

Acquisizioni di società e obblighi del venditore per le passività sopravvenute: la qualifica fiscale dell'indennizzo come «differenza-prezzo»

di Dario Stevanato

È consueto l'inserimento, nei contratti di acquisizione di partecipazioni societarie, di clausole di garanzia con cui il venditore si obbliga a indennizzare l'acquirente rispetto al verificarsi di «sopravvenienze passive» che possano emergere in capo alla società acquisita. Questi «risarcimenti» comportano una «correzione» degli assetti negoziali, ed un riequilibrio delle posizioni delle parti contrattuali, che originariamente riposava su un «corrispettivo» fissato tenendo conto di una certa consistenza patrimoniale della società target, poi rivelatasi parzialmente insussistente. Questo fenomeno, indipendentemente dalle dispute civilistiche in ordine all'inquadramento delle clausole di garanzia nella teoria delle obbligazioni, interessa nel diritto tributario per l'idoneità dell'evento a incidere sugli spostamenti di ricchezza rilevanti per la tassazione: si ipotizza di trattare i suddetti indennizzi quali rettifiche del prezzo originariamente fissato dalle parti.

Quando si trasferisce un'azienda di certe dimensioni, acquisendo la società che la contiene, è consueto prevedere contrattualmente clausole di garanzia, con cui il venditore si obbliga a tenere indenne il compratore rispetto al verificarsi di «sopravvenienze passive» in capo alla società acquisita, dovute a passività che si manifestano successivamente al trasferimento della partecipazione, ma trovano la loro origine e fonte genetica in accadimenti riconducibili alla gestione passata. Si tratta cioè di passività latenti, ignote al momento della stipula del contratto di acquisizione, che le parti concordano (ove mai dovessero emergere) di far gravare economicamente sul venditore. La necessità di inserire tali clausole nel contratto deriva dal fatto che oggetto della compravendita sono le «azioni», mentre il rischio di una sopravvenuta insussistenza patrimoniale si riferisce ai beni sociali sottostanti; insomma, la compravendita ha ad oggetto il pacchetto azionario, ovvero i «beni di secondo grado», che tuttavia viene in rilievo in

quanto rappresentativo del patrimonio sociale sottostante. Si può anche dire, sulla scia di una consolidata giurisprudenza, che l'oggetto immediato della compravendita sono le azioni, mentre oggetto «mediato» è il patrimonio sottostante e i beni sociali di primo grado. Ciò rende oltretutto non agevole inquadrare giuridicamente le clausole di garanzia, come dimostrano i tentativi di riportare le stesse all'art. 1490 c.c. sui vizi della cosa venduta (la cui scoperta può condurre alla riduzione del prezzo), o all'art. 1497 c.c. sulla mancanza nella cosa delle qualità promesse. Senza contare che, secondo alcuni, proprio la presenza di clausole contrattuali *ad hoc* renderebbe applicabili appunto quest'ultime, e non le norme del codice civile (1).

In ogni caso, quando il venditore si obbliga a man-

Nota:

(1) Sull'argomento si veda *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di F. Bonelli e M. De Andrè, Milano, 1990.

levare l'acquirente, impegnandosi a versare un «indennizzo» o un «risarcimento» in relazione all'emergere di «sopravvenienze passive» riferibili alla pregressa gestione della società *target*, dal punto di vista economico-sostanziale sembra ragionevole - al di là della terminologia utilizzata nelle clausole di questo tipo, che risponde alle esigenze della prassi commerciale - inquadrare le somme versate dal venditore come una rettifica-prezzo, corrispondente ad una rideterminazione *a posteriori* del valore economico della società *target*.

La previsione di garanzie in relazione al fenomeno delle sopravvenienze passive costituisce dunque uno strumento di riequilibrio contrattuale, riposizionando l'assetto originario delle reciproche prestazioni dedotte nel contratto, posto che l'acquirente aveva pagato un certo prezzo - per il pacchetto azionario - facendo affidamento su una certa consistenza del patrimonio sociale sottostante, di solito esplicitata in una situazione patrimoniale predisposta a cura del venditore, ma poi rivelatasi di livello inferiore.

