

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX

4. **DUE DILIGENCE FISCALE**

di Francesco Bonifazi e Federico Lovadina



4.1. **PREMESSA. CENNI METODOLOGICI**

Come ricordato nei Capitoli precedenti, la due diligence consiste in un'approfondita attività di indagine relativa a fatti, atti e comportamenti che riguardano la vita di una determinata società o di un gruppo societario.

Tale indagine si origina perlopiù in caso di acquisizione/cessione del complesso aziendale o di un segmento di esso.

La conoscenza approfondita della realtà societaria (o del gruppo societario) c.d. *target* consente di verificarne la solidità economico-finanziaria e patrimoniale, nonché il rispetto delle leggi vigenti da parte degli organi amministrativi in carica.

Tale verifica, oltre a fornire tale "visione d'insieme" consente quale logica conseguenza di poter valutare i potenziali rischi derivanti dalla transazione, nonché di determinare il prezzo di acquisizione/cessione.

In buona sostanza, la due diligence, intesa quale analisi dei diversi aspetti societari, costituisce un necessario strumento, prodromico ad eventuali acquisizioni/cessioni, che consente al potenziale acquirente di conoscere la società *target* che intenderebbe acquisire.

Differentemente dagli approcci più "tradizionali" al tema della due diligence, questo manuale – e questo Capitolo – intendono dare il giusto rilievo anche agli aspetti fiscali che emergono dall'analisi della realtà societaria.

Occorre ribadire che l'obiettivo principale della due diligence è quello di analizzare lo stato economico e patrimoniale di un'azienda al fine di stabilire gli elementi di fattibilità o criticità in relazione ad operazioni straordinarie.

All'analisi di natura patrimoniale, quindi, non può non affiancarsi la due diligence fiscale, fondamentale per conoscere eventuali elementi di rischio e criticità non evidenziate dal venditore.

Risulterebbe, difatti, limitativo e di scarsa efficienza, considerare unicamente gli aspetti strettamente societari e contabili della società (o gruppo) *target*.

Gli aspetti fiscali rilevanti possono disvelare rilevanti criticità che ben potrebbero incidere sulla determinazione del prezzo di vendita.

La due diligence fiscale, come si vedrà meglio nel prosieguo, riguarda – in linea di principio – l'analisi c.d. formale (presentazione delle dichiarazioni, versamento delle imposte) nonché aspetti più sostanziali, quali le principali criticità fiscali e i *tax attributes* (agevolazioni spettanti), stato del contenzioso (pendente o potenziale) nonché i risvolti derivanti da operazioni straordinarie poste in essere in seno alla società e/o al gruppo societario *target*.

Da ultimo, senza tralasciare i profili di responsabilità del professionista, sarà affrontato il tema della pianificazione fiscale, nella certezza che quest'ultima attività presenti, inevitabilmente, punti d'incontro con l'attività di due diligence fiscale.

Non vi è dubbio, infatti, che prima di intraprendere ogni ipotesi di pianificazione fiscale, a monte vi deve essere stato necessariamente uno studio approfondito della società, proprio in relazione al profilo che qui interessa.

4. Due diligence fiscale

4.1. Premessa. Cenni metodologici

Anche in relazione alla pianificazione fiscale sarà data una lettura tipicamente giuridica, volta non tanto ad approfondire gli aspetti prettamente tecnici della stessa, quanto piuttosto a leggere tale attività in rapporto al complesso tema della certezza del diritto.

4.1.1. Tipologie, fasi e obiettivi di due diligence fiscale

La due diligence fiscale si distingue, *rectius* assume differenti connotazioni, in base al committente l'attività, che può essere sia il compratore, sia il venditore della società *target*, oppure un qualunque *stakeholder* (soci di minoranza, banche finanziatrici, ecc.). Come detto, l'ipotesi in cui ricorre con più necessità il bisogno di una due diligence è quella riguardante l'acquisizione di una società. In questo caso, l'indagine può essere effettuata in un momento precedente o successivo all'operazione d'acquisto.

Le fasi che contraddistinguono l'attività di due diligence fiscale sono riassumibili in:

1. incontro preliminare con i committenti;
2. identificazione dell'obiettivo e del perimetro d'indagine;
3. predisposizione della lettera d'incarico¹, che specifichi scopi, durata, modalità di svolgimento dell'incarico, tipo di *report* richiesto, termine di consegna, eventuali limitazioni di responsabilità, onorario e impegno alla riservatezza²;
4. creazione di una lista degli obiettivi con tabellari connessi (c.d. *check list*), che individuano anche il perimetro d'indagine, i termini di prescrizione e la struttura dell'operazione;
5. pianificazione dell'intervento e degli incontri presso la sede della società o la sede del consulente fiscale/legale della società;
6. indicazione di eventuali limitazioni per i consulenti nel ricevere informazioni e documenti relativi alla società *target*;
7. inizio dell'attività di verifica ed effettiva raccolta delle informazioni societarie necessarie all'indagine e dei dati/documenti richiesti sulla base della suddetta lista degli obiettivi. Tale fase si può espletare in maniera più o meno estesa. Nel primo caso, l'attività si svolgerà presso la sede della società *target* e non saranno previste particolari limitazioni alle richieste dei professionisti di visionare dati e documentazioni fiscali o di recepire informazioni presso il *management* societario ed eventuali consulenti esterni della stessa. Nel secondo caso, l'attività si svolgerà in un'unica sede (sovente lo studio del consulente fiscale della società *target*) e si limiterà

¹ In questa fase, i consulenti fiscali dovranno definire se il loro operato sarà unicamente di supporto all'attività di verifica fiscale oppure se dovranno concorrere nello svolgimento anche di altre attività, come ad es. nella valutazione della società *target* e nella definizione del prezzo di acquisto della stessa. Nella prassi, si tende a delegare la valutazione societaria ad altri professionisti esterni, ma può succedere che all'incarico della consulenza fiscale sia affidato anche l'incarico di eseguire una pianificazione fiscale dell'operazione di acquisizione. Questa ipotesi di incarico più ampio è quella su cui ci si baserà per la presente trattazione.

² Come ampiamente descritto nel Capitolo dedicato agli aspetti penali della due diligence, nello svolgimento dell'incarico il professionista viene a contatto con dati e informazioni relativi alla società oggetto di indagine che possono avere carattere riservato. Per questo, generalmente, nella lettera di incarico il professionista si obbliga a mantenere assoluta riservatezza su dati e informazioni, identificati nel contratto stesso, di cui viene a conoscenza nello svolgimento della due diligence, impegnandosi a non utilizzarli per finalità diverse da quelle espressamente pattuite.

- all'analisi dei documenti ivi presenti. Occorre evidenziare, inoltre, che sempre più spesso, durante la fase di verifica ed analisi, viene creata una c.d. data room (virtuale) alla quale accedono i consulenti e gli operatori della società che vengono incaricati di caricare i documenti precedentemente richiesti, Tale modalità di accesso alla documentazione consente l'analisi da remoto nonché l'accesso contemporaneo di più consulenti;
8. analisi c.d. formale: regolare presentazione delle dichiarazioni fiscali, versamenti, nonché – al livello sostanziale – analisi approfondita del contenuto delle dichiarazioni fiscali nonché delle riprese fiscali in aumento ed in diminuzione, dello svolgimento – in essere o potenziale – di (eventuali) attività di contenzioso e accertamenti su passività fiscali;
 9. determinazione dei termini temporali, tenendo conto degli atti posti in essere dal Fisco che possono aver interrotto il decorrere dei termini di prescrizione, dell'accesso della società ad istituti che hanno permesso la definizione parziale o totale del periodo d'imposta, dell'accesso della società ad operazioni straordinarie che hanno comportato la responsabilità solidale per accadimenti che riguardano altri soggetti;
 10. assistenza nella fase preliminare all'inizio delle trattative;
 11. redazione dell'*executive summary*, che deve riportare una sintesi dei risultati dell'analisi, un prospetto di quantificazione delle passività reali già evidenziate nei documenti contabili e della loro congruità, un prospetto delle passività potenziali per violazioni accertate, un prospetto delle passività potenziali per violazioni non ancora accertate ma accertabili, una indicazione di ulteriori ed eventuali rischi fiscali di cui non è determinabile l'importo e delle possibili aree di rischio fiscale, l'indicazione di eventuali modalità di riduzione del rischio fiscale;
 12. stesura del *report* di due diligence fiscale che contenga:
 - una dichiarazione di esclusione di responsabilità relativa all'attività di analisi condotta e al suo utilizzo;
 - indice dei contenuti;
 - premesse sulla base delle quali è stato condotto il lavoro;
 - descrizione analitica del lavoro svolto e del risultato dell'analisi;
 - quantificazione analitica delle passività fiscali reali e potenziali già evidenziate nei documenti contabili e della loro congruità;
 - descrizione analitica delle passività potenziali per violazioni accertate;
 - descrizione analitica delle passività potenziali per violazioni non accertate, ma accertabili;
 - analisi di eventuali ulteriori rischi fiscali di cui non è determinabile l'importo³;

³ Nella sezione dedicata alle passività fiscali, nello specifico, dovrà essere indicata:

1. la descrizione della fattispecie che ha causato l'evento;
2. il periodo di imposta;
3. la quantificazione della ripresa fiscale effettuata;
4. la quantificazione dell'imposta evasa;
5. l'indicazione della sanzione minima e massima applicabile;

4. Due diligence fiscale

4.2. Diversi ambiti delle attività

13. la pianificazione fiscale dell'operazione (di acquisizione o altro) e l'assistenza dei professionisti nella definizione del contratto finale relativo a dette operazioni.

4.2. DIVERSI AMBITI DELLE ATTIVITÀ

La due diligence presenta una scansione delle attività riassumibile in alcuni profili chiave. La prassi presuppone una procedura strutturata nelle seguenti fasi:

- esame dell'organigramma societario (nonché degli atti costitutivi e degli statuti delle società *target*);
- controllo delle dichiarazioni fiscali;
- verifica dei periodi di imposta sottoponibili ad accertamento;
- esame di eventuali contenziosi pendenti sulla società;
- esame delle eventuali operazioni di natura straordinaria eseguite dalla società obiettivo;
- individuazione di eventuali aree di rischio fiscale.

4.2.1. Esame dell'organigramma societario

In via preliminare, si precisa che il professionista incaricato di svolgere una attività di due diligence fiscale, non può prescindere da una corretta definizione dell'organigramma societario.

In particolare, questo ambito di conoscenza deve considerare le eventuali situazioni di controllo e/o di collegamento (di diritto o di fatto) rispetto alla società *target*. Sul professionista incombe l'onere, infatti, di non limitarsi all'assetto societario della sola società indagata, ma di estendere l'indagine anche alle eventuali società collegate, controllate o controllanti.

