

### La due diligence fiscale

di Marco Capra e Massimo Buongiorno\*

Con il presente lavoro inauguriamo gli approfondimenti in ordine ai differenti aspetti della due diligence. Come già esposto nell'intervento introduttivo<sup>49</sup>, una delle aree d'indagine sulla quale deve essere posta particolare attenzione è quella relativa alle problematiche fiscali.

In estrema sintesi, potremmo definire la due diligence fiscale come il procedimento tramite il quale il potenziale acquirente effettua una verifica ed un controllo degli adempimenti fiscali, così da valutare il rischio tributario dell'operazione. Sotto altro profilo, possiamo osservare che la cognizione dello status fiscale (sostanziale e formale) del target (società o azienda) e la conferma, o meno, dell'inesistenza di rischi ovvero passività fiscali latenti, sono elementi che costituiscono variabili critiche nell'acquisizione, tanto da rappresentare potenziali deal breaker.

#### Funzioni, tipologie ed articolazione della due diligence fiscale

La due diligence trova generale applicazione nelle operazioni straordinarie, dove l'investitore percepisce una forte esigenza di tutela a fronte dell'assunzione dei rischi.

In relazione al momento dell'indagine, può aversi (nella terminologia delle acquisizioni):

- ➔ una **pre acquisition tax due diligence**, di regola pure preordinata alla definizione della struttura tecnica del deal;
- ➔ ovvero, una **post acquisition tax due diligence**.

A seconda dei tempi a disposizione e dell'ampiezza dei controlli effettuati, possiamo distinguere:

- ➔ la **full tax due diligence**, che analizza tutto l'ambito fiscale del target;
- ➔ la **limited tax due diligence**, che si focalizza solo sulle aree più a rischio.

Nella prassi, per contenere i tempi ed i costi dell'intervento, sovente si ricorre alla seconda tipologia (*limited*): in tale caso, occorrerà definire con precisione il perimetro dell'intervento.

Altro aspetto da definire tra le parti è il "regolamento" della due diligence:

- ➔ in **data room**, fisica o virtuale;
- ➔ oppure, nella **forma extensive**, con o senza estrazione di copie, ecc.

Nella fusione e nella compravendita di partecipazioni, una particolare attenzione viene solitamente riservata alla verifica della possibilità di riporto delle perdite fiscali; nella compravendita di rami d'azienda, per contro, il focus è incentrato sulla circoscrizione dei rischi.

Obiiettivo della verifica è l'acquisizione di informazioni in ordine:

Due diligence fiscale – acquisizione di informazioni in ordine a:	
✓	La correttezza degli adempimenti formali e sostanziali previsti dalla normativa tributaria.
✓	Le passività fiscali latenti o potenziali non evidenziate dal venditore, ovvero alla corrispondenza della situazione effettiva con quella rappresentata.
✓	I rischi

L'intervento, di regola, si articola in alcune fasi logico-cronologiche:

\* M. Capra, Dottore commercialista e Revisore legale, Partner CDR & Associati; M. Buongiorno, Docente di Finanza straordinaria - Università Bocconi

<sup>49</sup> M. Buongiorno e M. Capra, "La due diligence nelle operazioni straordinarie: funzione, tipologie e modalità di esecuzione", in La Rivista delle Operazioni Straordinarie di ottobre, pag. 39.

Fasi della <i>due diligence</i> fiscale	
1 <sup>a</sup> fase	Definizione dell'area d'indagine
2 <sup>a</sup> fase	Proposta d'incarico ed accettazione
3 <sup>a</sup> fase	Raccolta delle informazioni preliminari
4 <sup>a</sup> fase	Esecuzione della <i>due diligence</i>
5 <sup>a</sup> fase	Presentazione dell' <i>executive summary</i> (interinale)
6 <sup>a</sup> fase	Presentazione del <i>report</i> finale
7 <sup>a</sup> fase	Valutazione dell'operazione e <i>follow up</i>

### La verifica della correttezza degli adempimenti e della corrispondenza dei dati effettivi con quelli rappresentati

La verifica della posizione fiscale dell'azienda può così sintetizzarsi:

