè quella secondo la quale la società beneficiaria, succedendo nei medesimi saldi desumibili dalla contabilità della scissa, fa fronte allo sbilancio contabile connesso all'assunzione di un patrimonio contabilmente negativo rilevando una "perdita da riorganizzazione" che si riflette in una corrispondente contrazione quantitativa del proprio patrimonio netto. In quest'ultimo senso cfr. anche Santangelo, *La scissione nella riforma*, in *Studi sulla riforma del diritto societario: riflessioni del notariato*, Milano, 2004, 551, secondo il quale «l'operazione non appare realizzabile poiché la nuova società nascerebbe senza un patrimonio netto di segno positivo costituente il capitale sociale; ciò in quanto anche nel caso in cui fosse possibile imputare il disavanzo di scissione agli elementi dell'attivo trasferiti, al più tale disavanzo potrà essere assorbito integralmente, ma in nessun caso la rivalutazione di tali beni potrebbe spingersi fino a creare patrimonio netto imputabile a capitale».

La scissione a valore contabile nullo o negativo e a valore reale nullo o negativo

Se invece il valore contabile degli elementi patrimoniali apportati dalla S alla B fosse nullo (o negativo) ed essi non avessero un valore reale superiore a quello contabile, tale da generare una somma algebrica positiva (e un corrispondente valore di patrimonio netto), si avrebbe che nella B, per effetto della scissione, dovendosi necessariamente rilevare (9) un differenziale patrimoniale negativo, non potrebbe, conseguentemente, originarsi il presupposto affinché i soci della S partecipino al capitale della B in corrispondenza dell'apporto operato dalla S verso la B. Da questa considerazione la dominante dottrina (10) e l'unica decisione giurisprudenziale che risulta edita in materia (11) desumono l'impercorsibilità dell'operazione (quando invece la prassi ministeriale, formatasi valutando l'impatto fiscale di questa fattispecie, pare avallare l'operazione) (12).

L'opinione negativa, anzitutto, è suffragata dalla considerazione secondo cui esiste una pluralità di dati normativi che evocano l'apporto nella B di un patrimonio di valore positivo: per l'art. 2506 *ter*, comma 2, c.c., la relazione dell'organo amministrativo deve indicare il valore effettivo del patrimonio netto assegnato alle società beneficiarie; per l'art. 2506 *bis*, comma 3, c.c., secondo periodo, la responsabilità solidale è limitata al valore effettivo

Note:

(9) Nel caso di apporto di valore negativo (e quindi non nel caso di apporto di valore nullo).

(10) Cfr. in tal senso: Abate, *Gruppi, trasformazione, fusione e scissione*, Milano, 2003, 519; Ammendola, *La responsabilità per i debiti della società scissa*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 501; Belviso, *La fattispecie della scissione*, *ivi*, 1993, I, 521; Gelato, *Sulla ammissibilità di scissioni di società senza assegnazioni di azioni o quote: osservazioni a Trib. Verona, decr. 6 novembre 1992*, *ivi*, 1995, II, 435; Ferrucci - Ferrentino, *Le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici*, Milano, 2005, 1895; Lambertini, in Lo Cascio (a cura di), *La riforma del diritto societario*, vol. 9, Milano, 2003, 519; Meo, *Attribuzione patrimoniale e apporto di capitale nella scissione di società*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 572; Miserocchi, *La scissione*, in AA.VV., *“Il nuovo ordinamento delle società”*, Milano, 2003, 389. Secondo Palmieri, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, Torino, 1999, 136, la scissione con apporto di un patrimonio negativo sarebbe «in contrasto, oltre che con l'evoluzione dell'istituto e il quadro dei principali ordinamenti europei, con il tenore degli artt. 2504 *octies*, comma 2, e 2504 *decies*, comma 2, la cui disciplina appare chiaramente modellata sul presupposto dell'assegnazione di quote di patrimonio netto di segno positivo»; Portale, *Scissione parziale di società per azioni a favore della “controllante” totalitaria: questioni*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, 362; Santangelo, *La scissione nella riforma*, cit., 551. Sempre secondo Portale, *La scissione nel diritto societario italiano: casi e que-*