Nello specifico, l'esame congiunto di più società appartenenti allo stesso gruppo richiede la conoscenza di tutte le relazioni di natura finanziaria, commerciale e legale esistenti tra queste. Nel caso di gruppi societari, si dovranno analizzare questioni quali, a titolo esemplificativo, il *transfer price*, la tassazione consolidata di gruppo, l'applicabilità delle norme sulle CFC e, in ambito strettamente domestico, al c.d. gruppo IVA⁴. Va osservato come, con riguardo a tali ambiti, uno degli elementi da tenere in considerazione sarà costituito dall'ubicazione della società. Infatti, qualora la sede legale non sia posta in Italia, si dovrà valutare la possibilità che la società goda di regimi fiscali particolari che potrebbero aver concesso vantaggi fiscali.

In tal senso, ad esempio, la norma dettata dall'art. 110, comma 7, del TUIR⁵ mira ad evitare che all'interno di un gruppo si possano misurare i corrispettivi in modo da ri-

6. gli interessi maturati;

7. l'ammontare complessivo della passività potenziale;

8. la qualificazione della passività (certa, probabile, possibile, remota).

⁴ Art. 70-ter del D.P.R. n. 633/1972.

⁵ Disciplinante la valutazione dei componenti di reddito derivanti da operazioni con società del gruppo non residenti nel territorio dello Stato che, direttamente o indirettamente:

trarne una convenienza e/o un vantaggio fiscale attraverso meccanismi di quantificazione dei costi e dei ricavi (dell'impresa italiana) che portino a valori diversi da quelli di mercato delle merci e dei servizi corrisposti. Trattasi, quindi, di una norma che tende a contrastare comportamenti prevalentemente elusivi.

Appare evidente che, in assenza di un'indagine conoscitiva adeguata, il potenziale acquirente potrebbe essere indotto a ritenere effettivamente conveniente l'acquisizione della società *target*.

Preme altresì ricordare che sarà compito del professionista valutare il caso in cui la società *target* rientri in un gruppo societario che abbia optato per il c.d. consolidato nazionale (regolato dagli artt. 117 – 129 del TUIR)⁶ o aderito al gruppo IVA (regolato dall'art. 70-ter del D.P.R. n. 633/1972) o optato per la disciplina del c.d. consolidato mondiale (regolato dagli artt. 130 – 142 del TUIR)⁷.

Si evidenzia, infine, che il professionista dovrà fare riferimento non solo all'organigramma societario messo a disposizione dalla società indagata, ma anche valutare quale

-
- controllano l'impresa italiana;
 - sono controllate dall'impresa italiana;
 - sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa italiana.

⁶ Secondo l'art. 117 del TUIR, il consolidato nazionale consiste nella possibilità che hanno la società o ente controllante residente e ciascuna società controllata di esercitare congiuntamente l'opzione per la determinazione di un unico reddito complessivo globale in capo alla società controllante, corrispondente alla somma algebrica dei redditi (o perdite) complessivi netti delle società consolidate. Requisito essenziale per l'applicazione del consolidato è la sussistenza dell'esercizio del controllo (c.d. *controllo di diritto*, ex art. 2359, comma 1, c.c.) da parte della società controllante, sin dall'inizio del periodo di imposta (v. art. 120 del TUIR). Altro requisito è quello della residenza: infatti, la società controllante deve essere residente in Italia oppure può non essere residente, purché:

- a) sia residente in un Paese che ha stipulato con l'Italia apposito accordo contro le doppie imposizioni;
- b) eserciti attività di impresa in Italia, per il tramite di una stabile organizzazione.

Le società controllate, invece, devono necessariamente essere società di capitali residenti in Italia. Il consolidato nazionale non obbliga al consolidamento di tutto il gruppo, ma si segue un sistema opzionale biunivoco, ossia l'opzione deve essere esercitata congiuntamente sia dalla società controllante che da quella controllata. Inoltre, l'opzione è irrevocabile per un periodo non inferiore ai 3 anni (salvo il venir meno del requisito del controllo). Sono esclusi dal consolidato nazionale i soggetti:

- che beneficiano di una riduzione dell'aliquota IRES;
- dichiarati falliti;
- in procedura di liquidazione coatta amministrativa.

La società consolidante procede quindi: alla liquidazione dell'imposta di gruppo; al riporto a nuovo dell'eventuale perdita risultante dalla somma algebrica degli imponibili; alla liquidazione dell'eccedenza IRES di gruppo rimborsabile o riportabile a nuovo. In sostanza, gli imponibili e le perdite delle società consolidate vengono attribuiti alla società consolidante (controllante o società sorella designata).

⁷ È stata prevista la possibilità di estensione della tassazione di gruppo anche alle società ed enti non residenti, permettendo così alla società controllante (necessariamente residente, con azioni quotate in mercati regolamentati, di determinare un unico reddito complessivo, corrispondente alla somma algebrica del proprio imponibile e di quelli relativi alle società controllate residenti e *non residenti* (si noti come resta fermo il requisito del controllo). L'opzione per il consolidato mondiale è facoltativa e vincola i soggetti partecipanti per un periodo di tempo non inferiore a cinque esercizi. Il consolidato mondiale implica la partecipazione di tutte le controllate non residenti (principio *"all in, all out"*), purché tutti i relativi bilanci (oltre quello della controllante) siano soggetti a revisione e gli esercizi sociali siano coincidenti. Il consolidamento avviene solo in proporzione alle quote degli imponibili corrispondenti alle misure delle partecipazioni di controllo. Infine, come nel consolidato domestico, sono irrilevanti le perdite delle controllate estere di esercizi anteriori al consolidato mondiale.

4. Due diligence fiscale

4.2. Diversi ambiti delle attività

fosse lo schema societario negli anni precedenti, fino all'ultimo periodo di imposta accertabile.

4.2.2. Esame delle dichiarazioni fiscali (e imposte dovute)

Dopo aver verificato l'esatto perimetro di indagine, da un punto di vista, per così dire, soggettivo, l'analisi prosegue con il controllo formale relativo alla presentazione delle dichiarazioni fiscali nonché ai versamenti delle imposte dovute.

Come si vedrà meglio nel prosieguo, la due diligence fiscale è fisiologicamente orientata all'analisi di vicende relative ai periodi d'imposta accertabili nonché alle vicende societarie, imminenti e future, che possano avere riflessi tributari.

L'esame delle dichiarazioni fiscali della società *target* e la conseguente verifica delle imposte dovute dalla stessa costituiscono un passaggio obbligato nel quadro del processo di due diligence fiscale.

In questa fase di analisi della realtà della società *target*, l'obiettivo primario è quello di far emergere eventuali passività latenti, non dichiarate dalla medesima.

L'indagine si articolerà in un controllo di natura formale ed in uno di natura sostanziale. Per quanto concerne il primo, si dovranno necessariamente verificare tutte le scritture e la corretta tenuta della contabilità aziendale e/o di gruppo e, per l'effetto, verificare la sussistenza formale di ogni e qualsivoglia adempimento relativo alle stesse. In particolare, si dovrà verificare:

- la dichiarazione dei redditi (Mod. REDDITI *ex* Mod. UNICO) e, in particolare, il reddito imponibile dichiarato dalla società *target*;
- la congruità del reddito imponibile dichiarato rispetto ai c.d. ISA- Indici Sintetici di Affidabilità⁸;
- il superamento o meno del test di operatività e l'eventuale situazione di perdita sistematica ai fini dell'applicazione della normativa in materia di società di comodo o la sussistenza di cause di esclusione o disapplicazione della medesima;
- le dichiarazioni IRAP, IVA, sostituti d'imposta (Mod. 770), IMU, ecc.;
- la correttezza della liquidazione delle relative imposte dirette e indirette, nonché dei versamenti e delle eventuali compensazioni⁹;
- il rispetto dei termini legali per la presentazione delle dichiarazioni;
- il rispetto dei termini legali per la liquidazione delle imposte dovute;
- l'esatta indicazione delle perdite fiscali pregresse;
- l'esatta indicazione di debiti e crediti tributari.

Per quanto concerne il controllo sostanziale si dovrà procedere ad un'analisi più approfondita, avendo cura di visionare, nei limiti dell'accessibilità concessa al professionista,

⁸ Tali indici (c.d. ISA) sono indicatori che, misurando attraverso un metodo statistico- economico, dati e informazioni relativi a più periodi d'imposta, forniscono una sintesi di valori tramite la quale sarà possibile verificare la normalità e la coerenza della gestione professionale o aziendale dei contribuenti.

Si precisa che fino al periodo d'imposta 2018 erano in vigore gli Studi di Settore.

⁹ Qualora il consulente non abbia potuto esaminare la documentazione attestante i versamenti d'imposta, dovrà farne menzione nel *report*, in modo tale da garantirsi contro eventuali future accuse di esecuzione negligente, cfr. art. 1176, comma 2, c.c.

la maggiore quantità possibile di informazioni e documentazioni fiscali riferibili alla società.

Si tratterà, pertanto, di analizzare non solo le singole riprese effettuate dal contribuente nelle dichiarazioni relative ai periodi d'imposta ancora sottoponibili ad accertamento, ma anche i bilanci (eventuali consolidamenti), note integrative, contratti, carte di lavoro riconducibili a consulenti della società, fatture, registri fiscali, ecc.

Più ampio e dettagliato sarà il raggio d'azione della verifica, più ampia sarà la possibilità di ravvisare "tracce" di comportamenti fiscali non omogenei rispetto alle vigenti disposizioni tributarie e di eventuali passività fiscali latenti.

Entrando nello specifico del controllo sostanziale delle dichiarazioni, il professionista si premurerà di esaminare gli esiti degli ISA (Indici Sintetici di Affidabilità fiscale) nonché di verificare se la società abbia calcolato in maniera corretta le imposte.

Particolare attenzione dovrà essere riservata ai *trend* impositivi¹⁰ e ai fattori che hanno influito sugli stessi, nonché ad eventuali agevolazioni tributarie sfruttate dalla società e alla ricaduta di queste sull'imponibile fiscale.

In questo ultimo caso, il professionista dovrà accertarsi che la società *target* abbia effettuato un calcolo corretto degli eventuali crediti d'imposta; in caso negativo, dovrà provvedere a ridefinire l'ammontare del credito d'imposta sulla scorta della propria rettifica delle imposte dichiarate dal contribuente.

L'analisi sostanziale della liquidazione delle imposte dovute si estenderà non solo all'ambito delle imposte correnti, ma anche a quello delle imposte differite attive e passive¹¹.

A questo riguardo, il professionista dovrà valutare il rispetto delle norme contabili¹² per l'iscrizione in bilancio di tali poste e il corretto calcolo dell'ammontare delle stesse in riferimento alle aliquote fiscali medie vigenti.

