

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA



DIPARTIMENTO DI ECONOMIA

Corso di Laurea Magistrale in Amministrazione Aziendale

TESI DI LAUREA

***“IL TRATTAMENTO DEI CREDITI TRIBUTARI E  
CONTRIBUTIVI EX ART. 182-TER ALL’INTERNO DEL  
CONCORDATO PREVENTIVO: LA METAMORFOSI  
DELL’ISTITUTO TRANSATTIVO”***

LAUREANDO

Filippo Barbieri

RELATORE

Prof. Andrea Nasini



# Sommario

<b>ABSTRACT .....</b>	<b>4</b>
<b>CAPITOLO 1: INDISPONIBILITÀ DELL’OBBLIGAZIONE TRIBUTARIA, DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA E TRANSAZIONE FISCALE .....</b>	<b>10</b>
1. Il principio di indisponibilità dell’obbligazione tributaria.....	10
2. L’abrogata “transazione dei ruoli” disciplinata dall’art. 3, comma 3, del D.L.n. 138/2002 .....	18
3. La transazione fiscale e la discrezionalità amministrativa .....	23
4. Le finalità dell’istituto.....	29
5. Il presupposto soggettivo.....	31
6. Presupposto oggettivo .....	35
<b>CAPITOLO 2: EVOLUZIONE NORMATIVA DELL’ISTITUTO .....</b>	<b>39</b>
1. Brevi cenni storici .....	39
2. Le questioni controverse ante Legge 232/2016.....	42
2.1 La natura facoltativa od obbligatoria della transazione fiscale.....	43
2.2 La presunta “infalciabilità” assoluta dell’IVA e delle ritenute alla fonte.....	48
2.3 La posizione assunta dalla Corte di giustizia UE e i principi affermati .....	54
2.4. Il consolidamento del debito fiscale e la cessazione della materia del contendere .....	60
<b>CAPITOLO 3: LA TRANSAZIONE FISCALE NEL CONCORDATO PREVENTIVO .....</b>	<b>71</b>
1. La disciplina post Legge n. 232/2016 .....	71
1.1. Il trattamento dei crediti tributari.....	76
2. Gli aspetti procedurali .....	90
3. La certificazione dei crediti erariali: contenuto e riferimenti temporali.....	94
4. L’operatività della compensazione ai fini dell’adempimento degli obblighi discendenti dalla transazione fiscale .....	97
5. Natura e utilizzo dei flussi di cassa nel concordato preventivo con continuità .....	103
6. I creditori strategici .....	113
7. Il rapporto con gli istituti deflativi del contenzioso.....	115
8. La durata del piano di risanamento e la dilazione del pagamento dei debiti tributari.....	118
9. La moratoria di pagamento nel concordato in continuità: limiti e diritto di voto .....	122
10. Gli effetti della transazione fiscale sul potere di accertamento dell’Agenzia delle Entrate	125
11. La sorte delle liti fiscali pendenti.....	126
12. L’impugnabilità del rigetto della proposta .....	129

<b>CAPITOLO 4: IL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E LE MODIFICHE APPORTATE ALLA LEGGE FALLIMENTARE DALLA L. 159/2020 .....</b>	<b>133</b>
1. Le novità del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza relativa al trattamento dei crediti tributari e contributivi nel concordato preventivo .....	133
2. Le modifiche apportate dalla L.159/2020 .....	137
2.1. L'omologazione del concordato preventivo: dalla "mancanza di voto" alla "mancanza di adesione" negli accordi di ristrutturazione dei debiti.....	139
2.2. Qual è il significato di "determinante" e "decisiva" ? .....	144
3. L'attestazione della convenienza della proposta .....	148
4. Il requisito dell'indipendenza dell'attestatore .....	152
<b>CONCLUSIONI.....</b>	<b>159</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>162</b>

## **ABSTRACT**

Prima della riforma del diritto concorsuale, l'istituto della transazione fiscale inteso come strumento di definizione del carico erariale a favore di soggetti divenuti insolventi era disciplinato, in via generale, dall'art. 3, D.L. 8.7.2002, n. 138 (convertito nella L. 8.8.2002, n. 178). Ai sensi del terzo comma dell'articolo citato, l'Agenzia delle Entrate, dopo l'inizio dell'esecuzione coattiva, poteva procedere alla transazione dei tributi iscritti a ruolo dai propri uffici, il cui gettito fosse di esclusiva spettanza dello Stato, in caso di accertata maggiore economicità e proficuità rispetto all'attività di riscossione coattiva, quando nel corso della procedura esecutiva fosse emersa l'insolvenza del debitore o questi fosse stato assoggettato a procedure concorsuali. Al di là di un clamoroso caso di salvataggio di una nota società calcistica, la norma in commento trovò scarsa applicazione sul piano pratico, vuoi per ragioni legate alla difficoltà degli uffici fiscali di affrontare in maniera meno dogmatica il principio di indisponibilità del credito tributario di cui all'art. 49, R.D. 23.5.1924, n. 827; vuoi, soprattutto, per la scarsa chiarezza del dettato normativo. Controverso risultava anche il concetto di insolvenza cui fare riferimento per la stipulazione dell'accordo e il conseguente timore di revocabilità dell'accordo, in caso di successiva dichiarazione di fallimento dell'impresa debitrice, che aveva condotto l'Amministrazione finanziaria, sulla scorta di un conforme parere reso dal Consiglio di Stato, ad escludere la possibilità di stipulare accordi transattivi con debitori che rivestissero la qualifica di imprenditori commerciali assoggettabili a fallimento, ai sensi dell'art. 1, R.D. n. 267/1942, se non alla duplice condizione che l'intesa si inserisse in un piano di riassetto dell'impresa di più ampia portata e di ristrutturazione del debito che prevedesse il coinvolgimento di tutti i creditori.

Al fine di consentire la fruizione di questo istituto da parte degli imprenditori insolventi, incentivando in tal guisa i tentativi di risanamento dei complessi aziendali in difficoltà, in ossequio alla delega contenuta

nell'art. 1, quinto comma, l. 14.5.2005, n. 80 (che richiedeva al legislatore delegato di realizzare "la riconduzione della disciplina della transazione in sede fiscale per insolvenza o assoggettamento a procedure concorsuali al concordato preventivo"), la legge di riforma del diritto concorsuale (d.lgs. n. 5/2006) ha introdotto nel corpus delle norme dedicate alla disciplina dei modelli di soluzione consensuale delle crisi d'impresa un nuovo art. 182 ter, rubricato, appunto, "Transazione fiscale".

Con una serie di successivi interventi normativi l'ambito di operatività dell'istituto è stato, poi, esteso ai debiti per contributi previdenziali ed assistenziali, con relativi accessori, in considerazione della natura pacificamente pubblicistica delle obbligazioni contributive e della loro unanimemente condivisa assimilabilità alle obbligazioni tributarie.

Al fine di evitare abusi, con il D.L. 31.5.2010, n. 78 (G.U. n. 125 del 31.5.2010), è stato altresì sostituito l'art. 11, d.lgs. n. 74/2000. Ai sensi del secondo comma "È punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni chiunque, al fine di ottenere per sé o per altri un pagamento parziale dei tributi e relativi accessori, indica nella documentazione presentata ai fini della procedura di transazione fiscale elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo o elementi passivi fittizi per un ammontare complessivo superiore a euro cinquantamila. Se l'ammontare di cui al precedente è superiore a euro duecentomila si applica la reclusione da un anno a sei anni".

L'art. 182 ter risulterà una delle norme più infelici della nuova disciplina del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione di cui all' art. 182 bis l.fall.. Incerta erano la natura dell'istituto, la sua facoltatività ovvero obbligatorietà allorquando il proponente volesse offrire il pagamento parziale o dilazionato dei debiti tributari o contributivi, la intangibilità o meno del debito relativo alla imposta sul valore aggiunto e delle ritenute operate e non versate al di fuori dal perimetro di applicazione della norma, la incidenza dei possibili trattamenti sull'ordine

delle prelazioni, la impugnabilità del diniego alla transazione, gli effetti della previsione circa il consolidamento del debito fiscale e della chiusura delle liti pendenti.

Gli innumerevoli profili di incertezza hanno indubbiamente reso non agevole l'applicazione dell'istituto disincentivandone l'utilizzo così da spostare il tema sulla legittimità delle proposte e dei piani che, senza il ricorso alla transazione fiscale, prevedevano il soddisfacimento non integrale dei debiti fiscali e contributivi.

Da qui la evidente necessità di regole nuove (la cui introduzione verrà favorita dalla decisione della Corte di Giustizia UE del 7 aprile 2016 che ha consentito di superare la previsione di intangibilità del credito IVA che costituiva uno degli ostacoli più evidenti alla utilizzabilità dell'istituto) introdotte con l'art. 1, comma 81, della L. 11 dicembre 2016 n. 232. Le novità hanno riguardato la rubrica dell'articolo dove la dizione "transazione fiscale" è stata sostituita da "Trattamento dei crediti tributari e contributivi", l'introduzione della obbligatorietà del procedimento, le modalità per addivenire alla adesione alla proposta ovvero al suo diniego. In merito agli effetti dell'accordo viene cassato ogni riferimento al consolidamento del debito fiscale e non è più previsto che la chiusura della procedura di concordato, ai sensi dell'art. 181 l.fall., determini la cessazione della materia del contendere relativamente alle liti aventi ad oggetto i tributi di cui al comma 1 della norma.

Quantomeno nell'ambito della procedura di concordato preventivo non sembra potersi più agevolmente sostenere che si verifichi un vero e proprio fenomeno transattivo. Il noto principio di indisponibilità dei crediti tributari si attenua di fronte alla espressa deroga sancita dalla legge fallimentare e la riduzione e/o dilazione del debito tributario o contributivo, più che conseguenza di un accordo con gli enti, diviene effetto della approvazione del concordato da parte della maggioranza dei creditori e della sua omologazione. Non ostante all'approvazione della

proposta ed all'omologazione del concordato, l'inerzia e/o il voto contrario dell'amministrazione finanziaria e/o degli enti di previdenza ed assistenza obbligatoria, i cui interessi sono comunque tutelati dal particolare regime dettato dalla nuova disposizione (quanto a condizioni minime di trattamento e a meccanismi di partecipazione al procedimento) ed il cui rispetto costituisce requisito di ammissibilità del concordato stesso, nonché dalla (agevolata) possibilità di provocare, in talune ipotesi, anche il giudizio del tribunale circa la convenienza della proposta in sede di omologazione ex art. 180, comma 4, l.fall. All'approvazione della amministrazione finanziaria e degli enti previdenziali ed assicurativi non sembrano più conseguire effetti diversi ed ulteriori rispetto a quelli che, a seguito della omologazione del concordato, si produrranno ex art. 184 l.fall.

Permane invece una certa autonomia del procedimento nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, ove – coerentemente con la natura di tali strumenti - il consenso dell'amministrazione finanziaria e degli enti previdenziali e assistenziali deve essere deliberato e manifestato mediante sottoscrizione dell'atto negoziale da parte del direttore dell'ufficio e dell'agente della riscossione. Forse non a caso, solo nei commi 5 e 6 del nuovo art. 182 ter l.fall., continua a ricorrere il sintagma "transazione fiscale".

Nonostante la metamorfosi del procedimento conseguente alle modifiche introdotte dalla Legge 232 del 2016, l'atteggiamento degli Enti circa i limiti di riducibilità e dilazionabilità dei propri crediti ha continuato ad essere sempre di estrema rigidità. Emblematico in tal senso l'atteggiamento degli enti previdenziali i quali sulla base del Decreto interministeriale 4 agosto 2009 negavano la propria adesione a qualsiasi proposta di trattamento che prevedesse percentuali di soddisfacimento del proprio credito inferiori a determinate soglie fisse predeterminate e ciò anche a prescindere dalla dimostrata e attestata convenienza della proposta rispetto alle possibili

alternative soddisfattorie. Pur in assenza di analogo provvedimento regolamentare, anche l'Agenda delle Entrate negava il proprio consenso innanzi a proposte con soddisfacimento del credito inferiore a certe soglie, con l'ulteriore aggravante di un comportamento del tutto eterogeneo fra i gli uffici competenti nelle diverse Regioni del territorio nazionale.

Tale situazione ha indotto il legislatore ad intervenire di nuovo attraverso gli articolo 48, 63 e 88 del D. Lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 (Codice della Crisi di Impresa e dalla Insolvenza) la cui entrata in vigore è prevista per il 01 settembre 2021 e, per anticipare gli effetti delle novità, con la L. 27 novembre 2020, n. 159 di conversione del D.L. 7 ottobre 2021 n. 15. La novità sostanziale è rappresentata dalla introduzione di quello che da subito è stato definito dalla dottrina come "cram down fiscale e previdenziale": ora l'art. 180 quarto comma l.fall. prevede che "il tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di voto da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze di cui all'articolo 177 e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatori"; in modo analogo l'art. 182-bis quarto comma l.fall. prevede che "*Il tribunale omologa l'accordo (di ristrutturazione n.d.r.) anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è decisiva ai fini del raggiungimento della percentuale di cui al primo comma e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista di cui al medesimo comma, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria.*"

E' inutile sottolineare come la modifica, evidentemente operata sotto il non indifferente impulso che l'attuale pandemia Covid-19 darà alla crisi di impresa, avrà un impatto, questa volta notevolissimo, sui concordati e sugli accordi di ristrutturazione dei debiti in quanto consentirà di ottenere l'omologazione degli stessi anche senza, rispettivamente, il voto o l'adesione, dell'erario e degli enti previdenziali, sempreché tale voto sia determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze richieste dalla legge fallimentare e a condizione che il professionista indipendente attesti, nella propria relazione, la convenienza della proposta rispetto all'alternativa fallimentare.

## **CAPITOLO 1: INDISPONIBILITÀ DELL'OBBLIGAZIONE TRIBUTARIA, DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA E TRANSAZIONE FISCALE**

**Sommario:** **1.** Il principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria **2.** La "transazione dei ruoli" disciplinata dall'art. 3, comma 3, del D.L.n. 138/2002 **3.** La transazione fiscale e la discrezionalità amministrativa **4.** Le finalità dell'istituto **5.** Il presupposto soggettivo **6.** Il presupposto oggettivo

### **1. Il principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria**

Analizzando l'istituto della "transazione fiscale" disciplinato dalla Legge fallimentare (R.D. 267/1942) all'art. 182-ter (da ultimo modificato dall'art.3, comma 1-bis della legge 27 novembre 2020 n.159), è doveroso soffermarci sul principio di "indisponibilità dell'obbligazione tributaria" e fare una riflessione sulla discrezionalità dell'*agere* in capo all'Amministrazione finanziaria. Per un lungo periodo di tempo infatti è stato ampio il dibattito circa la legittimità di una norma (quella sulla transazione fiscale appunto) che attribuisse all'Amministrazione finanziaria il potere di concedere ai contribuenti la riduzione dei tributi da questi dovuti, in quanto tale potere è posto all'interno di un irrimediabile contrasto con il "dogma" dell'indisponibilità dell'obbligazione tributaria stessa. A ben vedere, lo stesso termine "indisponibilità" necessita di una previa definizione. In un'ottica giuridica esso indica l'impossibilità di negoziare, rinunciare, transigere e, più in generale, di rendere l'oggetto di azioni giuridiche un determinato diritto soggettivo.

Il concetto di indisponibilità nel diritto tributario può essere riferito (a seconda dei casi) al tributo, alla potestà impositiva, all'obbligazione tributaria o al credito tributario. Tuttavia, con riguardo alla potestà normativa tributaria è direttamente l'art. 23 Cost. a sancire l'indisponibilità del tributo ovvero della potestà impositiva tramite la c.d. riserva di legge (o principio di legalità), venendo ivi stabilito che una prestazione patrimoniale può essere imposta unicamente con un atto

avente forza di legge: appare allora pacifico che il potere di istituire tributi, così come quello di abrogarli, è rimesso unicamente nelle mani del legislatore.

Il dibattito sulla indisponibilità che rileva ai fini di cui trattasi, dunque, non concerne la fonte dell'obbligazione tributaria, ma va ricondotto al **credito tributario** giuridicamente sorto in base a disposizioni di legge. In altri termini, il tema controverso è se e in quali termini sia conciliabile con il principio di indisponibilità del credito tributario l'attribuzione all'Amministrazione finanziaria del potere di rinunciare (in misura parziale) alla riscossione di un tributo definitivamente sorto. Quantomeno nell'ultimo ventennio la questione si è dunque incentrata sul principio di indisponibilità del credito erariale certo nell'an e nel quantum, ovvero sulla possibilità di rinunciare parzialmente alla sua riscossione in caso di manifesta inesigibilità dello stesso.

Al riguardo occorre innanzitutto evidenziare come, prima facie, una parte della dottrina sembra addirittura negare l'esistenza stessa di un principio di indisponibilità nel nostro ordinamento, laddove afferma che *"non esistono ontologiche ragioni di principio per escludere la disponibilità del credito tributario una volta che questo sia concretamente sorto, a seguito del verificarsi dell'astratta fattispecie d'imposta. E in particolare, non esistono ragioni di principio contro l'ammissibilità della transazione nei rapporti tra contribuente e fisco, dove ben può risultare conveniente per l'Amministrazione definire una lite già sorta o prevenire una lite che può sorgere, facendo qualche concessione alla parte privata in cambio della desistenza totale o parziale di questa dalle sue pretese, di guisa tale da presumersi sia contro l'eventualità che la lite, portata in sede contenziosa, si risolva a suo sfavore, sia contro i maggiori danni suscettibili di derivare dalla mancata composizione della controversia in via di accordo"*<sup>1</sup>. A ben vedere, tuttavia, le considerazioni testé riportate si riferiscono alla

---

<sup>1</sup> Così testualmente P.Russo, "Indisponibilità del tributo e definizioni consensuali delle controversie", 2008.

legittimità degli istituti deflativi del contenzioso, la cui introduzione e regolamentazione sono dirette a favorire una definizione concordata del tributo la cui quantificazione sia controversa (quali l'accertamento con adesione e la conciliazione giudiziale), e non alla (diversa) questione della transigibilità o rinuncia parziale alla riscossione di un tributo la cui debenza e quantificazione siano, al contrario, pacifiche. In sostanza, il "credito tributario concretamente sorto" cui si riferisce detta corrente di pensiero è solo quello accertato dall'Agenzia delle Entrate in maniera non ancora definitiva. Ciò detto, sebbene in dottrina siano emerse molteplici e diversificate posizioni, gli autori che si sono occupati della questione risultano principalmente divisi tra chi attribuisce al principio di indisponibilità del credito tributario un fondamento costituzionale (a propria volta con una certa discordanza circa le disposizioni di riferimento) e chi, invece, lo inferisce da norme di rango ordinario.

Secondo la prima tesi, poiché il principio di indisponibilità del credito tributario troverebbe fondamento nella Costituzione italiana, al suo rispetto dovrebbe attenersi non solo l'Amministrazione finanziaria in sede di riscossione del tributo, ma anche lo stesso legislatore nella regolamentazione di tale fase, poiché nessuna legge di rango ordinario potrebbe legittimamente derogarvi.

In particolare, per alcuni autori il credito tributario si configurerebbe quale diritto indisponibile in sé, per effetto della funzione di riparto (in base alla capacità contributiva) conferita all'obbligazione tributaria dagli artt. 3 e 53 Cost. La possibilità di disporre di tale credito (nel senso di transigere o rinunciare) sarebbe suscettibile di cagionare una lesione degli interessi della collettività a favore dell'interesse di un singolo individuo, così finendo per sostituire i criteri di riparto definiti dal legislatore erga omnes con altri e diversi criteri individuati di volta in volta dalle autorità fiscali competenti. In sostanza, anche in considerazione della "riserva di legge" di cui all'art. 23 Cost., all'indisponibilità del credito tributario conseguirebbe l'assenza di

discrezionalità da parte dell'Amministrazione finanziaria, poiché l'esercizio della discrezionalità amministrativa implicherebbe invece la scelta, tra quelle possibili, della soluzione più conveniente per l'interesse pubblico (costituente l'interesse primario) in relazione agli altri interessi (secondari) coinvolti nel rapporto tributario, attraverso una loro contemperazione complessiva; il che si traduce nella vincolatezza che dovrebbe caratterizzare l'esercizio della funzione impositiva da parte della Pubblica amministrazione, al fine di rispettare il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.

Così l'Amministrazione finanziaria, in virtù del principio di legalità, potrebbe applicare le norme tributarie con elasticità e discrezionalità solo con riguardo all'interpretazione delle stesse e con riferimento a fattispecie non tassativamente determinate dalla legge e del pari, in forza dei principi di capacità contributiva e di uguaglianza, non avrebbe possibilità di tenere conto - neppure per fini perequativi - degli interessi del privato specificamente coinvolti (per esempio, la salvaguardia dei livelli occupazionali), senza potersi discostare dalla misura del prelievo legislativamente prevista e quindi con esclusione - in questo ambito - di qualsiasi residuo spazio di discrezionalità "tributaria".

Il principio di indisponibilità del credito erariale troverebbe dunque fonte negli artt. 2, 3, 23 e 53 della Costituzione, per il che sarebbe da qualificare come incostituzionale ogni legge che attribuisse all'Amministrazione finanziaria il potere di disporre dell'esistenza e dell'ammontare dell'imposta mediante trattamenti privilegiati a favore di contribuenti (come tale sarebbe ogni legge avente ad oggetto i c.d. condoni fiscali). Attribuiscono altresì rango costituzionale al principio di indisponibilità del credito tributario coloro che ne individuano la fonte unicamente nella riserva di legge di cui al citato art. 23 Cost.: il credito tributario, quale credito derivante da una prestazione imposta dalla legge, non potrebbe essere trattato come un qualsiasi credito derivante da

un'obbligazione di diritto privato, ma, in quanto tale, sarebbe insuscettibile di modifica da parte dell'Amministrazione finanziaria.

Ancora, v'è chi radica l'indisponibilità del credito tributario negli artt. 3 e 97 Cost., rilevando come il bilanciamento del principio di uguaglianza (da un lato) e del principio di imparzialità dell'azione amministrativa (dall'altro) vietino all'Amministrazione finanziaria di disporre del credito tributario. Questa tesi, poiché intravede nel suddetto principio un vincolo all'attività svolta dall'Amministrazione finanziaria nella riscossione del tributo, in realtà ammette che il legislatore possa regolamentare in ordine alla possibilità di disporre del credito tributario, ancorché giuridicamente sorto, ma è dunque unicamente entro gli stringenti limiti sanciti dal legislatore che le autorità fiscali potrebbero esercitare il potere di rinunciare alla riscossione (parziale) di un tributo, allorché ciò risulti maggiormente conveniente per le casse erariali (in quanto eviterebbe di sostenere inutilmente ingenti spese per il recupero di tributi in capo a contribuenti incapienti). In questi termini viene utilizzata la locuzione "disponibilità 'controllata' del credito tributario" con riguardo al primo provvedimento legislativo che attribuì all'Amministrazione finanziaria il potere di rinunciare alla riscossione di una parte dei crediti erariali, vale a dire l'art. 3, comma 3, del D.L. 8 luglio 2002, n. 138 (c.d. Transazione dei ruoli).

In giurisprudenza la Corte dei conti, Sezione Regionale di controllo per il Piemonte (parere n. 15/2007), sembra avere sostanzialmente condiviso tutte le diverse posizioni sopra richiamate, affermando (in maniera unificante) che "il principio dell'indisponibilità dell'obbligazione tributaria trova fondamento nei principi costituzionali di capacità contributiva (art. 53, comma 1) ed imparzialità nell'azione della pubblica amministrazione (art. 97), espressione entrambi del più generale principio di eguaglianza nell'ambito dei rapporti tributari. Il principio dell'indisponibilità dell'obbligazione tributaria risulta dunque derogabile soltanto in forza di

disposizioni di legge eccezionali (come tali da interpretarsi restrittivamente) che, nel rispetto del principio di legalità e operando un bilanciamento fra esigenze contrastanti, sacrificano gli interessi tutelati dagli artt. 53 e 97 della Costituzione, in favore di altri interessi, costituzionalmente garantiti, di rango pari o poziore”.

Sotto il profilo degli effetti la posizione declamata dalla Corte dei conti si rivela peraltro vicina a quella (diversa) corrente di pensiero secondo cui, invece, il principio dell'indisponibilità dell'obbligazione tributaria resterebbe privo di una effettiva copertura costituzionale, essendo previsto unicamente da una disposizione di rango ordinario (art. 49, R.D. n. 827/1924), come peraltro rilevato dalla Corte di cassazione con la sentenza 16 marzo 2001, n. 12314; dal che conseguirebbe che detto principio può essere legittimamente derogato sulla base di altra disposizione di pari rango. È stato infatti osservato, con riguardo alla riscossione di crediti erariali certi, che *“l'ufficio non deve valutare se concedere una riduzione del carico tributario all'imprenditore in crisi, bensì valutare se, accettandola, la collettività può incassare una maggiore percentuale rispetto all'alternativa fallimentare ... Dunque l'ufficio agirebbe ... in base alla propria autonomia amministrativa, nell'ambito strettamente definito dall'art. 97 della Costituzione, ossia nell'ambito del principio del buon andamento della pubblica amministrazione e non modificando, ad personam, l'obbligo tributario di un determinato contribuente”*. A questa impostazione sembra essersi richiamata, in particolare, l'Agenzia delle Entrate con le circolari 4 marzo 2005, n. 8/E e 18 aprile 2008, n. 40/E, nel sostenere che la transazione fiscale costituisce una (legittima) deroga al generale principio di indisponibilità del credito tributario, la cui applicazione, ancorché per perseguire finalità di pubblico interesse, non è però suscettibile di interpretazione analogica o estensiva proprio in quanto derogatoria di regole generali<sup>2</sup>. La mancanza di una rilevanza

---

costituzionale del precetto in commento è stata affermata in alcune pronunce di merito, nonché dalla Corte di cassazione con le sentenze n. 22931 e n. 22932 del 4 novembre 2011 (sulle quali peraltro si avrà modo di ritornare ampiamente), secondo cui l'indisponibilità del credito tributario "esiste nella misura in cui la legge non vi deroghi e non sono certo estranee all'ordinamento ipotesi di rinuncia dell'Amministrazione all'accertamento (i cosiddetti 'condoni tombali') o alla completa esazione dell'accertato in vista di finalità particolari". Ad onor del vero sulla reale fonte normativa (costituzionale o meno) del principio di indisponibilità del credito tributario i giudici delle leggi non si sono ancora espressamente pronunciati, anche se, con la sentenza 15 luglio 2014, n. 225 della Corte costituzionale, è stato testualmente sancito che "la norma interna in materia di transigibilità del credito IVA è, di per sé, disciplina eccezionale rispetto al principio dell'indisponibilità della pretesa erariale", così riconoscendo che esso costituisce un principio fondante del nostro ordinamento, ma al contempo che può essere derogato da una norma di rango ordinario.

La citata sentenza n. 225/2014 è intervenuta anche su un altro profilo di cui il legislatore deve tenere conto nel legiferare in tema di rinuncia alla riscossione del credito, ovverosia i vincoli discendenti dalla normativa europea.