stioni, in *Riv. soc.*, 2000, 480, la scissione con attribuzione alla beneficiaria di elementi patrimoniali di valore negativo sarebbe impedita dalla necessità della «presenza nella scissione di due componenti espressamente delineate dalla legge (art. 2504 *septies* c.c.): il trasferimento del patrimonio sociale e l'assegnazione delle azioni o quote delle beneficiarie ai soci della scissa». Nel senso della inammissibilità anche la massima n. “L.E.1” del Comitato Notarile Triveneto, sopra riportata. *Contra*, nel senso dell'ammissibilità dell'operazione di scissione con apporto di valore negativo, Civerra, *Le operazioni di fusione e scissione*, Milano, 2003, 223; Cusa, *Prime considerazioni sulla scissione delle società*, Milano, 1992, 137; Gelosa - Insalaco, *Fusioni e scissioni di società - Profili civilistici e tributari*, Milano, 2002, 223; Laurini F., *La scissione di società*, *Riv. soc.*, 1992, 930; Laurini G., *La scissione di società*, in *Riv. dir. impr.*, 1992, 33; Quattraro, *La scissione*, cit., 1102.

(11) Trib. Verona 6 novembre 1992, in *Giur. comm.*, 1995, II, 34 ss., con nota critica di Gelato, *Sull'ammissibilità di scissione di società senza assegnazione di azioni o quote*. Per il Tribunale, «la causa dell'istituto giuridico della scissione va individuata nel trasferimento di attività e passività della società ad una o più società in cambio dell'attribuzione di azioni o quote della beneficiaria ai soci della società scissa per somma pari alla differenza tra l'attivo e il passivo trasferito, escludendosi dunque che possa utilizzarsi lo schema normativo della scissione nell'ipotesi in cui sia previsto il trasferimento dei beni senza assegnazione di quote». Questa decisione va però annoverata con cautela nel catalogo delle posizioni critiche verso la soluzione della scissione negativa: si trattava invero di una scissione con apporto patrimoniale effettivo uguale a zero (gli elementi attivi e passivi della società scindenda erano, infatti, considerati come di uguale valore) ma la società scissa e la società beneficiaria erano caratterizzate dalla perfetta identità soggettiva delle loro compagini sociali (l'intero capitale della scissa era posseduto, “in misura esattamente proporzionale ed egualmente”, dai medesimi soci della società beneficiaria). Invero, come oltre si dirà, se non vi è presupposto di concambio per ragioni “soggettive” (e cioè nell'ipotesi in cui la scissa sia per intero posseduta dalla beneficiaria; oppure, la beneficiaria e la scissa abbiano i medesimi soci, nelle medesime proporzioni) la scissione ad apporto negativo si potrebbe rendere ipotizzabile.

(12) Invero, la Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 12/E del 16 gennaio 2009 esamina (giudicandola priva di «profili elusivi») una fattispecie complessa (scissione in beneficiaria interamente posseduta dalla scissa e successivo aumento di capitale della beneficiaria) in cui, quanto alla scissione, «la parte di patrimonio contabile assegnato alla società beneficiaria preesistente (Beta) presenta un saldo contabile di valore negativo dal momento che il valore contabile dei debiti assegnati risulta di ammontare superiore al valore contabile degli elementi dell'attivo trasferiti alla società beneficiaria. Il valore effettivo del patrimonio assegnato alla società beneficiaria, invece, presenta un valore pari a zero dal momento che il valore economico delle attività attribuite è equivalente a quello delle passività attribuite in sede di scissione». Va notato che, nonostante la stessa Risoluzione si estranei da «qualsiasi valutazione in ordine alla liceità civilistica dell'operazione di scissione realizzata secondo le modalità rappresentate alla scrivente», essa appare come una notevole legittimazione dell'operazione prospettata dal contribuente, se non fosse che essa soffre una palese contraddizione nel punto in cui, dopo aver affermato che «non vi sarebbe necessità di provvedere all'aumento del capitale sociale di Beta, con assegnazione delle partecipazioni in favore dei soci di Alfa, in quanto il valore economico delle attività assegnate è pari al valore economico delle passività trasferite», essa conclude come segue: «Resta inteso che nei casi di specie, nell'ipotesi in cui la società beneficiaria dovesse emettere quote di partecipazione al capitale sociale per effetto del rapporto di cambio, dovrà assegnare queste ultime ai soci della società scissa»: non si vede infatti come si possano originare nuove partecipazioni a fronte di un apporto di valore nullo.

del patrimonio netto attribuito a ciascuna società beneficiaria; per l'art. 2506 *quater*, comma 3, c.c., ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico.