Evidentemente, il livello di complessità dell'analisi del professionista varia in funzione non soltanto dell'esame di alcuni istituti tributari (come, ad esempio, il regime della *participation exemption* ex art. 87 del TUIR, il regime di tassazione dei dividendi, il limite per la deducibilità degli oneri finanziari, l'eliminazione delle interferenze fiscali nel bilancio di esercizio e la creazione dei prospetti di riconciliazione in dichiarazione dei redditi), ma anche in relazione alla complessità della società *target* e/o del gruppo (come,

¹⁰ Dall'analisi storica dei *trend* relativi al carico fiscale, è possibile determinare in via ipotetica un'aliquota di tassazione media che l'eventuale acquirente potrà sfruttare per calcoli previsionali sulla società obiettivo.

¹¹ Le imposte rappresentano un onere di impresa da rilevare contabilmente rispettando il principio di competenza. Ebbene, la competenza civilistica non sempre coincide con quella fiscale per le molteplici differenze esistenti tra il valore attribuito ai ricavi e ai costi civilistici rispetto a quelli fiscali. Le differenze di calcolo temporanee, pertanto, determinano l'obbligo, in presenza dei requisiti indicati nel Principio contabile OIC 25, di iscrivere in bilancio la fiscalità differita (attiva o passiva). Si avranno così imposte differite, che rappresentano gli effetti fiscali sulle differenze temporanee e che possono essere anticipate o posticipate nel tempo. In particolare:

- le imposte differite passive sono quelle imposte sul reddito dovute negli esercizi futuri, riferibili alle differenze temporanee imponibili; sono cioè tutte quelle variazioni che genereranno imposte negli esercizi futuri (come le plusvalenze patrimoniali fiscalmente rateizzate);

- le imposte differite attive sono, invece, le imposte sul reddito recuperabili negli esercizi futuri, riferibili alle differenze temporanee deducibili, al riporto a nuovo di perdite fiscali non utilizzate e al riporto a nuovo di crediti d'imposta non utilizzati.

¹² Principio contabile OIC 25.

4. Due diligence fiscale

4.2. Diversi ambiti delle attività

ad esempio, il regime di tassazione consolidata, il credito per le imposte pagate all'estero, il calcolo del reddito in ipotesi di CFC).

4.2.3. Verifica dei periodi di imposta soggetti ad accertamento

Come anticipato nel paragrafo precedente, la due diligence fiscale è un'attività di analisi relativa, perlopiù, ai periodi di imposta precedenti, rispetto a quello in cui l'analisi stessa si svolge.

In particolare, sarà opportuno, ai fini fiscali, concentrare l'analisi ai periodi d'imposta c.d. accertabili.

L'art. 7 del TUIR, in tema di imposte sul reddito, parla di "*imposta dovuta per anni solari, a ciascuno dei quali corrisponde un'obbligazione tributaria autonoma*", definendo il periodo di imposta come l'arco temporale su cui commisurare i redditi prodotti e a cui corrisponde un'obbligazione tributaria autonoma.

È evidente che, in tema di due diligence, la nozione di periodo d'imposta assume rilievo se collegata al concetto di accertamento.

L'analisi del professionista dovrà, infatti, essere tesa alla conoscenza di periodi di imposta accertabili e, quindi, di potenziali atti di contestazione da parte del Fisco, atti che potrebbero far variare sensibilmente (in ipotesi di cessione e/o acquisizione) il valore della società *target*.

La definizione dei periodi d'imposta ancora sottoponibili ad accertamento deve tenere conto delle seguenti variabili:

- a) l'esistenza di termini di prescrizione e/o decadenza fissati dalla normativa tributaria;
- b) l'esistenza di atti emessi dal Fisco che abbiano interrotto il decorrere dei termini di prescrizione e/o decadenza (per tutti, la notifica dell'avviso di accertamento);
- c) l'accesso della società *target* a istituti tributari deflattivi che hanno prodotto la definizione parziale o totale della contestazione riferita ad un determinato periodo d'imposta (per tutti, l'accertamento con adesione);
- d) l'essersi avvalsi di "*operazioni straordinarie*" che hanno implicato una responsabilità solidale tributaria della società *target* per altri periodi d'imposta (per tutti, operazione di fusione per incorporazione).

Relativamente ai termini di decadenza fissati dall'ordinamento tributario al potere di accertamento del Fisco, assumono innanzitutto rilievo l'art. 43 del D.P.R. n. 600/1973, in riferimento alle imposte sui redditi, e l'art. 57 del D.P.R. n. 633/1972, per quanto riguarda l'IVA. Tali articoli prevedono che la notifica dell'avviso di accertamento debba essere effettuata, a pena di decadenza, entro il 31 dicembre del quinto anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione dei redditi e, nel caso in cui il contribuente abbia omesso la presentazione della dichiarazione medesima, entro il settimo anno successivo a quello in cui si sarebbe dovuta presentare la dichiarazione¹³.

¹³ Si precisa che tali disposizioni si applicano agli avvisi relativi al periodo d'imposta in corso alla data del 31 dicembre 2016 e ai periodi successivi. Per i periodi d'imposta precedenti, gli avvisi di accertamento devono essere notificati, a pena di decadenza, entro il 31 dicembre del quarto anno successivo a quello in cui è stata presentata la dichiara-

Occorre inoltre tenere presente che, sulla base della specifica attività svolta dalla società *target*, altre imposte, oltre a quelle sui redditi e all’IVA, potrebbero assumere importanza non marginale. Basti pensare alla rilevanza dell’imposizione indiretta sui beni immobili per una società immobiliare, o delle imposte doganali per una società di *import/export*. In tale ottica, il professionista dovrà tenere conto anche degli specifici termini di decadenza dell’attività accertatrice del Fisco stabiliti per le singole imposte, al fine di determinare i periodi di imposta effettivamente accertabili e il potenziale rischio di contestazioni tributarie¹⁴.

Come detto, la corretta determinazione dei periodi d’imposta ancora sottoponibili ad accertamento è una delle verifiche necessarie che deve essere svolta da parte del professionista incaricato, in quanto l’esistenza o meno di violazioni fiscali relative ai periodi ancora accertabili da parte del Fisco fa variare inevitabilmente il valore della società *target*.

Ebbene, tale analisi appare doverosa poiché, nei periodi precedenti potrebbero essere emerse contestazioni fiscali relative a comportamenti che potrebbero riverberarsi anche sul periodo d’imposta corrispondente all’acquisizione/cessione della società *target*.

Tre paiono le possibili fattispecie in cui potrebbe imbattersi il professionista:

- a) la prima riguarda il caso in cui non solo vi sia stata una verifica tributaria, ma, a seguito di accertamento e relativa impugnazione, vi sia stata la soccombenza del contribuente (qui, per completezza, dovremmo distinguere l’ipotesi del maturarsi del giudicato da quella della pendenza del giudizio in altro grado giurisdizionale): è evidente che, nella fattispecie, l’alea, non solo di un accertamento negativo, ma anche di una potenziale condanna di fronte agli organi di giustizia tributaria ap-

razione ovvero, nei casi di omessa presentazione della dichiarazione o di dichiarazione nulla, entro il 31 dicembre del quinto anno successivo a quello in cui la dichiarazione avrebbe dovuto essere presentata. Si tenga inoltre conto, che la versione precedente delle norme prevedeva il raddoppio dei termini di accertamento, nelle ipotesi di violazione che comportavano l’obbligo di denuncia ai sensi dell’art. 31 del Codice penale.

Si precisa, che con riferimento all’emergenza sanitaria da Covid-19 sulla base di quanto disposto dall’art. 67 del D.L. n. 18/2020, tutti i termini di decadenza pendenti alla data dell’8 marzo 2020 sono prorogati di 85 giorni, pari al periodo di sospensione 8 marzo-31 maggio 2020. Ciò implica, che ai termini di notifica “ordinari” devono essere aggiunti 85 giorni. In particolare, tale proroga avrà effetti su:

- i termini relativi agli atti di accertamento esecutivi per omesso versamento per gli anni 2015- 2019;

- gli atti di accertamento esecutivi per infedele o omessa denuncia per gli anni 2014-2018.

¹⁴ Ad esempio, in materia di imposta di registro, rileva l’art. 76 del D.P.R. n. 131/1986, il quale stabilisce che l’imposta sugli atti soggetti ma non presentati per la registrazione debba essere richiesta, a pena di decadenza, nel termine di 5 anni dal giorno in cui avrebbe dovuto essere richiesta la registrazione o si è verificato il fatto che legittima la registrazione d’ufficio o, infine, dal giorno in cui avrebbero dovuto essere presentate le denunce di eventi successivi. Inoltre, per gli atti che hanno per oggetto beni immobili o aziende, l’avviso di rettifica e di liquidazione della maggiore imposta deve essere notificato entro il termine di decadenza di 2 anni dal pagamento dell’imposta proporzionale, mentre negli altri casi, l’imposta deve essere richiesta, a pena di decadenza, entro il termine di 3 anni decorrenti dalla richiesta di registrazione o dalla data in cui è stata presentata la denuncia di eventi successivi. Infine, l’imposta relativa alle annualità successive alla prima, alle cessioni, risoluzioni e proroghe di contratti di locazione e affitto di immobili, nonché le connesse sanzioni e gli interessi dovuti, devono essere richiesti, a pena di decadenza, entro il 31 dicembre del quinto anno successivo a quello di scadenza del pagamento. In materia di imposte ipotecarie e catastali, l’art. 19 del D.P.R. n. 635/1972 stabilisce un termine di decadenza di 3 anni dal momento in cui avrebbe dovuto essere eseguita la formalità.

4. Due diligence fiscale

4.2. Diversi ambiti delle attività

- pare molto fondata e ciò si riflette inevitabilmente in diminuzione sul valore di acquisto/cessione della società *target*;
- b) la seconda riguarda il caso in cui, a fronte di un accertamento, vi sia stata la definizione (intervenuta nella fase pre-contenziosa o contenziosa) attraverso l'uso di strumenti deflattivi del contenzioso tributario. Ferma restando la diversità tra tali istituti, è chiaro che dovrà essere valutato con attenzione *l'iter* logico e giuridico con cui le parti hanno trovato un accordo. È comunque chiaro che, anche in questo caso, l'alea di essere passibili di accertamento, seppur con un impatto certamente attenuato rispetto all'ipotesi di cui al precedente punto a), comporta per il professionista l'obbligo di portare in diminuzione il valore della società *target*;
 - c) la terza, infine, riguarda la pendenza di un giudizio. Anche in questa ipotesi, il professionista avrà l'obbligo di tener conto di un potenziale rischio che inficia la certezza del valore della società *target*, incombendo su di lui l'onere di chiedere che si preveda un accantonamento del rischio derivante dalla eventuale futura soccombenza (il cui rischio, come anticipato, andrà graduato in base alla probabilità che la stessa si verifichi).