Ci si riferisce in particolare al tema della "intangibilità" dell'imposta sul valore aggiunto (che secondo un certo indirizzo sarebbe stato) imposto dagli artt. 2 e 22 della VI Direttiva e dall'art. 10 del Trattato CEE, i quali vietano agli Stati membri di disporre una rinuncia generale, indiscriminata e preventiva al diritto di procedere ad accertamento e alla verifica

---

<sup>2</sup> M. Versigioni, "Transazione fiscale e principio di indisponibilità rovesciata", in *Diritto e processo tributario*, esclude che la norma suddetta possa consistere in una "legge di principi" dalla quale sia possibile ricavare un "principio di indisponibilità del credito tributario che possa porsi in contrasto" con la possibilità per l'Amministrazione finanziaria di "negoziare il pagamento del tributo in situazioni di controvertibilità all'infinito del tema costituito dal suo obiettivamente incerto e previamente non accettabile incasso futuro".

dell'imposta sul valore aggiunto. Tale tema (su cui si tornerà più avanti) si deve, in realtà, alla nota pronuncia con cui la Corte di Giustizia UE dichiarò l'illegittimità delle disposizioni "condonistiche" contenute nella Legge 27 dicembre 2002, n. 289, nella parte in cui estendevano il beneficio all'imposta sul valore aggiunto. Secondo i giudici, infatti, tali disposizioni si risolvevano in una rinuncia generale ed indiscriminata all'esazione dell'imposta dichiarata o della maggiore imposta accertabile, in violazione del principio di neutralità e delle norme pattizie. Del pari il legislatore nazionale non può disporre la rinuncia generale e indiscriminata al recupero degli "aiuti di Stato", ovverosia delle "agevolazioni fiscali selettive" (destinati a specifici segmenti di attività imprenditoriali o a specifici territori) erogate o concesse oltre i limiti previsti dagli artt. 107 e 108 del Trattato CE. Tali aiuti sono vietati in quanto, favorendo alcune imprese a danno di altre, possono essere potenzialmente distorsivi della libera concorrenza all'interno del mercato comune (le suddette misure sono perciò oggetto di continuo monitoraggio da parte della Commissione europea).

Più in generale il divieto di rinuncia si rinviene nell'ottavo considerando della Direttiva del Consiglio CE, 28 novembre 2006, n. 2006/112/CE, in forza del quale "il bilancio delle Comunità europee, salvo altre entrate, è integralmente finanziato da risorse proprie delle Comunità. Dette risorse comprendono, tra l'altro, quelle provenienti dall'Iva, ottenute applicando un'aliquota comune ad una base imponibile determinata in modo uniforme e secondo regole comunitarie". Tra le risorse proprie dell'Unione Europea, in quanto oggetto di devoluzione alla stessa, rientrano anche (i) i prelievi sugli scambi con paesi terzi nell'ambito della politica agraria comune, nonché contributi nel settore dello zucchero, e (ii) i dazi della tariffa doganale comune sui prodotti rientranti nel trattato istitutivo della CECA applicati sulle merci importate ed esportate.

## **2. L'abrogata "transazione dei ruoli" disciplinata dall'art. 3, comma 3, del D.L.n. 138/2002**

Un primo tentativo ( seppur molto "timido" e "irrisoluto") di superare il saldo principio dell'indisponibilità del credito tributario è stato fornito dal D.L. n. 138/2002 all'art.3, comma 3 in cui venne sancito che: "*L'Agenzia delle entrate può procedere alla transazione dei tributi iscritti a ruolo dai propri uffici per importi complessivamente superiori a euro 1,5 milioni ed il cui gettito è di esclusiva spettanza dello Stato, in caso di accertata maggiore economicità e proficuità rispetto alla attività di riscossione coattiva, con atto approvato dal Direttore dell'Agenzia su conforme parere obbligatorio della Commissione consultiva per la riscossione, di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 13 aprile 1999, n. 112, acquisiti altresì gli altri pareri obbligatoriamente prescritti dalle vigenti disposizioni di legge. I pareri si intendono rilasciati con esito favorevole decorsi 45 giorni dalla data di ricevimento della richiesta, se non pronunciati espressamente nel termine predetto. La transazione puo' comportare la dilazione del pagamento delle somme iscritte a ruolo anche a prescindere dalla sussistenza delle condizioni di cui all'articolo 19, commi 1 e 2, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602.*"

Con tale disposizione per la prima volta veniva affrontato in via legislativa il tema dell'attribuzione all'Agenzia delle Entrate del potere di rinunciare parzialmente alla riscossione di tributi "certi" nell'*an* e nel *quantum*, allorché la prosecuzione dell'attività di riscossione si sarebbe rivelata sostanzialmente infruttifera in considerazione della sostanziale inesigibilità degli stessi, restando così foriera solo di ulteriori costi.

L'innovazione, chiaramente riferita al citato principio di buon andamento della Pubblica amministrazione sancito dall'art. 97 Cost., apparì talmente radicale che l'Agenzia delle Entrate, prima di emanare la circolare illustrativa 4 marzo 2005, n. 8/E, ritenne opportuno

acquisire il preventivo parere del Consiglio di Stato su alcuni aspetti ritenuti determinanti nonché il parere della Commissione Consultiva per la riscossione, ai sensi dell'art. 6, comma 2, del D.Lgs. 13 aprile 1999, n. 112.

In considerazione del termine "transazione" utilizzato dal legislatore, il nuovo istituto fu configurato alla stregua del contratto tipico previsto dall'art. 1965, comma 1, del c.c., sebbene non fosse chiaro quale tipo di concessioni avrebbe potuto riconoscere il debitore. Secondo il Consiglio di Stato, *"la norma lascia emergere con chiarezza le linee portanti del nuovo istituto che consente - al verificarsi delle condizioni date - di concludere un ragionevole accordo transattivo che, senza incidere sulla materia imponibile ma in deroga al tradizionale principio della indisponibilità del credito tributario, rende possibile per l'Amministrazione Finanziaria conseguire un più proficuo introito rispetto a quello ottenibile dallo sviluppo delle procedure esecutive. L'interesse pubblico perseguito induce pertanto a ritenere che il peculiare accordo, con effetti transattivi, introdotto dalla norma sia idoneo ad esplicare i suoi effetti non solo nel caso di sussistenza di liti attuali, instaurate in tema di rapporti tributari sfociati nella iscrizione a ruolo, ma, in attuazione del principio di economicità dell'azione amministrativa, estenda la sua portata a tutti i crediti tributari derivanti da iscrizioni a ruolo nei confronti di contribuenti rivelatisi insolventi, evitando in tal modo la stessa insorgenza di episodi contenziosi"*.

In realtà, secondo l'indirizzo prevalente, l'accordo transattivo presentava ben poco delle caratteristiche proprie della transazione, in quanto non si sostanziava in reciproche concessioni al fine di evitare il sorgere di una lite o di porvi fine né poteva avere ad oggetto una *res dubia o litigiosa*, bensì risolvendosi nella remissione sic et simpliciter di una quota dei crediti erariali da parte dell'Amministrazione finanziaria; ciò in virtù della situazione patrimoniale, economica e finanziaria

dell'impresa debitrice, della consistenza patrimoniale della stessa e della presenza di asset su cui rivalersi in maniera proficua in sede di riscossione, dell'analisi degli effetti sulle ragioni erariali derivanti dall'eventuale ricorso a procedure concorsuali da parte del debitore e, nel complesso, della convenienza economica per le casse dello Stato a sottoscrivere l'accordo transattivo. In altri termini, l'Amministrazione finanziaria doveva ponderare se riscuotere il proprio credito mediante la procedura di esecuzione forzata (con conseguente rischio di fallimento del debitore) oppure se accettare la modalità di pagamento - ridotta e/o dilazionata - proposta dal debitore insolvente<sup>3</sup>. Secondo un altro indirizzo, invece, il richiamo testuale alla transazione avrebbe dovuto essere riferito proprio alla transazione disciplinata dall'art. 1965 c.c., sicché, richiedendo la sussistenza di una lite, avrebbe potuto riguardare solo i ruoli sub iudice, in relazione ai quali il credito erariale avrebbe dovuto rappresentare una mera pretesa impositiva.

Sotto il profilo soggettivo alla disposizione in commento potevano ricorrere non solo le imprese, ma anche i professionisti, i piccoli imprenditori, gli enti pubblici, non essendo previste particolari limitazioni al riguardo.

Sotto il profilo oggettivo, però, la transazione poteva riguardare unicamente la chiusura delle pendenze relative alla fase della riscossione, per il conseguimento di un risultato più proficuo rispetto a quello conseguibile coattivamente, mentre non avrebbe potuto riguardare debiti non iscritti a ruolo né controversie incardinate dinanzi alle Commissioni tributarie o ad altro giudice (se non tramite rinuncia alla lite da parte del debitore). Infatti, essa poteva riguardare soltanto i crediti d'imposta derivanti da tributi iscritti a ruolo dagli Uffici

---

<sup>3</sup> Sotto questo aspetto la transazione dei ruoli del D.L. 138/2002 era qualificata alla stregua di una rinuncia unilaterale alla riscossione coattiva dei ruoli oppure ricondotta al *pactum ut minus solvatur*, ovvero al negozio solutorio con il quale il creditore, per ottenere soddisfazione, concorda con il debitore una riduzione dell'importo dovuto o una differente modalità di pagamento.

dell’Agenzia “il cui gettito è di esclusiva spettanza dello Stato”, con conseguente esclusione dei tributi di spettanza di enti territoriali (sebbene accertati e riscossi dall’Agenzia delle Entrate in forza di apposite convenzioni), nonché dei tributi che, seppur disciplinati da leggi statali, davano luogo ad un gettito di esclusiva competenza di altri Enti impositori a favore dei quali si determinava il conseguente incremento patrimoniale (tributi locali, tasse automobilistiche, addizionali regionali e comunali, ecc.). Tuttavia, era richiesta l’integrale estinzione, al momento della stipula dell’accordo, di tutti gli eventuali debiti iscritti a ruolo per i quali non era possibile accedere alla transazione.

Inoltre, la possibilità di rinunciare parzialmente alla riscossione del credito tributario era subordinata al presumibile esito negativo o infruttuoso delle procedure esecutive a carico del debitore, assumendo già all’epoca rilevanza dirimente il principio dell’economicità dell’azione amministrativa. In particolare, si poteva procedere alla transazione “dopo l’inizio dell’esecuzione coattiva... quando nel corso della procedura esecutiva emerga l’insolvenza del debitore”, resa manifesta da inadempimenti ed altri fatti esteriori i quali dimostrassero che il debitore non era più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni (procedimenti esecutivi mobiliari e/o immobiliari avviati da terzi creditori, iscrizioni di ipoteche giudiziali e di ricorsi per fallimento, ecc.), oppure quando il debitore fosse assoggettato a procedure concorsuali.

Secondo l’Agenzia delle Entrate (e gli organi aditi), la realizzazione della transazione avrebbe dato origine ad un atto dispositivo soggetto alle regole generali dettate in tema di revocatoria nell’ipotesi di successivo fallimento del contribuente, pur riguardando il pagamento di imposte scadute. Poiché l’Agenzia avrebbe potuto essere chiamata a restituire le somme incassate nel “periodo sospetto”, con la circolare n.

8/E/2005 fu dunque esclusa la possibilità di concludere accordi transattivi con imprenditori assoggettabili al fallimento, a meno che l'accordo proposto all'Agenzia non risultasse inserito in un piano di ristrutturazione dell'impresa, con il coinvolgimento di tutti i creditori (e con l'ulteriore condizione che i creditori assistiti da privilegio di grado pari o superiore a quello dell'Erario dovessero esprimere il loro assenso all'accordo proposto all'Agenzia).

La normativa relativa alla "transazione dei ruoli" contemplava anche la possibilità di riconoscere al debitore in stato di insolvenza la dilazione di pagamento delle somme iscritte a ruolo, a prescindere dalla sussistenza delle condizioni di cui all'art. 19, commi 1 e 2, del D.P.R. n. 602/1973<sup>4</sup>.

Sotto il profilo procedimentale la stipula della transazione richiedeva la presentazione di una proposta di accordo da parte del debitore presso l'Ufficio dell'Agenzia delle Entrate competente in base all'ultimo domicilio fiscale dello stesso, cui avrebbero fatto seguito un'articolata attività istruttoria, la predisposizione di un'apposita proposta di provvedimento motivato di eventuale accettazione della proposta di transazione e infine un atto approvato dal Direttore dell'Agenzia, su conforme parere obbligatorio della Commissione consultiva per la riscossione.

Oltre alla posizione debitoria completa, occorre in particolare (i) segnalare le eventuali liti in corso riguardanti i tributi oggetto dell'istanza, con l'indicazione dello stato dei giudizi e le ragionevoli previsioni sull'esito degli stessi e (ii) depositare la certificazione del

---

<sup>4</sup> DPR 602/1973: " L'agente della riscossione, su richiesta del contribuente che dichiara di versare in temporanea situazione di obiettiva difficoltà', concede la ripartizione del pagamento delle somme iscritte a ruolo, con esclusione dei diritti di notifica, fino ad un massimo di settantadue rate mensili. Nel caso in cui le somme iscritte a ruolo sono di importo superiore a 60.000 euro, la dilazione può essere concessa se il contribuente documenta la temporanea situazione di obiettiva difficoltà".

Concessionario della riscossione relativa alla posizione contabile del debitore e alle azioni esecutive poste in essere, e/o ancora eventualmente da eseguire nei confronti dello stesso per il recupero dei tributi oggetto dell'istanza, con indicazione dei beni pignorati, del valore dei medesimi, delle garanzie acquisite sugli stessi e del loro grado e di ogni altra utile notizia in suo possesso sul conto del debitore, sullo stato delle procedure e degli eventuali giudizi in corso; analoghe informazioni dovevano essere fornite con riguardo agli eventuali coobbligati. Il competente Ufficio doveva altresì procedere alla liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni presentate alla data di proposizione dell'accordo nonché verificare, mediante accessi, l'adempimento degli obblighi di versamento sino alla data di presentazione della domanda e porre in essere ogni altro eventuale controllo al fine di consolidare l'intero debito fiscale ed avere un quadro completo ed effettivo della posizione fiscale del contribuente operando le necessarie iscrizioni a ruolo (tutto ciò nel termine di 60 giorni dalla data di ricezione dell'istanza).

Ciò detto, l'utilizzo della "transazione dei ruoli" è risultato assolutamente scarso<sup>5</sup>, soprattutto in considerazione delle limitazioni da cui questa era caratterizzata e del rischio di revocatoria fallimentare evocato dalla stessa Agenzia delle Entrate.

### **3. La transazione fiscale e la discrezionalità amministrativa**

Lo scarso utilizzo della transazione dei ruoli a causa dei consistenti e rilevanti dubbi che molti sollevarono sopra a tale fattispecie in merito al suo utilizzo, nonché la scarsa regolamentazione, spinsero il legislatore a ripensare in maniera più approfondita e meticolosa tale istituto. Da gran parte della dottrina giurisprudenziale, una fattispecie che andasse a

---

<sup>5</sup> Tra i pochi soggetti che ne hanno beneficiato vi rientra la "Società sportiva Lazio calcio", da cui "Decreto salva Lazio/Calcio".

regolare tramite "accordo falcidiativo" dei debiti erariali, assistenziali e previdenziali fu ritenuta *imprescindibile* dal momento che il riassetto dell'impresa caduta in stato di crisi è possibile attraverso soluzioni negoziate che devono avere ad oggetto anche queste categorie di debiti in quanto la loro esclusione, dato normalmente l'elevato ammontare di quest'ultimi, non avrebbe permesso la buona riuscita di tali accordi. Con il D.Lgs. 9 gennaio 2006, n 5, nell'ambito della prima riforma organica della legge fallimentare, la cui principale novità fu quella di prevedere strumenti aventi il profilo della negoziabilità mirati ad evitare (ove possibile) il fallimento, fu pertanto introdotto l'istituto della *transazione fiscale* tramite l'inserimento dell'articolo 182-ter, venendo allo stesso tempo abrogato l'articolo 3, comma 3 del D.Lgs. 138/2002. Si tratta di una fattispecie attivabile solamente in presenza di concordato preventivo ex. art.160 L.Fall. o in caso di attivazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti ex. Art 182-bis L.Fall. , attraverso il quale l'impresa che versa in stato di crisi può stipulare un accordo con le agenzie fiscali e con gli enti gestori di previdenza e assistenza obbligatorie, al fine di definire la sua complessiva esposizione debitoria nei confronti di suddetti enti, concordando con essi *an, quantum, quando e quomodo* relativamente a tributi e contributi da versare. Nella relazione di accompagnamento allo schema di D.Lgs. n. 5/2006 si spiegava che, in forza della nuova norma, con il piano di ristrutturazione dei debiti il debitore può proporre il pagamento anche parziale, dei tributi amministrati dalle agenzie fiscali e dei relativi accessori, anche se non iscritti a ruolo, ad eccezione dei tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea.

Del pari nella relazione di accompagnamento allo schema di Decreto correttivo (D.Lgs. n. 169/2007) si spiegava che la norma, la cui applicazione veniva estesa anche agli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis L. fall., "*disciplina il procedimento per la presentazione della proposta di transazione fiscale ed il rilascio dell'eventuale assenso*

*che deve essere espresso dagli organi competenti entro il termine di trenta giorni dalla presentazione della proposta”.*

Ciò posto, con l’art. 182-ter il legislatore ha finalmente coniato una disposizione normativa che, in applicazione del principio di buon andamento e imparzialità della Pubblica amministrazione (di cui all’art. 97 Cost.), consente espressamente a quest’ultima di derogare al principio di indisponibilità (più precisamente) del credito tributario e, quindi, di accettare un pagamento parziale dello stesso con liberazione del debitore per la parte del credito rimasta insoddisfatta.

Per questa ragione l’art. 182-ter L. fall. fu tacciato di incostituzionalità da chi attribuiva al principio di indisponibilità del credito tributario rango costituzionale, che non avrebbe quindi potuto essere derogato da un provvedimento normativo di rango ordinario. La nuova disposizione fu invece accolta benevolmente da chi, pur attribuendo fonte costituzionale al citato principio, riteneva la norma perfettamente legittima, in quanto contemperava il suddetto principio con quello, di pari rango, sancito dal citato art. 97 Cost. nonché, chiaramente, a chi non attribuiva un rango costituzionale al principio di indisponibilità del credito tributario.

Sotto il primo profilo, in particolare, l’art. 182-ter è stato ritenuto non in contrasto con i principi costituzionali di capacità contributiva, riserva di legge e uguaglianza nel consentire all’Amministrazione finanziaria di negoziare i termini dell’assolvimento del credito tributario, dovendosi nettamente distinguere l’insorgenza del credito tributario (ovverosia dell’imposta) dalla fase della sua riscossione. A questa conclusione giungono:

a) sia la dottrina che non ravvisa l’esercizio di un potere discrezionale quando *“la decurtazione opera in relazione alla funzione prettamente soddisfattoria propria dell’attività di riscossione, ed a seguito del necessario compromesso tra fiscalità e regole concorsuali, in conseguenza della*

*impossibilità della piena soddisfazione di tutti i creditori per lo stato di crisi in cui versa l'imprenditore - contribuente";*

b) sia la dottrina secondo cui il potere/dovere conferito all'Amministrazione finanziaria di trattare le proposte di transazione fiscale, di accettarle o respingerle, comporta valutazioni dai contorni indefiniti (quali il giudizio circa la probabilità di riscuotere le imposte in base al grado di solvibilità futura del contribuente), che nulla avrebbero a che vedere con il concetto di "discrezionalità amministrativa" (che investe il bilanciamento di interessi pubblici con quelli privati), né con quello di "discrezionalità tecnica" (che concerne l'applicazione di norme tecniche circa la determinazione del tributo o la sua riscossione), talché "la decisione da assumere ai sensi dell'art. 182-ter è ascrivibile, sul piano logico, all'indisponibilità rovesciata perché, se c'è 'stato di crisi', la previsione sull'effettivo incasso futuro del tributo è sempre una questione "controvertibile all'infinito" e deve essere adottata secondo il criterio del "male minore"<sup>6</sup> in considerazione della situazione di obiettiva incertezza che la caratterizza;

c) sia, infine, la dottrina che rinviene nel suddetto potere/dovere profili di discrezionalità (tuttavia non indeterminati), quando, ai sensi dell'art. 182-ter, "l'Amministrazione sia chiamata ad effettuare una complessa serie di valutazioni, tra cui la comparazione del risultato ottenibile all'esito della transazione con il minor gettito che deriverebbe dal fallimento dell'impresa", pervenendo, in ossequio del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., "ad una ricostruzione il più oggettiva possibile della dimensione qualitativa e quantitativa del presupposto onde garantire il giusto riparto". Quest'ultimo orientamento osserva, in particolare, come

---

<sup>6</sup> Così M. Versiglioni, il quale annovera nel ramo dei casi controvertibili all'infinito la scelta dell'Agenzia delle Entrate di accettare o rigettare la proposta di transazione fiscale e, perciò, utilizza l'espressione "indisponibilità rovesciata", in quanto in tale ramo a dover essere ricercati non sarebbero gli spazi di discrezionalità dell'agire amministrativo, bensì all'opposto gli eventuali vincoli ad esso imposti.

nell'esercizio di detto potere discrezionale l'Amministrazione finanziaria debba "effettuare un contemperamento tra il primario interesse pubblico alla puntuale applicazione del tributo e altri interessi extrafiscali, quali, ad esempio, l'occupazione o la convenienza dell'esercizio dell'impresa (...) onde adottare delle soluzioni che, pur nel rispetto dei principi di legalità e riserva di legge, tutelino, seppur in misura minore, un interesse erariale che con tutta evidenza non sarebbe in toto soddisfabile" in considerazione dello stato di crisi del contribuente. D'altro canto, la quantificazione partecipata del tributo in sede di transazione fiscale, in conseguenza delle valutazioni effettuate e del bilanciamento degli interessi in gioco, garantendo una maggiore certezza del pagamento del debito tributario (ancorché in misura parziale), costituisce espressione "non solo di ragionevole riparto del carico, ma anche di eguaglianza e giustizia tributaria".

A questo riguardo appare opportuno considerare anche quanto affermato dall'Agenzia delle Entrate con la circolare 26 aprile 2010, n. 20/E: "in presenza di situazioni di crisi aziendale, sia prodromiche alla dichiarazione di fallimento sia evidenziate in una proposta di concordato preventivo, lo strumento transattivo può infatti rivelarsi decisivo per garantire l'effettivo introito di somme dovute all'erario in misura certamente superiore (ed in tempi ovviamente ben più rapidi) rispetto a quanto potrebbe avvenire con le ordinarie modalità di riscossione, in caso di fallimento del contribuente".

Ne discende, in ogni caso, che all'Amministrazione finanziaria è attribuito il potere di consentire - attraverso l'adesione alla proposta formulata dal debitore - la riduzione di crediti tributari precedentemente sorti, purché ciò sia necessario per conseguire il miglior recupero degli stessi, in considerazione della situazione di crisi finanziaria in cui si trova il contribuente-debitore. A ben vedere non si tratta, quindi di una vera e propria discrezionalità, ma di una "discrezionalità vincolata" o, come già si è rilevato, di una "discrezionalità controllata", da cui deriva, a seconda del

contenuto della proposta di transazione e dello stato del contribuente che la formula, non un libertà di scelta, ma l'obbligo dell'Amministrazione finanziaria di respingere tale proposta, quando essa non è conveniente, e di accettarla quando invece lo è. Nel disporre ciò il Fisco deve attenersi ai principi all'uopo stabiliti dall'art. 182-ter L. fall. (come si illustrerà meglio nel secondo e terzo capitolo), i quali ne vincolano e ne giustificano le determinazioni.

Atteso che tale possibilità, in quanto unicamente prevista da una norma in deroga al suddetto principio (di rango costituzionale oppure ordinario), potrebbe essere ammessa soltanto entro i limiti previsti dalla stessa disposizione derogante (ovvero l'art. 182-ter), una delle questioni più controverse è stata (fino alle modifiche introdotte dal 1° gennaio 2017) quella riguardante l'obbligatorietà del ricorso all'istituto della transazione fiscale per ottenere la riduzione del debito tributario con il "consenso" del Fisco nell'ambito della procedura concordataria (su questo tema e sulla soluzione cui è pervenuta la Corte di cassazione si avrà modo di tornare ampiamente nel secondo capitolo).

Il richiamo al contratto di transazione di matrice civilistica emerge, altresì, dalla procedura inizialmente prevista dal legislatore per il perfezionamento della transazione fiscale sia in sede di concordato preventivo, sia in sede di accordi di ristrutturazione dei debiti, prevedendosi la presentazione di una proposta di accordo da parte dell'impresa debitrice ai rispettivi organi dell'Amministrazione finanziaria, la sua valutazione da parte degli stessi e l'eventuale prestazione del consenso, da cui scaturiva il c.d. consolidamento del debito fiscale (affrontato più avanti)<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> A decorrere dal 1° gennaio 2017 la procedura è stata oggetto di sensibili modifiche, per effetto delle quali sono sostanzialmente venuti meno i contorni transattivi della proposta di transazione fiscale presentata nell'ambito del concordato preventivo, nonché la stessa locuzione di "transazione fiscale" nella rubrica dell'art. 182-ter.

#### **4. Le finalità dell'istituto**

L'istituto della transazione fiscale è stato introdotto allo scopo di perseguire il recupero dei crediti tributari, previdenziali e assicurativi nelle misure, nelle forme e con le modalità che consentono il miglior soddisfacimento degli enti creditori e, al tempo stesso, di scongiurare, per quanto possibile, la disgregazione dell'organizzazione produttiva dell'impresa debitrice e la perdita di posti di lavoro, favorendo la rimozione dello stato di crisi dell'impresa nell'ambito della procedura di concordato preventivo o degli accordi ristrutturazione omologati ai sensi dell'art. 182-bis L. fall.<sup>8</sup>

È pertanto del tutto naturale che la transazione fiscale possa riguardare non solo i tributi già iscritti a ruolo, ma anche quelli per i quali l'iscrizione a ruolo non ha ancora avuto luogo, dovuti o meno sulla base delle dichiarazioni fiscali presentate, ovvero le imposte, le sanzioni e gli interessi discendenti da avvisi di accertamento, da avvisi di liquidazione e da atti di recupero (impugnati o meno dinanzi agli organi giudiziari), come quelle risultanti da altri atti impositivi, da atti di irrogazione di sanzioni e anche da processi verbali di constatazione. In altri termini, nell'ambito della transazione fiscale si può "negoziare" anche in ordine alle maggiori imposte, sanzioni e interessi che non rappresentano ancora un debito certo verso l'Erario, ma un debito tributario semplicemente "presunto", una mera pretesa impositiva da parte dell'Amministrazione finanziaria, non riconosciuta giuridicamente o contestata giudizialmente, o che rappresentano una pretesa ancora eventuale o in corso di formazione (quali sono le somme recate da un processo verbale di contestazione), la quale acquisisce certezza ed effettività solo a seguito della positiva conclusione della transazione (ovverosia con l'accettazione della proposta

---

<sup>8</sup> Anteriormente al 1° gennaio 2017, la transazione fiscale perseguiva un'ulteriore finalità, ovvero la quantificazione certa dei debiti di natura fiscale (c.d. consolidamento).

da parte dell'Amministrazione finanziaria e con la definitività del decreto di omologazione del concordato o dell'accordo di ristrutturazione).

In tal senso si era subito espressa la Corte di cassazione con le citate sentenze n. 22391 e n. 22932 del 2011, rilevando che, in sede di predisposizione della proposta di transazione fiscale, il (presunto) debitore d'imposta può rappresentare all'Erario i motivi per i quali ritiene indebita la pretesa impositiva, indicando conseguentemente quella che ritiene essere la corretta quantificazione dei tributi oggetto di contestazione (o, comunque, l'importo delle imposte dovute su cui potrebbe essere raggiunta un'intesa).

Invero, forse proprio questo profilo consentirebbe di giustificare l'utilizzo del termine "transazione" ancora adesso, costituendo l'istituto anche un ulteriore strumento giuridico per la definizione di controversie - già radicate o soltanto potenziali - concernenti i tributi per i quali l'Amministrazione finanziaria ha esercitato il proprio potere di accertamento e rettifica ovvero è in possesso di dati, informazioni ed elementi per esercitare tale potere, sebbene i suoi atti non abbiano ancora assunto carattere di definitività, perché sono stati impugnati dal contribuente oppure perché non sono ancora decorsi i termini per la loro impugnazione. Tant'è che ormai da oltre un ventennio il legislatore ha (re)introdotto l'istituto **dell'accertamento con adesione**, quale strumento di definizione, avente funzione "compositiva", concordata dell'imponibile e dell'imposta al fine di estinguere una lite tributaria ancora allo stato potenziale, affiancandolo allo strumento deflattivo della **conciliazione giudiziale**, simile al primo ma differente sotto il profilo temporale in quanto in quest'ultima fattispecie la lite non è più potenziale ma è già sfociata dinanzi al giudice tributario. Entrambi gli strumenti deflativi del contenzioso, infatti, attengono alla fase dell'accertamento del tributo (nell'an e/o nel *quantum*), e non alla fase della riscossione dello stesso, la cui regolamentazione continua ad essere rimessa alla legge. Pertanto, in relazione ai maggiori tributi richiesti e non ancora definiti la

transazione fiscale svolge (anche) la medesima finalità degli istituti deflattivi del contenzioso tributario, quali l'accertamento con adesione, la conciliazione giudiziale, la "definizione delle liti fiscali potenziali" prevista dall'art. 15 della Legge n. 289 del 27 dicembre 2002 (definita dalla Corte costituzionale, con l'ordinanza 1° aprile 2009, n. 109, come *"un accordo tra un (presunto) debitore d'imposta e lo Stato, al fine di produrre un gettito tributario certo ed immediato, sia pur ridotto rispetto alla pretesa originaria, e di eliminare un contenzioso gravoso, protratto nel tempo e di esito incerto"*, in quanto consente anche di negoziare e definire l'an e il quantum della pretesa impositiva").