Il pagamento una somma a titolo di «indennizzo» da parte del cedente richiede a questo punto di essere inquadrato dal punto di vista giuridico-tributario, sia per il venditore che per l'acquirente, e ciò senza farsi condizionare troppo dalle dispute civilistiche in ordine all'inquadramento delle clausole di garanzia. Il diritto civile si preoccupa infatti di vivisezionare le risposte dell'ordinamento alle patologie contrattuali, distinguendo a seconda che queste ultime attengano al momento formativo del contratto, o al suo profilo funzionale di realizzazione della causa, con peculiare riguardo alla rilevanza dei vizi del consenso, ai rimedi esperibili (annullamento, risoluzione per inadempimento, riduzione del prezzo, ecc.) e ad altri profili ancora. Dal punto di vista del diritto tributario, la vicenda rileva invece quale evento capace di incidere sugli spostamenti di ricchezza rilevanti per la tassazione. Se il trasferimento delle azioni verso un certo prezzo determina infatti delle conseguenze sulla determinazione del reddito del venditore (plusvalenza o minusvalenza su partecipazioni societarie), creando eventualmente le premesse per future deduzioni in capo al compratore (che dipendono dalla qualificazione fiscale che verrà data alla partecipazione), il versamento di un indennizzo dal ven-

ditore all'acquirente, in relazione alle sopravvenienze passive della società *target*, determina evidentemente dei «flussi reddituali» di segno inverso, che occorre appunto inquadrare, non con le lenti del diritto civile, ma con quelle che competono al tributarista.

La corresponsione dell'indennizzo alla società target configura una sopravvenienza attiva (tassabile)?

Con riguardo al descritto fenomeno degli indennizzi dovuti in applicazione delle clausole di garanzia previste nei contratti di acquisizione di partecipazioni, occorre peraltro distinguere a seconda che le somme (dovute a titolo di «indennizzo» e manleva dalle sopravvenienze passive) vengano versate direttamente all'acquirente, oppure alla società *target* oggetto dell'acquisizione. Nelle clausole di garanzia, infatti, si prevede talvolta che le somme debbano essere erogate direttamente dal venditore alla società oggetto dell'acquisizione, oppure che possano essere indifferentemente versate all'acquirente o alla società *target*. Apparentemente, se destinataria dell'indennizzo/risarcimento è quest'ultima, parrebbe configurarsi una sopravvenienza attiva tassabile. Per l'art. 88, comma 3, lett. a), del T.U.I.R. costituiscono infatti sopravvenienze attive anche le indennità conseguite a titolo di risarcimento di danni diversi da quelli considerati dall'art. 85 e dall'art. 86. E la tassazione del risarcimento resterebbe probabilmente ferma anche nell'ipotesi che lo stesso si riferisca, ristorando la società, a somme non deducibili (ad esempio imposte pagate in conseguenza di accertamenti fiscali relativi alla passata gestione).

Infatti, inquadrando le somme come «sopravvenienza attiva», per la società ricevente le somme, sarebbe a mio avviso molto problematico escluderne la tassabilità, anche inquadrando le stesse nell'ambito delle sopravvenienze in senso proprio (art. 88, comma 1), sempre nell'ipotesi in cui le somme andassero a ristorare un costo indeducibile (si pensi come già detto alle imposte e sanzioni pagate in conseguenza di un accertamento fiscale): l'indennizzo non farebbe infatti venir meno l'esborso, costituendo invece una reintegrazione del patrimonio eroso dal sostenimento della «sopravvenienza passiva», per riportarlo al livello iniziale (cioè quello preso a base delle trattative prodromi-

che all'acquisizione). L'indennizzo non sarebbe insomma facilmente assimilabile all'ipotesi del rimborso di imposte indeducibili, in altre parole non si tratterebbe della «sopravvenuta insussistenza di un onere (non) dedotto in precedenti esercizi», in quanto l'imposta pagata a seguito dell'accertamento resterebbe ferma: a venir meno in tali casi non è la causa genetica dell'esborso, quanto i suoi effetti sul piano della diminuzione patrimoniale subita dalla società oggetto di acquisizione (l'indennizzo serve a ripristinare il livello del patrimonio antecedente all'esborso). È un po' come se un ente pubblico erogasse un contributo a ripianamento di una perdita di esercizio: il contributo sarebbe integralmente tassato, indipendentemente dalla deducibilità o meno dei costi che hanno determinato la perdita. Lo stesso dicasi ovviamente per l'ipotesi in cui l'indennizzo venga contabilizzato per competenza con riferimento allo stesso esercizio in cui la *target* sostiene l'esborso indeducibile. Senza poi contare che il titolo per la tassabilità sembra in questo caso rappresentato - come detto - non già dal comma 1 dell'art. 88, bensì dal comma 3, lett. a), che non consente di escludere la tassazione in funzione della natura fiscale (di costo indeducibile) di ciò che l'indennità va a risarcire.