4.2.4. Esame dello stato del contenzioso

Nell'eventualità in cui la società *target* sia o sia stata coinvolta in uno o più contenziosi avverso l'Amministrazione finanziaria o verso Enti creditori diversi dalla stessa (es. Comune nell'ipotesi di IMU), sarà premura dei professionisti analizzare la situazione con particolare attenzione.

L'analisi in tema di contenzioso tributario svolge, infatti, oltre alla funzione di individuare le passività o il rischio relativo a violazioni fiscali commesse nei periodi d'imposta ancora oggetto di accertamento, anche quella di far emergere eventuali passività fiscali latenti, evidenziare il *modus agendi* della società *target* nei diversi periodi d'imposta, nonché, infine, di fornire informazioni di cruciale importanza sull'effettivo valore delle suddette potenziali passività.

Lo scenario che si può prospettare è duplice: da una parte, potremmo essere in presenza di un contenzioso già definito e risolto, dall'altra, in presenza di un contenzioso potenziale e/o pendente.

Nel primo caso, è compito del professionista verificare quale strumento giuridico è stato utilizzato dal contribuente per definire la causa. Evidentemente, nel caso in cui si sia optato nel senso di adire il giudice tributario, *nulla quaestio*: appare del tutto evidente che, se il contenzioso è culminato con una pronuncia passata in giudicato, l'analisi del professionista si limita alla presa d'atto della pronuncia medesima. Semmai, occorrerà verificare l'esistenza di ulteriori giudizi pendenti aventi il medesimo oggetto di quello oramai divenuto definitivo.

È chiaro che, in tale ipotesi, le pronunce successive emesse da parte del giudice tributario seguiranno, con maggior probabilità, quanto già statuito dalla giurisprudenza precedente.

Discorso diverso vale, invece, nel caso in cui la definizione del contenzioso potenziale e/o pendente sia avvenuta attraverso l'utilizzo di uno strumento tributario deflattivo¹⁵. È evidente che, non essendo in presenza di una sentenza passata giudicato, ma di una decisione (seppur con le dovute differenze rispetto allo strumento deflattivo prescelto) che deriva dalla sfera della volontà delle parti coinvolte, risulterà necessario esaminare tutti gli atti della pratica, dedicando particolare attenzione alle motivazioni che hanno indotto le parti a rinunciare e/o definire il contenzioso.

¹⁵ I principali strumenti deflattivi del contenzioso tributario sono:

- l'autotutela tributaria, strumento discrezionale finalizzato ad ottenere l'annullamento, d'ufficio o su istanza del contribuente, dell'operato dell'Amministrazione nel caso in cui essa prenda atto di aver commesso un errore con conseguente ripristino dello *status quo*;
- l'acquiescenza *ex art. 15 del D.Lgs. n. 218/1997*, con la quale il contribuente "accetta" completamente la pretesa del Fisco e rinuncia a proporre ricorso e ad avviare un procedimento di adesione, usufruendo in tal modo della riduzione delle sanzioni ad 1/3;
- l'accertamento con adesione *ex artt. 1 ss. del D.Lgs. n. 218/1997*, strumento messo a disposizione del contribuente al fine di definire in via concordataria ed in contraddittorio con il Fisco le maggiori imposte dovute, evitando così l'insorgere di un giudizio e usufruendo di una riduzione delle sanzioni nella misura di 1/3;
- il reclamo/mediazione tributaria *ex art. 17-bis del D.Lgs. n. 546/1992*, istituto utilizzabile dal 1° aprile 2012, riguarda controversie con valore non superiore ad euro 50.000, relative ad atti emessi dall'Agenzia delle Entrate, per le quali, prima di proporre ricorso, è necessario presentare reclamo a pena di improcedibilità del ricorso stesso (le parole "cinquantamila euro" sono state sostituite alle precedenti "ventimila euro" dall'art. 10, comma 1, D.L. 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla Legge 21 giugno 2017 n. 96. Ai sensi del successivo comma 2, la disposizione si applica agli atti impugnabili notificati a decorrere dal 1° gennaio 2018);
- la conciliazione giudiziale *ex art. 48 del D.Lgs. n. 546/1992*, strumento con cui ciascuna delle parti del processo può chiudere un contenzioso pendente presso una Commissione Tributaria e grazie al quale il contribuente può usufruire della riduzione delle sanzioni che saranno dovute nella misura del 40% del minimo previsto dalla legge, se la conciliazione si perfeziona in primo grado e nella misura del 50% se si concilia nel corso del giudizio di secondo grado.

La conciliazione può avvenire in udienza o fuori dall'udienza.

Inoltre, si fa presente che *"L'analisi degli istituti deflattivi o definitivi del contenzioso si sostanzia nella verifica di accertamenti con adesione, di conciliazioni giudiziali, di procedure di acquiescenza. L'accertamento con adesione è un istituto che consente di definire il contenzioso insorto con le autorità fiscali; si tratta di uno strumento di definizione di natura alternativa al processo tributario che consente la perdita di efficacia dell'avviso di accertamento, la riduzione delle sanzioni amministrative a 1/4 del minimo previsto dalla legge e benefici sull'applicabilità delle sanzioni penali. La conciliazione giudiziale è uno strumento di tipo deflattivo proprio del processo tributario che presuppone l'esistenza di una controversia contro l'ente impositore ed è disciplinata dall'art. 48, d.lgs. n. 546/92. Con la conciliazione il contribuente fruisce della riduzione del carico sanzionatorio a 1/3 e gode della riduzione alla metà delle sanzioni penali principali. Il contribuente si avvale di tale procedura quando i motivi di contestazione mossi dal Fisco sono fondati; onde l'esame di questi ultimi fornisce validi elementi di verifica, da utilizzarsi nel corso della due diligence fiscale. Per mezzo dell'acquiescenza il contribuente accetta il contenuto dell'avviso di accertamento o rettifica emesso dal Fisco. Anche in tale ipotesi l'esame del correlato documento consente all'advisor di verificare che tipi di rilievi sono stati effettuati dal Fisco e di verificare se i precedenti problemi di natura fiscale sono stati definitivamente rimossi dal contribuente anche nei periodi d'imposta successivi. A titolo esemplificativo si consideri l'ipotesi in cui la verifica sia stata parziale e solo su un periodo d'imposta e i correlati rilievi hanno però avuto continuità anche negli esercizi successivi (per esempio errata applicazione delle aliquote di ammortamento). La disciplina di tale istituto è contenuta nell'art 15 del dlgs n. 218/97". La due diligence fiscale. Le regole di comportamento per i professionisti negli incarichi relativi ai processi di acquisizione. Per un'analisi approfondita e aggiornata di questi e altri strumenti deflattivi, si veda P. Batalocco - A. Colasanti, *Gli istituti deflattivi del contenzioso tributario: stato attuale e criticità*, Justice. 2014, www.luiss.it.*

4. Due diligence fiscale

4.2. Diversi ambiti delle attività

Un ricorso frequente a tali istituti, soprattutto se utilizzati al fine principale di risanare, o meglio, a porre rimedio ad irregolarità formali e/o sostanziali, potrebbe essere elemento sintomatico di scarsa efficienza e di eccessiva “distrazione” nella tenuta dei conti. In tale eventualità, sarà compito del professionista verificare che la società sottoposta ad analisi non sia incorsa in pratiche fiscali simili in periodi di imposta successivi a quello definito con lo strumento deflattivo e ancora sottoponibili ad accertamento.

L'esame incrociato di tutti i dati rilevati dall'Amministrazione finanziaria nei propri atti (avvisi di accertamento, cartelle esattoriali, ecc.) da un lato, e di tutti gli atti prodotti dalla società nella fase precontenziosa di contraddittorio necessario e/o di quelli dedotti in giudizio dall'altro, avrà come scopo principale quello di palesare aree di criticità e di rischio o, più specificamente, di passività latenti non prospettate dalla società medesima.

Infine, in ipotesi di contenzioso pendente, si dovrà necessariamente verificare se la società *target* abbia predisposto o meno un fondo rischi in caso di soccombenza, con conseguente liquidazione delle collegate sanzioni.

Il mancato accantonamento prudenziale del *quantum* da rifondere in caso di non accoglimento porterà alla rivalutazione della situazione patrimoniale della società *target* e, di conseguenza, alla riconsiderazione del valore globale della stessa¹⁶.

Da ultimo, nel quadro delle verifiche riferite all'attività di due diligence fiscale sul tema del contenzioso pendente e/o potenziale, ancor più delicata e complessa è l'attività di verifica dei rilievi dell'Amministrazione finanziaria in corso d'accertamento.

Un'attività di questo tipo, eseguita in contemporanea all'accertamento fiscale, o addirittura, ad una verifica fiscale, si baserà soprattutto sui dati riportati nel verbale di contestazione, quotidianamente licenziato dagli incaricati del Fisco e sulle risultanze del contraddittorio necessario con il contribuente. Tuttavia, rispetto ad ipotesi di accertamenti già conclusi, le contestazioni ancora *in itinere* comportano, per il professionista che sta svolgendo l'attività di due diligence una serie di problematiche.

Ad esempio, l'assenza di una quantificazione delle sanzioni relative ai singoli rilievi imporrà al professionista di praticare una stima prudenziale delle medesime; inoltre, la maggiore difficoltà ad accedere ai documenti contabili e fiscali riconducibili al periodo d'imposta oggetto di accertamento determinerà inevitabilmente una fisiologica dilatazione temporale del processo di due diligence medesimo.

Di pari passo alla dilatazione dei tempi, si assisterà ad un potenziale aumento del rischio di responsabilità del professionista il quale, a fronte delle limitazioni dovute al caso specifico, potrà tutelarsi richiedendo una manleva in caso di rilievi emersi solo in seguito alla chiusura del suo *report*.

¹⁶ Sul tema della qualifica delle passività fiscali potenziali non esiste univocità di pensiero. L'assenza di un criterio di riferimento unanime e la significativa ricaduta del problema sulla valutazione societaria (possibile richiesta di abbassamento del prezzo di acquisto della società *target*) comportano spesso controversie tra la parte acquirente e il venditore.

Concludendo, il professionista incaricato di svolgere l'attività di due diligence fiscale dovrà redigere un *report*, composto di parti descrittive e tabellari, in cui si indichi:

- ogni pratica di contenzioso ed il relativo grado di accertamento (totale o parziale);
- lo stato di eventuali contenziosi ancora pendenti;
- le passività fiscali relative a ciascun contenzioso e le relative sanzioni;
- la qualificazione delle passività fiscali potenziali;
- la necessità dell'accantonamento prudenziale¹⁷, qualora non sia stato effettuato o sia avvenuto solo parzialmente.