## 5. Il presupposto soggettivo

Sotto il profilo soggettivo, mentre la transazione sui ruoli poteva riguardare anche soggetti non fallibili, l'art. 182-ter contempla soltanto le imprese in stato di crisi ammessi alla procedura di concordato preventivo o facenti ricorso all'istituto dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis L.fall. alla transazione fiscale possono quindi ricorrere unicamente le persone (fisiche o giuridiche) assoggettabili al fallimento. Vengono dunque esclusi da tale procedura i soggetti che non superano le soglie previste dall'art. 1 L. fall. (piccoli imprenditori) e gli istituti di credito, le imprese di assicurazione nonché le grandi imprese in stato di insolvenza per le quali è prevista una procedura "straordinaria" di riassetto dalla Legge 8 luglio 1999, n. 270 (AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA)<sup>9</sup>.

È tuttavia interessante ed opportuno precisare come l'art. **23, comma 43, del D.L. n. 98 del 6 luglio 2011** ha ampliato l'ambito soggettivo,

---

<sup>9</sup> L'opzione legislativa di escludere dalla transazione fiscale le imprese in amministrazione straordinaria, discriminandole rispetto a quelle in concordato preventivo o aderenti agli accordi di ristrutturazione dei debiti, è stata tacciata di illegittimità costituzionale, specie in considerazione delle particolari garanzie assicurate da detta procedura.

estendendo la possibilità di accedere alla transazione fiscale - anche agli imprenditori agricoli in stato di crisi o di insolvenza; la ratio di tale disposizione è quella di volere evitare che l'esclusione dal fallimento per detti soggetti possa tramutarsi in una sorta di penalizzazione, quale sarebbe l'impossibilità di utilizzare la transazione fiscale per uscire dallo stato di crisi<sup>10</sup>.

Rimangono pertanto esclusi dall'istituto della transazione fiscale in particolare i "piccoli imprenditori", i professionisti e i soggetti insolventi privi della qualifica di imprenditori (si tratta dei c.d. insolventi civili). La legittimità costituzionale della norma sul punto è stata messa in dubbio, attesa la discriminazione che viene a determinarsi tra contribuenti (imprenditori e non imprenditori) e che continua a persistere anche a seguito della disciplina riguardante la c.d. crisi da sovra-indebitamento di cui al D.L. 22 dicembre 2011, n. 212 e alla successiva L. 27 gennaio 2012, n. 3. Tuttavia proprio l'esistenza di previsioni legislative "alternative" consente di propendere per la ragionevolezza di una tale discriminazione, sembrando rientrare nella discrezionalità del legislatore la possibilità di concedere "vie d'uscita" differenti per soggetti che presentano caratteristiche differenti<sup>11</sup>.

Per altro verso occorre evidenziare che, mentre a norma dell'art. 5 L. fall. l'insolvenza "*si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*", lo "stato di crisi" è rimasto privo di una definizione puntuale nell'ambito della Legge fallimentare (almeno fino all'emanazione

---

<sup>10</sup> La transazione fiscale è attivabile da parte degli imprenditori agricoli solo nell'ambito degli accordi di ristrutturazione del debito, continuando essi a restare esclusi dalla procedura concordataria.

<sup>11</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla L. 27 gennaio 2012 n. 3 sul sovraindebitamento recentemente modificata dalla Legge 18 dicembre 2020 n.176.

del D.Lgs. 12 gennaio 2019 n.14 che entrerà in vigore il 01.01.2021<sup>12</sup>, talché a colmare la lacuna normativa hanno provveduto la dottrina e la giurisprudenza, identificandolo sostanzialmente con la *"condizione di momentaneo squilibrio che compromette l'assetto economico, finanziario e patrimoniale dell'impresa, talvolta superabile mediante un adeguato piano di risanamento"*<sup>13</sup>. Quale condizione "in divenire", esso viene quindi associato al rischio o pericolo di insolvenza o, meglio, alla probabilità che questa si manifesti in futuro, quale pronosticabile in forza dei sintomi di squilibrio (patologici o meno) riscontrabili nello svolgimento dell'attività economica da parte dell'impresa, ovvero "in una situazione di 'tensione finanziaria' tale da preludere il rischio di insolvenza". In questo senso lo stato di crisi viene spesso identificato come uno "stato di insolvenza non irreversibile", proprio per distinguerla dall'insolvenza propriamente detta (ovverosia quella irreversibile).

Al riguardo va rammentato che inizialmente il presupposto per l'accesso alla procedura di concordato preventivo coincideva con il presupposto della dichiarazione di fallimento, ovverosia lo stato di insolvenza; solo con l'entrata in vigore dell'art. 2 del D.L. 14 marzo 2005, n. 35, è stato previsto che il presupposto per la presentazione della domanda di concordato preventivo è lo stato di crisi. Poiché - alla luce di quanto sopra riferito - normalmente lo stato di crisi precede lo stato di insolvenza, per confutare il dubbio che l'accesso alla procedura concordataria potesse ritenersi precluso per l'impresa versante già in uno stato di insolvenza, con l'art. 36 del D.L. 30 dicembre 2005, n. 273 è stata inserita, nel comma 2 (ora comma 3) dell'art. 160 L. fall., la norma di interpretazione autentica secondo cui "per stato di crisi si intende anche lo stato di

---

<sup>12</sup> D.LGS. 14 gennaio 2019, n.14, art.2, comma 1, lett. a): per "stato di crisi" si intende lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate.

<sup>13</sup> In un'ottica aziendalistica è stato evidenziato come lo stato di crisi possa originare da molteplici cause, quali la sovracapacità produttiva, l'inefficienza tecnica ed organizzativa, il decadimento dei prodotti realizzati, la carenza di pianificazione, l'eccessivo ricorso all'indebitamento.

insolvenza". La medesima regola vale per il ricorso agli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis.

Ne discende che, sempre sotto il profilo soggettivo, presupposto imprescindibile per l'accesso alla transazione fiscale è la sussistenza di uno stato di crisi ovvero della incapacità del debitore di adempiere regolarmente e tempestivamente alle proprie obbligazioni, indipendentemente dal fatto che tale incapacità si sia o non si sia ancora tradotta in uno stato d'insolvenza e sia o non sia divenuta irreversibile. Da qui il motivo per cui il ricorso a tale istituto è ammesso solo se si accompagna alla presentazione della domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo o alla sottoscrizione di un accordo di ristrutturazione, il cui presupposto è appunto lo stato di crisi, più o meno grave.

Non si rinvengono dunque differenze tra i requisiti soggettivi richiesti per ricorrere alla transazione fiscale nell'ambito del concordato preventivo e quelli richiesti per ricorrervi in relazione ad accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis.

Invero, secondo una prassi (peraltro) un po' datata dell'Agenzia delle Entrate la transazione fiscale dovrebbe essere preferibilmente invocata, quanto meno nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, solo in presenza di uno stato di crisi reversibile e potrebbe essere attivata solo in presenza della dimostrata capacità dell'impresa di riacquistare redditività attraverso la pianificazione di interventi di natura economica e finanziaria. Alla luce di quanto sopra riferito, tuttavia, tale posizione non appare conforme né alla lettera (che richiede appunto lo stato di crisi, che può essere più o meno ampia) né alla ratio della norma. Infatti, se la crisi è reversibile, l'istituto assolve certamente al meglio la propria funzione, che - come si è detto - è quella di consentire il più efficace ricupero del credito erariale e di preservare l'attività del debitore, con tutti i vantaggi che ne derivano in termini generali; tuttavia la sua utilizzabilità non è impedita

dalla sussistenza di uno stato d'insolvenza irreversibile, posto che anche in presenza di tale situazione il recupero dei crediti tributari deve comunque avere luogo - ed è bene che sia effettuato nel modo più conveniente per il Fisco - e pure l'attività esercitata dal debitore insolvente può proseguire, seppure in forma indiretta, attraverso il subentro in essa di un altro soggetto. Tant'è che non sono state escluse proposte di transazione fiscale formulate da imprese in liquidazione che versavano in un conclamato e irreversibile stato di insolvenza, pur richiedendo esse alcuni accorgimenti, quali, ad esempio, quello di evitare forme e tempi di pagamento non compatibili con il loro stato.

## **6. Presupposto oggettivo**

Nel novero dei tributi oggetto della transazione fiscale rientrano sia i crediti erariali aventi natura chirografaria, anche se non iscritti a ruolo (primo periodo del comma 1 dell'art. 182-ter), sia quelli assistiti da privilegio (secondo periodo del comma 1 dell'art. 182-ter).

L'estensione ai crediti tributari privilegiati discende, dopo che alla medesima conclusione si era peraltro pervenuti in via interpretativa anche sotto la vigenza della previgente norma, dalla riformulazione dell'art. 160 L. fall. recata dal Decreto correttivo n. 169/2007. Al riguardo appare opportuno rammentare che:

- *il comma 2 dell'art. 160 L. fall., che ha ammesso in generale la possibilità di soddisfare in misura parziale i crediti privilegiati (a condizione che il piano concordatario ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione), fu inserito nella Legge fallimentare dall'art. 12, comma 2, del D.Lgs. n. 169/2007, a decorrere dal 1° gennaio 2008;*
- *la disciplina della transazione fiscale, che sin dall'originaria formulazione prevedeva la possibilità di soddisfare in misura parziale - nell'ambito del*

*concordato preventivo - i crediti erariali privilegiati, era stata introdotta già a decorrere dal 16 luglio 2006 (dal D.Lgs. n. 5/2006), vale a dire prima che tale possibilità fosse estesa alla generalità dei crediti privilegiati.*

Pertanto, la previsione dell'art. 182-ter, comma 1, ha costituito, fino al 1° gennaio 2008, una disposizione di carattere eccezionale, giacché prima della sua introduzione il pagamento parziale dei creditori privilegiati non era affatto consentito. Ad onor del vero, la formulazione della norma, fino al 31 dicembre 2016, non deponeva in maniera chiara in tal senso, in quanto il primo periodo del comma 1 testualmente prevedeva il pagamento parziale "limitatamente alla quota di debito avente natura chirografaria". Anche grazie all'interpretazione fornita dall'Agenzia delle Entrate nella circolare n. 40/E/2008<sup>14</sup>, dopo alcune perplessità iniziali<sup>15</sup>, è stata considerata del tutto pacifica la possibilità di proporre il pagamento parziale relativamente ai crediti tributari privilegiati, in quanto espressamente prevista dal secondo periodo.

Ancora, l'utilizzo della locuzione "credito tributario assistito da privilegio" sembrava letteralmente escludere i crediti assistiti da ipoteca o pegno, ovvero sia quelli muniti di una causa legittima di prelazione diversa dal privilegio speciale o generale, senonché ciò avrebbe implicato una evidente alterazione dell'ordine delle cause di prelazione priva di qualsiasi motivazione logica nonché un chiaro contrasto con la ratio dell'istituto in commento. La succitata locuzione è stata, dunque, correttamente intesa in senso atecnico, intendendosi per tali tutti i crediti tributari muniti di diritto di prelazione, a prescindere dal fatto che esso discenda direttamente dalla legge, dal contratto o dall'iscrizione nei pubblici registri immobiliari.

---

<sup>14</sup> Cfr. circolare n. 40/E 2008

<sup>15</sup> Si veda in particolare V. Zanichelli, "Transazione fiscale e pagamento in percentuale dei crediti privilegiati nel concordato preventivo: più dubbi che certezze".

La transazione fiscale attiene, peraltro, solo ai tributi amministrati dall'Agazia delle Entrate e dall'Agazia delle Dogane, a prescindere dalla tipologia del gettito che si origina dal tributo. Nel campo di applicazione della transazione fiscale, dunque, rientrano l'IRES, l'IVA, l'IRPEF, anche relativamente ai debiti discendenti dal mancato versamento delle relative ritenute, le imposte indirette quali l'imposta di registro, le imposte ipotecarie e catastali, e anche l'IRAP e le addizionali IRPEF, in quanto amministrate dall'Agazia delle Entrate, nonché le imposte sostitutive dei tributi ammessi.

Ne restano in genere esclusi i tributi locali (quali IMU, TASI, TARI, TOSAP, imposta di soggiorno, ecc.), in quanto la fase di accertamento e riscossione è amministrata direttamente dagli enti locali (e non dalle agenzie fiscali). Tale scelta, così come quella di escludere (sotto il profilo soggettivo) i soggetti diversi dagli imprenditori fallibili, sembra rispondere anch'essa a profili di ragionevolezza, avendo il legislatore deciso di adottare misure diverse in funzione delle particolari caratteristiche degli enti locali e degli enti che amministrano i tributi locali, la cui gestione - per convenzione (anziché per legge) - potrebbe essere da questi comunque demandata alle Agazia fiscali. Questa impostazione può perciò condurre ad esiti diversi, a seconda che l'amministrazione del tributo locale sia stata affidata a una agazia fiscale o meno dall'ente impositore. In senso favorevole all'applicabilità della transazione fiscale ai tributi locali, la cui gestione è demandata - in base ad apposita convenzione - alle agenzie fiscali, si sono in particolare espressi il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili e la Fondazione Nazionale dei Commercialisti. Tuttavia, dalla loro esclusione dall'ambito oggettivo di applicazione della transazione fiscale discende unicamente l'inapplicabilità agli stessi della disciplina prevista dalla norma testé citata.

Nel campo di applicazione della transazione fiscale rientrano anche l'imposta di bollo, le tasse di concessione governativa, la tassa di

circolazione delle autovetture, l'imposta sugli intrattenimenti, così come le imposte già cessate quali INVIM, IRPEG, ILOR (qualora ancora dovute).

La proposta di transazione fiscale può concernere altresì gli accessori relativi al tributo, dovendosi qui intendere per tali non solo gli interessi e le indennità di mora maturati, ma anche le sanzioni amministrative irrogate a seguito di violazioni tributarie. Al riguardo, l'art. 32, comma 37, del D.L. n. 98/2011 ha modificato gli artt. 2749 e 2752 c.c., estendendo il privilegio alle sanzioni e agli interessi dovuti per l'anno in corso alla data dell'esecuzione e per quelli dell'anno precedente.

Da ultimo, non rientrano nel campo di applicazione dell'art. 182-ter le entrate pubbliche di natura extratributaria, quali i diritti amministrativi, mentre è dubbia la sorte dei canoni demaniali, stante la loro natura controversa (da verificare necessariamente caso per caso) e in ragione del fatto che sono amministrati dall'Agenzia del Demanio.

## **CAPITOLO 2: EVOLUZIONE NORMATIVA DELL'ISTITUTO**

**Sommario:** **1.** Brevi cenni storici **2.** Le questioni controverse *ante* Legge 232/2016 **2.1.** La natura facoltativa od obbligatoria della transazione fiscale **2.2.** La presunta infalciabilità "assoluta" dell'IVA e delle ritenute alla fonte **2.3.** Il consolidamento del debito fiscale e la cessazione della materia del contendere.

### **1. Brevi cenni storici**

Come si è rappresentato nel primo capitolo, la transazione fiscale è stata introdotta con il D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, tramite l'inserimento nella Legge fallimentare dell'art. 182-ter, che nella sua versione originaria ne prevedeva l'applicazione solo nell'ambito del concordato preventivo, escludendola espressamente per gli accordi di ristrutturazione dei debiti omologati ai sensi dell'art. 182-bis; l'estensione a tali accordi e la relativa regolamentazione furono infatti previste solo in virtù delle modifiche recate dal D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, cui si deve altresì la riformulazione dell'art. 160 e la conseguente ammissione della generale possibilità di soddisfare in misura parziale i crediti privilegiati nella procedura concordataria, sebbene durante la vigenza della prima versione della norma il pagamento parziale dei tributi amministrati dalle agenzie fiscali e dei relativi accessori fosse stato già ammesso anche per quelli assistiti da privilegio (oltre che per la quota di debito avente natura chirografaria).

Nella versione originaria dell'art. 182-ter si prevedeva altresì che la soddisfazione parziale non avrebbe potuto riguardare i tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea. Tuttavia, era molto dibattuta l'appartenenza dell'IVA alla categoria dei "tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea". In proposito era stato obiettato che la "quota di richiamo IVA", che ciascuno degli Stati membri è tenuto a versare ogni

anno all'Unione Europea, si computava applicando l'aliquota standard dello 0,5% a una base imponibile IVA virtuale e armonizzata, determinata in modo uniforme e secondo regole comunitarie, corrispondente al 50% del Prodotto Interno Lordo di ciascuno di essi, senza alcuna correlazione diretta con l'IVA introitata né con l'ammontare complessivo delle operazioni effettuate nel proprio territorio. In tal senso deponeva anche la risoluzione 29 marzo 2007 adottata dal Parlamento Europeo, che identificava l'IVA incassata da ciascuno Stato membro come parametro di contribuzione, ovverosia quale mera "base matematica per il calcolo dei contributi nazionali". Il comma 1 dell'art. 182-ter fu quindi modificato dal D.L. 29 novembre 2008, n. 185 attraverso l'inserimento della previsione secondo cui, "con riguardo all'imposta sul valore aggiunto, la proposta può prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento". In sostanza, il legislatore, senza entrare direttamente nel merito della natura dell'imposta e, soprattutto, sulla riconducibilità della stessa tra le "risorse proprie dell'Unione Europea", stabilì un divieto di infalciabilità dell'imposta sul valore aggiunto, della quale, dunque, la proposta di transazione fiscale doveva proporre la soddisfazione integrale, potendosene prevedere unicamente la dilazione di pagamento.

Con il successivo D.L. 30 maggio 2010, n. 78 il divieto di infalciabilità fu esteso alle ritenute alla fonte operate e non versate: riguardava quindi non tutti i debiti discendenti dal mancato versamento di ritenute, ma solo quelli che conseguivano all'effettuazione delle ritenute e al loro mancato versamento, e non anche le obbligazioni che sorgevano nel caso in cui non fossero state versate ritenute non operate.

La predetta infalciabilità era da ricondurre, come per l'IVA, soprattutto al fatto che si trattava di importi relativamente ai quali l'impresa debitrice svolge il ruolo di esattore, omettendo di versare somme spettanti ad altri soggetti cui non sono state corrisposte; si tratta perciò di un debito per il cui pagamento l'impresa debitrice ha ricevuto la provvista necessaria dal

“sostituito”, il mancato soddisfacimento del quale non sarebbe giustificato nemmeno da uno stato di crisi finanziaria, dal che l’esclusione della sua falcidiabilità. Come evidenziato dall’Agenzia delle Entrate, “si tratta, invero, di somme che attengono non all’imprenditore (sostituto d’imposta), il quale può trattenerle al solo scopo di riversarle allo Stato, ma al lavoratore dipendente (sostituito), che può utilizzarle in detrazione”.

Non erano invece soggetti all’infalciabilità i debiti discendenti dal mancato versamento di ritenute non operate. In questa ipotesi, infatti, l’impresa debitrice non omette di versare una somma di cui aveva acquisito la provvista attraverso l’effettuazione della ritenuta a carico di altri soggetti. Inoltre, in situazioni patologiche caratterizzate dalla mancata esecuzione e dal mancato versamento - da parte del “sostituto” - delle ritenute applicabili secondo la legge a carico del “sostituito”, insorge una solidarietà tra “sostituto” e “sostituito”<sup>16</sup>, in forza della quale anche quest’ultimo assume la veste di debitore dell’Erario.

Per un certo periodo di tempo (e precisamente dal 31 maggio 2010 al 31 dicembre 2016) la formulazione dell’art. 182-ter non è stata interessata da modifiche normative. Tuttavia, è proprio in detto lasso temporale che si sono registrate le più importanti e decisive pronunce da parte della Suprema Corte di cassazione, della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia UE in ordine all’interpretazione delle disposizioni regolanti l’istituto della transazione fiscale e della loro legittimità sia rispetto alla Costituzione italiana sia rispetto ai dettami dell’Unione Europea. I chiarimenti forniti dalla giurisprudenza in merito hanno quindi condotto il legislatore a rivedere profondamente l’istituto, attraverso la sostanziale rivisitazione del testo dell’art. 182-ter recata dalla Legge 11 dicembre 2016, n. 232, con la quale, da una parte, si è preso atto dei punti fermi

---

<sup>16</sup> Si veda al riguardo l’art. 35 del D.P.R. 602/1973, ai sensi del quale quando il sostituto viene iscritto a ruolo per imposte, sovrattasse e interessi relativi a redditi sui quali non ha effettuato né le ritenute a titolo d’imposta né i relativi versamenti, il sostituto è coobbligato in solido.

posti da dette pronunce e, dall'altra, sono state adottate le contromisure ritenute necessarie.

Infine, l'impianto normativo contenuto nell'art. 182-ter in vigore dal 1° gennaio 2017, seppur con qualche modifica, è stato sostanzialmente mantenuto anche a seguito della riforma del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, nonostante lo "sdoppiamento" della disciplina e alcune importanti innovazioni di cui dirà più avanti. La regolamentazione della transazione fiscale negli accordi di ristrutturazione dei debiti, infatti, è stata trasfusa in una specifica disposizione, rappresentata dall'art. 63, anziché essere contenuta nella stessa norma avente ad oggetto la transazione fiscale nel concordato preventivo (rappresentata dall'art. 88).

## **2. Le questioni controverse ante Legge 232/2016**

Abbiamo nel paragrafo precedente specificato come la disciplina o meglio, le lacune e problematiche di natura interpretativa inerenti l'istituto della transazione fiscale vennero in qualche modo sanate e superate in via legislativa a decorrere dal 1 gennaio 2017 attraverso la modifica dell'art.182-ter. Prima di continuare nel seguito della trattazione, è, dunque, interessante e doveroso richiamare quegli aspetti, quelle questioni controverse che furono oggetto di ampio dibattito e discussioni all'interno delle varie dottrine giurisprudenziali; fra queste ricordiamo sicuramente l'interrogativo sulla natura della transazione fiscale (obbligatoria o facoltativa ?) nell'ambito del concordato preventivo, cui era strettamente connessa la questione che ruotava attorno all'infalciabilità assoluta dell'IVA in caso di mancato ricorso (qualora ritenuto ammissibile) a tale istituto. Altresì discusse furono l'interpretazione giuridica di *consolidamento del debito fiscale* (poi soppressa con la Legge 232/2016) e, la previsione riguardante la cessazione delle liti fiscali pendenti di quei tributi oggetto di transazione fiscale. Seguirà un'analisi esauriente di come i dubbi interpretativi legati a queste problematiche vennero superati.

## **2.1 La natura facoltativa od obbligatoria della transazione fiscale**

La natura della transazione fiscale è stato oggetto di ampio dibattito giurisprudenziale in quanto il debitore-contribuente che avesse promosso istanza di adesione all'istituto del concordato preventivo, ben avrebbe potuto inserire all'interno del piano concordatario l'espressa previsione di falcidia e dilazione dei debiti tributari prevedendo il pagamento parziale di quest'ultimo pur non presentando la proposta di transazione fiscale, evitando così i vincoli previsti dall'art. 182-ter (*in primis* quello relativo all'infalciabilità dell'IVA).

In merito alla natura dell'istituto l'Agenzia delle Entrate (seppur inizialmente) espresse parere favorevole all'OBBLIGATORietà della transazione fiscale attraverso la circolare 28 aprile 2008, n.40/E, secondo cui, per l'effetto del principio dell'indisponibilità del credito tributario, senza espressa previsione di una vera e propria proposta di transazione fiscale al di fuori del piano concordatario sarebbe stato necessario procedere al pagamento integrale dei debiti erariali secondo le scadenze prescritte dalla legge. In altri termini l'Agenzia delle Entrate specificò come la falcidia e il dilazionamento dei debiti tributari fossero ammessi solamente tramite la presentazione di transazione fiscale (fermo restando l'accettazione) e, dunque, in sostanza ritenne inammissibile né tanto meno omologabile un piano concordatario che prevedeva la falcidia e la dilazione dei debiti erariali in assenza di transazione fiscale.

La posizione dell'Agenzia delle Entrate fu invero inizialmente condivisa da alcuni Tribunali, secondo cui l'art. 182-ter costituiva una norma imperativa contenente regole speciali, che andavano ad integrare le norme ordinarie sul trattamento dei creditori garantiti e dei creditori

chirografari stabilite dall'art. 160, comma 2, della Legge fallimentare<sup>17</sup>. Il proponente non avrebbe potuto, dunque, decidere di articolare la propria domanda senza l'osservanza di tali norme speciali, poiché una simile condotta avrebbe dato luogo ad una violazione di legge. Conseguentemente, secondo questi giudici, sarebbe stata inammissibile la proposta di concordato preventivo contenente il pagamento in percentuale (anziché per intero) del credito IVA, in palese violazione dell'art. 182-ter.

Tuttavia, una diversa corrente di pensiero aveva giudicato, invece, del tutto incoerente un assetto normativo che, da un lato, attribuiva al credito erariale relativo all'IVA un privilegio di grado poco elevato<sup>18</sup> e, dall'altro, predisponeva una corsia preferenziale per il suo soddisfacimento; anche perché, in caso di fallimento, il credito IVA sarebbe risultato comunque soddisfatto (in presenza di incapienza dell'attivo, come normalmente accadeva e tuttora accade) solo parzialmente, posto che avrebbe dovuto essere pagato nel rispetto dell'ordine dei privilegi previsto dall'art. 2778 c.c. Sarebbe stata dunque asistemica una norma che, in un complesso normativo siffatto, avesse previsto il soddisfacimento integrale del credito erariale in maniera antergata rispetto a crediti assistiti da un grado di privilegio superiore.

Nel presupposto che il divieto di alterazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione costituisse requisito essenziale e inderogabile per l'ammissibilità di una proposta di concordato contenente il

---

<sup>17</sup> Cfr. Trib. Roma, 16 dicembre 2009; Trib. Monza, 23 dicembre 2009; Trib. Piacenza, 1° luglio 2008, secondo cui *"il mancato rispetto nella proposta di transazione fiscale della lettera della norma, nella parte in cui prevede il pagamento parziale dei crediti erariali per cui la transazione non è possibile, rende – in definitiva – inammissibile l'intera proposta di concordato"*

<sup>18</sup> Il credito dello Stato per IVA, pene pecuniarie e soprattasse gode del privilegio previsto dall'art. 2752, comma 3, c.c. ed è collocato al grado 19° ai sensi dell'art. 2778 c.c.

pagamento non integrale dei creditori privilegiati, altri Tribunali avevano ritenuto ammissibile la proposta concordataria che prevedeva la falcidia dell'IVA (nonostante il diverso disposto dell'art. 182-ter). Del resto, se così non fosse stato, il piano concordatario avrebbe dovuto necessariamente assumere anche il pagamento integrale di tutti i crediti anteposti al credito IVA nell'ordine dei privilegi (ovverosia quasi tutti i crediti privilegiati), finendo per svuotare di contenuto il disposto del comma 2 dell'art. 160 L. fall., introdotto, invece, proprio al fine di incentivare il ricorso al concordato preventivo e, soprattutto, scontrandosi in genere con la situazione dell'impresa debitrice che intendeva accedere a un istituto concorsuale, che è tale da non consentire il suddetto pagamento integrale. I medesimi giudici, quindi, conclusero per la non obbligatorietà della presentazione della transazione fiscale, anche in presenza di crediti erariali per i quali la proposta concordataria prevedeva un pagamento parziale.