Verifica della posizione fiscale dell'azienda - sintesi	
✓	Controllo degli obblighi dichiarativi e di versamento, con riferimento alle imposte dirette, all'Iva, al sostituto d'imposta, ecc..
✓	Analisi e valutazione della situazione in ordine allo stile gestionale (un <i>manager</i> commercialmente spregiudicato spesso agisce anche in spregio della norma fiscale), ai rischi specifici di settore (alcuni comparti sono notoriamente "sensibili": l'elettronica di consumo, l'edilizia, ecc.) o geografici.
✓	Analisi e valutazione in merito al contenzioso in essere, minacciato e potenziale

Particolare rilievo assume il riscontro del cd. "*certificato dei carichi pendenti*" (art. 14, D.Lgs. n. 472/97), in particolar modo nelle operazioni di compravendita di aziende, nonché l'acquisizione di attestazioni da parte dei professionisti che seguono il *target*.

Nella prassi, i lavori si articolano seguendo lo schema definito nell'ambito di una **check list**, ove vengono individuati i documenti e le informazioni rilevanti per la *due diligence*; un esempio è proposto di seguito.

1. Imposta sul reddito e Irap	
1.1	Dichiarazioni annuali per gli anni ancora accertabili
1.2	Ricevute di presentazione delle dichiarazioni
1.3	Quietanze di versamento degli acconti e dei saldi liquidati (F24)
1.4	Dettagli di determinazione della base imponibile (variazioni fiscali in aumento/diminuzione, carte di lavoro)
1.5	Dettaglio di calcolo della fiscalità differita attiva e passiva
1.6	Dettagli relativi ai dati e prospetti rilevanti riportati nelle dichiarazioni (prospetto delle riserve, svalutazione dei crediti commerciali, operazioni con soggetti residenti in paesi a fiscalità privilegiata, ecc.)
1.7	Dettaglio delle agevolazioni fruite o richieste (contributi, crediti d'imposta, ecc.)
2. Imposta sul valore aggiunto	
2.1	Dichiarazioni annuali per gli anni ancora accertabili
2.2	Comunicazioni dati annuali
2.3	Ricevute di presentazione delle dichiarazioni
2.4	Liquidazioni periodiche
2.5	Quietanze relative ai versamenti periodici, annuali e d'acconto (F24)
2.6	Dettagli relativi ai dati e prospetti rilevanti riportati nelle dichiarazioni (rettifica delle detrazioni, formazione

	ed utilizzo del <i>plafond</i> , ecc.)
2.7	Modelli Intrastat e relative ricevute di presentazione
2.8	Documentazione utilizzo <i>plafond</i> , conferma <i>status</i> esportatore, prova <i>import/export</i> , ecc. (fatture, DDT, visto doganale, lettere intento, ecc.)
<b>3. Rapporti di gruppo</b>	
3.1	Istanze per attivazione consolidato fiscale e ricevute di presentazione
3.2	Contratto di consolidato fiscale e relativi aggiornamenti
3.3	Dichiarazioni consolidate di gruppo (Modello CNM) per gli anni ancora accertabili
3.4	Istanze per attivazione liquidazione Iva di gruppo e ricevute di presentazione
3.5	Garanzie ed altri documenti predisposti per la liquidazione Iva di gruppo
3.6	Transazioni <i>intercompany</i> , politiche di <i>transfer pricing</i> adottate e relativa documentazione di supporto (contratti, analisi funzionali, prodotti e/o transazioni comparabili, ecc.), <i>CFC</i> , operazioni <i>black list</i> , ecc.
<b>4. Dichiarazioni dei sostituti d'imposta</b>	
4.1	Dichiarazioni annuali 770 semplificato ed ordinario per gli anni ancora accertabili
4.2	Ricevute di presentazione delle dichiarazioni
4.3	Quietanze di versamento delle ritenute operate (F24)
<b>5. Imposta comunale sugli immobili</b>	
5.1	Dichiarazioni
5.2	Ricevute di presentazione delle dichiarazioni
5.3	Quietanze di versamento (F24)
<b>6. Dati contabili</b>	
6.1	Bilanci di esercizio completi di tutti i documenti allegati
6.2	Bilanci intermedi presentati all'assemblea completi di tutti gli allegati
6.3	Bilanci di verifica dettagliati
6.4	Quadratura dei bilanci d'esercizio e di verifica con il mod. Unico, con i dati del "cassetto fiscale", con i carichi pendenti, con gli estratti dei ruoli, con le Centrali dei rischi, ecc.
<b>7. Operazioni straordinarie</b>	
7.1	Operazioni straordinarie intervenute (fusioni, scissioni, acquisti e conferimenti di aziende e partecipazioni)
7.2	Documentazione relativa
7.3	Pareri ed attestazioni rilasciati da consulenti
<b>8. Istanze e altri documenti presentati ad autorità fiscali</b>	
8.1	Istanze di condono / regolarizzazione
8.2	Istanze di rimborso
8.3	Istanze di interpello
8.4	Procedure di ravvedimento operoso esperite
8.5	Procedure deflattive del contenzioso (istanze di autotutela, di accertamento con adesione, di adesione al pvc)
8.6	Provvedimenti conseguenti alle istanze di cui sopra
<b>9. Accessi, ispezioni, verifiche e contenzioso</b>	
9.1	Atti notificati da autorità fiscali (Pvc, cartelle di pagamento, avvisi di accertamento, avvisi di liquidazione, ecc.)