4.2.5. **Esame delle operazioni straordinarie**

Il professionista incaricato dovrà rivolgere particolare attenzione alle eventuali operazioni straordinarie poste in essere dalla società *target* (o che comunque la coinvolgono), operazioni che comportano una modificazione dell'organizzazione o della forma giuridica della società.

Tale analisi trova la sua ragion d'essere nella necessità di:

1. verificare l'eventuale esistenza di entità giuridiche di cui non si era originariamente a conoscenza e, conseguentemente, di sottoporre le stesse ad indagine;
2. verificare l'esistenza di rischi fiscali relativi alla società *target*;
3. verificare la presenza di passività fiscali ricollegabili all'effettuazione di tali operazioni;
4. verificare l'applicabilità di particolari discipline tributarie alle operazioni in questione;
5. determinare la eventuale responsabilità di tipo tributario in capo ai soggetti coinvolti nell'operazione stessa, così come prevista dalla normativa civilistica e fiscale.

Ad esempio, qualora si sia in presenza di un'operazione di fusione per incorporazione¹⁸, l'art. 172, comma 4, del TUIR prevede che *“dalla data in cui ha effetto la fusione la società risultante dalla fusione o incorporante subentra negli obblighi e nei diritti delle società fuse o incorporate relativi alle imposte sui redditi”*.

¹⁷ In caso, ovviamente, di passività certa nell'esistenza, ma non determinabile nell'ammontare, oppure probabile (o possibile).

¹⁸ Secondo l'art. 172 del TUIR, l'operazione straordinaria di fusione è governata dal principio della neutralità fiscale, principio che si sostanzia nella continuità dei valori attribuiti, ai fini delle imposte sui redditi, ai beni delle società partecipanti alla fusione e, di conseguenza, nella mancata emersione di un reddito imponibile o di una perdita deducibile. Essa, inoltre, è esclusa dal campo di applicazione dell'IVA e soggetta alle imposte di atto in misura fissa.

In particolare, l'art. 172 cit., ai fini delle imposte sui redditi, prevede:

- che la fusione di società non costituisce realizzo, né distribuzione delle plusvalenze e minusvalenze dei beni delle società fuse (comprese quelle relative alle rimanenze e all'avviamento);
- l'irrelevanza in capo alla risultante o all'incorporante delle differenze di fusione (avanzi/disavanzi);
- che il cambio delle partecipazioni originarie non faccia emergere reddito alcuno in capo ai soci (fatta salva l'ipotesi di conguaglio).

Tale disciplina di neutralità fiscale è giustificata dal fatto che la fusione è un'operazione che attiene alla ristrutturazione dell'assetto organizzativo, estranea alla gestione dell'impresa e, dunque, inidonea a generare reddito; inoltre, non implica né cessione a titolo oneroso, né destinazione a finalità estranee all'esercizio dell'impresa dei beni della società incorporata, con la conseguenza che da essa non possono emergere né utili tassabili né perdite deducibili.

4. Due diligence fiscale

4.2. Diversi ambiti delle attività

Pertanto, tale operazione determina il subentro della società risultante/incorporante nelle posizioni soggettive delle società fuse/incorporate, salvo alcune limitazioni previste dalla norma (commi 5 e 7 del medesimo art. 172 del TUIR, in riferimento alla ricostruzione delle riserve del patrimonio netto, al diritto al riporto delle perdite, agli interessi passivi indeducibili oggetto di riporto in avanti e all'eccedenza relativa all'aiuto alla crescita economica (ACE)).

In altre parole, tale subentro comporta una successione universale della società risultante/incorporante negli obblighi e nei diritti delle società fuse/incorporate. Infatti, fino alla data della fusione, tutti i fatti economicamente rilevanti sono imputati in capo alle singole società preesistenti, le quali presentano le proprie dichiarazioni tributarie relativamente a quel periodo d'imposta; mentre, successivamente al perfezionamento della fusione, tutti gli eventi economici dovranno essere riferiti alla società risultante/incorporante.

Pertanto, la determinazione del reddito in seguito alla fusione sarà diversa in molteplici aspetti, tra i quali:

- il trattamento fiscale degli avanzi e dei disavanzi da fusione. Si hanno avanzo e disavanzo c.d. *da concambio* quando l'incorporante non possiede le partecipazioni dell'incorporata e, a seguito della fusione, nel bilancio civilistico della prima, si crea una differenza contabile tra patrimonio netto proveniente dall'incorporata e aumento del capitale. Si ha, invece, avanzo o disavanzo da "*annullamento*" quando l'incorporante possiede le azioni o le quote dell'incorporata e si crea, per la prima, una differenza contabile tra patrimonio netto e valore della partecipazione annullata;
- la disciplina dei fondi in sospensione d'imposta e dei fondi tassati (art. 172, comma 5, del TUIR). La società risultante/incorporante subentra nelle situazioni di sospensione del debito d'imposta, con la conseguenza che se essa vuole conservare lo stato di "*sospensione*" deve ricostituire nel proprio bilancio le riserve in sospensione d'imposta che figuravano nel bilancio della società fusa/incorporata. Pertanto, si avranno fondi tassabili ove non ricostituiti in bilancio e fondi e riserve in sospensione d'imposta tassabili solo in caso di distribuzione;
- il trattamento delle perdite (art. 172, comma 7, del TUIR). Al fine di evitare un utilizzo distorto della fusione (finalità antielusiva), è prevista una deroga al principio di neutralità fiscale: infatti, il riporto delle perdite pregresse, per ciascuna società partecipante ad un'operazione di fusione (inclusa l'incorporante), è condizionato da un "*test di operatività*" della società che ha prodotto le perdite, teso a verificare se tale società fosse effettivamente operativa, e dal limite del patrimonio netto contabile della medesima società che individua l'importo delle perdite riportabili, nonché dalle svalutazioni delle partecipazioni che sono state dedotte (di regola) dal socio della società incorporata.

L'art. 179 del TUIR, estende tale principio di neutralità fiscale anche alle fattispecie di fusione tra società italiane e società residenti in altri Stati dell'UE (fusioni intracomunitarie), con il limite però che i beni della società italiana fusa/incorporata confluiscono in una stabile organizzazione in Italia della società risultante/incorporante.

Ebbene, il professionista incaricato di eseguire la due diligence fiscale non potrà prescindere dal valutare tali aspetti riferibili ai periodi d'imposta precedenti, poiché gli effetti fiscali imputabili alle società preesistenti possono incidere sulla determinazione del prezzo di compravendita della società *target*.

La scissione, nonostante abbia funzione e contenuto diversi, ha la stessa natura giuridica della fusione e la differenza tra le due operazioni può talvolta essere solo formale: infatti, facendo confluire un'intera società in un'altra abbiamo una fusione, mentre lasciandone vivere autonomamente una parte, anche minima, abbiamo una scissione.

Ai sensi del comma 4 dell'art. 173 del TUIR, le posizioni soggettive della società scissa sono attribuite¹⁹:

- in caso di scissione totale, alle società beneficiarie in proporzione alle quote di patrimonio netto loro trasferito;
- in caso di scissione parziale, alla società scissa e alle beneficiarie in proporzione alle quote di patrimonio netto rispettivamente rimasto o trasferito.

Anche per la scissione, il legislatore stabilisce che l'operazione non genera plusvalenze o minusvalenze rispetto ai patrimoni della società scissa e delle beneficiarie, così come rispetto alle partecipazioni nei patrimoni dei soci della scissa.

In tema di conferimento, poi, l'art. 9, comma 5, del TUIR stabilisce che “*ai fini delle imposte sui redditi le disposizioni relative alle cessioni a titolo oneroso valgono anche (...) per i conferimenti in società. Il valore di realizzo è dato dalla stima del bene conferito*”, equiparando così i conferimenti alle altre cessioni a titolo oneroso, capaci di realizzare plusvalenze *ex art. 86, comma 1, lett. a)*, e art. 9, comma 5, del TUIR.

Tuttavia, il conferimento ha come effetto quello di attribuire al conferente la qualità di socio, con i relativi poteri ed obblighi, e al conferitario la titolarità del bene, subordinando quindi gli effetti traslativi derivanti dall'operazione al perseguimento degli scopi societari.

Per tali ragioni, il conferimento in società può considerarsi per certi versi equiparabile alle operazioni di fusione e scissione, rendendo così applicabile il regime di neutralità fiscale in determinate condizioni di eccezione. In particolare, l'art. 175, comma 1, del TUIR prevede la neutralità fiscale per i conferimenti di partecipazioni di controllo o di collegamento avvenuti tra soggetti residenti, nell'esercizio di imprese commerciali, considerando, quale valore di realizzo:

- quello attribuito dal conferente nelle proprie scritture contabili alla partecipazione ricevuta in cambio;
- oppure, se superiore, quello attribuito alle partecipazioni conferite nelle scritture contabili del conferitario.

¹⁹ Le posizioni soggettive sono:

- a) fondi di accantonamento;
- b) crediti e ritenute;
- c) versamento degli acconti e delle ritenute;
- d) quote di ammortamento e spese di manutenzione;
- e) riporto delle perdite fiscali.

4. Due diligence fiscale

4.2. Diversi ambiti delle attività

La plusvalenza sarà pari alla differenza tra il maggiore dei predetti valori ed il costo fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni conferite, pari al valore di iscrizione delle medesime nelle scritture contabili del conferente prima del conferimento.

Pertanto, se il valore di realizzo è pari al valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni conferite, il conferimento avviene in regime di assoluta neutralità fiscale, non facendo emergere plusvalenze fiscalmente imponibili.

Inoltre, l'art. 176, comma 1, del TUIR, prevede l'eccezione della neutralità d'imposta anche in caso di conferimenti d'azienda effettuati tra imprese residenti in Italia ed esercanti attività commerciali. La norma stabilisce che tali conferimenti non generano plusvalenza o minusvalenza²⁰. Tuttavia, il soggetto conferente deve assumere quale valore della partecipazione ricevuta l'ultimo valore fiscalmente riconosciuto dell'azienda conferita e il conferitario subentra, ai fini fiscali, nella posizione del conferente in ordine agli elementi dell'attivo e del passivo dell'azienda stessa.

Tale regime di neutralità è la modalità naturale di tassazione applicabile ai conferimenti di azienda a partire dal 2008.

A tale proposito, il professionista, in ambito di due diligence fiscale, dovrà tener conto che, in caso di verifica fiscale subita dal conferente successivamente al conferimento e riguardante periodi d'imposta precedenti all'operazione stessa, aventi per oggetto il costo fiscale dei beni dell'azienda conferita, gli eventuali rilievi coinvolgeranno, oltre che il conferente, anche il conferitario subentrato *in toto* nella posizione del conferente.