Infatti, l'art. 182-ter, mediante l'utilizzo del termine "può" anziché "deve", non avrebbe imposto il ricorso alla proposta di transazione fiscale, lasciando al debitore di valutare se e come presentarla, alla luce degli ulteriori effetti positivi che sarebbero potuti derivare dall'accettazione della stessa da parte degli Uffici finanziari (costituiti dal "consolidamento" della pretesa impositiva e dalla non rettificabilità della stessa). Pertanto, l'omologazione della proposta di concordato preventivo non sarebbe stata in alcun modo subordinata all'assenso dell'Amministrazione finanziaria, ben potendo essere raggiunta la maggioranza prescritta dall'art. 177 della Legge fallimentare anche in caso di dissenso da parte del Fisco (cui andava ovviamente comunque attribuito il diritto di voto in presenza di un piano concordatario che prevedesse il pagamento parziale dei crediti erariali, a prescindere dalla presentazione o meno della proposta di transazione fiscale). In definitiva, la succitata giurisprudenza di merito ritenne legittima la proposta di concordato preventivo contenente la falcidia anche dei

crediti tributari non falciabili a norma dell'art. 182-ter, se ed in quanto non accompagnata dalla proposta di transazione fiscale, rinunciando il debitore ab origine ai benefici (evidentemente minori) che sarebbero discesi dalla sua conclusione. In dottrina, a favore della non obbligatorietà della proposta di transazione fiscale e della specialità delle disposizioni contenute nell'art. 182-ter (cui andava attribuita natura derogatoria al generale principio di graduazione dei crediti fissato dall'art. 160, comma 2, L. fall. in caso di ricorso a tale istituto), si espresse, in particolare, il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, con il documento "Osservazioni in tema di transazione fiscale" emanato nell'aprile 2010.

La conferma definitiva circa la facoltatività della transazione fiscale proviene dalle famose sentenze "gemelle" della Corte di cassazione n. 22931 e 22932 del 4 novembre 2011, a cui si allineerà anche l'Agenzia delle Entrate attraverso la circolare 19/E del 2015 superando così l'iniziale parere favorevole all'obbligatorietà dell'istituto espressa tramite la circolare 40/E del 2008. Infatti, l'Agenzia delle Entrate, al paragrafo 2.4, cita espressamente le suddette sentenze specificando come l'ammissibilità del concordato preventivo sia totalmente indipendente dalla presentazione di proposta di transazione fiscale. Se questo è invero da una parte, dall'altra è chiaro che l'eventuale adesione alla proposta di transazione fiscale avrebbe portato al debitore dei specifici benefici: la Cassazione infatti rilevò come il ricorso a tale istituto costituiva una mera facoltà per il debitore, il quale, in caso di esito positivo, avrebbe goduto del vantaggio derivante sia dalla cristallizzazione (ergo, "consolidamento") del debito tributario, sia dalla contestuale cessazione delle eventuali liti pendenti davanti all'Autorità giudiziaria. In questo modo, il debitore sarebbe stato in grado di attribuire maggiore trasparenza e certezza alla propria proposta concordataria, aumentando le probabilità di ottenere il consenso da parte della maggioranza dei creditori (oltre che dello

stesso Fisco). Nel diverso caso in cui il debitore avesse invece ritenuto di non optare per la presentazione della proposta transattiva, non avrebbe conseguito i suddetti benefici, ma, sempre che il consenso dell'Amministrazione finanziaria non fosse stato decisivo ai fini del raggiungimento della maggioranza, avrebbe potuto comunque aspirare all'omologazione della propria domanda (e all'ottenimento della eventuale falcidia della generalità dei crediti tributari), nonostante il voto contrario o il mancato esercizio del voto da parte dell'Agenzia delle Entrate (che non sarebbe stato in alcun modo pregiudicato dalla mancata presentazione della proposta transattiva). Secondo i giudici di legittimità, la non obbligatorietà della transazione fiscale sarebbe discesa direttamente dall'accertata irrilevanza dell'assenso dell'Agenzia alla proposta concordataria ai fini del raggiungimento della maggioranza dei voti e dell'omologazione del concordato, poiché il consenso del Fisco non sarebbe stato indispensabile per l'omologazione di una proposta concordataria contenente la riduzione o la dilazione dei crediti erariali in virtù del chiaro disposto dell'art. 184 L. fall., a norma del quale "il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura di concordato". Poiché tale norma non individua disposizioni particolari per i crediti vantati dall'Amministrazione finanziaria, non avrebbe avuto senso far votare quest'ultima unitamente a tutti gli altri creditori se il legislatore avesse inteso attribuire al voto del Fisco, a priori, un peso determinante sull'esito del concordato.

L'eventuale riconoscimento di un diritto di veto all'Agenzia delle Entrate avrebbe reso molto più complesso l'accesso alla procedura, poiché avrebbe costretto il debitore ad accettare in toto le pretese erariali per dare corso alla transazione fiscale, in contrasto con lo spirito della riforma delle procedure concorsuali e, in particolare, della disciplina del concordato preventivo (inoltre, di fronte alla presentazione della proposta transattiva l'Amministrazione finanziaria sarebbe potuta

restare del tutto inerte e inadempiente, ma ciò non avrebbe comportato l'interruzione del procedimento né sarebbe stato di ostacolo all'omologazione del concordato in presenza del raggiungimento della maggioranza).

In definitiva, non essendo il voto erariale dirimente per l'esito positivo della procedura, non vi sarebbe stato motivo per ritenere sussistente l'obbligo, in capo al debitore, di attivare ab origine l'istituto della transazione fiscale e allungare così inutilmente i tempi della procedura, anche quando sussisteva la consapevolezza che non sarebbe stato raggiunto alcun accordo con il Fisco. I giudici di legittimità conclusero, quindi, che, in caso di omologazione del concordato (sussistendo gli altri presupposti), il Fisco sarebbe stato tenuto ad accettare l'esito del procedimento come ogni altro creditore, anche in relazione all'eventuale falcidia di crediti tributari (fermo restando che, in tale ipotesi, non si sarebbero prodotti i sopra indicati effetti derivanti dalla positiva conclusione della transazione fiscale). Né a questa conclusione ostava il principio di indisponibilità del credito tributario, cui non va attribuita rilevanza costituzionale ed "esiste nella misura in cui la legge non vi deroghi", come dimostrato dalle norme che determinano una rinuncia o una limitazione all'attività di accertamento in capo all'Amministrazione finanziaria.

## **2.2 La presunta "infalciabilità" assoluta dell'IVA e delle ritenute alla fonte**

Come dianzi riferito, l'affermazione della natura facoltativa dell'istituto aveva lo scopo di evitare - tramite la presentazione di una proposta concordataria non assistita da transazione fiscale - di sottostare ai vincoli imposti dall'art. 182-ter, comma 1, che escludeva la possibilità di soddisfare in misura parziale i "tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea" (sulla cui nozione ci si è soffermati nel primo capitolo), l'IVA e le ritenute alla fonte operate e non versate. Pertanto, di

fronte alla conferma della sua facoltatività e, dunque, della ammissibilità di una proposta concordataria non accompagnata dalla proposta di transazione fiscale che prevedesse il pagamento parziale dei crediti tributari (presente nella prima parte delle due sentenze "gemelle") ci si sarebbe aspettati una pronuncia a favore della non operatività in tale ipotesi delle disposizioni contenute nell'art. 182-ter, in quanto applicabili unicamente in caso di ricorso alla transazione fiscale. Nella seconda parte delle suddette sentenze la Corte di cassazione aveva invece stabilito che il piano concordatario, anche se presentato senza transazione fiscale, non avrebbe tuttavia potuto prevedere il soddisfacimento parziale del credito IVA.

I giudici di legittimità hanno fondato questa conclusione su vari argomenti, tra cui la necessità di non contravvenire ai vincoli imposti dall'Unione Europea, che vietano allo Stato membro di disporre una rinuncia generale, indiscriminata e preventiva al diritto dell'Amministrazione finanziaria di procedere ad accertamento e verifica. A giudizio della Corte di cassazione, infatti, il divieto di soddisfacimento parziale dell'IVA imposto dall'art. 182-ter L. fall. costituirebbe diretta espressione di principi di matrice europea e, in quanto tale, sarebbe applicabile anche nel caso di concordato preventivo non accompagnato dalla proposta transattiva. Questo indirizzo è stato inizialmente ribadito da successive pronunce.

Tuttavia, se fosse stato corretto attribuire natura sostanziale, e non solo processuale, all'art. 182-ter L. fall., nel prevedere il pagamento integrale dell'IVA, essa avrebbe dovuto trovare applicazione anche in caso di fallimento e di esecuzione individuale, mentre così non era. Ciò induceva a ritenere che la disposizione in parola avesse esclusiva natura processuale e che quindi esplicasse i propri effetti solo nel caso in cui lo speciale procedimento della transazione fiscale fosse stato adottato sulla base di una libera scelta, atteso il suo pacifico carattere facoltativo, e non anche quando la definizione dei rapporti debitori con

il Fisco fosse stata proposta dall'impresa debitrice attraverso l'offerta concordataria in assenza di transazione fiscale.

Per un motivo analogo non apparve convincente la tesi della Corte di cassazione secondo cui, in base a una sorta di principio di omogeneità di trattamento dei crediti erariali, non sarebbe stato credibile che il legislatore avesse inteso lasciare il debitore discrezionalmente libero di decidere se assoggettarsi all'onere dell'intero pagamento dell'IVA (tramite il ricorso alla transazione fiscale), oppure di avvalersi della possibilità di proporre un pagamento parziale mediante il concordato non assistito da transazione fiscale. Infatti, come detto, un tale divieto non sussiste in caso di fallimento, né di concordato fallimentare. In queste ultime ipotesi, pertanto, la definizione dei rapporti con l'Amministrazione finanziaria avrebbe potuto avere luogo in base a criteri di determinazione del quantum da corrisponderle meno onerosi per il debitore, risultando così smentita l'esistenza di un principio di omogeneità di trattamento dei crediti erariali, indipendentemente dalla procedura di regolamento del debito utilizzata. Anzi, la eventuale sussistenza di un tale principio, posto che nel fallimento il credito erariale di cui trattasi è pacificamente falcidiabile, avrebbe dovuto condurre a una conclusione opposta, nel senso che da tale omogeneità sarebbe dovuta necessariamente discendere la tangibilità del credito de quo nel concordato preventivo, così come nel fallimento.

Inoltre, se era vero che, facendo ricorso all'istituto della transazione fiscale, l'impresa debitrice, a fronte dell'obbligo di pagare integralmente i debiti di cui trattasi, poteva conseguire il vantaggio del consolidamento del debito fiscale e della estinzione delle liti fiscali pendenti, mentre tale vantaggio non veniva realizzato nel fallimento e nel concordato fallimentare, era altrettanto vero che vantaggi diversi dovevano necessariamente derivare dal sostenimento di oneri diversi e viceversa: sarebbe in effetti stato assai illogico che nel concordato

senza transazione fiscale l'impresa debitrice si fosse vista costretta a soddisfare integralmente i debiti in parola, così come nel concordato con transazione fiscale, pur senza fruire dei vantaggi di cui avrebbe potuto giovare in quest'ultimo caso. Le pronunce della Corte di cassazione, sulla facoltatività della transazione fiscale e sull'obbligatorietà dell'integrale pagamento dei crediti per IVA, erano dunque apparse anche contraddittorie, posto che non avrebbe avuto senso attribuire al debitore la facoltà di formulare una proposta concordataria con o senza transazione fiscale, se, a fronte dei medesimi oneri discendenti da tali due diverse soluzioni, i vantaggi producibili in capo al debitore fossero stati sussistenti solo in un caso (quello del concordato con transazione) e non anche nell'altro (quello del concordato senza transazione).

Sotto altro profilo, poiché il comma 2, ultimo periodo, dell'art. 160, L. fall., disponeva (come tuttora dispone) che il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione, in assenza della possibilità di soddisfare solo parzialmente tali crediti l'impresa debitrice sarebbe stata tenuta a pagare integralmente non solo questi ultimi ma, in virtù della citata disposizione, anche tutti i crediti assistiti da privilegio di grado anteriore (cioè quasi tutti), sicché la possibilità di soddisfacimento parziale dei crediti privilegiati prevista dal medesimo articolo (comma 2, primo periodo) sarebbe risultata in pratica vanificata, rendendo così impossibile l'attuazione dei concordati. La Corte di cassazione, invero, nelle citate sentenze ritenne di superare l'ostacolo rappresentato da tale argomento - rispetto all'individuazione di un principio contrario all'intangibilità del credito IVA - escludendo che la necessità dell'integrale pagamento di tale imposta avrebbe comportato anche quella dell'integrale pagamento di tutti i crediti privilegiati di grado anteriore, poiché tale credito sarebbe stato assistito da una sorta di **"superprivilegio"**.

La ricostruzione elaborata dalla Corte di cassazione non consentiva comunque di evitare l'emersione di un contrasto tra il disposto dell'art. 182-ter, comma 1, L. fall., laddove prevedeva l'integrale pagamento del credito IVA, e quello dell'art. 160, comma 2, sopra citato, generando effetti distorsivi non meno rilevanti, che ne rivelavano la fallacità, rendendo del pari inattuabile un elevato numero di proposte di concordato. Infatti, proprio dalla natura "super privilegiata" dei crediti fiscali di cui trattasi sarebbe disceso che, nel non infrequente caso di insufficienza dell'attivo a soddisfare tutti i crediti privilegiati, la domanda di concordato avrebbe dovuto prevedere, innanzitutto, l'integrale pagamento del credito IVA e quindi il soddisfacimento parziale di quelli assistiti da privilegio di grado anteriore a quest'ultimo nei limiti della capienza dell'attivo. Ne sarebbe conseguita, però, la sostanziale inattuabilità di siffatta proposta di concordato, per i seguenti motivi:

- il comma 2, primo periodo, dell'art. 160, L. fall., stabiliva (come tuttora stabilisce) che la proposta di concordato può prevedere che "i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d)". Applicando la tesi della Corte di cassazione, nel caso di incapienza dell'attivo a soddisfare integralmente i crediti privilegiati, il presupposto della possibilità di pagamento parziale dei crediti privilegiati, richiesto da tale norma, non si sarebbe potuto verificare, perché, mediante la liquidazione fallimentare dell'impresa, nell'ambito della quale non ricorre l'obbligo di pagamento integrale del credito IVA, i creditori privilegiati anteriori al Fisco sarebbero stati soddisfatti in misura più

elevata di quella realizzabile in sede concordataria, grazie all'utilizzabilità delle risorse che nell'altra ipotesi sarebbero state destinate all'Erario in virtù del carattere "super privilegiato" del suo credito;

- una domanda di concordato siffatta sarebbe stata quindi non conveniente per i creditori privilegiati di grado anteriore a quello dell'Erario e il concordato non sarebbe stato omologabile.

Per evitare tale effetto e rendere la proposta di concordato ammissibile e omologabile, trovando applicazione il principio di intangibilità dei crediti di cui trattasi, sarebbe stato allora necessario prevedere il pagamento integrale non solo di IVA (e ritenute), ma anche dei crediti privilegiati di grado anteriore, seppure entro i limiti del valore di liquidazione dell'attivo, in base alla graduazione ordinaria prevista dalla legge. La Corte di cassazione, dunque, solo apparentemente era riuscita a superare il contrasto tra il disposto dell'ultimo periodo, del comma 2 dell'art. 160 L. fall., e quello dell'art. 182-ter sull'intangibilità dei crediti tributari per IVA (e ritenute alla fonte), poiché dalla ricostruzione che precede emergeva come l'(eventuale) obbligo di pagamento integrale di tali crediti avrebbe finito, comunque, per comportare il pagamento (almeno entro la capienza dell'attivo) anche di quasi tutti gli altri crediti privilegiati, con conseguente violazione (o implicita abrogazione) della menzionata disposizione dell'art. 160, L. fall., introdotta proprio allo scopo di agevolare la soluzione negoziale della crisi d'impresa.

Ne discende che l'unica lettura dell'art. 182-ter, L. fall., conforme alla ratio legis e all'esigenza di favorire il superamento delle crisi di impresa, appariva essere quella che limitava il campo di applicazione di detta norma ai casi in cui il concordato fosse stato assistito da transazione fiscale, escludendone la rilevanza con riguardo al concordato senza transazione fiscale

### **2.3 La posizione assunta dalla Corte di giustizia UE e i principi affermati**

Al fine di ottenere un definitivo chiarimento su tali aspetti, con l'ordinanza emessa il 30 ottobre 2014 il Tribunale di Udine sottopose quindi al vaglio della Corte di Giustizia UE, causa C-546/14, la questione relativa alla (asserita) incompatibilità tra i suddetti principi di matrice europea e una norma interna che consentisse di proporre, ammettere, approvare a maggioranza e poi omologare una proposta concordataria fondata sul soddisfacimento parziale dei crediti dello Stato per IVA. Segnatamente, la domanda di pronuncia pregiudiziale posta ai giudici europei richiese di stabilire se fosse realmente incompatibile con il diritto europeo una norma che consideri legittima una proposta di concordato preventivo contenente il pagamento parziale del credito dello Stato per l'IVA, attraverso la liquidazione del patrimonio del debitore, senza utilizzare lo strumento della transazione fiscale e con una soddisfazione del credito maggiore rispetto a quella derivante in caso di liquidazione fallimentare. Nel porre tale questione, il giudice rimettente evidenziò che:

- il divieto di proporre una soddisfazione parziale del debito IVA imposto dall'art. 182-ter avrebbe risposto, a giudizio della Corte di cassazione, all'esigenza di adeguare l'ordinamento interno alla normativa europea e, segnatamente, ai principi e alle norme contenuti nell'art. 4, paragrafo 3, del Trattato UE e nella Direttiva n. 2006/112/CE del Consiglio, così come interpretati dalla Corte di Giustizia UE (causa C-132/06 e causa C-174/07);

- il medesimo divieto avrebbe dovuto necessariamente ritenersi esteso (per i medesimi giudici) anche alla proposta concordataria non accompagnata da transazione fiscale, in considerazione della fonte da cui deriva, perciò non rilevando né il grado che l'ordinamento giuridico attribuisce ordinariamente a tale credito né il fatto che la liquidazione

fallimentare non sarebbe in grado di garantire la medesima soddisfazione offerta nel piano concordatario;

- un analogo vincolo concernente il debito IVA non era però contemplato per la procedura fallimentare né la sua sussistenza in tale ambito era stata sostenuta dai giudici di legittimità.

Con riguardo a tale domanda di pronuncia pregiudiziale, l'Avvocato Generale della Corte di Giustizia UE, Eleanor Sharpston, presentò il proprio parere il 14 gennaio 2016, evidenziando che:

a) ai sensi dell'art. 2, paragrafo 1, lett. b), della Decisione n. 2007/43 le risorse proprie dell'Unione comprendono, tra l'altro, le entrate provenienti dall'applicazione di un'aliquota uniforme (fissata dal successivo paragrafo 4 nella misura dello 0,30%), valida per tutti gli Stati membri, agli imponibili IVA armonizzati, determinati secondo regole comuni;

b) la Corte di Giustizia UE (causa C-617/10, causa C-539/09, causa C-500/10) ha conseguentemente statuito che sussiste un nesso diretto tra la riscossione del gettito dell'IVA nell'osservanza del diritto dell'Unione applicabile e la messa a disposizione del bilancio dell'Unione delle corrispondenti risorse IVA e, conseguentemente, "qualsiasi lacuna nella riscossione del primo determina potenzialmente una riduzione delle seconde";

c) le norme interne non possono generare differenze significative nel modo di trattare i contribuenti, dovendo la Direttiva IVA essere interpretata in conformità al principio di neutralità fiscale, in base al quale i soggetti passivi che effettuano le stesse operazioni non devono essere trattati diversamente in materia di riscossione del tributo;

d) il "condono tombale" disciplinato dall'art. 9 della Legge n. 289/2002 si era invece risolto in una rinuncia generale e indiscriminata all'accertamento delle operazioni imponibili effettuate nel corso di una

serie di periodi d'imposta, dando luogo a una sostanziale immunità dall'accertamento da parte delle autorità fiscali degli imponibili IVA non dichiarati, a fronte del pagamento di un importo compreso tra metà dell'importo successivamente dichiarato come dovuto e un ammontare di imposta puramente simbolico, alla stregua di una "quasi esenzione fiscale" da cui discese la sostanziale alterazione del principio di neutralità fiscale per via delle rilevanti differenze di trattamento tra i soggetti passivi sul territorio italiano;

e) le norme contenute nell'art. 3, comma 2-bis, del D.L. n. 40/2010 non erano state giudicate in contrasto con l'art. 4, paragrafo 3, del Trattato UE né con gli artt. 2 e 22 della sesta Direttiva, in quanto (i) avevano natura eccezionale e portata circoscritta (giacché unicamente riferite all'estinzione automatica dei procedimenti pendenti originati da un ricorso proposto in primo grado più di 10 anni prima e in relazione ai quali l'Amministrazione tributaria era risultata soccombente nei primi due gradi di giudizio), (ii) non comportavano un effetto discriminatorio tra soggetti passivi nel loro insieme e (iii) rispondevano all'esigenza di rispettare il principio del termine ragionevole di un giudizio. L'obbligo di garantire l'efficace riscossione delle risorse dell'Unione, infatti, non può essere inteso in senso assoluto, dovendo la sua concreta applicazione rispettare il principio da ultimo citato.

L'Avvocato Generale, quindi, con riferimento alla fattispecie concreta cui si riferisce la questione posta dal Tribunale di Udine, rilevò come i principi sopra indicati non impongano affatto agli Stati membri l'obbligo di accordare ai crediti per IVA un trattamento preferenziale su tutte le altre categorie di crediti al fine di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione, anche perché non vi sono norme di armonizzazione relative al rango dei crediti IVA. Il sistema comune dell'IVA, invece, consente agli Stati membri di mantenere una certa flessibilità in ordine alla riscossione dei crediti IVA nei casi (necessariamente specifici) in cui il soggetto passivo si trova in

stato di difficoltà finanziaria, sicché in tali circostanze “gli Stati membri devono essere liberi di ritenere che altre categorie di crediti (quali gli stipendi o i contributi previdenziali - o, nel caso di soggetti passivi singoli, gli alimenti) meritino una tutela maggiore”.

Inoltre, la soddisfazione parziale del credito IVA nell’ambito di una procedura di concordato persegue l’obiettivo di concedere ai soggetti passivi in difficoltà finanziaria una seconda opportunità (attraverso la ristrutturazione collettiva del loro debito) e, pertanto, non può essere qualificata come una rinuncia generale e indiscriminata al potere dell’Amministrazione finanziaria di ottenere il pagamento di tale credito, non pregiudicando così il principio di neutralità fiscale e non generando significative differenze nel trattamento dei soggetti passivi.

Sotto altro profilo, la soddisfazione parziale del credito per IVA nell’ambito della procedura di concordato preventivo sarebbe stata coerente con l’obbligo degli Stati membri di garantire l’effettiva riscossione delle risorse dell’Unione, in quanto comporta almeno tre livelli di salvaguardia a tutela di tale credito, nel senso che:

1) la proposta di concordato deve essere respinta se viene accertato il deliberato occultamento di una parte dell’attivo dal ricorrente;

2) la soddisfazione parziale di un credito IVA è possibile solo qualora un esperto indipendente attesti che l’Amministrazione tributaria non riceverebbe un trattamento migliore nel caso di fallimento, né “una disposizione di diritto nazionale può essere ritenuta incompatibile con l’obbligo di garantire l’effettiva riscossione delle risorse dell’Unione semplicemente perché sceglie un mezzo, piuttosto che un altro, per ottenere la massima riscossione possibile” (nessuno ha del resto mai ipotizzato una falcidia del credito IVA in presenza di un attivo capiente);

3) la domanda di accesso alla procedura concordataria è soggetta al voto di tutti i creditori (compreso lo Stato), rispetto ai quali la proposta

non prevede un pagamento integrale e immediato, con possibilità per quelli dissenzienti di presentare opposizione. Ove l'Amministrazione finanziaria non concordi con la proposta o con le stesse conclusioni dell'esperto indipendente, essa può esprimere voto contrario e adottare tutte le misure necessarie per garantire la riscossione dell'importo massimo del credito IVA.

Su queste basi l'Avvocato Generale era giunto alla conclusione di risolvere la questione pregiudiziale posta dal Tribunale di Udine nel senso che né l'art. 4, paragrafo 3, del Trattato UE, né la Direttiva n. 2006/12/CE adottata dal Consiglio il 28 novembre 2006, ostano a norme interne che consentano "ad un'impresa in difficoltà finanziaria di effettuare un concordato preventivo che comporta la liquidazione del suo patrimonio senza offrire il pagamento integrale dei crediti IVA dello Stato, a condizione che un esperto indipendente concluda che non si otterrebbe un pagamento maggiore di tale credito in caso di fallimento e che il concordato sia omologato dal giudice". L'Avvocato Generale aveva quindi condiviso le obiezioni mosse in dottrina e da alcuni Tribunali per confutare il rigido orientamento assunto sul punto dalla Corte di cassazione (e dall'Agenzia delle Entrate), evidenziando che, anche se l'IVA è da considerare tra le risorse proprie dell'UE, ciò non implica che l'incasso da parte dello Stato debba essere necessariamente pari all'imposta dovuta. Infatti, l'obbligo per ogni Stato membro di provvedere alla riscossione effettiva del tributo non può essere inteso in senso assoluto, dovendosi conciliare tale obbligo con il rispetto degli altri principi fondanti del diritto dell'Unione e potendosi verificare situazioni specifiche (come quella di trovarsi in uno stato di difficoltà finanziaria) in cui il recupero integrale dell'IVA è impossibile o ragionevolmente impraticabile, in relazione alle quali l'obbligo di procedere alla riscossione effettiva si traduce nell'obbligo di adottare le misure idonee ad assicurare il maggior gettito possibile per le casse erariali.

Le conclusioni dell'Avvocato Generale sono state pienamente condivise dalla Corte di Giustizia UE, la quale, con la sentenza 7 aprile 2016, causa C-546/14, ha dichiarato compatibile con il diritto dell'Unione Europea la falcidiabilità del credito IVA in sede di concordato preventivo, in quanto il sistema comune dell'IVA consente agli Stati membri di mantenere una certa flessibilità in ordine alla riscossione dei crediti IVA nei casi (necessariamente specifici) in cui il soggetto passivo si trova in stato di difficoltà finanziaria, poiché in tali circostanze "gli Stati membri devono essere liberi di ritenere che altre categorie di crediti (quali gli stipendi o i contributi previdenziali - o, nel caso di soggetti passivi singoli, gli alimenti) meritino una tutela maggiore". Inoltre, la soddisfazione parziale del credito IVA nell'ambito di una procedura di concordato persegue l'obiettivo di concedere ai soggetti passivi in difficoltà finanziaria una seconda opportunità (attraverso la ristrutturazione collettiva del loro debito) e, pertanto, non può essere qualificata come una rinuncia generale e indiscriminata al potere dell'Amministrazione finanziaria di ottenere il pagamento di tale credito, non pregiudicando così il principio di neutralità fiscale e non generando significative differenze nel trattamento dei soggetti passivi; né, come rilevato dall'Avvocato Generale, "una disposizione di diritto nazionale può essere ritenuta incompatibile con l'obbligo di garantire l'effettiva riscossione delle risorse dell'Unione semplicemente perché sceglie un mezzo, piuttosto che un altro, per ottenere la massima riscossione possibile". Infine, la soddisfazione parziale del credito per IVA nell'ambito della procedura di concordato preventivo sarebbe coerente con l'obbligo degli Stati membri di garantire l'effettiva riscossione delle risorse dell'Unione, in quanto comporta (almeno) la sussistenza dei tre livelli di salvaguardia a tutela di tale credito sopra descritti.

Su queste basi i giudici eurounionali hanno quindi sancito che né l'art. 4, paragrafo 3, del Trattato UE, né la Direttiva n. 2006/12/CE adottata dal Consiglio il 28 novembre 2006, ostano a norme interne che consentano

“ad un’impresa in difficoltà finanziaria di effettuare un concordato preventivo che comporta la liquidazione del suo patrimonio senza offrire il pagamento integrale dei crediti IVA dello Stato, a condizione che un esperto indipendente concluda che non si otterrebbe un pagamento maggiore di tale credito in caso di fallimento e che il concordato sia omologato dal giudice”.