9.2	Memorie difensive e/o documenti presentati in risposta a tali atti
9.3	Ricorsi, istanze, memorie e altri documenti presentati alle Commissioni Tributarie
9.4	Documenti e verbali giornalieri per accertamenti / ispezioni in corso
9.5	Pareri rilasciati da consulenti
<b>10. Altri tributi</b>	
10.1	Documenti riguardanti altri aspetti fiscali (imposta di registro, dazi doganali, accise, ecc. - valutare in relazione al caso / settore)
<b>11. Risultanze Anagrafe tributaria, Centrali dei rischi, ecc.</b>	
11.1	Accesso al "cassetto fiscale" sotto il controllo e con l'ausilio di personale/professionisti del <i>target</i>
11.2	Certificazione dei carichi pendenti risultanti al sistema informativo dell'Anagrafe tributaria
11.3	Estratti dei ruoli presso i Concessionari della riscossione (Equitalia)
11.4	Centrali dei rischi (Banca d'Italia e/o private), per individuare la presenza di criticità gestionali (tensioni finanziarie), nonché di garanzie rilasciate a favore dell'Erario
<b>12. Documentazione dei professionisti</b>	
12.1	Attestazioni (eventualmente <i>ad hoc</i> per la transazione) dei professionisti del <i>target</i> circa la correttezza della situazione fiscale
12.2	Carte di lavoro e libri del collegio sindacale e/o del revisore riguardanti gli aspetti fiscali
12.3	Risposte dei consulenti fiscali alle richieste del revisore
<b>13. Libri, registri e altri documenti</b>	
13.1	Statuto sociale aggiornato
13.2	Libri ed i registri obbligatori in base alle disposizioni civilistiche (verbali delle riunioni assembleari e consiliari, libri giornale e inventari, ecc.)
13.3	Libri ed i registri obbligatori in base alle disposizioni fiscali (libri giornale e inventari, registri Iva e cespiti ammortizzabili, scritture ausiliarie di magazzino, schede dei cantieri e delle opere pluriennali, mastri contabili, ecc.)
13.4	Fatture attive e passive, documentazione di costo e ricavo (per esame a campione)
13.5	Contratti (per esame a campione)
13.6	Manuale delle procedure adottate dal <i>target</i> e/o dal gruppo
13.7	Altra documentazione di rilievo in relazione al caso/settore

Le attività di verifica devono essere condotte con (relativo) rigore, atteso che lo svolgimento e l'esito della *due diligence* possono impattare significativamente sulla transazione.