Il versamento delle somme alla società target come fenomeno di ricapitalizzazione della stessa da parte del venditore, in relazione al pregresso rapporto partecipativo

Quanto sopra osservato può a mio avviso essere superato rilevando che l'obbligo di indennizzo, contenuto nelle clausole di garanzia in esame, è sempre assunto dal venditore nei soli confronti dell'acquirente della partecipazione, indipendentemente da quale sia il destinatario materiale dell'erogazione. Non vedrei in effetti ostacoli ad inquadrare l'eventuale previsione di un versamento delle somme a diretto beneficio della società *target* nell'ambito del contratto a favore di terzo (art. 1411 c.c.) (2). L'essenza del fenomeno è che il diritto al «risarcimento» spetta all'acquirente la partecipazione, sostanziandosi in una riduzione/restituzione di prezzo corrispondente al mutamento della situazione patrimoniale di partenza, che era stata posta a base delle trattative per la fissazione del corrispettivo di vendita. Oppure, si può vedere

in queste clausole un obbligo del venditore di ripristinare l'originaria situazione patrimoniale della *target*, colmando con propri versamenti futuri le diminuzioni subite per effetto della pregressa gestione. Dunque, per la società *target* le somme versate dal venditore, che si è impegnato nei confronti dell'acquirente, trovano titolo nel precedente rapporto partecipativo che legava detta società al socio-venditore: quando il destinatario materiale delle somme che il venditore deve corrispondere a titolo di indennizzo è la società *target*, il versamento riallinea il patrimonio sociale, ora per allora, alla situazione ante-acquisizione, ricapitalizzando la società.

Non si deve dimenticare, in altre parole, che l'impegno a indennizzare il compratore può essere assolto reintegrando, con effetti *ex tunc*, il patrimonio netto della società *target*, in modo da evitare di porre a carico dell'acquirente l'erosione patrimoniale subita dalla società *target* per effetto della sopravvenienza passiva. Trattasi in altre parole di un versamento che il cedente promette di effettuare, al momento della stipula del contratto, nella sua qualità di socio venditore della partecipazione, e che si configura pertanto - nel momento in cui sarà effettuato - come «conferimento atipico», privo di rilevanza reddituale per la società ricevente.

Il venditore potrebbe del resto mantenere una partecipazione di minoranza, quand'anche minima, nella società *target*, ed in tal caso non vi sarebbe alcun problema ad inquadrare le somme versate nell'ambito dei conferimenti atipici. Ma anche laddove il venditore non conservasse alcuna partecipazione al capitale della società *target*, cedendo l'intero pacchetto azionario posseduto, mi sembra fondatamente sostenibile che le somme versate trovino pur sempre titolo nel pregresso rapporto partecipativo, rappresentando un «conferimento postumo», effettuato per riallineare il valore del patrimonio sociale al livello che era stato posto a base della fissazione del prezzo del pacchetto azionario. D'altra parte, sarebbe assurdo qualificare diversamente le somme in questione, per la società *target*, in base alle modalità prescelte per il

Nota:

(2) In alternativa, si potrebbe ipotizzare che il versamento delle somme da parte del venditore viene effettuato su incarico e per conto del nuovo socio.

versamento: il venditore potrebbe infatti, anziché effettuare una promessa a favore del terzo (la società oggetto dell'acquisizione), impegnarsi a versare direttamente l'indennizzo allo stipulante (l'acquirente), il quale a sua volta potrebbe versarlo in società, a titolo di conferimento atipico, ripristinandone così l'originario livello patrimoniale.