#### **2.4. Il consolidamento del debito fiscale e la cessazione della materia del contendere**

In base all’assetto normativo vigente fino al 31 dicembre 2016, due degli effetti tipici del perfezionamento della transazione fiscale, a propria volta frutto della manifestazione del consenso da parte dell’Amministrazione finanziaria alla relativa proposta, erano, oltre a quelli costituiti dalla riduzione dei debiti e della dilazione di pagamento degli stessi:

##### **1) il consolidamento del debito fiscale (art. 182-ter, comma 2);**

Ascrivibile alla disposizione normativa così strutturata:

*"Ai fini della proposta di accordo sui crediti di natura fiscale, copia della domanda e della relativa documentazione, contestualmente al deposito presso il tribunale, deve essere presentata al competente concessionario del servizio nazionale della riscossione e all'ufficio competente sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del debitore, unitamente alla copia delle dichiarazioni fiscali per le quali non è pervenuto l'esito dei controlli automatici nonché delle dichiarazioni integrative relative al periodo fino alla data di presentazione della domanda, (al fine di consentire il consolidamento del debito fiscale). Il concessionario, non oltre trenta giorni dalla data della presentazione, deve trasmettere al debitore una certificazione attestante l'entità del debito iscritto a ruolo scaduto o sospeso. L'ufficio, nello stesso termine, deve procedere alla liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni e alla notifica dei relativi avvisi di irregolarità, unitamente a una certificazione attestante l'entità del debito derivante da atti di accertamento, ancorché non definitivi, per la parte non iscritta a ruolo, nonché*

*dai ruoli vistati, ma non ancora consegnati al concessionario. Dopo l'emissione del decreto di cui all'articolo 163, copia dell'avviso di irregolarità e delle certificazioni deve essere trasmessa al commissario giudiziale per gli adempimenti previsti dagli articoli 171, primo comma, e 172. In particolare, per i tributi amministrati dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli, l'ufficio competente a ricevere copia della domanda con la relativa documentazione prevista al primo periodo, nonché a rilasciare la certificazione di cui al terzo periodo, si identifica con l'ufficio che ha notificato al debitore gli atti di accertamento.*

**2) la cessazione della materia del contendere nelle liti riguardanti i tributi oggetto della transazione fiscale (art. 182-ter, comma 5);**

Derivante dal disposto normativo che così prevedeva:

*"la chiusura della procedura di concordato ai sensi dell'articolo 181, determina la cessazione della materia del contendere nelle liti aventi ad oggetto i tributi di cui al primo comma"*

Tant'è che, nell'ambito delle pronunce della Cassazione concernenti la natura facoltativa del ricorso alla transazione fiscale, quale strumento per conseguire la riduzione dei debiti tributari, i giudici di legittimità avevano più volte ribadito che il vantaggio derivante dal suo utilizzo era rappresentato dal "consolidamento del debito tributario" e dalla cessazione del contenzioso relativo ai tributi rientranti nell'art. 182-ter, quest'ultima espressamente prevista dal comma 5 del medesimo articolo nella formulazione vigente fino al 31 dicembre 2016.

Risultava però tutt'altro che pacifico il corretto significato da attribuire alla locuzione "consolidamento del debito fiscale", presente nel comma 2 dell'art. 182-ter previgente, restando in particolare controverso se il consolidamento comprendesse o meno il divieto, per l'Amministrazione finanziaria, di esercitare gli ordinari poteri di accertamento in ordine ai tributi oggetto della transazione fiscale, relativamente agli anni interessati dalla stessa.

Su tale tema la dottrina era divisa tra chi considerava preclusa unicamente l'attività liquidatoria dei tributi (ovverosia i controlli formali), restando intatti gli ordinari poteri di verifica e accertamento, e chi invece riteneva sussistere una inibizione "assoluta" (nei termini di seguito meglio precisati).

La prima tesi era sostenuta dalla dottrina che interpretava la locuzione "consolidamento del debito fiscale" in maniera strettamente collegata con il testo del comma 2 dell'art. 182-ter. La norma succitata, infatti, sarebbe stata esplicativa della volontà del legislatore di riferire gli effetti del consolidamento ai soli controlli automatici, ovverosia ai controlli formali disciplinati dagli artt. 36-bis e 36-ter del D.P.R. n. 600/1973 e dall'art. 54-bis del D.P.R. n. 633/1972. Pertanto, sia la documentazione richiesta al debitore, sia la certificazione del debito richiesta all'Amministrazione finanziaria, sarebbero state dirette a consentire solo l'esatta determinazione del debito erariale discendente dalla liquidazione dei dati dichiarati dallo stesso contribuente. In sostanza, l'attività delle parti sarebbe stata finalizzata unicamente a "fotografare" il debito erariale alla data di presentazione della proposta concordataria, in modo da certificare l'ammontare nella stessa indicato. Secondo questa corrente di pensiero (cui peraltro ha aderito l'Agenzia delle Entrate)<sup>19</sup>, la preclusione degli ordinari poteri accertativi sarebbe stata confutata:

- dall'assenza di una disposizione che in maniera esplicita inibisse tali poteri, in deroga alle regole ordinarie;

---

<sup>19</sup> Con la circolare 40/E 2008, l'Agenzia delle Entrate aveva evidenziato che *"la disciplina normativa non dispone la preclusione di ulteriore attività di controllo da parte dell'Amministrazione finanziaria in caso di transazione fiscale, per cui rimane inalterato l'esercizio dei poteri di controllo, con la conseguente determinazione di un debito tributario superiore rispetto a quello attestato nella certificazione rilasciata dal debitore o altrimenti individuato al termine della procedura di transazione fiscale, che l'Amministrazione potrà far valere nei confronti dello stesso contribuente che ha ottenuto l'omologazione del concordato nonché degli obbligati in via di regresso"*

- dalla presenza di un termine talmente breve (30 giorni dal deposito della proposta transattiva) da impedire di fatto lo svolgimento di un'effettiva e compiuta attività di controllo di merito;
- dall'oggettiva impossibilità per gli Uffici finanziari di conoscere e valutare gli eventi gestionali verificatisi nell'anno di presentazione della proposta di transazione fiscale, nonché di quelli accaduti nell'anno precedente (qualora non fosse stata ancora presentata la dichiarazione ad esso relativa);
- dall'effetto prettamente processuale derivante dal comma 5 dell'art. 182-ter, non riconducibile all'ordinaria attività di accertamento.

Questa tesi è stata in particolare propugnata dall'Agenzia delle Entrate (circolare n. 40/E/2008), secondo cui il perfezionamento della transazione fiscale e il consolidamento del debito fiscale non avrebbero impedito in alcun modo all'Amministrazione finanziaria, sussistendone le condizioni, di esercitare il potere di controllo e determinare un maggior debito tributario nei confronti del debitore (come accade per i periodi d'imposta per i quali non era stata ancora presentata alcuna dichiarazione, non essendo scaduti i relativi termini); ciò in quanto il consolidamento del debito fiscale a una certa data sarebbe stato unicamente funzionale a fornire un quadro complessivo e attendibile circa i debiti erariali.

La seconda tesi, invece, si fondava sostanzialmente sulla ratio dell'istituto, la cui funzione, nelle intenzioni del legislatore della riforma del 2006, doveva rinvenirsi nella definizione delle pretese erariali e, conseguentemente, nella definitiva quantificazione (o "cristallizzazione") dei debiti fiscali, al fine di favorire un esito positivo della procedura concordataria. Sarebbe stato infatti coerente con tale finalità interpretare la locuzione "consolidamento del debito fiscale" nel senso di precludere agli Uffici dell'Amministrazione finanziaria la possibilità di rettificare in aumento l'ammontare dei crediti erariali, una volta condivisi i termini della

proposta di transazione fiscale e, in particolare, l'ammontare del credito erariale ivi rappresentato. D'altra parte, essendo stato acclarato il carattere facoltativo (e non obbligatorio) del ricorso alla transazione fiscale nel concordato preventivo in presenza di debiti tributari, se si fosse ammessa la possibilità per il Fisco di mantenere inalterati i propri poteri accertativi in ordine ai tributi e agli anni d'imposta oggetto di transazione, sarebbero stati davvero circoscritti i benefici conseguibili in concreto dal debitore attraverso la formulazione della proposta di transazione fiscale. Questa conclusione, inoltre, sembrava trovare indiretta conferma nel disposto del comma 5 dell'art. 182-ter, che, quale norma di chiusura, si muoveva appunto nella direzione di "stabilizzare" in toto il debito fiscale, ponendolo al riparo da successive contestazioni<sup>20</sup>.

Il CNDCEC ("Osservazioni in tema di transazione fiscale", aprile 2010, pag. 7) dimostrò di condividere la tesi che attribuiva alla transazione fiscale la funzione di pervenire alla definitiva quantificazione dei debiti tributari, al fine di favorire l'esito positivo delle procedure concorsuali. Secondo il CNDCEC, *"l'espressione 'consolidamento del debito fiscale' sarebbe stata da interpretare come preclusiva per gli Uffici della possibilità di rettificare in aumento l'ammontare della pretesa una volta condivisi i termini della proposta transattiva e, in particolare, l'ammontare del credito tributario ivi concordato"*, ancorché limitatamente alle annualità oggetto della transazione fiscale.

In tal senso si erano espressi anche alcuni Tribunali di merito occupatisi di detta particolare questione, secondo cui l'effetto del "consolidamento del debito fiscale" andava inteso come impedimento per il Fisco di esercitare i propri poteri accertativi sui rapporti tributari oggetto di transazione fiscale,

---

<sup>20</sup> Ai sensi del previgente comma 5 dell'art. 182-ter, infatti, la definitiva chiusura della procedura di concordato preventivo, conseguente al passaggio in giudicato del decreto di omologa previsto dall'art.180 L.fall., determinava la cessazione della materia del contendere nelle liti riguardanti i tributi oggetto della transazione fiscale e non ancora definite, qualsiasi fosse il grado di giudizio in cui si trovavano.

quale incentivo all'utilizzo di detto istituto, in assenza del quale tali poteri sarebbero restati invece impregiudicati.

In particolare, la Commissione tributaria regionale della Lombardia - Sezione staccata di Brescia, con la sentenza n. 5485 del 21 ottobre 2014, era pervenuta a questa conclusione, osservando quanto segue: "qualora gli Uffici potessero 'mettere in discussione' i risultati concordati con la controparte privata, ponendo in essere una successiva attività accertativa, l'accordo transattivo perderebbe significativamente di efficacia, divenendo poco appetibile". Secondo i giudici lombardi, in sostanza, l'interpretazione più ragionevole della nozione di "consolidamento", o meglio l'unica che avrebbe consentito di evitare il depotenziamento della transazione, sarebbe stata quella che escludeva del tutto la possibilità di emanare, successivamente all'intervenuta omologazione del concordato, atti di imposizione a carico dell'istante, con la conseguente preclusione di ulteriori controlli di merito sui tributi oggetto della proposta di cui all'art. 182-ter.

A tali argomentazioni va aggiunto, per un verso, che risultava immediato e naturale collegare funzionalmente l'effetto del "consolidamento del debito fiscale" alla cessazione delle liti sancita dal comma 5, costituente l'altro effetto tipico che consegue al perfezionamento della transazione fiscale. Appariva infatti ragionevole ritenere che entrambi gli effetti convergessero nella stessa direzione, vale a dire "fotografare" il debito tributario maturato con certezza in un dato momento, anche sul piano processuale, in modo da assicurare la compiuta definizione delle pretese erariali e, dunque, la quantificazione certa dei debiti tributari.

In senso analogo si era infine espressa la Corte di cassazione con la sentenza 22 settembre 2016, n. 18561, secondo cui, una volta omologato il concordato preventivo assistito da transazione fiscale, il debitore avrebbe ottenuto la "cristallizzazione del debito tributario" e si sarebbero estinte tutte le liti fiscali pendenti per cessazione della materia del

contendere, dovendosi perciò "ritenere che l'Amministrazione finanziaria non possa emettere più atti impositivi nei confronti del contribuente in relazione ad obbligazioni tributarie precedenti al deposito della proposta di concordato".

La cristallizzazione dell'esposizione debitoria dell'impresa nei confronti del Fisco abbracciava - come detto - anche le eventuali controversie tributarie pendenti, qualsiasi fosse il grado di giudizio in cui si trovavano, ai sensi dell'abrogato comma 5 dell'art. 182-ter. Si trattava di una disposizione di carattere eccezionale nell'ambito della procedura del concordato preventivo, poiché tale effetto estintivo era previsto solo per le liti con l'Amministrazione finanziaria pendenti, mentre l'art. 176 L. fall. dispone l'ordinaria prosecuzione degli altri giudizi di cognizione. Questo particolare effetto della transazione fiscale (che costituiva un ulteriore elemento innovativo rispetto all'abrogato art. 3, comma 3, del D.L. n. 138/2002 in tema di "transazione dei ruoli") pareva rappresentare l'aspetto qualificante di tale istituto, poiché ne metteva in evidenza la natura - per l'appunto - transattiva, costituendo esso lo strumento giuridico per tacitare le pretese dell'Erario, da un lato, e far rinunciare il contribuente alla difesa in giudizio, dall'altro, in virtù della complessiva definizione del debito tributario discendente dalla transazione fiscale.

Il comma 5 dell'art. 182-ter non indicava la procedura da seguire per far valere la cessata materia del contendere. La tesi più convincente sul punto appariva essere quella che considerava necessario un apposito pronunciamento del giudice competente, dichiarante l'avvenuta estinzione del procedimento tributario, giusto il disposto dell'art. 46, comma 2, del D.Lgs. n. 546/1992.

Stante il testuale riferimento alle controversie pendenti in giudizio, non sembravano rientrare nell'ambito della disposizione in commento le procedure di esecuzione forzata eventualmente attivate dall'Amministrazione finanziaria prima della presentazione della domanda

di concordato preventivo, per le quali, tuttavia, opera comunque la sospensione disposta a titolo generale dall'art. 168 L. fall.; vi rientrano, invece, quelle aventi ad oggetto gli avvisi di accertamento o di liquidazione, gli atti di irrogazione di sanzioni, le cartelle di pagamento e, più in generale, gli atti impugnabili dinanzi alle Commissioni tributarie ai sensi dell'art. 19 del D.Lgs. n. 546/1992.

Il secondo dubbio concerneva l'ambito applicativo della cessazione, ovvero se essa riguardasse solo i procedimenti in corso indicati nella proposta transattiva oppure tutte le controversie riguardanti i tributi in astratto transigibili, vale a dire quelle relative alle tipologie di tributi ammessi alla transazione fiscale. A favore della prima tesi era stato rilevato che la possibilità per il debitore di scegliere le controversie da far cessare e, per converso, quelle da far proseguire avrebbe reso la transazione fiscale più appetibile, evitando di dovere forzatamente accettare le condizioni poste dall'Agenzia delle Entrate anche in relazione a pretese palesemente infondate. A favore della seconda tesi, invece, militavano sia la formulazione letterale del comma 5 (che faceva espresso richiamo alle "liti aventi ad oggetto i tributi di cui al comma 1", e non ai "tributi di cui alla proposta di transazione fiscale"), sia la ratio dell'art. 182-ter, che intendeva quantificare l'esposizione debitoria complessiva dell'impresa proponente, compresa la parte relativa alle pretese dell'Amministrazione finanziaria in attesa di definizione. Inoltre, nel corso del contraddittorio che solitamente precedeva la manifestazione del consenso o del rigetto da parte dell'Amministrazione fiscale, il debitore sarebbe stato in grado di far valere le proprie ragioni e, per converso, rappresentare agli Uffici i motivi della infondatezza o irragionevolezza della pretesa impositiva pendente in giudizio.

A questo secondo indirizzo ha aderito la Corte di cassazione con le sentenze n. 22931 e n. 22932 del 4 novembre 2011.

Ne discende che le liti, per cui si verificava la cessazione della materia del contendere, erano quelle relative ai tributi rientranti nel perimetro di applicazione della transazione fiscale, mentre proseguivano regolarmente il loro corso quelle inerenti i tributi non amministrati dalle agenzie fiscali e quelli costituenti risorse proprie dell'Unione Europea (sarebbero restate altresì immuni dall'effetto sancito dal comma 5 le controversie tributarie promosse dallo stesso contribuente, aventi ad oggetto il rimborso di tributi versati e non dovuti, in quanto non incidenti sul consolidamento del debito fiscale).

Benché il comma 5 dell'art. 182-ter facesse riferimento alle "liti", l'opinione diffusa (ripresa nelle succitate sentenze) era che, proprio in virtù della ratio della norma, oggetto della definizione fossero non solo le controversie giudiziarie già pendenti, ma anche quelle che si trovavano in uno stadio soltanto potenziale, come nel caso degli avvisi di accertamento per i quali non fossero ancora scaduti i termini di impugnazione. Infatti, se la chiusura della procedura determinava la cessazione delle liti pendenti, ciò implicava che un effetto analogo avrebbe dovuto riguardare anche le maggiori pretese erariali non ancora confluite in un atto impositivo o impugnate, potendo il debitore in tale sede cercare un'intesa con il Fisco formulando all'uopo una specifica proposta, la quale poteva consistere sia nella rideterminazione della pretesa impositiva alla luce delle ragioni esposte, sia nel prevedere direttamente lo stralcio di una parte dell'ammontare del credito tributario così determinato, in funzione delle risorse finanziarie disponibili.

Era altresì dubbio se l'omologazione del concordato preventivo fosse evento di per sé sufficiente per determinare la cessazione delle liti, oppure se fosse necessario l'assenso del Fisco alla proposta transattiva. In base ad un'interpretazione strettamente letterale, sembrava che la cessata materia del contendere fosse subordinata unicamente all'omologazione del concordato, anche in caso di rigetto della proposta di transazione fiscale

da parte dell'Amministrazione finanziaria. Tuttavia, la ratio dell'art. 182-ter e la finalità di quantificare in maniera definitiva il debito verso l'Amministrazione finanziaria (che la cessata materia del contendere intendeva perseguire) lasciavano presumere che, in caso di mancata accettazione della proposta transattiva, non si sarebbe potuto avere alcun consolidamento del debito fiscale, non essendo sufficiente al riguardo la volontà espressa dalla maggioranza dei creditori, e dunque nemmeno si sarebbe potuta produrre la cessazione delle liti tributarie pendenti. Quest'ultima era, peraltro, la posizione assunta dalla Corte di cassazione nell'ambito delle pronunce n. 22931 e n. 22932 del 2011. In caso di omologazione del concordato preventivo senza l'adesione dell'Amministrazione finanziaria alla proposta di transazione fiscale, dunque, l'omologa non avrebbe generato effetti sull'esistenza, sull'entità e sul rango dei crediti erariali oggetto di controversia, potendo il Fisco far valere i propri diritti attraverso un ordinario giudizio di cognizione.

Come sarà illustrato nel capitolo seguente, le modifiche apportate all'art. 182-ter attraverso l'art.1, comma 1, della legge 11 dicembre 2016 n.232, oltre ad introdurre l'obbligatorietà del procedimento, hanno nettamente reciso qualsiasi riferimento al "consolidamento del debito fiscale" e alla "cessazione della materia del contendere", imponendo così una sostanziale *metamorfosi* dell'istituto che, di fatto, ne riallinea gli effetti, più con qualche tutela in termini di trattamento a quelli che il concordato e l'accordo di ristrutturazione provocano nei confronti di tutti gli altri creditori.

Solo con le ulteriori modifiche introdotte negli artt. 180 e 182-bis dall'articolo 3, comma 1-bis, del D.L. 7 ottobre 2020, n. 125, la posizione dell'Erario e degli Enti Previdenziali tornerà ad essere sperequata rispetto agli altri creditori. Come vedremo tali modifiche consentono al Tribunale di procedere, in base ad una valutazione di maggior convenienza della

proposta del debitore rispetto all'alternativa liquidatoria, all'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, anche in caso di " mancanza di voto" o "mancanza di adesione" da parte dell'Amministrazione finanziaria o da parte degli Enti previdenziali e assistenziali obbligatorie, qual ora l'assenso di queste ultime sia necessario ai fini del perfezionamento della procedura compositiva.

## **CAPITOLO 3: LA TRANSAZIONE FISCALE NEL CONCORDATO PREVENTIVO**

**Sommario:** **1.** La disciplina post Legge n. 232/2016 **1.1.** Il trattamento dei crediti tributari ...**1.1.1.** Il divieto di trattamento deteriore dei crediti tributari privilegiati ...**1.1.2.** I presupposti per la falcidia dei crediti tributari privilegiati ...**1.1.3.** I crediti tributari chirografari per natura e quelli degradati al chirografo... **1.1.4.** I tributi inclusi e i tributi esclusi **2.** Gli aspetti procedurali **3.** La certificazione dei crediti erariali: contenuto e riferimenti temporali **4.** L'operatività della compensazione ai fini dell'adempimento degli obblighi discendenti dalla transazione fiscale **5.** Natura e utilizzo dei flussi di cassa nel concordato preventivo con continuità **6.** I creditori "strategici **7.** Il coordinamento con gli istituti deflativi del contenzioso **8.** La durata del piano di risanamento e la dilazione del pagamento dei debiti tributari **9.** La moratoria di pagamento nel concordato in continuità: limiti e diritto di voto **10.** Gli effetti della transazione fiscale sul potere di accertamento dell'Agenzia delle Entrate **11.** La sorte delle liti fiscali pendenti **12.** L'impugnabilità del rigetto della proposta

### **1. La disciplina post Legge n. 232/2016**

Alla luce di quanto rappresentato nei paragrafi precedenti, l'assetto normativo in vigore fino al 31 dicembre 2016, come emergente dall'interpretazione da ultimo fornita dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione con le sentenze 27 dicembre 2016, n. 26988, e 13 gennaio 2017, n. 760, prevedeva due forme di concordato preventivo, quella assistita dalla transazione fiscale e quella senza, restando al debitore la facoltà di scegliere a quale delle due fosse conveniente ricorrere, attesi i diversi effetti discendenti in un caso e nell'altro. La prima rappresentava una forma speciale di concordato preventivo, essendo la formulazione della proposta concordataria soggetta alle prescrizioni dell'art. 182-ter (e,

in particolare, alla regola dell'infalciabilità dell'IVA e delle ritenute alla fonte operate non versate), che consentiva al debitore di fruire del consolidamento del debito tributario e della cessazione delle liti fiscali pendenti, derivandone una maggiore affidabilità delle previsioni contenute nella proposta concordataria con riguardo alle percentuali di soddisfazione offerte ai creditori. La forma principale di concordato preventivo era invece quella non soggetta alle prescrizioni dell'art. 182-ter (in quanto non accompagnata da transazione fiscale), nell'ambito della quale era dunque ammissibile prevedere la soddisfazione parziale dell'IVA e delle ritenute<sup>21</sup>, senza però poter godere della compiuta definizione del rapporto pendente con l'erario.

Con la riformulazione dell'art. 182-ter derivante dall'entrata in vigore della Legge n. 232/2016, dal 1° gennaio 2017 il legislatore ha "abbandonato" la soluzione originaria di lasciare al debitore la scelta di avvalersi o meno dell'istituto della transazione fiscale. A decorrere da tale data, infatti, l'applicazione delle regole contenute nella norma testé citata non è più facoltativa, ma obbligatoria, ogniqualevolta il debitore intenda addivenire al pagamento dei suddetti crediti in maniera parziale e/o dilazionata. Segnatamente, nella particolare ipotesi in cui l'attivo dell'impresa ricorrente consente di soddisfare in maniera integrale tutti i debiti tributari e senza dilazioni, non sarebbe obbligatorio applicare le disposizioni contenute nell'art. 182-ter, alle quali è invece necessario far ricorso nel diverso caso in cui l'attivo risulti insufficiente per consentire il pagamento di detti debiti. Tuttavia, poiché la disposizione da ultimo citata regola anche il trattamento dei crediti tributari chirografari sin dall'origine (oltre a quelli privilegiati e a quelli che da privilegiati sono degradati a chirografari

---

<sup>21</sup> In relazione al regime vigente fino al 31 dicembre 2016, la soddisfazione parziale delle ritenute alla fonte operate e non versate è stata ammessa, nell'ambito del concordato preventivo non assistito da transazione fiscale, dalla Corte di cassazione con le sentenze 19 gennaio 2017, n. 1337, 12 marzo 2018, n.5906, e 11 marzo 2019, n.6922, non trovando applicazione per tale procedura le disposizioni contenute nell'art. 182-ter.

per incapienza dell'attivo), di fatto le prescrizioni in essa contenute finiscono per assumere rilevanza in ogni forma di concordato. Come evidenziato dall'Agenzia delle Entrate nell'ambito della circolare n. 16/E/2018, infatti, *"al fine di proporre il pagamento parziale o dilazionato dei debiti tributari, non sussiste più l'alternativa, descritta dalla giurisprudenza di legittimità con riguardo alla previgente disciplina, tra la procedura generale del concordato preventivo e quella speciale della transazione fiscale. Al debitore è, al contrario, riconosciuta un'unica possibilità, quella di specificare, nella proposta di concordato preventivo, il 'trattamento dei crediti tributari' che intende effettuare"*.

Come anticipato, il nuovo assetto normativo, oltre a prevedere l'osservanza obbligatoria delle disposizioni contenute nell'art. 182-ter in sede di concordato preventivo (nel senso testé precisato) e ad avere esteso la possibilità di soddisfazione parziale a tutti i crediti tributari (compresi quelli relativi all'IVA e alle ritenute alla fonte)<sup>22</sup>, ha visto l'eliminazione del riferimento al consolidamento del debito tributario e della cessazione delle liti pendenti, nonché la sostituzione della rubrica assegnata alla disposizione in commento, intitolata non più "Transazione fiscale", ma "Trattamento dei crediti tributari e contributivi". Dalla (parziale) riscrittura dell'art. 182-ter, quindi, sembra essere sostanzialmente venuta meno la natura negoziale della "proposta" di trattamento dei crediti tributari presentata nell'ambito del concordato preventivo ed evidenziata quella di sub-procedimento all'interno di tale procedura concorsuale, rimarcando che l'accettazione della proposta di trattamento da parte dell'Agenzia delle Entrate (formalizzata attraverso il voto nell'ambito dell'adunanza dei creditori) non è affatto vincolante per l'esito positivo della stessa, se non quando si rivela determinante in considerazione del peso del credito erariale ai fini della formazione delle

---

<sup>22</sup> In merito alla compatibilità tra la nuova norma e il principio di indisponibilità del tributo si veda quanto riferito nel primo capitolo.

maggioranze previste dall'art. 177 della Legge fallimentare<sup>23</sup>. In questo senso depone anche il testo del comma 3 dell'art. 182-ter, a norma del quale il voto dell'Agenzia deve essere espresso sulla "proposta concordataria" (e non sulla "proposta" di trattamento dei crediti tributari ex se). Infatti, anche il nuovo assetto normativo ha mantenuto valido il principio sancito sin dal 2011 dalla Corte di cassazione con riferimento alla procedura concordataria senza transazione fiscale, secondo cui, se il voto favorevole dell'Agenzia delle Entrate non risulta indispensabile per il raggiungimento della maggioranza prevista per l'omologazione della domanda di concordato, il voto negativo eventualmente espresso non condiziona le sorti del concordato preventivo, che può quindi essere ugualmente omologato (sussistendone i requisiti); tant'è che nell'art. 182-ter il riferimento alla formale accettazione della proposta (ovvero l'adesione alla stessa) è ora presente soltanto nel comma 5<sup>24</sup>, vale a dire con riguardo alla proposta presentata nell'ambito delle trattative che precedono la stipulazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis, in virtù del contenuto prettamente negoziale che ancora caratterizza tale istituto<sup>25</sup>.

Ciò nonostante la disciplina contenuta nell'art. 182-ter continua ad essere denominata dalla giurisprudenza, dalla dottrina e nella comune prassi con la locuzione di "transazione fiscale".