Se poi quanto appena detto fosse ritenuto non rilevante (perché potrebbe anche immaginarsi che il legislatore abbia osservato ciò che ordinariamente accade, tralasciando di normare le fattispecie non frequenti o eccezionali), l'operazione resta comunque impercorribile, perché il valore nullo o negativo dell'apporto della S nella B appunto impedisce l'assegnazione di partecipazioni nella B ai soci della S e di conseguenza impedisce la stessa venuta ad esistenza del concetto di concambio, quando invece per l'art. 2506, comma 1, c.c., «con la scissione una società assegna l'intero suo patrimonio [...] o parte del suo patrimonio [...] e le relative azioni o quote ai suoi soci», per l'art. 2506 *bis*, comma 4, c.c. dal progetto di scissione devono risultare i criteri di distribuzione delle azioni o quote delle società beneficiarie, per l'art. 2501 *ter* c.c. (richiamato nella scissione dall'art. 2506 *bis*, comma 1, c.c.) è essenziale l'indicazione del rapporto di cambio nel progetto di scissione, e per l'art. 2501 *quinquies*, c.c. (richiamato nella scissione dall'art. 2506 *ter*, comma 1, c.c.) il rapporto di cambio deve essere illustrato e giustificato nella relazione degli amministratori nonché (per l'art. 2501 *sexies*, c.c., richiamato nella scissione dall'art. 2506 *ter*, comma 3, c.c.) fatto oggetto di valutazione dell'esperto.

Invero, il *proprium* della scissione sta nella “riorganizzazione” (13) dell'assetto aziendale delle società che partecipano all'operazione: per effetto della scissione, i soci della S e i soci della B assumono la conforme determinazione che una serie di elementi patrimoniali della S si sposti nella B e che i soci della S (14), i quali, prima della scissione, si avvalevano di tali *asset* per lo svolgimento dell'attività della S medesima, dopo la scissione proseguono nella B, come soci della B (insieme ai “vecchi” soci della S), l'attività societaria riferita agli *asset* medesimi. Ed è per favorire questa riorganizzazione aziendale che il legislatore civilistico consente di realizzare un travaso di elementi patrimoniali da un “contenitore” (la S) all'altro (la B) in deroga alle regole che dovrebbero essere osservate per il loro trasferimento (si pensi alle regole dettate a pena di nullità per i trasferimenti immobiliari; oppure ai beni gravati da un diritto di prelazione legale o convenzionale); e che il legislatore fiscale consente di considerare l'operazione neutra sotto il profilo im-

positivo (15). Ma è chiaro che queste facilitazioni sono utilizzabili nella misura in cui lo spostamento di elementi patrimoniali dalla S alla B avvenga nel quadro dei presupposti dettati al legislatore per la configurazione di una scissione.

In altri termini, non è che con ciò che si è appena sostenuto si intenda affermare che è irrealizzabile la traslazione degli *asset* in questione dalla S alla B: si intende solo dire che tale risultato non è percorribile con la scissione. Invero, se la B, per conseguire l'attivo oggetto di “scissione”, accetta di farsi carico di un passivo di valore superiore rispetto al valore dell'attivo, ciò significa che la B “paga” alla S quell'apporto accollandosi il debito della S: si tratta, quindi, di un “normale” contratto di compravendita con acollo, in capo all'acquirente, dei debiti del venditore (16), non di una operazione di scissione. Alla stessa riqualificazione della scissione come atto traslativo e quindi senza le facilitazioni civilistiche e fiscali proprie della scissione si deve peraltro giungere anche nel caso in cui il “pacchetto” degli *asset* oggetto di scissione sia artificialmente confezionato (ad esempio, accostando elementi patrimoniali dell'attivo a elementi del passivo che con l'attivo non hanno alcuna attinenza) e cioè allestito in modo tale da evidenziare che non fine riorganizzativo aziendale si sta perseguendo ma solo un mero spostamento di beni e diritti da una società all'altra (17), ad esempio nell'interesse di una parte dei soci della S o della B oppure alla ricerca di un mero risparmio fiscale (si pensi al “classico” caso dello *spin off* non proporzionale finalizzato solo a dividere il patrimonio sociale tra soci litigiosi oppure alla cessione di una parte del patrimonio della società scissa).