Risulta così dimostrato, mi sembra, che le somme ricevute dalla società *target*, onde reintegrarne il patrimonio eroso dalle sopravvenienze passive, non vanno inquadrate nell'ambito delle sopravvenienze attive tassabili *ex art. 88, comma 3, lett. a)*, del T.U.I.R., non trattandosi affatto - per la società *target* - di somme ricevute a titolo di indennizzo o risarcimento: ad essere indennizzato è l'acquirente del pacchetto azionario, mentre il versamento alla società oggetto dell'acquisizione è soltanto la modalità tecnica prescelta per attuare il risarcimento, che non può avere effetti diversi rispetto all'ipotesi di pagamento del risarcimento all'acquirente, e versamento delle somme, da quest'ultimo ricevute, nella società acquisita. Del resto, nelle due ipotesi di cui sopra (versamento delle somme dovute a titolo di indennizzo all'acquirente, e da questi alla società acquisita, piuttosto che direttamente alla società *target*), gli effetti sarebbero gli stessi anche in capo al compratore: in caso di versamento delle somme a quest'ultimo, il nuovo socio dovrebbe rettificare in diminuzione il valore fiscale della partecipazione (Cassa a Partecipazioni), che subito dopo, con il «conferimento» alla *target*, verrebbe ripristinato al livello precedente (Partecipazioni a Cassa).

Le somme che il venditore si è impegnato a versare - nei confronti dell'acquirente - nella società *target*, nell'ipotesi di sopravvenienze passive, trovano la loro origine e genesi in un'epoca in cui il venditore era socio della società: se le «sopravvenienze passive» fossero state note al momento del contratto di acquisizione, il socio-venditore avrebbe ripristinato il livello patrimoniale posto a base del *dealing* effettuando una ricapitalizzazione della società. Il fatto che le passività sopraggiungano in epoca successiva non muta queste conclusioni, trattandosi di versamenti pur sempre effettuati nella pregressa qualità di socio.

In definitiva, qualora le somme (l'indennizzo) vengano versate alla società *target*, rimpinguando il suo patrimonio, al di là delle apparenze si tratta

di un «conferimento postumo», da trattare fiscalmente come tale (ovvero da considerare fiscalmente irrilevante per la società ricevente): come osservato, è come se il venditore (già socio della *target*) effettuasse, ora per allora, un conferimento atipico (versamento a fondo perduto o in conto capitale) per ripristinare il livello del patrimonio della *target* e renderlo coerente con il valore economico preso a base per la fissazione del prezzo di acquisizione. Per il venditore, il versamento va dunque ad integrare - *a posteriori* - il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione, riducendo dunque l'originaria plusvalenza o *capital gain*, o incrementando la minusvalenza che era stata realizzata (3). Per ulteriori considerazioni sulle modalità per far valere fiscalmente la rettifica-prezzo si rinvia al paragrafo successivo.

Il pagamento dell'indennizzo all'acquirente e il trattamento fiscale della rettifica-prezzo

Possiamo a questo punto esaminare il caso in cui il venditore si obblighi a versare l'indennizzo direttamente all'acquirente. A fronte dell'obbligo di indennizzare il compratore per le «sopravvenienze passive» in cui è incorsa la società *target*, l'erogazione di somme al compratore medesimo si configura quale restituzione/rettifica di prezzo alla luce di fatti sopravvenuti (ma che si riferiscono alla gestione ante-acquisizione).

In capo al venditore che eroga l'indennizzo si manifesta una sopravvenienza passiva (se società o impresa) (4), o una ipotesi di restituzione del reddito (se persona fisica non imprenditore), dunque un onere deducibile (5).

Nel primo caso, di venditore che agisce nell'esercizio di impresa, la sopravvenienza passiva deve essere trattata in modo omogeneo rispetto alla plu-

Note:

(3) Sulla necessità di trattare le «rettifiche prezzo» in modo omogeneo rispetto alla plusvalenza originaria, si veda anche la risoluzione 13 luglio 2009, n. 184/E, in *Banca Dati BIG Suite*, IPSOA.

(4) Ai sensi dell'art. 101, comma 4, del T.U.I.R., si verifica in tal caso il sostenimento di un onere a fronte di ricavi o proventi tassati in precedenti esercizi.

