BonelliErede
with LOMBARDI

Focus Team Contenzioso Tributario

21 settembre 2020

La fiscalità delle garanzie del venditore nell'ambito delle cessioni di partecipazioni alla luce della recente sentenza della Cassazione n. 17011/2020

1. Introduzione

A lungo si è discusso, in dottrina e nella giurisprudenza di merito, sul trattamento fiscale degli importi corrisposti dal venditore in virtù delle clausole di garanzia nei contratti di compravendita di partecipazioni.

Di recente si è espressa per la prima volta la Cassazione, con la sentenza n. 17011/2020, che costituisce un importante precedente anche per il futuro.

2. Le garanzie del venditore tra rettifica prezzo e indennizzi

Nel contesto di un'acquisizione di partecipazioni, una delle questioni maggiormente controverse riguarda il trattamento fiscale delle somme corrisposte dal venditore in virtù delle **clausole contrattuali di garanzia**.

Come noto, con queste clausole il venditore rappresenta e garantisce che la società le cui partecipazioni sono cedute è stata gestita secondo i canoni di una corretta amministrazione (rispettando pienamente le normative fiscali, ambientali, societarie, contributive etc.). Se dopo la cessione sorgono passività in capo alla società *target* derivanti da fatti anteriori alla cessione, il venditore è tenuto ad indennizzare il compratore. In altri termini, tali clausole garantiscono la passata "buona gestione" della società *target* e attengono alla fase **patologica** del rapporto negoziale, riferendosi a (eventuali) perdite o passività derivanti da eventi precedenti il trasferimento, ma che si manifestano dopo lo stesso.

Queste clausole sono diverse sia dalle tipiche clausole di aggiustamento del prezzo sia dalle clausole di c.d. *earn out*: le prime disciplinano ordinariamente l'eventuale incremento/decremento del prezzo sulla base della differenza tra la posizione finanziaria alla data della cessione rispetto a quella alla data (anteriore) della situazione patrimoniale presa a riferimento; le seconde, invece, prevedono un incremento/decremento del prezzo delle partecipazioni in funzione di determinati parametri economici che la società partecipata realizza negli esercizi successivi alla vendita. Entrambe queste tipologie di clausole attengono alla fase **fisiologica** del rapporto negoziale, perché stabiliscono incrementi (o decrementi) di prezzo in considerazione di risultati futuri della società, o della variazione

Focus Team Contenzioso Tributario

Focus Team Leader
Andrea Silvestri
andrea.silvestri@belex.com
tel. +39-02-771131

Autori

Andrea Silvestri
andrea.silvestri@belex.com
tel. +39-02-771131

Matteo Baldascino
matteo.baldascino@belex.com
tel. +39-06-845511

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only.
It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.

(anch'essa fisiologica) dei parametri assunti dalle parti in data anteriore a quella del trasferimento delle partecipazioni.

Finora si sono contrapposte **due diverse ricostruzioni** sul trattamento dei pagamenti di garanzia ai fini delle imposte sui redditi.

Secondo una prima tesi, le somme versate dal venditore in esecuzione delle clausole di garanzia hanno rilevanza esclusivamente patrimoniale, comportando di fatto una rettifica del prezzo. Di conseguenza, le stesse non sono imponibili in capo al compratore (società residente), determinando soltanto una riduzione del prezzo di acquisto delle partecipazioni e del corrispondente valore fiscale. Secondo una differente ricostruzione, i pagamenti di garanzia mantengono anche ai fini fiscali la natura civilistica di "indennizzi" e, come tali, costituiscono per l'acquirente sopravvenienze attive imponibili.

3. Secondo la Cassazione i pagamenti di garanzie sono imponibili come "indennizzi"

Nel caso esaminato dalla Suprema Corte, la società *target* - che nel frattempo aveva incorporato la società acquirente - sosteneva degli oneri derivanti da contestazioni fiscali relative a periodi anteriori alla cessione. In virtù delle clausole di garanzia, la società riceveva un indennizzo dal venditore che ristorava parzialmente il danno subito.