La verifica della fiscalità, inoltre, prevederà:

- ▶ la richiesta in forma scritta della documentazione e delle informazioni necessarie (offrendo alla controparte, eventualmente, copia della *check list*);
- ▶ lo svolgimento di interviste - sintetizzate in opportuni *report* - con gli esponenti aziendali ed i consulenti del *target*;
- ▶ l'analisi delle carte di lavoro dei revisori, dei sindaci e dei consulenti;
- ▶ l'analisi di eventuali documenti di *due diligence* già esistenti;
- ▶ il coordinamento con altri *team* coinvolti nella *due diligence* (in particolare, per le verifiche contabili e legali), onde ottimizzare la gestione delle informazioni.

Particolarmente utili si rivelano, generalmente, i colloqui con i professionisti del *target*, nonché l'esame della documentazione a questi riferibile, poiché, per un verso, si acquisiscono le informazioni di cui sono in possesso, per altro verso, si comprendono meglio gli elementi di fatto e di diritto a base delle operazioni aziendali.

### ⇒ La due diligence fiscale di più enti

In alcuni casi, la *due diligence* riguarda non una singola società, ma un gruppo.

Orbene, l'esame congiunto di più enti richiede l'accertamento di tutti i rapporti reciproci (di natura commerciale, finanziaria, ecc.), con la preventiva definizione delle relazioni di controllo o di collegamento, di diritto o di fatto, per tutti gli anni interessati (ovverosia per tutti i periodi d'imposta ancora accertabili).

L'obiettivo dell'indagine è, intuitivamente, l'individuazione di criticità nella gestione del gruppo, magari con operazioni *cross border*; l'analisi, dunque, si estenderà a:

- ▶ consolidato fiscale;
- ▶ CFC;
- ▶ *transfer price*;
- ▶ utili e perdite *intercompany*;
- ▶ pratiche di pianificazione fiscale infragruppo;
- ▶ *black list*;
- ▶ ecc..

I controlli, inoltre, possono essere utilmente indirizzati verso operazioni già oggetto di contestazioni da parte dell'Amministrazione Finanziaria (presso il *target* o enti comparabili), ovvero che hanno indotto a "condoni" o istituti deflattivi del contenzioso.

### La fiscalità delle operazioni straordinarie e l'identificazione della struttura dell'operazione

Nella *due diligence*, particolare attenzione deve essere prestata alla fiscalità delle operazioni straordinarie, sia con riferimento a quanto agito in passato dal *target* (per verificare l'esistenza di rischi facenti capo originariamente ad altri enti, ma trasferiti, appunto, al *target*), sia con riferimento all'acquisizione nel cui ambito la verifica è disposta.

L'analisi puntuale della disciplina fiscale esula dal presente lavoro, sicché ci limiteremo a porre in risalto taluni aspetti. In primo luogo, osserviamo che la normativa prevede una responsabilità in capo ai soggetti coinvolti, che dipende dal tipo di operazione; in sintesi:

<b>Trasferimento di partecipazioni</b>	⇒	Il <i>target</i> mantiene la propria soggettività, sicché l'operazione comporta l'assunzione di tutti gli obblighi tributari ed i rischi (che rimangono in capo alla partecipata, ovviamente).
<b>Fusione e scissione</b>	⇒	La società risultante subentra negli obblighi e nei rischi della società incorporata o fusa, senza limitazione alcuna.
<b>Compravendita di aziende</b>	⇒	È prevista la responsabilità solidale e sussidiaria in capo all'acquirente, ma con limitazioni.
<b>Conferimento d'azienda</b>	⇒	Pur nel silenzio della norma, si ritiene che si applichino le regole della compravendita (la tesi, però, non è di generale accettazione).

Più nel merito, evidenziamo che, nella **fusione**, la società incorporante o risultante dalla fusione subentra negli obblighi della società incorporata o fusa, tanto per le imposte dirette (art. 172, comma 4, Tuir), quanto per altro titolo (art. 15, D.Lgs. n. 472/97).