Al fine di attenuare conseguenze fiscali di questo tipo in capo al conferitario, è opportuno far inserire apposite clausole nell'atto di conferimento²¹.

Inoltre, l'art. 176, comma 3, del TUIR specifica che il conferimento dell'azienda in neutralità d'imposta e la successiva cessione della partecipazione ricevuta per godere del regime di *participation exemption*²² non è considerato come comportamento elusivo ai sensi dell'(ex) art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973.

Si consideri, infine, che dal 2008 è possibile attribuire rilievo ai maggiori valori iscritti nell'attivo patrimoniale a seguito del conferimento attraverso il pagamento di un'imposta sostitutiva *ex art.* 176, comma 2-ter, del TUIR.

²⁰ In questo caso, l'art. 176 del TUIR prevede un sistema che consente:

- il mantenimento in capo alla conferitaria delle posizioni e dei valori fiscalmente riconosciuti in capo alla conferente;
- la possibilità di rilevare maggiori valori sui beni ricevuti dal punto di vista civilistico, ma senza riconoscimento fiscale (doppio binario).

²¹ A titolo esemplificativo, tali clausole possono prevedere che:

- il conferente debba notificare senza indugio al conferitario, eventuali avvisi di accertamento aventi per oggetto l'azienda conferita;
- il conferente si obblighi a corrispondere al conferitario una determinata penale a titolo di indennizzo, nel caso di contestazione di determinati costi da parte dell'Amministrazione finanziaria;
- il conferente abbia il potere di nominare i consulenti fiscali nel caso in cui si instauri un contenzioso.

²² Si avrà, in tal caso, il trasferimento del requisito del possesso tra conferente e conferitaria:

- la partecipazione ricevuta dalla società conferente si considera posseduta per un periodo pari al possesso dell'azienda da parte della società conferente;
- la partecipazione si presume iscritta come immobilizzazione finanziaria nei bilanci in cui risultavano iscritti i beni dell'azienda conferita.

In definitiva, in ipotesi simili, il professionista dovrebbe analizzare anche i periodi d'imposta, ancora accertabili, relativi alle entità giuridiche preesistenti all'operazione straordinaria posta in essere.

Il legislatore fiscale ha, infatti, previsto specifiche disposizioni relative al trattamento tributario di talune poste e componenti di reddito che possono emergere dalle operazioni straordinarie: il professionista deve, di conseguenza, verificare che il contribuente, nell'esecuzione di tali operazioni, abbia adempiuto agli obblighi previsti da tali norme. È chiaro, inoltre, che il professionista deve considerare tutte le problematiche fiscali relative all'esecuzione delle operazioni in esame. In particolare, relativamente al conferimento, egli deve verificare l'eventuale opzione, da parte del conferitario, per il regime di imposta sostitutiva²³.

4.2.6. Aree di rischio

Una volta effettuata l'analisi prima formale e poi sostanziale delle aree come sopra delineate, il professionista incarico dell'attività di due diligence dovrà procedere all'individuazione delle aree di rischio fiscale relative alla società *target*. L'evidenziazione di aree che possono celare passività potenziali sarà indubbiamente rilevante al fine di una corretta valutazione societaria.

I parametri da tenere in considerazione per delineare eventuali aree di rischio fiscale sono riassumibili in:

- natura dell'attività svolta dalla società *target*. A seconda della tipologia dell'attività societaria (finanziaria, industriale, commerciale) variano le aree di possibile criticità fiscale. Ad esempio, se la società *target* è una *holding* finanziaria, il consulente sarà orientato a concentrarsi sulle aree fiscali collegate alle minusvalenze o plusvalenze derivanti da cessioni di partecipazioni e alle modalità di tassazione dei dividendi ricevuti. Diversamente, se la *target* è una società che si occupa di produzione industriale, il professionista si premurerà di trattare come area sensibile quella relativa alla corretta determinazione delle rimanenze di magazzino;
- ubicazione della società *target* e di eventuali altre società facenti parte del medesimo gruppo societario. L'identificazione della sede legale della *target* costituisce un parametro per verificare se la società goda di regimi fiscali agevolati (nel caso in cui, ad esempio, risiedesse in un Paese estero provvisto di un regime fiscale privilegiato, c.d. *paradiso fiscale*). Qualora la società sia ubicata in Italia ma abbia rapporti, al contempo, con società ubicate all'estero, riconducibili allo stesso gruppo societario, si può profilare l'area di criticità relativa al *transfer pricing* interno, ovvero a tutte quelle operazioni relative a cessioni di beni o a prestazioni di servizi a valori diversi da quelli di mercato²⁴. L'esistenza di altre società del gruppo all'estero potrebbe

²³ Il legislatore ha reintrodotto il regime sostitutivo anche per le operazioni di fusione e di scissione (cfr. art. 15, commi da 10 a 12, del D.L. 29 novembre 2008, n. 18).

²⁴ La dottrina ha evidenziato come l'introduzione del consolidato fiscale nazionale (riforma fiscale del 2003) abbia comportato una riduzione parziale del fenomeno di transfer price, riferibile ai soli soggetti che possono godere di tale regime. Cfr. Stesuri, "Effetti della riforma fiscale sulla tax due diligence", *il fisco*, n. 39, 2005, pagg. 1 – 6108;

4. Due diligence fiscale

4.3. Pianificazione fiscale

inoltre portare all'emersione di problemi di applicabilità della disciplina delle CFC, *Controlled Foreign Companies*²⁵, specialmente in riferimento alla possibilità che la *target* non dichiari in Italia l'eventuale reddito della controllata;

- dimensione della società *target*. Come detto sopra, la grande impresa appartenente a un gruppo multinazionale avrà come possibile area di criticità quella attinente alle relazioni *intercompany*. Una piccola azienda a conduzione "patronale" potrebbe, diversamente, avere aree di rischio riferibili a politiche di riduzione dell'imponibile fiscale molto aggressive piuttosto che al pagamento di emolumenti simulati a congiunti di vario genere o al sostenimento di spese personali gravanti sul bilancio societario;
- caratteristiche del venditore. L'esame delle caratteristiche del venditore consente al professionista di farsi un'idea sul *modus agendi* fiscale dello stesso. L'analisi storica dei comportamenti fiscali del venditore, specialmente qualora non siano del tutto corrispondenti al dettato normativo, e di eventuali contenziosi tributari pregressi o pendenti, può portare il consulente a inserire a pieno titolo lo stesso *modus agendi* del venditore nel novero delle aree di rischio.

4.3. PIANIFICAZIONE FISCALE

Non vi è dubbio che nell'accezione tradizionale di due diligence fiscale si intende quel complesso insieme di atti, fatti e comportamenti che trovano precisa descrizione nei paragrafi che precedono. Non vi è dubbio, altresì, che nell'affrontare siffatto argomento, parrebbe per lo scrivente incompleto non trattare il tema della due diligence fiscale collegato a quello della pianificazione.

In fin dei conti, quest'ultima attività mostra tratti di forte somiglianza con quella di cui in esame.

La finalità di ogni pianificazione fiscale altro non è che quella di cercare, nel rispetto delle prescrizioni normative contenute nell'ordinamento tributario, di ottimizzare/migliorare il complessivo assetto societario per diminuire la pressione fiscale sulla società. L'attività di pianificazione, quindi, prevede tutta una serie di atti, fatti e comportamenti che, per raggiungere lo scopo appena descritto, sono, nella fase preliminare, tesi alla conoscenza puntuale dell'assetto complessivo della società e del conseguente regime tributario a cui è sottoposta.

Peraltro, il tema della pianificazione offre spunti di approfondimento di particolare interesse e di stringente attualità. Per tale ragione, l'analisi verterà non tanto sull'attività di pianificazione del professionista, quanto su quella riguardante il rapporto tra l'attività

Id., "I prezzi di trasferimento interni alla luce della riforma societaria e fiscale: interferenza del consolidato fiscale nazionale", *Amministrazione & Finanza*, n. 10/2004.

²⁵ Sul tema si veda A. Stesuri, "La riforma fiscale e la disciplina delle società estere controllate e collegate", *Inseri di Azienda e Fisco*, n. 19-20/2004; M. Marino, "L'estensione della normativa sulle CFC alle imprese estere collegate", *il fisco*, n. 29/2004, pagg. 4475 ss.

di pianificazione e le norme previste in tema di certezza del diritto, ovvero, in termini più espliciti, soffermandoci sui concetti di elusività e di abuso del diritto.

La novellata disciplina dell'abuso del diritto è contenuta nell'art. 10-*bis* della Legge n. 212/2000 (Statuto dei diritti del contribuente), che ha mandato in "pensione" il vecchio art. 37-*bis* del D.P.R. n. 600/1973 cercando di introdurre una nozione di abuso informata ai principi di chiarezza ed uniformità. Preliminarmente va ricordato che, per opinione prevalente, con le locuzioni di "abuso del diritto" (e/o "elusione fiscale") si allude a quei comportamenti del contribuente che, pur essendo formalmente rispondenti ad una determinata disciplina, danno luogo a benefici non previsti e che, probabilmente, non sarebbero stati riconosciuti qualora il legislatore li avesse presi in considerazione e regolamentati in modo espresso.

L'art. 37-*bis* si basava su una nozione di elusione a valenza potenzialmente "universale", identificandola nella condotta di chi ponesse in essere atti, fatti e negozi *"anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti"*. Dall'altro lato, si rivolgeva pur sempre ad una serie di operazioni tassativamente elencate, ancorché, nel corso del tempo, il relativo elenco sia stato in più occasioni esteso ed ampliato.

Anche la Corte di Cassazione, in più di una occasione (particolarmente note le tre sentenze della Corte del 2008), ha avallato la tesi dell'Amministrazione finanziaria secondo cui l'abuso sarebbe un concetto esclusivamente incentrato sulla sola sussistenza o meno di adeguate ragioni extrafiscali.

Ed era in particolare in ambito europeo che si sollecitava l'adozione di una clausola antiabuso a valenza generale – riferita, cioè, anche ai tributi non armonizzati (IVA)– sulla base di una nozione di abuso più precisa e circoscritta, che attribuisca un ruolo centrale non solo (e non tanto) all'assenza di una sostanza economica, ma anche al "tradimento" delle finalità delle norme scritte²⁶.

Evidentemente, questa nozione di fonte comunitaria non era conciliabile con quella teoria che incentrava l'elusività sulla sola sussistenza o meno di adeguate ragioni extrafiscali.