Nel contenzioso, la società riteneva che le somme ricevute non costituissero proventi imponibili, sia per le particolari modalità di contabilizzazione adottate sia per ragioni di simmetria: dato che gli oneri fiscali che avevano dato luogo all'indennizzo non erano deducibili, allora quest'ultimo non doveva essere imponibile.

L'impostazione adottata dalla società - pur condivisa dai giudici di merito - è stata disattesa dalla Cassazione.

In particolare, tralasciando gli specifici aspetti contabili del caso, la Cassazione ha statuito che il pagamento di garanzia costituisce una sopravvenienza attiva imponibile *ex* art. 88, comma 3, lettera a), del TUIR (c.d. sopravvenienze attive "improprie").[1]

Questa conclusione viene raggiunta sulla base dell'analisi giuridica della clausola contrattuale, che ha *"una funzione sostanziale di garanzia, di tipo assicurativo"* per effetto della quale *"il cedente assume un autonomo e specifico obbligo di indennizzo (…) rappresentato dal reintegro, totale o parziale, di passività sopravvenute"*. La Cassazione distingue questo tipo di clausole da quelle che disciplinano un aggiustamento del prezzo sulla base di eventi futuri legati all'andamento economico-finanziario della società *target* (c.d. *earn-out*).

---

[1] Tale norma considera, tra l'altro, le indennità conseguite a titolo di risarcimento a fronte di danni diversi dalla perdita o danneggiamento di un bene produttivo di ricavi o plusvalenze. Si tratta, quindi, di quegli incrementi di ricchezza a carattere straordinario, che non si riconnettono a fatti che hanno influenzato il reddito d'impresa del percettore nei precedenti periodi d'imposta.

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only.
It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.

Ne consegue che mentre queste ultime danno luogo a pagamenti qualificati, anche fiscalmente, come rettifiche del prezzo delle partecipazioni, le clausole di garanzia danno invece luogo ad indennizzi imponibili come sopravvenienze attive.

Inoltre, secondo la Cassazione, l'acquirente non può far leva sulla mancata simmetria tra l'imponibilità di quanto percepito a titolo di indennizzo e l'indeducibilità del costo che ne ha dato luogo. Ciò perché il nesso è solo indiretto: la clausola di garanzia ristora "*la lesione della consistenza patrimoniale*" della società *target* causata dall'onere sopravvenuto, non direttamente quest'ultimo.

Per queste ragioni, secondo la Cassazione, l'indennizzo conseguito dal compratore in virtù di una clausola di garanzia costituisce una sopravvenienza attiva imponibile indipendentemente dal regime di deducibilità in capo alla *target* dell'onere sopravvenuto.

4. I punti rimasti aperti e i riflessi sulle acquisizioni di partecipazioni

Restano aperti tre punti, non direttamente affrontati dalla sentenza in oggetto:

1) ***le interrelazioni tra trattamento contabile e quello fiscale***

   Nello specifico caso esaminato, il trattamento contabile adottato dalla società consisteva nella compensazione tra l'indennizzo ricevuto e gli oneri fiscali, entrambi imputati a conto economico. La Cassazione ha esaminato e non condiviso questo trattamento contabile, precisando inoltre che in ogni caso non si pone al riguardo un tema di "derivazione rafforzata". La compensazione tra le due voci non riguarda, infatti, la qualificazione o la classificazione dello specifico fatto di gestione, che vengono prima e sono state già adottate dalla società e non contestate.

   Quello su cui la sentenza non si esprime, visti i fatti di causa, è se una qualificazione contabile diversa da quella giuridica "faccia stato" anche ai fini fiscali. Se, cioè, un acquirente qualifica contabilmente il pagamento di garanzia come rettifica del prezzo di acquisto delle partecipazioni, quando invece giuridicamente si tratta di un indennizzo, può operare la "**derivazione rafforzata**"?