Nelle **compravendite di aziende**, il Codice civile (art. 2560) prevede che “... nel trasferimento di un'azienda commerciale risponde dei debiti ... anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori”; in aggiunta, la normativa tributaria dispone che per i debiti fiscali inerenti l'azienda acquistata, il cessionario è responsabile solidalmente con il cedente (art. 14, D.Lgs. n.472/97), nei limiti di valore dell'azienda, per il pagamento di imposte e sanzioni per violazioni commesse nell'anno in cui è avvenuta la cessione e nei due precedenti, nonché per imposte e sanzioni già irrogate e contestate nel medesimo periodo, anche se riferite a violazioni precedenti.

È possibile, però, limitare la responsabilità del cessionario, richiedendo un apposito certificato all'Amministrazione (cd. “*certificato dei carichi pendenti*”); il cessionario, in tal caso risponderà “solo” dei debiti eventualmente risultanti, per l'appunto, dal certificato (in caso di mancato rilascio entro 40 giorni dalla richiesta, il cessionario sarà, invece, libero).

Altro aspetto di interesse è la **gestione delle perdite fiscali pregresse** e della cd. “*eccedenza del ROL*”.

In particolare, nella fusione, la possibilità, o meno, di riportare le perdite è questione di rilievo, tanto da costituire, assai frequentemente, discriminante in caso di particolare consistenza dei valori in gioco. La normativa antielusione (art. 172, comma 7, Tuir) prevede (tra l'altro) che le perdite siano riportabili nel limite del patrimonio netto delle società partecipanti all'operazione ed a condizione che le stesse abbiano requisiti minimi di “vitalità”; è, comunque, possibile presentare alla DRE istanza di disapplicazione della norma antielusione, dimostrando che la fusione risponde a precise esigenze industriali, organizzative, ecc. (il risparmio fiscale, quindi, non deve essere movente unico).

Limitazioni sono pure previste per il caso di modifica del controllo societario: il riporto delle perdite è, infatti, vietato in caso di trasferimento della maggioranza delle partecipazioni (inteso come cessione o integrazione del controllo), se per periodo d'imposta in cui avviene il trasferimento o nei due successivi o anteriori si modifica pure l'attività principale (art. 84, co.3, Tuir); la disposizione non si applica se la società ha requisiti di “vitalità”.

Un ultimo aspetto da considerare è la verifica delle ragioni economiche che motivano l'operazione, in relazione alla possibilità per l'Amministrazione tributaria di disconoscere gli effetti tributari (art. 37-bis DPR n. 600/73); la problematica è di stretta attualità, atteso che i Verificatori spesso incardinano gli accertamenti sul cd. “abuso di diritto” (ad es. per contestare l'evasione dell'imposta di registro per le operazioni di conferimento di ramo d'azienda seguito da cessione della partecipazione così ottenuta).

### L'efficacia della *due diligence* in ordine ai rischi

La regolamentazione dipende dall'equilibrio tra le parti: l'acquirente vorrà che l'esito della *due diligence* non limiti le garanzie, mentre il venditore cercherà di far discendere dalle indagini una sorta di manleva parziale o generale.

Nella prassi, usualmente si concedono garanzie:

- ➔ sui rischi probabili e non per quelli meramente possibili;
- ➔ su un valore massimo predefinito (*cap*) e con eventuale franchigia;
- ➔ per una durata corrispondente al periodo prescrizione, con sopravvivenza della garanzia per le posizioni aperte e non definite (ad es., per il caso di accertamento).

### Conclusioni

La *due diligence* fiscale è un'attività necessaria nella maggior parte delle operazioni straordinarie.

Lo svolgimento di tale attività permette di fare emergere rischi impliciti inerenti la presenza di fattori potenzialmente in grado di generare oneri futuri in capo al potenziale acquirente od investitore ovvero in capo al *target*. Poiché la *due diligence* viene solitamente effettuata quando vi è accordo sul prezzo o valore dell'azienda, l'individuazione di significativi rischi impliciti comporta una ristrutturazione conseguente del contratto (in termini di adeguamento del prezzo, delle garanzie o della struttura dell'operazione) oppure, in assenza di un accordo tra le parti, l'abbandono del *deal*.