In coerenza con questa finalità, il nuovo art. 10-*bis* della Legge n. 212/2000 fornisce una nozione più oggettiva di abuso, corredandola di una serie di garanzie e di tutele sia di ordine sostanziale che di ordine procedimentale.

In estrema sintesi, in base alla nuova definizione, *"configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti"*.

Per l'esistenza dell'abuso occorrono, quindi, tre presupposti:

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

²⁶ Cfr. la Raccomandazione della Commissione CE 6 dicembre 2012, n. 2012/772/UE.

4. Due diligence fiscale

4.3. Pianificazione fiscale

L'assenza di uno dei tre presupposti costitutivi dell'abuso determina un giudizio di non abusività²⁷.

La novità di maggior rilievo riguarda pertanto la nozione stessa di abuso che richiede la necessaria coesistenza di una pluralità di elementi costitutivi, in netta discontinuità con la norma abrogata nel recente passato. Nell'ambito della nozione, spicca, in particolare, l'enfasi posta dalla nuova disciplina sul carattere indebito del vantaggio fiscale conseguito. Per poter configurare l'abuso, cioè, occorre necessariamente verificare che il beneficio conseguito risulti incompatibile con la *ratio* delle norme o dei principi dell'ordinamento.

In coerenza con l'obiettivo di definire una nozione unitaria di abuso, il legislatore delegato ha ritenuto di inserire la nuova disciplina antiabuso nel contesto della Legge n. 212/2000 (c.d. Statuto del contribuente). Questa collocazione non è casuale ed intende proprio attribuire alla nuova disciplina una valenza particolare. Per quanto dal punto di vista formale la Legge n. 212/2000 abbia la stessa efficacia delle altre norme introdotte con legge ordinaria (o con strumenti legislativi equivalenti), infatti, è indubbio che in sede applicativa le disposizioni dello Statuto sono destinate ad essere considerate norme di carattere generale di diretta attuazione dei principi costituzionali e che previsioni normative da esse eventualmente divergenti costituiscono deroghe da interpretare in senso restrittivo.

Ebbene, alla luce della "nuova" nozione di abuso del diritto, l'attività di pianificazione fiscale deve necessariamente svolgersi nel pieno rispetto del dettato normativo, tuttavia è di certo consentita una pianificazione finalizzata alla riduzione del carico fiscale, sempre che tale risparmio, non costituisca l'unica ragione dell'operazione posta in essere o della scelta tributaria effettuata dal contribuente.

L'attività del professionista, per quanto in questa sede di interesse, quindi, non può prescindere dalla nuova normativa in materia; infatti, ove così non fosse si configurerebbero ipotesi di abuso del diritto e la conseguente responsabilità del professionista eccessivamente "aggressivo" o superficiale nella fase di pianificazione fiscale.

²⁷ Secondo l'Agenzia delle Entrate, con una delle prime pronunce di prassi emanate, risoluzione 17 ottobre 2016, n. 93 si è così espressa:

«Secondo il disposto del comma 1, art. 10-bis della Legge 27 luglio 2000, n. 212, e successive modificazioni, recante la «Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale», affinché un'operazione possa essere considerata abusiva l'Amministrazione Finanziaria deve identificare e provare il congiunto verificarsi di tre presupposti costitutivi:

a) la realizzazione di un vantaggio fiscale «indebito», costituito da «benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario».

b) l'assenza di «sostanza economica» dell'operazione o delle operazioni poste in essere consistenti in «fatti, atti e contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali»;

c) l'essenzialità del conseguimento di un «vantaggio fiscale».

L'assenza di uno dei tre presupposti costitutivi dell'abuso determina un giudizio di assenza di abusività.

Attraverso il successivo comma 3, il legislatore ha chiarito espressamente che non possono comunque considerarsi abusive quelle operazioni che, pur presentando i tre elementi sopra indicati, sono giustificate da valide ragioni extrafiscali non marginali (anche di ordine organizzativo o gestionale che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa o dell'attività professionale).».

4.4. RESPONSABILITÀ DEL CONSULENTE FISCALE

La dottrina si è più volte espressa definendo l'attività del consulente fiscale una prestazione d'opera intellettuale e inserendola nella categoria delle "obbligazioni di mezzi o diligenza"²⁸. Il professionista, infatti, si impegna a garantire lo svolgimento di un'attività che non soltanto porti al risultato stabilito con il committente, ma che si distingua per perizia e diligenza.

Il grado di quest'ultima deve integrare il criterio della "diligenza del buon padre di famiglia", espresso dal comma 1 dell'art. 1176 c.c., con quello espresso dal comma 2 del medesimo articolo, secondo il quale "nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di una attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata".

Sulla scorta di questa considerazione, un'eventuale inadempienza del professionista andrà commisurata alla specificità dell'incarico concordato con il committente.

Le attività che il professionista può svolgere sono, infatti, diversificate e possono andare da un semplice controllo formale ad un'approfondita indagine sostanziale. Il grado di diligenza dovrà, quindi, essere valutato alla luce della difficoltà della prestazione d'opera professionale: ad esempio, un mero controllo del rispetto dei termini di presentazione di una dichiarazione fiscale presenterà indubbiamente un grado di difficoltà minore rispetto all'analisi sostanziale della veridicità della stessa e sarebbe pertanto impensabile poter equiparare la responsabilità relativa ai due generi di attività.

Dal momento che, come si è detto, il tasso di responsabilità riferibile al professionista incaricato di svolgere la due diligence fiscale è direttamente proporzionale al grado di complessità della sua indagine, il legislatore ha previsto un'attenuazione delle responsabilità del professionista "se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà", concedendo, nel caso specifico, al prestatore d'opera di non rispondere di eventuali danni, se non "in caso di colpa grave o dolo"²⁹. A questa responsabilità attenuata fa da contraltare la possibilità di essere chiamato a rispondere anche per colpa lieve, in tutti quei casi in cui non si richieda un'indagine sostanziale, ma solamente una verifica formale³⁰.

Per quanto concerne la responsabilità per illecito amministrativo in capo al consulente, la riforma fiscale del 2003 ha modificato l'eventuale imputabilità del professionista relegando le sanzioni amministrative esclusivamente in capo alle persone giuridiche.

Il dettato della riforma implica che il professionista sia soggetto a imputabilità solo qualora il suo mandato sia riconducibile a persone fisiche o a società di persone sprovviste di personalità giuridica³¹.

²⁸ A riguardo si veda A. Stesuri, "La responsabilità del consulente fiscale nell'esecuzione dell'attività di tax due diligence", *Azienda & Fisco*, n. 2/2004, pagg. 52 ss.

²⁹ Art. 2236 c.c.

³⁰ E.g. verifica del rispetto dei termini di legge per la presentazione di dichiarazioni fiscali, verifica del corretto versamento delle imposte, ecc.

³¹ Per un'analisi più dettagliata della nuova disciplina si veda A. Stesuri, "Il nuovo sistema sanzionatorio da illecito tributario amministrativo alla luce della riforma", Parte I e II, *Circolare Settimanale Tributaria*, n. 3/2004; Id., "Le

4. Due diligence fiscale

4.5. La due diligence fiscale e la sua valenza anche come impulso negoziale

Tuttavia, dal momento che la maggior parte delle attività di due diligence fiscale è resa nei confronti di soggetti dotati di personalità giuridica, la prassi fa sì che i rischi principali per il professionista non derivino tanto da azioni di responsabilità per illeciti amministrativi, quanto piuttosto da azioni di responsabilità civile per non corretto adempimento degli obblighi derivanti dall'esecuzione di una prestazione d'opera intellettuale³².

4.5. LA DUE DILIGENCE FISCALE E LA SUA VALENZA ANCHE COME IMPULSO NEGOZIALE

Il contenuto dei paragrafi precedenti, oltre a voler essere utile alla comprensione nonché all'effettivo svolgimento dell'attività di due diligence fiscale, consente di effettuare ulteriori considerazioni, in ottica precipuamente imprenditoriale.

Difatti, la due diligence costituisce spesso elemento di impulso alla successiva fase di negoziazione commerciale.

In estrema sintesi, si può rilevare che la due diligence fiscale non assolve unicamente la funzione di fissare in maniera statica ed immobile un valore da spendere nella interlocazione – duale – tra venditore/compratore. A ben vedere, infatti, l'attività in esame può avere anche un ruolo dinamico ed essere utilizzata, in senso lato ed in ottica propulsiva, a fini propriamente negoziali. Ciò è possibile ove si abbia come riferimento non solo e tanto il dato finale numerico rassegnato, ma anche e soprattutto il contenuto della attività ed il procedimento valutativo sotteso alla realtà numerica, i quali sono capaci di esprimersi in ottica anche plurale coinvolgendo soggetti terzi e diversi rispetto al venditore ed al compratore.

In altre parole: due diligence fiscale vuol dire fotografare lo stato dell'azienda che ne sia oggetto, sotto lo specifico versante della sua esposizione fiscale. Ma può volere, anche, significare il gettare le basi per un ragionamento più ampio e, dunque, aprire ad un'analisi più completa della situazione in esame, capace di investire e valorizzare aspetti altrimenti "trascurati", quali ad esempio, ruoli e responsabilità di terzi, o relazioni commerciali con quest'ultimi in essere da parte dello stesso soggetto sottoposto a due diligence.

Al fine di rendere maggiormente comprensibile e più concreto possibile il concetto di "impulso negoziale", si riporta di seguito, a titolo esemplificativo, un caso effettivamente analizzato nel corso dell'attività professionale.

Nell'ambito dell'attività, è stata oggetto di analisi un'operazione di acquisizione vertente su di una società, "Alfa", da parte di un'altra società, "Beta".

Tra i soci di Alfa, si annoverava "Gamma", che è altresì il cliente assolutamente principale della stessa Alfa.

responsabilità amministrative tributarie in capo ai dirigenti, amministratori e professionisti alla luce della riforma fiscale", *Revisione Contabile*, n. 54/2003, pagg. 11 ss.

³² A. Stesuri, "La responsabilità del consulente fiscale nell'esecuzione dell'attività di tax due diligence", *Azienda & Fisco*, n. 2/2004, pagg. 52 ss.

L'attività di due diligence eseguita sulla società *target* ha portato ad individuarne un valore commerciale che, per praticità, indichiamo in 100 euro.

Tuttavia, il lavoro di due diligence specificamente afferente il lato fiscale ha consentito di individuare un'esposizione di Alfa verso il Fisco, per un ammontare pari a quello di una contestazione già elevata nei suoi confronti che, in ipotesi, coincideva con l'importo di 30 euro. Per l'effetto, il valore complessivo di Alfa, al netto del rischio potenziale verso le Entrate, doveva considerarsi pari a 70 euro.

Di per sé, il lavoro di due diligence – fiscale e non – poteva dirsi concluso con l'individuazione di siffatto valore “netto” di 70 euro.