Note:

(13) Sulla scissione come “riorganizzazione”, cfr. ad esempio Ferro - Luzzi, *La nozione di scissione*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 1070; Lucarelli, *Scissione e circolazione dell'azienda*, in Abbadesse - Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 4, Torino, 2007, 439.

(14) Nel senso che i soci della scissa sono le “parti sostanziali” dell'operazione di scissione poiché, in quanto titolari in senso sostanziale del patrimonio trasferito alla beneficiaria, ne ricevono le partecipazioni, cfr. ad esempio Oppo, *Fusione e scissione delle società secondo il d. eg. 1991 n. 22: profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II 508; e Lamandini, *Riflessioni in tema di scissione parziale di società*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 525.

(15) In argomento cfr. Sepio - Lupi, *Sulla neutralità delle scissioni di un patrimonio netto contabile negativo*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2005, 127.

(16) In tal senso Di Siena, *La scissione*, cit., in *Rass. trib.*, 2006, 265.

(17) Cfr. in tal senso, Scognamiglio, *Le scissioni*, cit., 137.

Una soluzione «ingegnosa» (18), che è stata immaginata per giungere, mediante scissione, al risultato dell'apporto negativo dalla S alla B, sarebbe peraltro quella (impropriamente denominata scissione "inversa") (19) di "concambiare" lo sbilancio passivo che si verifica nella B (20) con l'attribuzione ai soci della B di una partecipazione nella S (di entità pari al rapporto che vi è tra il "sacrificio" della B e il patrimonio della S residuante post scissione e quindi con il risultato di diluire i soci della S rispetto alla loro situazione ante scissione) (21). Tuttavia, a parte che la soluzione in esame "risolverebbe" il caso dell'apporto negativo dalla S alla B ma non quello dell'apporto di valore nullo (cioè quando la somma algebrica dei valori degli *asset* scissi sia pari a zero), c'è sempre da fare i conti con il fatto che si tratta non solo (per quanto questa osservazione sia rilevante) di una procedura sconosciuta alla legge, ma soprattutto con il fatto che l'elemento tipologico centrale della scissione (art. 2506, comma 1, c.c.), che appare ineludibile, è che le partecipazioni derivanti in concambio dell'apporto dalla S alla B sono assegnate ai soci della scissa, non ai soci della beneficiaria.

Se dunque la scissione con apporto di valore (contabile e corrente) nullo o negativo trova impedimento nel fatto che, in tal caso, non vi è attribuzione di partecipazioni ai soci della S nella B, occorre peraltro verificare tale affermazione al cospetto della considerazione che vi sono ipotesi in cui la scissione pacificamente avviene senza che la B emetta azioni per i soci della S (per accertare se l'affermazione della impercorribilità della scissione a valori negativi debba ricevere un qualche temperamento). Ad esempio:

1) il caso più frequente è quello della scissione della S nella B quando la B è unica socia della S: in effetti, in questa fattispecie, la B non emette mai azioni (e cioè sia nel caso di scissione con apporto di valore positivo che nel caso di scissione con apporto di valore negativo), in quanto manca il presupposto stesso del formarsi di un rapporto di cambio (22), per la ragione che se la B assegnasse azioni, le assegnerebbe a se medesima senza che il suo patrimonio abbia subito un incremento di valore (nel caso in cui la B abbia la S nel suo patrimonio, per la B infatti non cambia nulla se dati elementi patrimoniali stiano nella S o stiano nella B);

2) al caso che precede va parificato quello della S e della B che abbiano i medesimi soci nelle medesime proporzioni: anche qui, infatti, non vi è rapporto di cambio, in quanto la non emissione di azioni da parte della B dipende dalla particolarità della situa-

zione concreta, per la ragione che, se la compagine sociale della S è uguale a quella della B, pure in questa fattispecie non cambia nulla se dati elementi patrimoniali stiano nella S o stiano nella B;

Note:

(18) Così, ma non condividendola, si esprime Scognamiglio, *Le scissioni*, cit., 165.