   La questione appare controversa, non solo perché contabilmente non sembra che al momento ci sia un orientamento univoco (né ai fini dei principi contabili internazionali né di quelli italiani), ma anche perché è dubbio se si applichi in questo caso la "derivazione rafforzata". Il pagamento, infatti, soprattutto se qualificato come rettifica del costo delle partecipazioni, potrebbe essere considerato

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only.
It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.

relativo ad un trasferimento di titoli partecipativi, e questo escluderebbe la "derivazione rafforzata";[2]

2) ***qualificazione contrattuale come rettifica di prezzo***

Un'altra questione aperta è se abbia rilievo anche fiscale l'eventuale qualificazione contrattuale dei pagamenti di garanzia come rettifica di prezzo. Non è infrequente, infatti, che le parti disciplinino le clausole di "*representation and warranties*" in modo ordinario, ma poi si diano atto che "tra di loro" questo pagamento costituisce una rettifica del prezzo delle partecipazioni, non un indennizzo.

Nemmeno questo aspetto ha formato oggetto della sentenza, ma l'ancoramento della Cassazione ai principi giuridici ai fini della qualificazione tributaria offre un importante riferimento. Secondo i generali principi di diritto, si ritiene in particolare che il *nomen iuris* adottato dalle parti non assuma rilievo, perché quel che conta è la concreta ed effettiva disciplina contrattuale che, in questa ipotesi, è quella di un pagamento a fronte di un obbligo di garanzia, secondo la ricostruzione giuridica da ultimo confermata dalla sentenza in oggetto.

Anche in queste ipotesi, pertanto, i pagamenti si dovrebbero qualificare come indennizzi e quindi fiscalmente come sopravvenienze attive;

3) ***deducibilità dei pagamenti per il venditore***

La sentenza, infine, non affronta direttamente il trattamento fiscale dei pagamenti di garanzia in capo al venditore (società residente).

Tuttavia, la qualificazione del pagamento per il compratore non può che valere anche per il venditore, che pertanto realizza una sopravvenienza passiva da indennizzo.[3]

Questa sopravvenienza dovrebbe essere deducibile dal reddito d'impresa del venditore anche quando quest'ultimo aveva realizzato una plusvalenza esente all'atto della cessione delle partecipazioni. In questo modo, tra l'altro, si realizza una simmetria tra il trattamento fiscale in capo all'acquirente e quello in capo al venditore.[4]

---

[2] Cfr. Articolo 3, comma 3, lettera a), del Decreto n. 48 del 1.4.2009, secondo cui "*fermi restando i criteri di imputazione temporale previsti dagli* IAS *eventualmente applicati, il regime fiscale è individuato sulla base della natura giuridica delle operazioni nei seguenti casi: a) quando oggetto delle operazioni di cui sopra siano i titoli di cui all'art. 85, comma 1, lettere c) e d) del testo unico, anche costituenti immobilizzazioni finanziarie, con esclusione delle azioni proprie e degli altri strumenti rappresentativi del patrimonio proprio (…)*".

[3] Non, quindi, una minusvalenza o minore plusvalenza sulle partecipazioni.

[4] Per più articolate considerazioni al riguardo sia consentito citare A. SILVESTRI, *La fiscalità delle garanzie del venditore nelle cessioni di partecipazioni*, in Riv. di Dir. Trib. fasc. 2/2017, pag. 218 e ss.

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only.
It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.

5. Conclusioni

Pur restando ancora alcuni punti aperti, la sentenza di Cassazione in oggetto risolve una questione a lungo discussa.

Avrà pertanto un impatto significativo nella negoziazione delle operazioni di compravendita di partecipazioni, ad esempio in relazione alle c.d. clausole di *gross-up*, in base alle quali il compratore ha diritto ad un incremento dell'indennizzo spettante in base alle clausole di garanzia, per tenere conto dell'imposizione fiscale gravante sullo stesso.



Focus Team Contenzioso Tributario

Il Focus Team è una costellazione di competenze in diversi ambiti di attività con focus sul contenzioso tributario.

Andrea Silvestri
Tributario

Stefano Brunello
Tributario

Matteo Fanni
Tributario

Andrea Manzitti
Tributario

Laura Salvaneschi
Contenzioso

Francesco Sbisà
Penale

Giulio Mazzotti
Tributario

Emanuela Spinelli
Penale

Gianmarco Tortora
Tributario

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only. It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.