Tuttavia, la quantificazione di tale importo ha comportato l'apertura di una serie di successivi scenari dai quali è scaturita una delicata attività di negoziazione, dalla cui conduzione sarebbe dipeso l'effettivo avvenimento dell'operazione stessa.

Nel caso di specie, difatti, il valore sopra menzionato di 30 euro, riflettente il rischio fiscale in capo alla società Alfa, traeva origine da una contestazione elevata dalla Guardia di Finanza in riferimento ad un rapporto giuridico/tributario che coinvolgeva anche Gamma quale sua controparte economica.

In termini più semplici, l'Ufficio verificatore aveva concentrato il proprio controllo su un rapporto commerciale in essere tra Alfa e Gamma, la cui durata si protraeva per più annualità d'imposta tutte oggetto di verifica. All'esito di siffatta attività, l'Ufficio aveva riqualficato il rapporto in questione proponendone una lettura giuridica, diversa da quella fino ad allora adottata, idonea ad impattare sul (diversa) trattamento tributario della fattispecie, con i correlati obblighi di versamento di maggiori imposte e sanzioni, gravanti in capo ad Alfa, ma che avrebbero avuto effetti, de relato, anche su Gamma.

L'attività di due diligence fiscale in sé considerata, come detto, avrebbe potuto reputarsi conclusa al momento di rilievo del rischio in parola (pari a 30 euro), al netto del quale determinare il prezzo di Alfa.

Tuttavia, il prezzo così individuato non sarebbe stato soddisfacente, né per Alfa né tanto meno per Gamma e, di conseguenza, per l'ipotetico acquirente Beta.

Si è detto che il rapporto commerciale oggetto di contestazione coinvolgeva non solo la *target* Alfa, ma anche la citata Gamma in qualità non solo di socia ma anche, e soprattutto, sua maggiore cliente. Pertanto, la definizione in un senso o nell'altro di tale questione fiscale avrebbe inciso anche su quest'ultima società.

Se, difatti, la contestazione fosse stata definita, ad esempio, con acquiescenza ai suoi contenuti, o con la sua definizione in contraddittorio in termini non favorevoli per le parti contribuenti, si sarebbe verificata una significativa esposizione anche a carico di Gamma ed anche di matrice finanziaria, posto che tali ipotesi avrebbero comportato per la medesima Gamma: (i) l'emersione di una qualificazione giuridico/tributaria della fattispecie da tenere in considerazione pro futuro; (ii) l'esposizione ad un rischio di accertamento sulla stessa fattispecie – per la posizione di propria competenza – per tutte le annualità accertabili al momento dell'ipotetica chiusura della vertenza. Del pari, l'eventuale radicamento del contenzioso avrebbe determinato un defatigante protrarsi nel

4. Due diligence fiscale

4.5. La due diligence fiscale e la sua valenza anche come impulso negoziale

tempo del rischio in questione, oltre all'incremento dello stesso che si sarebbe verificato in caso di conclusione negativa del giudizio.

A seconda di come Alfa avrebbe trattato la contestazione in esame, Gamma si sarebbe trovata in una posizione tale da potersi anche determinare, in definitiva, per interrompere ogni relazione commerciale con la *target* stessa, con tutto le relative conseguenze che sarebbero occorse anche in capo a Beta, se quest'ultima avesse perso il maggiore cliente della società da acquisire, che ne determinava in modo dirimente l'appetibilità commerciale.

Se Alfa avesse difatti definito la pendenza versando 30, prestando ipotetica acquiescenza alle contestazioni delle Entrate, Beta avrebbe potuto acquistare al valore commerciale netto di 70 euro individuato all'esito della due diligence. Tuttavia, così facendo, si sarebbe fatta carico del rischio economico con Gamma, in termini di ipotetica interruzione degli accordi negoziali in essere con quest'ultima. E l'individuazione di simile situazione è stata possibile solo per effetto dello svolgimento di un accurato lavoro di due diligence.

Per concludere: all'esito di considerazioni del tenore di quelle appena riportate, rese possibili a seguito del compimento della valutazione fiscale dell'azienda, si è aperto un tavolo, di matrice puramente negoziale, tra tutte le parti coinvolte che, nel caso di specie, ha consentito la successiva ed efficace conclusione dell'operazione.

Più precisamente, è stato trovato un accordo con il Fisco (anch'esso parte dell'attività negoziale in parola) che, nel fornire una definizione giuridico/tributaria della fattispecie che fosse accettabile anche per quest'ultimo, ha comportato un obbligo di versamento inferiore all'importo (pari a 30 euro) in origine elevato, di ammontare tale da incontrare le esigenze di tutte le parti ossia Alfa, Gamma e, in definitiva, anche Beta. Detto accordo si è reso possibile per la valenza propulsiva della due diligence fiscale che, a partire dalla sua funzione di fotografare la situazione fiscale esistente in capo ad un soggetto di riferimento, in questo caso Alfa, è stato lo spunto per l'effettuazione di una tutta una serie di altre considerazioni di matrice, peraltro, eminentemente commerciali, in ogni caso decisive per l'esito della stessa acquisizione.

Per questo deve ritenersi riduttivo circoscrivere la valenza della due diligence a quella di un'attività meramente statica; tale inquadramento non valorizza infatti il ruolo dinamico che le è ascrivibile, quale elemento di spunto per considerazioni di respiro più ampio, tali da involgere non solo il soggetto (societario) direttamente coinvolto, ma anche tutta una serie di altri aspetti, ben comprensibili se solo si sposta l'angolo visuale dell'attività di valutazione, calibrandola nel contesto economico (ontologicamente dinamico) di riferimento del soggetto medesimo.

Le argomentazioni ora spese consentono di apprezzare il significato, in realtà estremamente dinamico, dell'attività in esame, perché da abbinarsi alla "vita" quotidiana dell'azienda di riferimento nonché alla sua evoluzione dinamico-temporale.

Per essere più chiari: pensare che la due diligence fiscale sia un'attività da svolgere "solo in certi momenti" e, in particolare, in caso di operazioni societarie straordinarie, non è corretto e ne comprime, ingiustificatamente, la portata reale.

“Fare due diligence” ha un significato più ampio e complesso, dal momento che importa studiare nel quotidiano la situazione fiscale e normativa del soggetto/contribuente, così da essere in grado di eseguire un aggiornamento costante della sua posizione che possa giovare sia all’incremento economico dell’azienda – nel contesto del più ampio, e legittimo, risparmio d’imposta consentito – sia al consolidamento e miglioramento delle regole organizzative a presidio dei processi produttivi e deliberativi dell’impresa.

Anche questi concetti meritano di essere meglio argomentati anche mediante il ricorso all’esemplificazione casistica.

Nel corso dell’attività professionale, è capitato di imbattersi in una società finanziaria che presentava in bilancio significativi componenti negativi, dovuti a perdite su crediti che incidevano sul risultato fiscale di periodo, rendendolo a sua volta negativo.

Le perdite formatesi all’esito del periodo di imposta avrebbero potuto essere riportate nelle annualità successive, ma solo al fine di abbattere, proporzionalmente, l’eventuale reddito di periodo afferente ad ogni esercizio fiscale. Talché, con dette perdite, avrebbe potuto essere ridotto solo il reddito degli anni successivi, ai sensi e per gli effetti dell’art. 1, Legge n. 10/2011 di conversione del D.L. n. 225/2010.

La società in questione, tuttavia, si trovava in una situazione di contingente compressione dell’attività, talché la situazione di perdita era divenuta pressoché sistematica per ogni annualità d’imposta. Di conseguenza, le perdite generatesi in ogni esercizio non avrebbero potuto essere utilizzate in alcun modo, posta l’assenza di materia imponibile con cui raffrontarle nel beneficiare degli effetti di cui al citato art. 1.

La percezione della contribuente era, quindi, quella di perdere siffatti componenti, posta l’impossibilità di loro utilizzazione alcuna secondo le modalità stabilite dalla norma di cui sopra.

Tuttavia, di seguito, è stata introdotta una successiva disposizione, contenuta nell’art. 9, D.L. n. 201/2011 (commi 56-bis, 56-ter e 57). Per effetto di tale norma (ovviamente, entro certi limiti ed a determinate condizioni), il soggetto interessato avrebbe potuto impiegare i risultati negativi d’esercizio, generatisi in precedenti annualità in forza – ad esempio – di perdite come quelle in discorso, anche chiedendone a rimborso l’ammontare al competente Ufficio dell’Amministrazione finanziaria, per la parte eccedente la compensazione eventualmente eseguita con le imposte dovute nell’anno.

Applicando tali prescrizioni al caso che ci occupa, la società avrebbe potuto chiedere il rimborso delle perdite, per l’importo non compensato con i redditi di periodo, così ottenendo significativa liquidità immediata al ricorrere dei presupposti di legge. È stato dunque suggerito alla contribuente di fare applicazione dell’art. 9 cit., così chiedendo il rimborso dei crediti di imposta non fruiti né fruibili mediante apposita dichiarazione integrativa, contenente la richiesta di rimborso *de qua* per l’annualità interessata dall’applicazione della novella legislativa. Rimborso che, di seguito, è stato erogato per l’intero ammontare domandato.

Emerge, quindi, dal suddetto esempio, quello che veramente è l’attività di due diligence: ossia un lavoro – non già limitato a determinati casi e/o precise operazioni,

4. Due diligence fiscale

4.5. La due diligence fiscale e la sua valenza anche come impulso negoziale

spesso a carattere straordinario, bensì – praticamente quotidiano, volto ad una comprensione sostanziale ed applicativa delle norme tributarie e della loro continua evoluzione nella specificazione dei relativi significati.

Due diligence è, in definitiva, l'approfondimento della disciplina tributaria vigente, da eseguire in via continuativa anche direttamente dal contribuente interessato – dunque, senza il necessario, sistematico intervento del consulente – e quindi, in ipotesi, a livello degli stessi uffici aziendali, di modo da calibrare i risvolti operativi delle singole disposizioni ai casi concreti di ogni soggetto.

E se così è, non può che ascrivere alla due diligence fiscale il suddetto ruolo operativo *in fieri*, diviene evidente la centralità, in parallelo, dei rapporti con il Fisco ed in generale con l'Amministrazione finanziaria: solo all'esito di un contraddittorio effettivo, da svolgere su impulso del contribuente e con la partecipazione del competente Ufficio, si può arrivare alla massima proficuità dell'attività in questione con ciò garantendo la reale applicazione delle norme fiscali nella maniera corretta, seguendone il senso e la *ratio* per come indicati dagli Uffici, in rapporto ad ogni caso concreto, di volta in volta sottoposto alla loro attenzione.

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)