---

<sup>23</sup> Nell'assetto normativo previgente, invece, il consenso dell'Amministrazione finanziaria alla proposta di transazione fiscale era essenziale per il perfezionamento della stessa, pur non essendolo per l'approvazione del concordato con effetto anche sul trattamento dei crediti erariali, sempre che le maggioranze a tal fine fossero comunque raggiunte.

<sup>24</sup> Il riferimento testuale alla "transazione fiscale" potrebbe riflettere la natura bilaterale degli accordi di ristrutturazione dei debiti oppure potrebbe essere dovuto a un mero refuso, in cui sia la nuova denominazione conferita all'art. 182-ter sia la mancata riproduzione della disposizione sulla cessazione delle liti fiscali pendenti sarebbero riconducibili al perduto carattere transattivo dell'istituto.

<sup>25</sup> Con l'eliminazione di ogni elemento testuale che potesse far pensare alla natura negoziale e transattiva dell'istituto, il legislatore ha fatto chiaramente intendere che il trattamento dei crediti tributari è stato sottratto al negozio tra le parti per essere assoggettato al principio endofallimentare della oggettiva capienza dell'attivo del debitore.

Invero, sotto il profilo formale, la nuova struttura dell'art. 182-ter richiede la presentazione di una apposita "proposta" all'Agenzia delle Entrate, da presentare contestualmente al deposito presso il Tribunale della domanda concordataria (fatta comunque salva la possibilità di formularla all'interno di detta domanda)<sup>26</sup>. In altri termini, a differenza di quanto accade per tutti gli altri creditori, la proposta di soddisfare i crediti tributari in misura ridotta (e/o dilazionata) non deve essere presentata unicamente al Tribunale competente (mediante il deposito della relativa domanda ex artt. 160 e 161), ma va anche rivolta direttamente al creditore, ovvero sia l'Agenzia delle Entrate nonché all'agente della riscossione relativamente agli atti di riscossione, che sono di esclusiva competenza di quest'ultimo. Anche sotto questo profilo (oltre che in relazione alle specifiche regole concernenti il trattamento) è stato dunque previsto un regime speciale o differenziato per il creditore "Fisco" rispetto a tutti gli altri, che intende rispecchiare la medesima procedura dapprima richiesta per la transazione fiscale e che, rispetto al regime previgente, non è più facoltativo ma di fatto obbligatorio<sup>27</sup>. In base agli indirizzi operativi forniti dall'Agenzia delle Entrate, come si è anticipato, la proposta di soddisfare in misura parziale i crediti tributari può essere presentata (come generalmente accade) tramite un documento distinto e separato rispetto alla proposta concordataria oppure inserendola in un apposito paragrafo o capitolo di quest'ultima. Infatti, poiché la proposta di transazione fiscale costituisce ormai parte integrante dell'istanza di accesso alla procedura concordataria, non vi sarebbe motivo di imporre l'obbligo di presentare

---

<sup>26</sup> L'avverbio "contestualmente" non va interpretato "nello stesso istante", ma "in concomitanza", nel senso che il deposito della proposta deve essere connesso al deposito della domanda di ammissione alla procedura concordataria. In tal senso C. Attardi, "Transazione fiscale: questioni procedurali, effetti sui crediti e sulla tutela giurisdizionale".

<sup>27</sup> Il fatto che i crediti vantati dall'erario siano disciplinati da disposizioni ad hoc, con la previsione di obblighi procedurali particolari (non richiesti con riguardo agli altri creditori), conduce a considerare come "speciale" il trattamento ad essi riservato.

un'autonoma istanza avente ad oggetto soltanto il trattamento dei crediti erariali.

### **1.1. Il trattamento dei crediti tributari**

Dal tenore letterario dell'art. 182-ter, *"trattamento dei crediti tributari e contributivi"*, il comma 1 sancisce che . *"Con il piano di cui all'art. 160 il debitore, esclusivamente mediante proposta presentata ai sensi del presente articolo, può proporre il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e dei relativi accessori, se il piano ne prevede la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, indicato nella relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d). Se il credito tributario o contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori o meno vantaggiosi rispetto a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie; se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole. Nel caso in cui sia proposto il pagamento parziale di un credito tributario o contributivo privilegiato, la quota di credito degradata al chirografo deve essere inserita in un'apposita classe".*

È quindi consentita la falcidia sia dei crediti erariali chirografari (invero assai poco rilevanti), sia di quelli privilegiati. Tale falcidia è tuttavia

condizionata al rispetto di alcuni principi stabiliti dalla norma di legge, i principali dei quali sono costituiti:

- dal principio del divieto di trattamento deteriore dei crediti tributari rispetto a quelli di rango inferiore, il quale è peraltro diversamente declinato a seconda che si tratti di crediti privilegiati o chirografari;
- dal principio della limitazione della falcidiabilità dei crediti tributari, posto che questi devono essere comunque soddisfatti in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione dell'impresa, tenuto conto dell'ordine delle cause di prelazione.

Dal primo principio discende che ai crediti erariali chirografari non può essere applicato un trattamento differenziato rispetto a quello offerto agli altri creditori chirografari e deve essere riservato lo stesso trattamento previsto per i creditori chirografari cui è assicurato il trattamento più favorevole, nel caso di una loro suddivisione in classi.

Per quanto concerne i crediti privilegiati, è invece richiesta una previa "classificazione" del trattamento cui essi sono soggetti e quello cui sono soggetti tutti gli altri crediti privilegiati di grado inferiore, al fine di verificare che nella proposta di transazione fiscale (e quindi anche nella domanda concordataria) il trattamento dei crediti erariali privilegiati non risulti deteriore rispetto a quello riservato ai crediti privilegiati di rango inferiore e, a maggior ragione, a quello destinato ai crediti chirografari.

Il trattamento riservato ai crediti erariali privilegiati non può altresì risultare deteriore rispetto a quello riservato ad altri crediti caratterizzati da una posizione giuridica e da interessi economici omogenei ovvero sia sulla base degli stessi criteri di formazione delle classi prescritti dall'art. 160, comma 1, lett. c), L. fall.<sup>28</sup> .

Posto che, qualora non si rinvenivano crediti "omogenei", il trattamento di riferimento resta unicamente quello riservato agli altri crediti di rango inferiore, giova rilevare al riguardo che le disposizioni sopra citate sono interpretate come espressa deroga al divieto di alterazione della graduatoria dei privilegi (ovverosia dell'ordine delle cause di prelazione sancito dagli artt. 2777 e 2778 c.c.) da quella parte della dottrina sostenitrice della "tesi della priorità assoluta", secondo la quale, nell'ipotesi di pagamento parziale dei creditori privilegiati ex art. 160, comma 2, L. fall., non sarebbe legittimo dare luogo al pagamento di un creditore di grado successivo prima di avere integralmente soddisfatto quelli con collocazione precedente: in base a questo indirizzo, infatti, con il secondo periodo del comma 1 dell'art. 182-ter il legislatore avrebbe inteso ammettere il pagamento (parziale) di crediti assistiti da un grado di privilegio successivo a quello che assiste il credito tributario, nonostante il pagamento non integrale del credito tributario, a condizione tuttavia che il trattamento riservato a quest'ultimo non sia deteriore rispetto a quello offerto ai crediti privilegiati di grado successivo.

Da parte di chi aderisce alla "tesi della priorità relativa" la condizione imposta nel secondo periodo del comma 1 è invece vista come conferma, in caso di incapienza dell'attivo, della possibilità generale (che discenderebbe dal comma 2 dell'art. 160 L. fall.) di soddisfare un creditore di grado successivo anche senza avere integralmente soddisfatto quelli

---

<sup>28</sup> Con riferimento al "grado" dei crediti privilegiati, secondo il Tribunale di Piacenza (1° luglio 2008), ai fini dell'art. 182-ter, comma 1, sarebbero irrilevanti le disposizioni degli artt. 2777 e 2778 del Codice civile, giacché riferite all'"ordine" dei privilegi e non al "grado"; pertanto, secondo i suddetti giudici, i crediti tributari e quelli dei lavoratori dipendenti godrebbero del medesimo grado di privilegio (trattandosi in entrambi i casi di privilegio generale ex art. 2751-bis), non essendo possibile un'ulteriore classificazione - nell'ambito della transazione fiscale - oltre a quella tra privilegio di grado generale e privilegio di grado speciale. Secondo il Tribunale di Pavia (8 ottobre 2008) e quello di Mantova (30 ottobre 2008), invece, il diverso ordine di soddisfazione di determinati crediti, enunciato dall'art. 2777 ss. del Codice civile, determina una diversa collocazione preferenziale dei crediti con riferimento alla realizzazione coattiva, derivandone quantomeno una posizione giuridica non omogenea, sicché l'art. 182-ter può dirsi rispettato quando si prevede un pagamento differenziato dei crediti privilegiati in funzione dell'ordine di soddisfazione stabilito dal Codice civile.

con collocazione precedente, a patto che questi ricevano comunque un miglior soddisfacimento.

Ad ogni modo, in entrambi i casi il trattamento proposto al credito tributario (o previdenziale) privilegiato va confrontato con quello offerto ai crediti di diversa natura assistiti da un grado di privilegio che si collocano in una posizione posteriore secondo l'ordine dettato dagli artt. 2777 e 2778 c.c.

### ***1.1.1. Il divieto di trattamento deteriore dei crediti tributari***

Ciò posto, con riguardo al concordato preventivo, nell'ambito del quale il soddisfacimento dei creditori deve rispettare le cause di prelazione, la questione che si pone è se il suddetto confronto debba essere operato: (a) avendo riguardo alla soddisfazione proposta con riferimento all'intero ammontare dei crediti tributari, rispetto alla soddisfazione complessivamente offerta a ciascun creditore di grado posteriore, oppure, in presenza di una pluralità di crediti tributari privilegiati di ordine diverso e/o anche di crediti tributari chirografari (b) con riferimento a ciascuna singola componente del credito tributario (tributo, sanzione, interessi) ovvero (c) con riferimento all'insieme delle componenti del credito (tributo, sanzioni, interessi) che godono unitariamente di un unico grado di prelazione.

Invero il privilegio costituisce una qualità del credito (e non del creditore)<sup>29</sup>, in quanto ai sensi dell'art. 2745 c.c. "... è accordato dalla legge in considerazione della causa del credito": Il legislatore ha dunque ritenuto taluni crediti meritevoli di una tutela particolare attribuendo loro una causa di prelazione e disponendo quindi che in sede esecutiva, in deroga alla par condicio creditorum, essi siano preferiti ai crediti che ne

---

<sup>29</sup> Il creditore, infatti, è il soggetto attivo del privilegio, quale titolare del credito munito di detta causa di prelazione. Cfr. ex multis G. Bozza, G. Schiavon, L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione, 1992.

sono privi. La particolare natura del singolo credito munito di prelazione è assunta dal legislatore anche a base della risoluzione del conflitto tra una pluralità di crediti privilegiati, poiché è ad essa che guardano i criteri dettati dagli artt. 2777 e ss. del Codice civile nello stabilire l'ordine dei privilegi, restando irrilevante in proposito il momento in cui sono sorti.

È quindi da escludere che il divieto di trattamento deteriore debba essere applicato - nel concordato preventivo - sulla base del criterio poc'anzi indicato sotto la lettera (a).

### ***1.1.2. I presupposti per la falcidia dei crediti tributari privilegiati***

Delle regole concernenti il trattamento dei crediti tributari e contributivi privilegiati si è riferito nel precedente paragrafo. Restano da esaminare le condizioni poste dal legislatore affinché la proposta concordataria possa prevedere la soddisfazione in misura parziale (anziché integrale) di detti crediti. In proposito la Corte di Giustizia UE, nella sentenza citata 7 aprile 2016, causa C-546/2014, aveva subordinato l'ammissibilità della soddisfazione parziale dell'IVA al ricorrere dei presupposti di seguito indicati:

a) l'ente creditore deve poter respingere la proposta se viene accertato il deliberato occultamento di una parte dell'attivo dal ricorrente;

b) la soddisfazione parziale del credito tributario (o previdenziale) è ammissibile solo qualora un esperto indipendente attesti che l'ente creditore non riceverebbe un trattamento migliore nel caso di fallimento;

c) ove non concordi con la proposta o con le stesse conclusioni dell'esperto indipendente, l'ente creditore può esprimere voto contrario e adottare tutte le misure necessarie per garantire la riscossione dell'importo massimo del credito.

Invero, prima della riformulazione dell'art. 182-ter tali regole erano già contenute nell'art. 160, comma 2, L. fall. con riferimento allo stralcio dei crediti privilegiati in generale, come confermato dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 26988/2016, la quale, in relazione alla disciplina previgente, aveva ammesso la falciatura del credito IVA nel concordato senza transazione fiscale proprio perché risultavano già rispettate dall'ordinamento giuridico le condizioni richieste dalla Corte di Giustizia UE al riguardo. A tali criteri si è dunque ispirato il legislatore nel riformulare il comma 1 dell'art. 182-ter vigente dal 1° gennaio 2017, stabilendo espressamente (anche in detta disposizione) che la domanda di concordato preventivo può prevedere il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, se:

1) il piano su cui si fonda il concordato preventivo ne prevede la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile attraverso l'alternativa liquidazione, tenuto conto del valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione dell'Erario, attestato da un professionista munito dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), L. fall.;

2) la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie offerti all'Erario non sono inferiori o meno vantaggiosi rispetto a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore e a quelli offerti ai creditori chirografari (questa condizione non ha subito modifiche rispetto alla disciplina della transazione fiscale, rimanendo quindi ferme le conclusioni raggiunte in merito con riguardo al regime previgente).

Così come accade per la generalità dei crediti privilegiati, la condizione per proporre il pagamento parziale o dilazionato dei crediti tributari privilegiati (compresi IVA e ritenute alla fonte) è dunque costituita dall'oggettiva incapacità del valore di realizzo attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, attestato da un esperto qualificato. In

funzione del valore dei suddetti beni è individuabile la quota del credito che può essere soddisfatta a seguito del realizzo dell'attivo e, per differenza, la quota residua degradata al chirografo, da inserire in un'apposita classe, come imposto dall'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 182-ter. In definitiva, condizione indefettibile per proporre il pagamento parziale del credito tributario o previdenziale privilegiato è l'allegazione (alla domanda concordataria) di una relazione di stima giurata attestante innanzitutto l'incapienza dell'attivo rispetto alla massa dei creditori muniti di una causa di prelazione, così come richiesto in via generale dall'art. 160, comma 2.

Il fatto che la medesima condizione sia prevista in due norme diverse non implica tuttavia la necessità di far ricorso a due professionisti differenti (in possesso dei requisiti richiesti dall'art. 67, comma 3, lett. d), potendo risultare sufficiente inserire l'attestazione prevista dall'art. 182-ter nella più ampia attestazione predisposta ai sensi dell'art. 160, comma 2, rilevando in essa specificamente le elaborazioni concernenti lo stralcio dei crediti rientranti nell'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 182-ter. In quest'ottica è del tutto naturale, ancorché non obbligatorio, che l'attestazione richiesta ai fini della transazione fiscale sia resa dal medesimo professionista che esegue la relazione di stima prescritta dall'art. 160, comma 2, mediante la predisposizione e presentazione di un'unica attestazione, avendo cura di indicare la parte di competenza dell'agente della riscossione e dell'Agenzia delle Entrate. Questa possibilità è stata espressamente riconosciuta dall'Agenzia delle Entrate con la circolare n. 16/E/2018, a condizione che l'attestazione unica contenga una sezione dedicata al confronto tra l'ipotesi concordataria e quella liquidatoria e la conferma che con la prima l'Amministrazione finanziaria ottenga una soddisfazione maggiore rispetto alla seconda.

L'altro requisito da attestare concerne il confronto tra l'ammontare del pagamento proposto con la domanda di concordato preventivo e quello

conseguibile attraverso il fallimento, quale unica alternativa rimasta concretamente praticabile rispetto a quella concordataria, nonché tra i relativi gradi di soddisfacimento dei crediti tributari.

A questo riguardo l'Agenzia delle Entrate ha tenuto a precisare che l'attestatore *"dovrà tenere conto anche del maggiore apporto patrimoniale, rappresentato dai flussi o dagli investimenti generati dalla eventuale continuità aziendale oppure ottenuto all'esito dell'attività liquidatoria gestita in sede concordataria, che non costituisce una risorsa economica nuova, ma deve essere considerato finanza endogena, in quanto, ai sensi dell'art. 2740 c.c., l'imprenditore è chiamato a rispondere dei debiti assunti con tutti i propri beni, presenti e futuri"*<sup>30</sup>.

Tale concetto è stato ripreso e meglio chiarito con la circolare n. 34/E del 29 dicembre 2020 laddove si sostiene che *"riguardo, invece, ai flussi di cassa generati dalla continuità aziendale per quanto non vadano computati, ai fini del raffronto con l'alternativa liquidatoria, nel calcolo della consistenza del patrimonio aziendale esistente alla data di presentazione della domanda di concordato preventivo -gli stessi non sono qualificabili come "finanza esterna" in senso tecnico, in quanto ricavi riconducibili comunque al patrimonio del debitore e, pertanto, destinati al soddisfacimento dei creditori secondo le regole del concorso, quanto meno nel senso di non alterare l'ordine delle cause di prelazione"*.

---

<sup>30</sup> Nella predetta circolare è richiamato un passaggio della sentenza n. 9373 del 28 giugno 2012, con cui la Cassazione si è occupata della necessità di rispettare o meno la regola di cui all'art. 160, comma 2, L. fall. con riguardo all'apporto finanziario del terzo (che costituisce la fattispecie tipica di "finanza esterna"). I giudici di legittimità hanno al riguardo ritenuto che "l'apporto del terzo si sottrae al divieto di alterazione della graduazione dei crediti privilegiati solo allorché risulti neutrale rispetto allo stato patrimoniale della società", ovvero a condizione che l'intervento finanziario sia utilizzato per pagare direttamente i debiti della società senza comportare una variazione nell'attivo e nel passivo del debitore.

### ***1.1.3. I crediti chirografari per natura e quelli degradati al chirografo***

Se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, il comma 1 dell'art. 182-ter stabilisce (in continuità con l'assetto normativo precedente) che il suo trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole. Poiché nell'art. 182-ter è stato introdotto un ulteriore periodo in base al quale la quota dei crediti tributari o contributivi privilegiati degradata al chirografo deve essere inserita in un'apposita classe, una parte della dottrina si è chiesta se la prescrizione relativa all'obbligo di applicare il trattamento più favorevole valga solo per i crediti tributari che risultino chirografari ab origine oppure operi anche per la quota dei crediti tributari privilegiati degradata a chirografo per incapienza dell'attivo.

In effetti, nel penultimo periodo del comma 1 dell'art. 182-ter ( prima delle modifiche apportate alla norma dall'art.3, comma 1-bis della L. 27/11/20 n.159) non si precisava:

a) se le disposizioni concernenti il divieto di trattamento dei crediti erariali chirografari trovano applicazione, non solo con riguardo a quelli che sono chirografari sin dall'origine, ma anche con riferimento ai crediti privilegiati divenuti chirografari per effetto della degradazione dipendente dall'incapienza dell'attivo;

b) se, invece, le comparazioni previste da tali disposizioni riguardano esclusivamente, da un lato, il trattamento dei crediti erariali privilegiati ab origine che non subiscono alcuna degradazione (da confrontare con quello degli altri crediti privilegiati) e, dall'altro lato, il trattamento dei crediti erariali chirografari ab origine (da confrontare con quello degli altri crediti chirografari).

Gli effetti pratici discendenti dalle due interpretazioni sono assai diversi e la questione è tutt'altro che teorica. Dalla tesi indicata sub b)

conseguirebbe, infatti, che a nessuna comparazione sarebbero soggetti i crediti privilegiati degradati in chirografari per incapacienza dell'attivo, i quali potrebbero quindi essere soddisfatti anche con una percentuale semplicemente simbolica, notevolmente inferiore a quella offerta agli altri creditori chirografari.

L'attuale formulazione della norma, nella parte in discussione, così recita: *"se il credito tributario e contributivo ha natura chirografaria **anche a seguito di degradazione per incapacienza**, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografi ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole"*. Pertanto viene definita la correttezza dell'interpretazione di cui alla precedente lettera a).

Sulla questione si era già espressa l'Agenzia delle Entrate nell'ambito della circolare n. 16/E/2018, la quale ha confermato queste considerazioni, chiarendo che le regole disciplinanti i crediti di natura chirografaria ab origine, dettate dal comma 1 dell'art. 182-ter, *"trovano applicazione anche con riferimento ai crediti privilegiati divenuti chirografari per effetto della degradazione... Ad esempio, se tra i creditori muniti di diritto di prelazione vi è anche l'Agenzia delle entrate e il debitore propone il pagamento del debito tributario nella misura del 30%, il residuo credito, pari al 70%, degraderà al chirografo e confluirà in una apposita classe"*. Ne discende altresì che, se per la classe di creditori con il trattamento più favorevole il pagamento del credito chirografario è previsto nella misura del 25%, la percentuale di soddisfazione riconosciuta alla quota del credito tributario degradata al chirografo non può risultare inferiore al 25%.

Ciò posto, atteso che la degradazione al chirografo fa venire meno la rilevanza del diverso grado di privilegio che assiste ciascun credito tributario, ci si chiede se nell'apposita classe, che accoglie la quota di credito degradata, possano confluire anche i crediti chirografi ab origine e, quindi, se sia legittimo costituire un'unica classe che comprenda sia i

crediti tributari chirografari per degrado sia quelli chirografari ab origine (lo stesso discorso vale per quelli previdenziali). Occorre chiedersi inoltre se nella medesima "apposita classe" possono essere inseriti tanto i crediti previdenziali degradati quanto i crediti tributari degradati.

La disamina di queste questioni richiede di considerare che, ai sensi dell'art. 177, comma 1, L. fall., qualora il proponente decida di suddividere i creditori in classi formate secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, *"il concordato è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto"* e *"se tale maggioranza si verifica inoltre nel maggior numero di classi"*. In altri termini, nel caso di concordato con più classi di creditori, per l'approvazione del concordato il voto favorevole della maggioranza dei creditori non è di per sé sufficiente, essendo necessario anche il voto favorevole di più della metà delle classi ammesse al voto. Inoltre, il comma 4 dell'art. 180 L. fall. stabilisce che, *"se un creditore appartenente ad una classe dissenziente ovvero, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, i creditori dissenzienti che rappresentano il 20 per cento dei crediti ammessi al voto, contestano la convenienza della proposta, il tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili"*. In considerazione della rilevante ricaduta della suddivisione dei creditori in classi, in termini di possibilità di prevedere trattamenti differenziati (ex art. 160 L. fall.), di opposizione alla convenienza del concordato nonché di "peso" sull'approvazione dello stesso, ne viene dunque richiesta la formazione secondo criteri di completa omogeneità, in particolare affinché ciascuna classe possa costituire manifestazione di un voto "unico" espresso dalla maggioranza dei creditori ad essa appartenenti, che finisce per diventare vincolante anche per quelli dissenzienti o assenti (evidentemente in minoranza).

È in questo contesto che si innesta la previsione contenuta nell'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 182-ter, la quale, nell'imporre la costituzione di un'apposita classe per i crediti tributari e per quelli contributivi degradati al chirografo, con ogni evidenza risponde allo scopo *"di evitare possibili fenomeni di neutralizzazione del voto degli enti interessati e di rafforzarne la posizione, in considerazione della peculiare natura dei relativi crediti, consentendo agli stessi di provocare più agevolmente (con il dissenso e l'opposizione) anche il giudizio del tribunale circa la convenienza della proposta in sede di omologazione"*. Se questo è vero, la costituzione di un'apposita classe composta dai crediti tributari degradati al chirografo e dai crediti tributari chirografi ab origine appare allora legittima, in quanto le due categorie di crediti si presentano certamente omogenee sia per posizione giuridica, sia per interessi economici.

Inoltre, in questo modo si evita una duplicazione di classi (facenti capo al medesimo creditore) da cui sortirebbe un effetto opposto rispetto a quello desiderato. Infatti, se - come detto - l'obiettivo del classamento obbligatorio è quello di evitare che il voto del Fisco vada a "confondersi" con quello spettante agli altri creditori chirografari compresi nella medesima classe, perdendo l'incidenza che il legislatore ha inteso riconoscergli, per converso potrebbe risultare eccessiva l'attribuzione al Fisco di un doppio "peso", come accadrebbe in ipotesi di costituzione di due apposite classi, una per i crediti privilegiati degradati al chirografo e una seconda per i crediti chirografi ab origine (lo stesso vale per i crediti previdenziali). Né la costituzione di un'unica classe si pone in qualche modo in contrasto con la regola di trattamento previsto per i crediti tributari chirografi previsto dal comma 1 dell'art. 182-ter, giacché - come dianzi esposto - essa riguarda entrambe le categorie.

Atteso che l'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 182-ter, nell'imporre il classamento obbligatorio, utilizza la locuzione "apposita classe", anziché

"*unica classe*", e che la posizione giuridica e gli interessi economici riferibili ai crediti erariali non sono considerati ex lege omogenei rispetto ai crediti contributivi, è da ritenersi (non solo legittima, ma) obbligatoria la costituzione di due distinte "apposite classi", una riferita ai crediti tributari e l'altra ai crediti contributivi, al fine di riservare loro la dovuta tutela; ciò alla luce della diversa natura e del diverso significato sociale dei crediti rispettivamente vantati. Del resto, le disposizioni contenute nella norma testé citata, benché riferite ad entrambe le tipologie di crediti, prevedono (parallelamente) la soggezione alle medesime regole, ma non impongono per essi l'unitarietà di trattamento.

Il diverso classamento dei crediti tributari rispetto a quelli contributivi può riflettersi, però, solo sulla formazione delle maggioranze richieste dall'art. 177 L. fall., e non sulla misura del loro soddisfacimento. Per entrambe le tipologie di crediti degradati al chirografo, infatti, l'ultima parte del penultimo periodo del comma 1 dell'art. 182-ter impone di riservare il trattamento più favorevole tra quelli previsti nel caso di suddivisione in classi. Rimane invece da chiarire se il confronto con "gli altri creditori" sia da intendere come possibilità di differenziare le percentuali di soddisfazione dei crediti erariali rispetto ai crediti previdenziali (tesi che sembrava prevalere in vigenza del D.M. 4 agosto 2009 sulla misura minima imposta ai fini dell'adesione degli enti previdenziali) oppure si ritenga che ai crediti tributari in chirografo anche per degrado non possa spettare una percentuale di soddisfazione migliore di quella attribuita ai crediti contributivi ugualmente in chirografo e viceversa.

#### ***1.1.4. I tributi inclusi e i tributi esclusi***

L'ambito oggettivo di applicazione della transazione fiscale è costituito solo dai tributi amministrati dall'Agenzia delle Entrate e dall'Agenzia delle Dogane, a prescindere dalla tipologia del gettito che si origina dal tributo,

come si è già evidenziato nell'ambito del primo capitolo (cui quindi si rinvia per la individuazione dei tributi che vi rientrano).

Poiché la possibilità di soddisfare in misura parziale i crediti tributari è prevista anche con riferimento a quella parte del debito tributario costituente una mera pretesa impositiva, in quanto ancora in attesa di definizione, in questa sede (giusta i chiarimenti forniti dall'Agenzia delle Entrate nell'ambito della circolare n. 16/E/2018) occorre aggiungere quanto segue:

1) per effetto della modifica introdotta dalla Legge n. 232/2016 è ora applicabile l'art. 176 L. fall., con la conseguenza che i contenziosi vertenti sulla pretesa tributaria proseguono fino alla definitiva conclusione del giudizio;

2) la proposta di concordato approvata dai creditori secondo le maggioranze di cui all'art. 177 L. fall., omologata dal Tribunale, spiega i propri effetti anche sul credito giudizialmente accertato, il quale si rende dovuto per l'importo che deriva dall'applicazione della percentuale di pagamento offerta all'Erario all'ammontare risultante dovuto all'esito del giudizio;

3) il trattamento previsto dalla domanda di concordato è riconosciuto ai crediti tributari in contestazione, indipendentemente dal voto favorevole o contrario dell'Amministrazione finanziaria;

4) i debiti tributari in contenzioso (già incardinato o da incardinare) devono essere inclusi tra i debiti esposti nella proposta di concordato preventivo e tale inclusione risponde allo scopo di consentire l'ammissione dell'Amministrazione finanziaria al voto anche per l'ammontare dei crediti incerti e per rendere noto ai creditori l'intero ammontare dei debiti (certi e incerti) gravanti sulla massa attiva, al di là del trattamento per essi previsto in tale proposta.