(19) La scissione "inversa" propriamente detta è invero l'operazione con la quale la società scissa, socia della società beneficiaria, esegue un apporto nella beneficiaria, cosicché anche i soci della scissa divengono soci della beneficiaria.

(20) Si dovrebbe trattare di una società già esistente e non di nuova costituzione in quanto non potrebbe originarsi una società con patrimonio netto negativo. Inoltre, la beneficiaria dovrebbe avere una struttura patrimoniale tale da evitare che, in esito alla scissione, essa si venga a trovare con una perdita superiore ai limiti che obbligano all'assunzione dei provvedimenti di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c. (questo argomento è stato sviluppato soprattutto per la fusione: cfr. ad esempio App. Milano 13 febbraio 2004, in questa *Rivista*, 2004, 1530, con nota di Spaltro, secondo cui «anche la fusione di una società in stato di scioglimento per perdite - ammissibile nei casi di cui all'art. 2501, comma 2, c.c. prev. - costituisce operazione idonea a far venire meno con effetto *ex tunc* gli effetti dello scioglimento, nell'ipotesi in cui il patrimonio netto della società risultante dalla fusione sia idoneo ad assorbire le perdite medesime»).

(21) Questa assegnazione delle azioni della S ai soci della B avverrebbe mediante "rimescolamento" delle azioni esistenti, e non mediante aumento di capitale della S, in quanto, secondo Scognamiglio, *Le scissioni*, cit., 152, «non sembra trovar posto nel sistema del codice civile l'ipotesi dell'aumento del capitale correlativo ad un incremento del patrimonio netto, a sua volta derivante dalla diminuzione delle passività gravanti sulla società».

(22) Cfr. Portale, *La scissione*, cit., 480, secondo il quale «il rapporto di cambio è elemento essenziale della fattispecie, con la salvezza di quei casi in cui ne sia palesemente esclusa l'utilità». Nel medesimo senso cfr. Tantini, *Trasformazione e fusione delle società*, in Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, VIII, Padova, 1985, 313, con riferimento alla fusione. In giurisprudenza, cfr. Trib. Udine 18-20 ottobre 1997, in questa *Rivista*, 1998, 82, secondo cui «le norme che prevedono che, nel caso di fusione o scissione, la congruità del rapporto di concambio debba essere oggetto della relazione di esperti estranei alle società interessate sono dettate nell'interesse dei soci la cui partecipazione si trasferisce da una società ad un'altra ed a garanzia della conservazione del reale valore delle azioni o quote possedute; ne deriva che, ove non vi è ragione di temere che la fusione o la scissione possano determinare una variazione della reale consistenza della partecipazione dei soci delle società interessate, un rapporto di concambio non ha ragione di essere determinato o, comunque, la delibera di fusione o di scissione se ne può discostare. Ciò avviene non solo nei casi previsti dalla legge (fusione per incorporazione di società interamente posseduta, scissione con costituzione di nuova società le cui azioni o quote vengano assegnate ai soci della scissa in base ad un criterio proporzionale), ma anche in tutti i casi in cui sia ravvisabile una *eadem ratio*». Nello stesso senso cfr. Cusa, *Prime considerazioni sulla scissione*, cit., 83, il quale precisa che se la società beneficiaria «possessa l'intero capitale della società scidente, [...] non necessiterà la predisposizione di alcun rapporto di cambio, non potendosi emettere da parte della società beneficiaria alcuna partecipazione sociale»; e Quatraro, *Statuti sociali e volontaria giurisdizione societaria*, II, Milano, 1996, n. 7.3.9., 1440, caso n. 9: "Scissione parziale di B in A, possedendo A il 100% di B".

in questi due primi casi (23), dunque, non si ha assegnazione di partecipazioni in B ai soci di S, ma non per ragioni “oggettive” (cioè perché l’apporto di scissione abbia, in ipotesi, valore nullo o negativo) bensì per ragioni “soggettive”, e cioè per la particolare composizione della compagine sociale di B e di S, cosicché viene meno l’argomento impediente a una scissione con apporto di valore negativo e cioè il fatto che questo valore negativo impedisce di formare un concambio per i soci della S nel capitale della B;