(5) Mancando fuori dal reddito di impresa l'istituto delle «sopravvenienze passive», la restituzione del reddito rileverà quale onere deducibile ai sensi dell'art. 10, lett. d-bis, del T.U.I.R. (in base al quale sono deducibili dal reddito complessivo «le somme restituite al soggetto erogatore, se hanno concorso a formare il reddito in anni precedenti»).

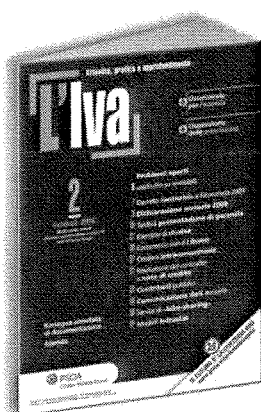
svalenza da cessione della partecipazione, dunque dovrebbe concorrere alla determinazione del reddito secondo le stesse modalità. Così, ad esempio, se la plusvalenza era stata tassata solo parzialmente, in quanto ammessa al regime di *participation exemption*, lo stesso regime dovrà essere applicato all'indennizzo (restituzione prezzo) costituente sopravvenienza passiva.

Per l'acquirente, le somme ricevute configurano una rettifica del costo della partecipazione acquisita. Qualora questa non esista più, ad esempio per essere intervenuta la fusione tra la società acquirente e la società *target* (ipotesi peraltro assai frequente), occorre riferire la rettifica al disavanzo di fusione: la diminuzione del prezzo (conseguente alla sua parziale rettifica/restituzione) avrebbe determinato un minor disavanzo, dunque una riduzione del valore dei beni su cui lo stesso è stato allocato. Appare dunque sistematicamente corretto portare la somma incassata dall'aggregato «incorporante (acquirente) - incorporata» a riduzione del valore dei beni iscritti o rivalutati a fronte del disavanzo di fusione (senza effetti fiscali visto che

questi sono, nell'attuale sistema, valori fiscalmente non riconosciuti). Se invece la fusione aveva fatto emergere un avanzo da annullamento, la rettifica-prezzo darà origine ad un maggiore avanzo di fusione, dunque ad un diretto incremento del patrimonio netto.

In tutti i casi, insomma, l'attivazione di clausole di garanzia origina per il destinatario delle somme (società acquirente o società *target*) effetti soltanto sul piano patrimoniale, trattandosi di un fenomeno riconducibile ad una restituzione di parte del prezzo di acquisto della partecipazione, o di ricapitalizzazione della società *target*. Per il venditore, l'erogazione dell'indennizzo rettifica in diminuzione l'originaria «differenza-prezzo», e va alternativamente inquadrata quale restituzione del corrispettivo, o aumento del costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione venduta a suo tempo: in entrambi i casi l'effetto è una riduzione della differenza imponibile realizzata in occasione della cessione, da far valere come sopravvenienza passiva (per le imprese) o come restituzione del reddito, deducibile *ex art. 10, lett. d-bis*, del T.U.I.R.

RIVISTE



L'IVA

Attualità, pratica e approfondimento

Comitato di Redazione: P. Centore, R. Fanelli, F. Ricca

La prima Rivista interamente dedicata alle tematiche riguardanti l'**IVA**, le **dogane** e le **accise** che garantisce l'aggiornamento costante sulle novità riguardanti l'**imposizione nazionale e comunitaria** e i rapporti **import-export con paesi terzi**.

Una **guida pratica** che fornisce le giuste chiavi di lettura a **professionisti e aziende** per svolgere i numerosi adempimenti in scadenza e risolvere i casi che si presentano nella prassi quotidiana.

L'abbonamento comprende:

- **2 Monografie tascabili**
- il Servizio Dottrina on-line che offre direttamente dalla Home-page:

- **Rivista in anteprima**, il pdf della rivista ancora in fase di stampa;
- **Consultazione on-line dei contenuti della rivista**, grazie alla ricerca a testo libero, per autore o anno di pubblicazione

Periodicità: mensile
Abbonamento annuale: € 175,00
Ipsoa, pagg. 72

Per informazioni:

- **Servizio Informazioni Commerciali:**
Tel. 02.82476794
E-mail: info.commerciali@ipsoa.it
- **Agenzia Ipsoa di zona**
(www.ipsoa.it/agenzie)
- **www.shopwki.it/rivistaiva**