Indipendentemente dal voto favorevole o contrario espresso dall'Amministrazione finanziaria, quindi, il trattamento del debito tributario (privilegiato o chirografario) proposto in sede di concordato va applicato all'ammontare risultante dalla pronuncia che definisce il giudizio relativo al credito contestato (e non alla originaria pretesa emergente dall'atto), in quanto i crediti la cui spettanza e/o misura è oggetto di accertamento giudiziale rappresentano comunque crediti sorti anteriormente all'apertura della procedura e hanno quindi natura concorsuale, sempre che il loro presupposto impositivo sia anteriore alla data di pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso per l'ammissione alla procedura di cui all'art. 161. L.fall. .

Ne discende che relativamente ai debiti tributari in contenzioso, in sede di predisposizione della proposta di transazione fiscale, il (presunto) debitore 'imposta, oltre a riconoscere eventualmente la correttezza della pretesa erariale trattando tali debiti né più né meno come quelli certi (in quanto originati, ad esempio, da omessi versamenti), può rappresentare all'Agenzia delle Entrate i motivi per i quali ritiene indebita la pretesa impositiva, indicando conseguentemente quella che ritiene essere la corretta quantificazione dei tributi oggetto di contestazione (o, comunque, l'importo delle imposte dovute su cui potrebbe essere raggiunta un'intesa), ovvero rappresentare la propria volontà di dar corso a un giudizio, al fine di ottenere la determinazione del debito da parte dei giudici tributari, fermo restando il soddisfacimento dell'importo così determinato in moneta concordataria.

## **2. Gli aspetti procedurali**

Il comma 2 dell'art. 182-ter prescrive l'obbligo di depositare la domanda di concordato presso la cancelleria del Tribunale territorialmente competente nonché di consegnare, unitamente alla relativa

documentazione, agli Uffici dell' Agenzia delle Entrate e dell' agente della riscossione competenti sulla base dell' ultimo domicilio fiscale del debitore.

La formale comunicazione a detti enti nelle forme previste dall' art. 182-ter è (evidentemente) finalizzata a consentire loro, (i) di procedere tempestivamente alla liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni e alla notifica dei relativi avvisi di irregolarità e (ii) di certificare l' entità del debito tributario derivante da atti di accertamento (ancorché non divenuti definitivi), per la parte non iscritta a ruolo, nonché quello derivante da ruoli vistati, ma non ancora consegnati all' agente della riscossione. La direzione provinciale delle Entrate (previo parere conforme della direzione regionale) è chiamata ad esprimere il voto sulla proposta concordataria in sede di adunanza dei creditori ovvero nei modi previsti dall' art. 178, comma 4, così come espressamente stabilito dal comma 3 dell' art. 182-ter. Poiché - come accade per tutti gli altri creditori - il voto deve avere ad oggetto la "proposta concordataria" (e non la "proposta" di trattamento dei crediti tributari ex se), si sarebbe potuta considerare come ormai venuta meno la problematica relativa alla impugnabilità della scelta adottata dall' Agenzia delle Entrate. È stata tuttavia comunque ammessa la possibilità di impugnare il voto negativo dell' Agenzia delle Entrate, espresso nell' adunanza dei creditori o nei venti giorni successivi, laddove risulti determinante per il raggiungimento del quorum richiesto per l' omologazione della proposta concordataria, come hanno disposto la Commissione tributaria provinciale di Milano con la sentenza 10 dicembre 2019, n. 5429 e la Commissione tributaria provinciale di Roma con la sentenza 1° dicembre 2017, n. 26135 .

A tale riguardo, in considerazione dello scopo dell' attestazione prevista dall' art. 182-ter (che è quello di assicurare all' Amministrazione finanziaria - e al Tribunale - che il pagamento offerto dall' impresa debitrice rappresenta per il Fisco il miglior risultato conseguibile, tenuto conto dello stato di crisi in cui versa il debitore, rendendo più oggettive, rispetto al

passato, le analisi e la valutazione al riguardo in modo da ridurre i margini di discrezionalità), le risultanze della stessa dovrebbero normalmente condurre l’Agenzia delle Entrate ad esprimere un voto favorevole in presenza di una relazione attestante la suddetta condizione, poiché è da escludere che, verificata la convenienza della proposta per l’erario e non sussistendo la possibilità di un’alternativa a essa preferibile, ne sia consentita la reiezione, cui conseguirebbe un danno per le pubbliche finanze, in violazione del principio del buon andamento della Pubblica amministrazione stabilito dall’art. 97 della Costituzione; ciò a meno che l’Agenzia non rilevi buoni motivi per censurare le stime operate dal professionista indipendente, magari configurando il reato di falso in attestazioni e relazioni punito dall’art. 236-bis L. fall. (sul punto si tornerà in un paragrafo successivo).

Infine, in ordine agli effetti discendenti dal voto espresso dall’Agenzia delle Entrate e, in particolare, al fatto che esso risulti condizionante ai fini dell’esito positivo della domanda concordataria che prevede lo stralcio dei debiti tributari, sulla base della nuova formulazione dell’art. 182-ter, da cui è stato eliminato il riferimento alla formale accettazione della proposta (o all’adesione alla stessa), si è già detto che, se il voto favorevole dell’Agenzia delle Entrate non risulta indispensabile per il raggiungimento della maggioranza prevista per l’omologazione della domanda di concordato, il voto negativo eventualmente espresso non condiziona le sorti del concordato preventivo, che può quindi essere ugualmente

omologato (sussistendone i presupposti). Ne discende che, ricorrendo gli altri requisiti richiesti, la domanda concordataria contenente la proposta di trattamento dei crediti tributari ai sensi dell’art. 182-ter può essere omologata anche in assenza del voto favorevole<sup>31</sup> o in presenza del voto negativo da parte dell’Agenzia delle Entrate.

Non sarebbe tuttavia corretto estendere in assoluto questo principio, che trova piena applicazione nel concordato liquidatorio, a tutte le situazioni e a tutti i tipi di concordato. Infatti, in ordine al concordato in continuità aziendale disciplinato dall'art. 186-bis L. fall. occorre tener conto dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui, qualora il piano e la proposta ex art. 182-ter contemplino la falcidia dei crediti tributari privilegiati per l'attestata insufficienza dell'attivo e prevedano tempi di pagamento degli stessi superiori a un anno, la proposta così strutturata è omologabile solo in presenza di voto favorevole da parte dell'Agenzia delle Entrate. Ciò perché il comma 2, lett. c), del citato art. 186-bis, ammette in tal caso "una moratoria fino a un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione", derogabile soltanto con l'assenso del relativo creditore.

Sui criteri per individuare l'Ufficio competente a ricevere la proposta di trattamento dei crediti tributari - che l'art. 182-ter richiede di stabilire sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del debitore, senza però chiarire il momento al quale occorre a tal fine fare riferimento - l'Agenzia delle Entrate (che non ha affrontato il tema nella circolare n. 16/E/2018) ha preso posizione nell'ambito dei propri indirizzi operativi, rilevando che il domicilio fiscale di riferimento è quello sussistente alla data di pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso di ammissione alla procedura di concordato preventivo, giacché - come dianzi riferito - è da quel momento che si producono gli effetti generati dalla presentazione di tale ricorso; ciò anche in caso di presentazione della domanda "con riserva" di cui all'art. 161, comma 6, L. fall. Questa regola trova però una deroga in presenza di un debitore che, ai sensi dell'art. 27 del D.L. 28 novembre 2008, n. 185, si qualifica come "grande contribuente", avendo

---

<sup>31</sup> L'art. 4, comma 1, lett. f), del D.L. n. 83/2015, che si applica ai procedimenti di concordato introdotti successivamente al 21 agosto 2015, ha sostituito il comma 4 dell'art. 178 L. fall. ed ha abrogato il periodo della previgente norma che attribuiva al mancato esercizio del diritto di voto da parte dei creditori la valenza di silenzio-assenso.

conseguito, sulla base dell'ultima dichiarazione presentata (considerando anche quelle "tardive") un volume d'affari o ricavi di ammontare superiore a cento milioni di euro; infatti, con riguardo a questo tipo di contribuenti la gestione del procedimento rimane di competenza della direzione regionale, a nulla rilevando quindi i trasferimenti di domicilio fiscale all'interno della medesima regione (salvo risultare peraltro di competenza di una diversa direzione regionale, a seguito del trasferimento del domicilio fiscale da una regione a un'altra prima della suddetta data).

### **3. La certificazione dei crediti erariali: contenuto e riferimenti temporali**

Il comma 2 dell'art. 182-ter impone agli uffici di certificare, entro il termine di 30 giorni dalla presentazione della domanda di concordato preventivo, l'ammontare e la composizione dei debiti tributari, senza pregiudizio dell'ulteriore attività accertatrice. Nonostante l'eliminazione del riferimento al consolidamento del debito tributario e alla cessazione delle liti pendenti, è dunque rimasta ferma la previsione relativa alla certificazione del debito tributario da parte dell'Ufficio territorialmente competente, che, entro il suddetto termine (considerato peraltro non perentorio)<sup>32</sup>, deve verificare il rispetto dei requisiti per l'ammissibilità, effettuare l'attività di controllo - consistente nella liquidazione delle dichiarazioni, nella notifica delle debite comunicazioni di irregolarità e degli eventuali avvisi di accertamento - e trasmettere al debitore e al Commissario giudiziale la certificazione attestante il complessivo debito fiscale non ancora affidato all'agente della riscossione e non iscritto a ruolo; ciò allo scopo di verificare l'esatta quantificazione degli stessi con riguardo sia all'esame della convenienza economica della proposta sia -

---

<sup>32</sup> In tal senso si era già espressa l'Agenzia delle Entrate con la circolare n. 8/E/2008. In sede di certificazione, gli Uffici devono, inoltre, verificare le istanze di rimborso dei crediti presentate dal debitore negli anni precedenti alla domanda di concordato, nonché i crediti esposti dal medesimo debitore in dichiarazione, posto che, ai fini della quantificazione del debito fiscale complessivo, opera la compensazione delle somme chieste a rimborso o imputate a credito in dichiarazione con i debiti tributari.

nell'ambito del concordato preventivo - al peso e all'incidenza del voto dell'Agenzia delle Entrate rispetto al raggiungimento delle maggioranze necessarie per l'approvazione della proposta concordataria di cui all'art. 177 L. fall.

La quantificazione del complessivo debito d'imposta non svolge la funzione di individuare il debito tributario in maniera definitiva, ma rileva ai fini del voto spettante in sede di adunanza dei creditori all'Amministrazione finanziaria<sup>33</sup>. In caso di mancata corrispondenza tra l'importo dei crediti dichiarato dal debitore e quello certificato dal Fisco e della mancata rettifica della proposta da parte del debitore, fermo restando che in merito al voto concernente la differenza emersa provvede il giudice delegato alla procedura ai sensi dell'art. 176, comma 1, L. fall., l'Agenzia può agire in via ordinaria per l'accertamento del maggior credito rivendicato e, in caso di esclusione dal voto del suo credito per tale differenza, può opporsi in sede di omologazione del concordato a norma del comma 2 del citato art. 176, qualora la sua ammissione al voto per l'importo di tale maggior credito "avrebbe avuto influenza sulla formazione delle maggioranze" (una simile evenienza non può invece presentarsi nell'accordo di ristrutturazione dei debiti, posto che in questo caso l'approvazione della proposta di transazione fiscale si manifesta non con un voto, ma con la sottoscrizione di un apposito accordo da parte del debitore e dell'Agenzia delle Entrate - oltre che dell'agente della riscossione per quanto attiene agli aggi -, il quale presuppone che gli importi dovuti all'Erario siano stati preliminarmente definiti tra le parti).

Nell'ambito del concordato preventivo, l'ammontare dei crediti tributari da certificare è quello esistente alla data di pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso per l'ammissione alla procedura concordataria, giacché è da quel momento che si producono gli effetti di cui all'art. 168, comma 1 (a norma del quale "Dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro

---

<sup>33</sup> Cfr. circolare n. 16/E/2018, par. 5.1.3.

delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore”). La stessa regola vale anche in caso di presentazione della domanda “con riserva”, prevista dal comma 6 dell’art. 161, senza considerare eventuali debiti posteriori.

Nella certificazione dei crediti non ancora iscritti a ruolo<sup>34</sup> vanno specificati separatamente gli interessi in chirografo e quelli in privilegio, questi ultimi calcolati fino alla data di pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo<sup>35</sup>.

La certificazione deve avere a oggetto anche i crediti tributari in contestazione, sussistendo l’obbligo per il debitore - ex art. 90, comma 2, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 (che contiene un espresso rinvio al già citato art. 176)<sup>36</sup> - di operare un apposito accantonamento. In questa ipotesi, come già chiarito con la circolare n. 16/E/2018, indipendentemente dal voto favorevole o contrario espresso dall’Amministrazione finanziaria, il trattamento del debito tributario (privilegiato o chirografario) proposto in sede di concordato va applicato

---

<sup>34</sup> Il comma 1-bis, aggiunto all’art. 25 del D.P.R. n. 602/1973, disciplina i termini di decadenza per la notifica della cartella di pagamento per i crediti non ancora iscritti a ruolo ed anteriori alla data di pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso per l’ammissione alla procedura concordataria o alla data di presentazione della proposta di transazione fiscale, qualora l’ammissione al concordato venga revocata o non approvata oppure in caso di risoluzione del concordato preventivo o dell’accordo di ristrutturazione successivamente alla loro omologazione.

<sup>35</sup> Gli interessi maturati dalla data di scadenza del versamento sino al secondo anno antecedente la data della pubblicazione dell’istanza e quelli maturati nell’anno precedente e nell’anno in corso a tale data sono, rispettivamente, in chirografo e in privilegio, ancorché vadano computati entrambi nella misura prevista dall’art. 20 del D.P.R. n. 602/1973. Gli interessi maturati dall’anno successivo sono in rango privilegiato e vanno computati al saggio legale.

<sup>36</sup> Tale norma prevede che, nell’ambito del concordato preventivo, il giudice delegato può ammettere provvisoriamente in tutto o in parte i crediti contestati ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze, senza che ciò pregiudichi le pronunzie definitive sulla sussistenza dei crediti stessi.

all'ammontare risultante dalla pronuncia che definisce il giudizio relativo al credito contestato (e non alla originaria pretesa emergente dall'atto impugnato), in quanto i crediti la cui spettanza e/o misura è oggetto di accertamento giudiziale rappresentano comunque crediti sorti anteriormente all'apertura della procedura e vanno dunque soddisfatti secondo le regole del concorso.

#### **4. L'operatività della compensazione ai fini dell'adempimento degli obblighi discendenti dalla transazione fiscale**

Ai sensi dell'art. 56 L. fall., "i creditori hanno diritto di compensare coi loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento". In proposito con la circolare n. 13/E dell'11 marzo 2011, in linea con il contenuto della risoluzione n. 279/E del 12 agosto 2002, l'Agenzia aveva affermato come "non possa operare la compensazione fra crediti o debiti verso il fallito e, rispettivamente, debiti o crediti verso la massa fallimentare". Il divieto di compensare il credito IVA maturato nel corso della procedura fallimentare con i debiti erariali sorti anteriormente al fallimento origina dall'art. 74-bis del D.P.R. n. 633/1972, a norma del quale vanno tenute distinte le operazioni effettuate anteriormente alla dichiarazione di fallimento e quelle intervenute successivamente all'apertura della procedura, in quanto le prime sono riferite all'impresa fallita, mentre le seconde sono riferite alla massa fallimentare: le posizioni del rapporto debitorio e del rapporto creditorio sono quindi relative a soggetti diversi (fallito e massa fallimentare) e attengono a momenti diversi rispetto alla dichiarazione di fallimento (anteriore il credito, posteriore il debito). Inoltre, la soddisfazione dei debiti erariali maturati anteriormente alla dichiarazione di fallimento, per i quali l'Amministrazione finanziaria si è insinuata al passivo, deve seguire l'ordine normativamente stabilito, mentre il credito IVA maturato durante la procedura fallimentare costituisce un credito

dell'intera massa fallimentare nei confronti dell'Amministrazione finanziaria, sulla quale questa ha diritto di rivalersi solo per la propria quota.

L'Agenzia delle Entrate aveva già in precedenza rilevato che, sulla base di tali disposizioni, l'istituto della compensazione opera anche con riguardo ai crediti vantati dall'Erario nei confronti del debitore ammesso al concordato preventivo, sorti entro la data di iscrizione della relativa domanda nel registro delle imprese, invitando perciò gli Uffici a verificare, in sede di certificazione, *"le istanze di rimborso dei crediti presentate dal debitore negli anni precedenti alla domanda di concordato, nonché i crediti esposti dal medesimo debitore in dichiarazione. In entrambi i casi, ai fini della quantificazione del debito fiscale complessivo dovrà ritenersi operante la compensazione delle somme chieste a rimborso o imputate a credito in dichiarazione con i debiti tributari"*<sup>37</sup>.

Nell'ambito dei nuovi indirizzi forniti l'Agenzia, dopo avere confermato che la data di riferimento è quella di pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di ammissione alla procedura concordataria (in quanto "spartiacque" tra i debiti dell'impresa sorti prima dell'avvio della procedura - come tali soggetti all'esdebitazione prevista dall'art. 184 L. fall. - e quelli sorti nel corso della procedura concorsuale), ha ritenuto di precisare come la compensazione sia ammessa solo a condizione di reciprocità temporale dei rapporti obbligatori, potendosi ritenere compensabili tra loro, da un lato, solo i debiti e crediti sorti entrambi prima della suddetta data e, dall'altro, solo i debiti e crediti sorti entrambi successivamente. In particolare, l'Agenzia ritiene operante la compensazione legale tra i crediti dell'Erario verso il proponente e i crediti verso l'Erario del proponente (esistenti alla data di pubblicazione nel registro delle imprese della

---

<sup>37</sup> Così testualmente circolare 23 luglio 2018, n. 16/E. In senso favorevole alla compensazione, nei limiti imposti dall'art. 56 L. fall. si veda anche Commissione tributaria provinciale di Milano, sentenza 14 febbraio 2014, n. 1541.

domanda di ammissione alla procedura) fino a concorrenza del minor importo tra i due, trovando applicazione le regole del concorso per l'ammontare residuo dei crediti dell'Erario verso il debitore<sup>38</sup>. In altri termini, la compensazione legale regolata dal combinato disposto degli artt. 56 e 169 L. fall. produce l'effetto di estinguere una parte del credito dell'Erario verso il proponente (corrispondente, se inferiore, al reciproco credito vantato da quest'ultimo), la quale quindi risulta essere così soddisfatta per intero, in deroga alle regole del concorso; queste restano ovviamente applicabili al residuo ammontare del credito (o, meglio, sul credito "netto" post compensazione), il quale soggiace all'eventuale falcidia concordataria (in caso di incapacienza dell'attivo) e all'effetto esdebitatorio conseguente all'omologazione della proposta. Ciò posto, sono al riguardo prospettabili quattro diversi casi:

1) i crediti dell'Erario verso il proponente e il credito del proponente verso l'Erario sono sorti entrambi anteriormente alla data di pubblicazione della domanda di concordato;

2) i crediti dell'Erario verso il proponente e il credito del proponente verso l'Erario sono sorti entrambi dopo la data di pubblicazione della domanda di concordato credito;

3) i crediti dell'Erario verso il proponente sono sorti successivamente alla data di pubblicazione della domanda di concordato, mentre il credito del proponente verso l'Erario è sorto prima

4) i crediti dell'Erario verso il proponente sono sorti anteriormente alla data di pubblicazione domanda di concordato, mentre il credito del proponente verso l'Erario è sorto dopo.

---

<sup>38</sup> L'Ufficio, in accordo con il debitore, è libero di derogare al principio sancito dal comma 2 dell'art. 1139 c.c., che, in presenza di una pluralità di debiti scaduti, indica i criteri per individuare i debiti cui imputare il pagamento mediante compensazione. Le somme dovute a titolo di aggio e spese di procedura sono di spettanza dell'Agente della riscossione e sono perciò da tenere distinte rispetto ai crediti erariali.

Sulla base degli indirizzi dell'Agencia delle Entrate, la compensazione ex lege dei crediti tributari, che determina l'estinzione del credito erariale verso il proponente "a monte" (ovverosia ante falcidia), è ammessa solo nelle prime due situazioni. La medesima compensazione non è invece ammissibile né nel caso 3), né nel caso 4), non risultando verificata la condizione di reciprocità temporale; conseguentemente, il credito dell'Erario di cui al caso 4) è interamente soggetto alle regole del concorso (in quanto maturato anteriormente all'apertura della procedura), mentre quello di cui al caso 3) è trattato secondo le regole che disciplinano i crediti sorti nel corso della procedura.

Sebbene la compensazione de qua sia prevista direttamente dalla Legge fallimentare, per motivi di chiarezza e tracciabilità sarebbe opportuno (secondo l'Agencia) che il debitore ne desse formale rappresentazione nel Mod. F24, ovverosia attraverso la procedura ordinaria di compensazione dei crediti tributari prevista dall'art. 17 del D.Lgs. 9 luglio 1997, n. 241, tuttavia senza considerare il limite di 700.000 euro previsto dall'art. 34 della Legge 23 dicembre 2000, n. 388 (la cui applicazione, nel contesto della procedura concordataria, rischierebbe di generare un danno per l'Erario, oltre che violare la ratio del citato art. 56).

Restano invece operative, anche con riguardo a questa particolare tipologia di compensazione, la disposizione che consente di effettuarla per importi superiori a 5.000 euro annui a partire dal decimo giorno successivo a quello di presentazione della dichiarazione o dell'istanza da cui il credito emerge (art. 17, comma 1, ultimo periodo, D.Lgs. n. 241/1997) e quella che richiede, per importi superiori a 15.000 euro annui, l'apposizione del visto di conformità o la sottoscrizione dei soggetti cui è attribuito il controllo contabile.

Una volta determinato il quantum da pagare agli effetti dell'art. 184 L. fall., la compensazione dei crediti tributari deve ritenersi effettuabile in base alle regole stabilite dall'ordinamento tributario: le puntualizzazioni

dell'Agencia sopra riportate, infatti, sono da intendersi riferite unicamente alla compensazione legale dei crediti tributari. Del resto, una volta quantificati la parte del credito dell'Erario da soddisfare in misura integrale (mediante compensazione), la parte del credito dell'Erario da soddisfare secondo le regole del concorso e, infine, l'ammontare dei crediti verso l'Erario su cui (insieme agli altri beni e diritti facenti parte del patrimonio del debitore) si possono soddisfare i crediti maturati prima dell'apertura della procedura concordataria in base alle medesime regole, nessuna norma osta all'utilizzo dei crediti tributari compensabili quale strumento di pagamento dei debiti tributari, ancorché generatisi in un periodo diverso da quello di formazione dei debiti verso l'Erario.

occorre però chiedersi come operi la limitazione contenuta nell'art. 31 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, che vieta la compensazione dei crediti tributari fino a concorrenza dell'importo dei debiti (di ammontare complessivamente superiore a 1.500 euro) iscritti a ruolo per imposte erariali e relativi accessori per i quali è scaduto il termine di pagamento (trovando in caso contrario applicazione una sanzione corrispondente al minore tra il 50% dell'importo dei debiti iscritti a ruolo, per i quali è scaduto il termine di pagamento, e il 50% dell'importo compensato indebitamente). Atteso che dall'omologazione del concordato discende la novazione dell'obbligazione tributaria, è da ritenere che, anche agli effetti della norma testé citata, la scadenza per il pagamento dei debiti tributari sorti anteriormente all'apertura della procedura diventi quella stabilita nel piano.

In tal senso vanno anche i recenti indirizzi dell'Agencia delle Entrate, secondo cui la limitazione posta dalla suddetta norma trova applicazione con riguardo ai debiti verso l'Erario unicamente se sorti successivamente alla data di pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di ammissione al concordato preventivo e, ovviamente, se risultano scaduti per un ammontare superiore a millecinquecento euro.

Inoltre, la suddetta limitazione si rende operativa unicamente con riguardo alla compensazione dei crediti d'imposta sorti anch'essi successivamente alla data di pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di ammissione al concordato preventivo, atteso che per i crediti d'imposta sorti anteriormente il divieto di cui al citato art. 31 del D.L. n. 78/2010 deve considerarsi non operante per le medesime ragioni che - come dianzi riferito - disattivano nell'ambito del concordato preventivo la limitazione di 700.000 euro prevista dall'art. 34 della Legge n. 388/2000: infatti, la compensazione dei crediti erariali sorti prima dell'apertura del concordato preventivo è regolata dalle disposizioni dal combinato disposto degli artt. 56 e 169 L. fall.97<sup>39</sup>. In tal senso si veda la circolare n. 13/E dell'11 marzo 2011, con cui l'Agenzia delle Entrate ha preso in esame l'applicazione della norma da ultimo indicata in caso di assoggettamento del debitore a una procedura concorsuale, ove appunto si precisava che *"la presenza di debiti erariali iscritti a ruolo nei confronti dell'impresa fallita, scaduti e non pagati, ma maturati in data antecedente all'apertura della procedura concorsuale, non si ritiene sia causa ostativa alla compensazione tra i crediti e i debiti erariali formatisi, invece, nel corso della procedura stessa"*.

Ad ogni modo, posto che, ai sensi degli artt. 56 e 169 L. fall., se tra le attività sono presenti crediti erariali non ancora richiesti a rimborso, nell'ambito della procedura concordataria l'Amministrazione finanziaria può richiedere la compensazione legale di detti crediti con i debiti erariali del contribuente maturati anteriormente a tale data, fino a loro concorrenza, la suddetta compensazione andrebbe già prevista nella proposta di transazione fiscale presentata nell'ambito di detta procedura,

---

<sup>39</sup> Sono del pari da considerarsi non operative, in quanto superate dall'art. 56, la limitazione alla compensazione prevista dall'art. 28-ter del D.P.R. n. 602/1973 in sede di erogazione di un rimborso d'imposta, nonché le previsioni dei successivi artt. 28-quater e 28-quinquies, disciplinanti la compensazione dei debiti tributari con i crediti vantati dall'impresa debitrice nei confronti delle amministrazioni pubbliche per somministrazioni, forniture e appalti.

potendo essere altrimenti opposta dall'Amministrazione finanziaria in sede di certificazione del debito.

### **5. Natura e utilizzo dei flussi di cassa nel concordato preventivo con continuità**

Ai sensi dell'art. 160 comma 2, L.fall. la proposta concordataria può prevedere la falcidia e la dilazione dei crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca a patto che, però, il piano ne preveda la soddisfazione in una misura non inferiore, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato ottenibile in caso di liquidazione dei beni, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile a quest'ultimi o diritti sui quali insiste la causa di prelazione indicato nella relazione ex art. 161 L.fall. ; inoltre, il trattamento stabilito per ciascuna classe, se i creditori sono ripartiti in classi, non può però avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione.

Con riguardo ai crediti muniti di privilegio generale mobiliare (per i quali la prelazione ha a oggetto l'intero patrimonio del debitore e non singoli beni), tuttavia, la concreta applicazione di questa disposizione è foriera di alcune incertezze in ordine all'utilizzo del ricavato della liquidazione, poiché esso:

- secondo la c.d. tesi della priorità assoluta dovrebbe essere rigidamente destinato ai creditori privilegiati in base all'ordine delle cause di prelazione, con la conseguenza che un credito privilegiato potrebbe essere soddisfatto solo se vengono prima integralmente soddisfatti i crediti privilegiati di rango superiore<sup>98</sup>;
- secondo la c.d. tesi della priorità relativa potrebbe essere invece destinato alla soddisfazione di tutti i crediti privilegiati o chirografari anche in assenza dell'integrale soddisfacimento di quelli di rango superiore,

essendo unicamente necessario assicurare al credito privilegiato un trattamento migliore rispetto a quelli di rango inferiore.