3) un altro caso, di meno frequente verifica rispetto ai precedenti, è quello della B che sia titolare di partecipazioni nella S, nel quale la legge detta il divieto di emissione di partecipazioni da parte della B per concambiare le partecipazioni della S di proprietà della stessa B (art. 2504 *ter* c.c., reso applicabile alla scissione dall’art. 2506 *ter* c.c.); ma, in questa ipotesi, l’impedimento all’emissione di nuove partecipazioni non deriva, come nei casi precedenti, dal fatto che il concambio non vi sia, bensì deriva dal fatto che il concambio in effetti esiste (per le azioni nella S diverse da quelle appartenenti alla B) ma è appunto impedito alle azioni nella S di proprietà della B per la ragione che, se ci fosse tale concambio, si verrebbe a determinare un corrispondente annacquamento del capitale sociale della B rispetto al suo effettivo patrimonio, in dispregio al divieto di acquisto di partecipazioni “proprie” se non nei limiti e con le modalità di legge; quindi, non si può qui ipotizzare una scissione con apporto di valore negativo in quanto non si formerebbe il presupposto per aversi concambio per i soci della S diversi dal socio B;

4) identico al precedente è inoltre il caso delle azioni della S di titolarità della stessa S, di cui pure esiste divieto di concambio in partecipazioni della B;

5) non ricevono partecipazioni della B quei soci della S che scelgano di vendere le proprie azioni nel caso in cui la B sia socia di S per almeno il 90% (art. 2505 *bis* c.c., reso applicabile alla scissione dall’art. 2506 *ter* c.c.); ma, anche in questo caso, non è che manchino i presupposti del concambio di azioni della S con azioni della B, in quanto, pur esistendo un diritto al concambio, i soci della S scelgono di non esercitarlo, ma di vendere le loro azioni (in altri termini, si tratta di una scelta che il legislatore consente a cautela della loro situazione dei soci di piccola minoranza); quindi, anche in questa ipotesi, non si può dar corso a una scissione con apporto di valore negativo in quanto non si formerebbe il presupposto per il concambio di quei

soci della S che non intendano avvalersi del loro diritto di vendita ma intendano viceversa esercitare il diritto al concambio;

6) anche nella fusione “asimmetrica” (di cui all’art. 2506, comma 2, secondo periodo, c.c.) alcuni soci della S non ricevono partecipazioni nella B; ma, a parte che si tratta di «alcuni soci» e non di “tutti” i soci della S e che si tratta di una soluzione cui si giunge solo se c’è una volontà unanime dei soci in tal senso, i soci della S che non ricevono partecipazioni nella B espandono la percentuale della loro partecipazione nella S e quindi pur sempre beneficiano di un concambio di azioni a fronte dell’apporto della S nella B; con la conseguenza che pure in quest’ultimo caso un apporto negativo per scissione non è ipotizzabile in quanto non si formerebbe il presupposto per concambiare le azioni dei soci della S (o ottenendo azioni della B o ottenendo una maggior partecipazione nella S).

Conclusioni

Riassuntivamente, a fronte delle ragioni fin qui esposte, non dovrebbero esservi problemi a impostare una scissione (24) di un patrimonio di valore contabile nullo o negativo quando il valore corrente delle attività scisse oltrepassi il valore delle passività apportate dalla S alla B; e ciò sia con riferimento a una B già esistente che con riferimento a una B di costituzione coeva all’atto di scissione.

Quando invece, anche considerando il valore (non

Note:

(23) Nei quali dunque (ove la beneficiaria non sia di nuova costituzione) una scissione con apporto di valore nullo o negativo appare concepibile (in tal senso, cfr. Bolognesi, *sub* art. 2506, in Grippo (a cura di), *Commentario delle società*, Torino, 2009, II, 1309; Santangelo, *La scissione nella riforma*, cit., 551; Scognamiglio, *Le scissioni*, cit., 154), per il fatto che non vi è l’ostacolo dell’impossibilità di assegnazione di azioni ai soci della società scissa. Nell’ipotesi di apporto di valore negativo, il patrimonio della beneficiaria deve peraltro essere tale, anche in questo caso, da non presentare, all’esito della scissione, una perdita di valore superiore a quello che richiede l’adozione dei provvedimenti di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c.: cfr. Marchetti, *Appunti sulla nuova disciplina delle fusioni*, in *Riv. soc.*, 1991, 19; Schiano di Pepe, *La fusione delle società. Trasformazione fusione scissione Opa società quotate*, Milano, 1999, 135; Santagata, *Partecipazione alla fusione di società in liquidazione*, in questa *Rivista*, 1996, 807; e, in giurisprudenza, App. Milano 4 maggio 1993, *ivi*, 1993, 1229; Trib. Milano 6 giugno 1994, in *Giur. comm.*, 1995, 398; Trib. Milano 28 settembre 1995, *ivi*, 1996, 803; Trib. Milano 27 marzo 1996, in *Notariato*, 1997, 191.

(24) Sia una scissione parziale che, probabilmente, una scissione totale, ipotizzando, per quest’ultimo caso, che l’incremento patrimoniale provocato nella scissa dalla fuoriuscita degli *asset* di valore negativo venga contestualmente allocato non nella scissa (come accade nella scissione parziale) ma in una beneficiaria diversa da quella che riceve l’apporto negativo.

solo contabile, ma anche) corrente dell'attivo assegnato alla B, l'apporto abbia un valore nullo o negativo:

a) la scissione, di regola, non dovrebbe essere possibile o, meglio, se effettuata, dovrebbe essere riqualificabile come compravendita con accollo del debito del "venditore" S in capo all'"acquirente" B (e a tale operazione dovrebbero essere applicate le regole civilistiche e fiscali proprie degli eventi traslativi di diritti e non le regole di neutralità e trasparenza proprie delle operazioni riorganizzative);

b) è probabilmente non realizzabile quell'operazione, sopra identificata come scissione impropriamente "inversa", e cioè con attribuzione alla S di un patrimonio negativo, "compensata" dall'assegnazione di partecipazioni della S ai soci della B;

c) pare ipotizzabile invece una scissione (25) di un valore negativo (sia contabile che corrente) dalla S alla B (che però non sia di nuova costituzio-

ne) (26) a condizione che: la B sia unica socia della S oppure la S e la B abbiano i medesimi soci, nelle medesime proporzioni (oppure che si tratti di altre situazioni soggettive rispetto a queste sostanzialmente identiche); e che la B sia in grado di fronteggiare l'apporto negativo della S, e cioè di impedire che esso provochi una perdita di entità superiore ai limiti il cui scavalco necessiterebbe l'adozione dei provvedimenti di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c.

Note:

(25) Anche in questo caso, sia una scissione parziale che, probabilmente, una scissione totale, per le stesse ragioni di cui alla nota precedente.

(26) La scissione con apporto di valore negativo in una beneficiaria di nuova costituzione determinerebbe infatti la inconcepibile conseguenza della costituzione di una società priva dei requisiti patrimoniali minimi richiesti dalla legge.

RIVISTE

Azienditalia il Personale

Gestione e amministrazione del personale degli enti locali

Coordinatore scientifico: Stefania Tagliabue

Periodicità: mensile



La Rivista rappresenta uno strumento indispensabile per gestire al meglio le **risorse umane negli enti locali** in un quadro normativo e contrattuale profondamente modificato e innovato e in continua evoluzione.

Fornisce informazioni e conoscenze sui diversi aspetti giuridico-contrattuali del **rapporto di lavoro**, sul trattamento economico e previdenziale, sulle nuove forme di lavoro possibili e sulle più aggiornate metodologie di organizzazione, gestione e valutazione delle risorse umane, in linea con le riforme in atto e con le nuove esigenze professionali dei responsabili degli enti e dei loro consulenti.

Informazione costante e aggiornata attraverso: importanti **commenti d'autore**, **esperienze** significative di enti, accurata **selezione di norme, prassi e giurisprudenza** rilevanti in materia, **formule, modelli, schemi** esemplificativi e **inserti di approfondimento**.

Compreso nel prezzo dell'abbonamento anche **Azienditalia on-line**. All'indirizzo www.ipsoa.it/azienditalia gli abbonati alla rivista possono accedere gratuitamente al servizio on-line con:

- **l'ultimo numero della Rivista**, ancora in fase di stampa, in pdf;
- **l'archivio dei fascicoli** in formato pdf degli ultimi 12 mesi della Rivista.

Abbonamento annuale: (compreso Azienditalia) € 135,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**

(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)

- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- <http://shop.wki.it/ipsoa>