Sulla base di alcuni indirizzi interpretativi l'adozione di una di tali tesi, in luogo dell'altra, si rifletterebbe anche sui criteri di distribuzione degli apporti esterni ("finanza esterna" o "esogena" o, più correttamente, "surplus concordatario"), i quali sarebbero soggetti al medesimo trattamento previsto relativamente alla distribuzione del patrimonio ricavabile dalla liquidazione dell'impresa, vale a dire del patrimonio di cui al comma 2 del citato art. 160. A chi scrive pare peraltro che, mentre da un lato la "tesi della priorità relativa" sia difficilmente applicabile ai fini dell'attribuzione ai creditori del predetto patrimonio, in quanto contrastante con il disposto della disposizione testé menzionata e con il soddisfacimento che i crediti di rango superiore riceverebbero alternativamente in caso di fallimento, dall'altro lato la distribuzione delle risorse finanziarie rientranti nella nozione di "finanza esterna" possa essere eseguita senza tenere conto dell'ordine delle cause di prelazione, in quanto non facenti parte di quel patrimonio che in caso di liquidazione dovrebbe essere ripartito secondo tale ordine<sup>40</sup>.

Poiché le risorse finanziarie rientranti nella nozione di "finanza esterna" sono sottratte alle regole del concorso e possono essere quindi liberamente (o comunque più liberamente) utilizzate dal debitore, è dirimente stabilire se in tale nozione rientrino o meno anche i flussi finanziari generati dalla prosecuzione dell'attività da parte del debitore nell'ambito del concordato preventivo in continuità. Anche su tale questione, invero, si registrano due diverse correnti di pensiero:

1) secondo un orientamento "restrittivo", nella nozione di "finanza esogena" rientrerebbero unicamente le risorse finanziarie messe a disposizione da terzi senza vincolo di restituzione, mentre *"la prosecuzione*

---

*dell'attività di impresa in sede concordataria non può comportare il venir meno della garanzia patrimoniale del debitore, che risponde dei suoi debiti con tutti i beni, presenti e futuri (art. 2740 c.c.), non creando la prosecuzione dell'attività di impresa un patrimonio separato o riservato in favore di alcune categorie di creditori (anteriori o posteriori alla domanda di concordato). Né pare consentito azzerare in sede concordataria il rispetto delle cause legittime di prelazione (art. 2741 c.c.), che è un corollario della responsabilità patrimoniale".* Per questa corrente di pensiero, dunque, i flussi finanziari generati dalla prosecuzione dell'attività rientrerebbero nella nozione di "nuova finanza" ma non in quella di "finanza esterna" (tuttavia spesso tali termini sono utilizzati anche come sinonimi e possono quindi essere fonte di equivoci; a ben vedere l'espressione più appropriata per qualificare le risorse di cui trattasi, come detto, dovrebbe essere quella di "surplus concordatario")<sup>41</sup>;

2) secondo un diverso orientamento, invece, le risorse finanziarie originate dalla prosecuzione dell'attività di impresa (ovvero i flussi finanziari disponibili o free cash flow), sebbene da essa provenienti, avrebbero natura "esogena", poiché non fanno parte del patrimonio dell'impresa debitrice all'apertura della procedura. Per questa diversa corrente di pensiero, infatti, il valore del patrimonio del debitore esistente in tale momento costituisce il limite di soddisfazione della garanzia dei creditori prelati ex art. 160, comma 2, L. fall. e, perciò, andrebbe tenuto distinto dal valore del patrimonio del debitore successivamente formatosi per effetto della prosecuzione dell'attività, con il quale va invece identificato il "surplus concordatario" al pari degli apporti finanziari esterni al patrimonio del debitore<sup>42</sup>. In altri termini, sulla base di questo indirizzo,

---

<sup>41</sup> Il concetto di "nuova finanza" risulta infatti più ampio di quello di "finanza esterna", comprendendo le nuove risorse finanziarie previste nel piano per sostenere la prosecuzione dell'attività e che non rientrano in questa seconda nozione, quali per esempio i prestiti erogati da terzi.

al divieto di alterazione delle cause legittime di prelazione e alla regola del concorso non dovrebbero soggiacere le risorse, di qualsiasi natura, che eccedono l'ammontare ricavabile dalla liquidazione dell'attivo (determinato sulla base della relazione prevista dal citato art. 160, comma 2).

Ciò posto, con la circolare n. 16/E/2018 l'Agenzia delle Entrate aveva mostrato di aderire all'orientamento restrittivo, avendo con essa sostenuto che i flussi generati dalla prosecuzione dell'attività, da parte dell'impresa debitrice nell'ambito di un concordato preventivo in continuità, avrebbero avuto natura "endogena" (in quanto non derivanti da un apporto esterno) e sarebbero stati quindi da considerare parte del patrimonio di tale impresa a un duplice fine:

a) per determinare il valore del patrimonio realizzabile in caso di liquidazione che, ai sensi del comma 1 dell'art. 182-ter, un professionista indipendente deve comparare con l'offerta formulata al Fisco dall'impresa debitrice mediante la proposta di transazione fiscale, allo scopo di attestarne la necessaria convenienza per l'Erario rispetto all'alternativa costituita dalla liquidazione dell'impresa stessa;

b) per stabilire se i suddetti flussi possano essere destinati liberamente dall'impresa debitrice al soddisfacimento di alcuni crediti piuttosto che di altri, posto che il patrimonio "endogeno", a differenza di quello "esogeno", come detto, almeno secondo l'orientamento più "rigido", dovrebbe essere utilizzato per il pagamento dei creditori secondo l'ordine delle cause di prelazione previste dalla legge e non liberamente (art. 160, comma 2, L. fall.).

Pertanto l'errore in cui è incorsa l'Agenzia delle Entrate, nel pretendere dall'attestatore di tenere conto - nella valutazione di convenienza - che i

---

<sup>42</sup> Rileva il Tribunale di Milano (6 dicembre 2018) che i flussi generati dalla prosecuzione dell'attività economica, la quale a propria volta è stata resa possibile unicamente per effetto dell'apporto di un soggetto terzo, sono anch'essi classificabili come "finanza esterna", per il semplice fatto che non esisterebbero in assenza di tale apporto.

flussi finanziari generati dalla continuità aziendale devono essere considerati finanza endogena (e non una risorsa economica nuova), è proprio quello di avere dato per scontato che, in base alla più rigida interpretazione dell'art. 160, comma 2, L. fall., il *quid pluris* generato dal risanamento aziendale debba essere destinato integralmente al soddisfacimento dei crediti privilegiati fino a concorrenza del loro ammontare. Si è invece dapprima evidenziato che così non è, in quanto questo orientamento ad oggi risulta non condiviso da molti tribunali, anche perché, se questa fosse l'interpretazione corretta della norma testé citata, in caso di incapienza dell'attivo si renderebbe obbligatorio l'apporto esterno di nuove risorse finanziarie per la soddisfazione dei creditori chirografari, che dunque diventerebbe condizione di ammissibilità della proposta concordataria pur in assenza di una disposizione in tal senso. Inoltre, se fosse corretta l'interpretazione fatta propria dall'Agenzia, non potendosi utilizzare i flussi finanziari generati dalla prosecuzione dell'attività, in assenza di (altri) apporti esterni non residuerebbero risorse per soddisfare (nemmeno parzialmente) quelli chirografari e, non avendo allora questi alcuna convenienza ad esprimere un voto favorevole alla proposta concordataria, essa risulterebbe di fatto inattuabile, laddove consentisse un trattamento dei crediti più favorevole rispetto all'alternativa ipotesi della liquidazione fallimentare.

Sotto questo profilo, la tesi interpretativa dell'Agenzia non appare conforme alla ratio dell'art. 182-ter, comma 1, L. fall., che - come detto - richiede all'attestatore di confrontare il trattamento dei crediti tributari contemplato dalla proposta di transazione fiscale con quello discendente dalla liquidazione fallimentare dell'impresa debitrice e, ai fini della determinazione del parametro di raffronto, non può rilevare il "patrimonio futuro" di quest'ultima. Infatti, per quantificare il soddisfacimento derivante dallo scenario alternativo indicato dall'art. 160, comma 2, l'attestatore deve valutare la situazione che si verificherebbe in caso di fallimento del debitore, senza dunque tenere conto della prosecuzione

dell'attività attraverso modalità e interventi che sono attuabili nel concordato preventivo (ma non nel fallimento), giacché tra la continuazione dell'attività economica ivi prevista e i flussi finanziari che ne discenderebbero sussiste un evidente rapporto di causa-effetto, nel senso che questi non potrebbero manifestarsi senza l'attuazione del risanamento indicato nel relativo piano: quest'ultimo non è che il frutto della ristrutturazione dell'azienda, delle azioni strategiche volte alla riduzione dei costi e al conseguimento di maggiori ricavi, della conversione di debiti in equity nonché dell'acquisizione di nuovi investimenti - da parte dei soci o di nuovi finanziatori - destinati a sostenere la continuazione dell'attività (che costituisce quindi l'indefettibile presupposto di tutte le suddette misure).

Lo si desume altresì dalle disposizioni contenute negli artt. 104 e 104-bis L. fall., che ammettono la prosecuzione dell'attività economica (nella forma dell'esercizio provvisorio o dell'affitto d'azienda) soltanto a titolo temporaneo, qualora ciò sia considerato (nel primo caso) strettamente necessario per non recare maggiore pregiudizio ai creditori oppure (nel secondo) conveniente per rendere più proficua la vendita del complesso aziendale. In entrambi i casi, la continuazione dell'attività è ammessa soltanto nella prospettiva di conseguire una migliore liquidazione, ma mai in un'ottica di risanamento, che rimane del tutto estranea rispetto alla procedura fallimentare. Ne consegue che le stime effettuate dal curatore (e, prospetticamente, dall'attestatore) non potranno riguardare un'azienda in normale esercizio, essendo l'eventuale prosecuzione in via temporanea dell'attività diretta unicamente alla conservazione dell'azienda in uno stato di efficienza, al fine di preservare il valore residuo che ancora c'è (e non per generare nuovo valore)<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Al riguardo, come rilevato nelle "Linee guida per la valutazione di aziende in crisi", elaborato dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili e dalla Società Italiana dei Docenti di Ragioneria ed Economia Aziendale, *"Il professionista deve tener conto della reale situazione in cui versa l'azienda o il ramo*

La situazione cui deve far riferimento è infatti quella prevista dall'art. 105 L. fall., il quale disciplina, appunto, la vendita (mediante procedure competitive) dell'azienda nello stato in cui si trova, in maniera unitaria oppure attraverso singoli rami oppure ancora atomisticamente, senza potere considerare gli effetti derivanti dagli atti previsti nella proposta concordataria per riportare l'azienda in una condizione di equilibrio economico. Del resto, se l'attivo discendente dall'ipotesi della liquidazione fallimentare dovesse essere valutato anche assumendo l'avvenuta attuazione delle misure previste nella proposta concordataria, non si vede come essa potrebbe essere definita quale ipotesi alternativa.

Pertanto, poiché i flussi finanziari generati dalla prosecuzione dell'attività economica post risanamento non potrebbero entrare nel patrimonio del debitore in caso di fallimento, essi non possono essere considerati nel computo dell'attivo di liquidazione da destinare al soddisfacimento dei creditori privilegiati e, quindi, nemmeno nella valutazione del trattamento che sarebbe riservato ai crediti tributari in tale ipotesi.

In ragione delle censure sopra evidenziate l'Agenzia delle Entrate<sup>44</sup> ha ora rettificato il tiro, affermando che, nonostante la natura "endogena" dei flussi di cui trattasi, di essi non va tenuto conto ai fini della comparazione sub a). Questa precisazione è assai opportuna, perché ciò che il citato art. 182-ter richiede di comparare è chiaro: il pagamento offerto con il soddisfacimento discendente dall'alternativa liquidazione fallimentare, per quantificare il quale il professionista indipendente, deve considerare la situazione che si verificherebbe in caso di fallimento del debitore, senza tener conto di scenari non realizzabili in tale circostanza, qual è appunto quello della prosecuzione dell'attività attraverso modalità e interventi che

---

*d'azienda che si intende cedere o affittare o conferire" e nel caso di affitto di azienda " deve considerare l'effettiva capacità di creazione dei flussi finanziari attesi nell'orizzonte interessato, senza considerare i benefici apportati dalla possibile gestione del terzo cessionario o affittuario. L'affitto di azienda deve essere valutato considerando le finalità conservative e di mantenimento dell'efficienza dei complessi aziendali, nonché dei costi di manutenzione ordinari e straordinari che il terzo potrebbe essere tenuto a sopportare o assumere a proprio".*

<sup>44</sup> Circolare 34/E 29 dicembre 2020

sono attuabili nel concordato preventivo ma non nel fallimento, e dunque senza considerare i flussi suscettibili di essere generati solo da tale attività.

L'Agenzia pare inoltre favorevole all'adozione di una disciplina meno rigida circa la distribuzione ai creditori dei flussi generati dalla prosecuzione dell'attività.

Ad ogni buon conto, con riguardo alla posizione assunta dall'Agenzia delle Entrate merita in primis rilevare che l'asserzione circa la natura "endogena" dei flussi generati dalla prosecuzione dell'attività, che assume rilevanza ai fini della determinazione del patrimonio da distribuire ai creditori secondo le regole del concorso, trae origine dai principi sopra richiamati, secondo cui (i) la prosecuzione dell'attività d'impresa in sede concordataria non può comportare il venir meno della garanzia patrimoniale del debitore, che risponde dei suoi debiti con tutti i beni, presenti e futuri (ex art. 2740 c.c.) e (ii) non sarebbe consentito azzerare mediante il concordato il rispetto delle legittime cause di prelazione (ex art. 2741 c.c.). In realtà, tale posizione non sembra considerare che:

- la regola generale dell'attribuzione ai creditori privilegiati di tutto il patrimonio del debitore fino a concorrenza dei loro crediti posta dall'art. 160, comma 2, L. fall. - che è indefettibile nel concordato liquidatorio, salvo l'apporto di nuova finanza che può essere utilizzata anche senza il rispetto di tale ordine, proprio perché non promana dal patrimonio del debitore e non è vincolata a garantirne le obbligazioni - deve essere nel concordato in continuità limitata, quanto al tempo, alla data della presentazione della domanda di concordato e, quanto all'entità, al patrimonio del debitore esistente in quel momento;
- la verifica della violazione o meno dell'ordine della prelazione deve essere quindi eseguita con riferimento alla predetta data, perché ciò che è valutabile ai fini della capienza è solo il patrimonio del debitore esistente

in tale momento, e non quello che residuerà, dopo vari anni e vari interventi altrimenti inattuabili. Infatti, senza concordato il risanamento non sussisterebbe per nulla, o avrebbe quanto meno una ben diversa consistenza, e certamente non sussisterebbero in tal caso i flussi generabili dalla continuità dell'attività, che è incompatibile con la liquidazione;

- la natura "esogena" di un'entrata non dipende dalla fonte dalla quale quest'ultima proviene, ma dal maggior valore derivante dall'attuazione del piano concordatario e comprende dunque anche quello generato dalla prosecuzione dell'attività dell'impresa.

Una volta determinato il patrimonio da destinare ai creditori secondo le regole del concorso, resta in ogni caso necessario stabilirne il criterio di distribuzione, posto che - come dianzi riferito - dall'applicazione delle disposizioni recate dal comma 2 dell'art. 160 L. fall. potrebbe alternativamente discendere che:

a) non può essere pagato un creditore privilegiato di grado inferiore, e a maggior ragione un creditore chirografario, se prima non sono stati integralmente soddisfatti i creditori privilegiati di rango superiore (tesi della "priorità assoluta");

b) è ammissibile il pagamento di creditori privilegiati di rango inferiore e chirografari, anche quando i crediti privilegiati di grado superiore non sono stati integralmente soddisfatti, purché a questi ultimi sia riservato un trattamento migliore (tesi della "priorità relativa").

Si è inoltre aggiunto che, anche ferma restando l'applicabilità della regola della "priorità assoluta" con riguardo al patrimonio di cui al comma 2 dell'art. 160, la ripartizione del "surplus concordatario", cioè dell'eccedenza generata da apporti di terzi e dai flussi gestionali, dovrebbe

poter avvenire senza dover tenere necessariamente conto dell'ordine delle cause di prelazione.

In merito a questo secondo profilo l'Agenzia delle Entrate, pur continuando ad aderire all'indirizzo che esclude la natura di "finanza esterna" dei flussi generati dalla prosecuzione dell'attività d'impresa (e quindi la possibilità di destinarli liberamente), pare orientarsi verso l'applicazione della tesi della "priorità relativa" circa la ripartizione del "surplus concordatario".

Pertanto, allo stato dell'arte, ai fini dell'approvazione della proposta di transazione fiscale formulata nell'ambito di un concordato preventivo in continuità, pur essendo i suddetti flussi da qualificare come "endogeni" e dunque non potendo essere considerati dall'Agenzia delle Entrate liberamente attribuibili ai creditori:

- la comparazione, fra il soddisfacimento dei debiti fiscali offerto con la proposta di transazione fiscale e quello alternativamente conseguibile dal Fisco mediante la liquidazione del patrimonio dell'impresa, può essere eseguita senza far concorrere tali flussi alla formazione di detto patrimonio;
- è sufficiente prevedere un trattamento dei crediti fiscali più vantaggioso di quello destinato ai crediti privilegiati di grado inferiore e a quelli chirografari, purché sia al tempo stesso migliore rispetto al soddisfacimento che tali crediti riceverebbero mediante l'alternativa liquidazione, e non è necessario stabilirne l'integrale pagamento fino a concorrenza del valore del patrimonio comprensivo di tali flussi (peraltro il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza prevede, con decorrenza da quando entrerà in vigore, che l'alternativa da considerare sarà costituita anche a questo riguardo dalla liquidazione dell'impresa debitrice).

## **6. I creditori strategici**

Il tema concernente i criteri di distribuzione delle risorse finanziarie (endogene o esogene) disponibili si connette al rispetto del divieto del trattamento deteriore dei crediti erariali imposto dal comma 1 dell'art. 182-ter, a norma del quale il soddisfacimento proposto per i crediti tributari privilegiati, in termini di percentuale, tempi di pagamento ed eventuali garanzie offerte, non può essere meno conveniente rispetto a quello proposto ai creditori del medesimo rango o di rango inferiore, mentre il soddisfacimento proposto per i crediti tributari aventi natura chirografaria, o degradati in chirografo, non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole.

Tale confronto si può presentare controverso in presenza dei c.d. creditori strategici, ovverosia dei fornitori di beni e servizi essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare il miglior soddisfacimento dei creditori. Infatti, nell'ambito del concordato preventivo con continuità aziendale l'art. 182-quinquies, comma 5, consente al debitore di chiedere al Tribunale di essere autorizzato a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori; analogamente, un trattamento particolarmente favorevole può essere previsto per quei fornitori che, seppur senza ricevere alcun pagamento anticipato rispetto agli altri creditori, si impegnano a continuare a fornire beni e servizi all'impresa debitrice, fermo restando quindi il loro pagamento mediante un riparto ordinario congiuntamente ad altri creditori. Conseguentemente, nonostante la loro natura sia il più delle volte chirografaria, ai suddetti creditori viene offerto dall'impresa

concordataria - per spingerli a continuare a fornirle i loro beni e servizi - un soddisfacimento migliore di quello proposto ai creditori privilegiati, in deroga all'ordine delle cause di prelazione previste dalla legge.

Ci si è perciò chiesti se la previsione di un pagamento dei "creditori strategici" chirografari superiore a quello proposto per i crediti fiscali potesse dar luogo a una violazione del principio del trattamento non deteriore dell'Erario sopra enunciato. A ben vedere, un miglior trattamento dei "creditori strategici" non è mai parso penalizzante per il Fisco, avendo esso necessariamente lo scopo di rendere possibile, in virtù della regolare fornitura di beni e servizi essenziali, la prosecuzione dell'attività dell'impresa e, attraverso di essa, il miglior soddisfacimento dei crediti, inclusi quelli tributari; tuttavia, in assenza di disposizioni legislative e di istruzioni in merito, e quindi nell'impossibilità di prevedere il comportamento dell'Amministrazione finanziaria (che non si era espressa in proposito nell'ambito della circolare n. 16/E/2018), le imprese hanno spesso prudentemente evitato di offrire ai creditori di cui trattasi un soddisfacimento superiore a quello proposto all'erario, assumendosi il rischio del mancato sostegno da parte di tali fornitori.

Su questa questione l'Agenzia delle Entrate ha ora assunto posizione, confermando opportunamente la legittimità della deroga del principio del divieto di trattamento deteriore dei crediti tributari a favore dei "creditori strategici", alla luce del trattamento preferenziale ad essi espressamente riconosciuto (dal citato art. 182-quinquies L. fall.) in ragione della essenzialità del loro apporto alla gestione dell'impresa e della salvaguardia della sua prosecuzione. Tuttavia, proprio perché il trattamento più favorevole concesso ai creditori strategici deroga al divieto di trattamento deteriore, il debitore non può limitarsi ad enunciare il requisito dell'indispensabilità delle prestazioni da questi rese, ma deve dimostrarne la ricorrenza in maniera oggettiva, precisa e tangibile.

## **7. Il rapporto con gli istituti deflativi del contenzioso**

I crediti fiscali in contestazione, in quanto discendenti da atti notificati e impugnati dinanzi ai giudici tributari o per i quali sono ancora pendenti i termini di impugnazione, al momento di pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o (nell'accordo di ristrutturazione dei debiti) di presentazione della proposta di transazione fiscale, possono essere definiti sia mediante il ricorso agli istituti deflativi del contenzioso, sia tramite la stessa proposta di transazione fiscale, sebbene i primi si fondino su presupposti diversi da quelli che caratterizzano la seconda e abbiano finalità differenti.

L'accertamento con adesione, infatti, pur prevedendo il consenso del contribuente, rimane pur sempre un procedimento di accertamento avente lo scopo di determinare le imposte dovute dal soggetto destinatario di un controllo fiscale, seppur considerando i fatti e gli argomenti rappresentati a tale fine da quest'ultimo; nella mediazione e nella conciliazione giudiziale l'Amministrazione finanziaria deve invece valutare l'opportunità di definire una controversia in accordo con il contribuente, apprezzando anche aspetti diversi da quelli che conducono alla determinazione dell'imponibile secondo la normativa vigente, quali il rischio di soccombenza nel giudizio alla luce dei motivi di difesa dispiegati dal contribuente, l'assenza di un indirizzo giurisprudenziale univoco favorevole o la presenza di un indirizzo in corso di formazione, risparmiando tempo e risorse, che possono in taluni casi risultare maggiori del vantaggio derivante dalla prosecuzione della stessa.

La transazione fiscale non attiene a nulla di tutto ciò: fonda il proprio presupposto sull'incapacità del contribuente di pagare i propri debiti tributari, indipendentemente dal fatto che si tratti, o meno, di somme pacificamente dovute e ha lo scopo di consentire al Fisco di recuperare i suoi crediti nella misura più elevata possibile, alla luce della situazione di crisi finanziaria in cui l'impresa che vi ricorre deve necessariamente

trovarsi per potersene avvalere, favorendo, ove possibile - come si è già rilevato - la prosecuzione di un'attività d'impresa e salvaguardandone dipendenti e fornitori, anche nell'ottica della produzione di ulteriori redditi tassabili da parte di costoro.

Inoltre la rideterminazione dell'obbligazione tributaria attraverso l'accertamento con adesione, la mediazione o la conciliazione giudiziale ha effetto novativo, poiché viene ex novo quantificato l'importo della pretesa, mentre, come l'Agenzia delle Entrate ha anche ribadito, la rideterminazione del quantum dei crediti tributari contestati (sia nell'ambito della proposta concordataria, sia nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione) non produce effetto novativo; di conseguenza, in caso di risoluzione o annullamento del concordato (ovvero di risoluzione dell'accordo di ristrutturazione), l'obbligazione tributaria riviverebbe nel suo originario ammontare, ferma restando l'estinzione del relativo giudizio.

Alla luce di quanto testé riferito, l'accertamento con adesione, la mediazione tributaria e la conciliazione giudiziale, da un lato, e la transazione fiscale, dall'altro lato, possono convivere e coordinarsi sia nel concordato preventivo sia nell'ambito di un accordo di ristrutturazione dei debiti. Nella prima fattispecie il ricorso agli istituti deflattivi del contenzioso in presenza di una proposta di transazione fiscale può generare le seguenti situazioni:

a) la definizione del credito tributario è stata effettuata prima dell'apertura della procedura, ma le somme che ne discendono non sono state interamente versate anteriormente all'apertura della procedura. In questo caso tali somme costituiscono un credito concorsuale, che, in quanto tale, subisce le regole del concorso. Pertanto, esse sono soggette alla falcidia concordataria e vengono quindi soddisfatte solo nella percentuale offerta all'Erario con la proposta di concordato, con possibilità di essere pagate mediante una dilazione ben più ampia di quella

consentita dalle norme che disciplinano gli istituti deflattivi, purché tale maggior dilazione sia oggetto della proposta concordataria;

b) la definizione del credito tributario ha luogo nel corso della procedura. In questo caso non viene meno, ai fini del perfezionamento dell'accertamento con adesione e della mediazione, l'obbligo - a tal fine previsto dalle norme che disciplinano detti istituti - di versare l'importo che ne deriva, ovvero la prima rata di tale importo se si opta per un pagamento rateale: conseguentemente l'utilizzo di questo istituto comporta la necessità sia dell'autorizzazione del Tribunale a eseguire anticipatamente il pagamento di debiti che, essendo relativi a presupposti impositivi insorti prima dell'apertura della procedura, hanno natura concorsuale, sia l'attestazione della funzionalità di tali pagamenti rispetto al migliore soddisfacimento dei creditori. Analoga necessità di pagamento (dell'importo dovuto ovvero della relativa prima rata) non sussiste invece con riguardo alla conciliazione giudiziale, poiché, ai fini del suo perfezionamento, non è più richiesto alcun pagamento preliminare ed è sufficiente la sottoscrizione del relativo accordo. Gli importi dovuti sulla base degli istituti di cui trattasi, con riguardo alle rate successive alla prima nell'adesione e nella mediazione e all'intero importo nella conciliazione, possono tuttavia essere versati anche sulla base di una dilazione più ampia di quella consentita dalle norme che ordinariamente disciplinano detti istituti, qualora tale maggior dilazione sia prevista dalla proposta concordataria e questa vanga approvata dai creditori con le maggioranze di legge, indipendentemente dalla sorte della transazione fiscale. Mentre l'accertamento con adesione impedisce il sorgere di un contenzioso, il perfezionamento della mediazione e della conciliazione comportano l'estinzione del giudizio precedentemente radicato. L'accertamento con adesione, la mediazione e la conciliazione producono un effetto novativo e conseguentemente il credito erariale che ne discende rimane tale anche nel caso in cui il concordato venga successivamente annullato o risolto;

c) la definizione del credito contestato dal Fisco ha luogo nel corso della procedura, senza ricorso agli istituti deflattivi del contenzioso sopra ricordati. Tale definizione può essere conseguita, infatti, anche senza l'utilizzo di detti istituti, attraverso una proposta di transazione fiscale che disciplini il trattamento di tali crediti e preveda la conseguente estinzione dei relativi giudizi per cessata materia del contendere, a patto che la proposta venga specificamente approvata dall'Agenzia delle Entrate. In assenza di tale approvazione nessuna definizione può prodursi solo in virtù dell'approvazione del concordato da parte dei creditori con le maggioranze di legge, l'unico effetto della quale, a seguito della omologazione del concordato e senza approvazione della transazione fiscale, rimane la determinazione dell'importo dovuto all'esito del contenzioso sulla base della percentuale di soddisfacimento offerta all'Amministrazione finanziaria. A differenza di quanto accade nelle precedenti ipotesi sub a) e b), non si produrrebbe alcun effetto novativo e quindi, qualora il concordato venga annullato o risolto, l'obbligazione tributaria riviverebbe nel suo ammontare originario.

#### **8. La durata del piano di risanamento e la dilazione del pagamento dei debiti tributari**

Nel formulare la proposta di transazione fiscale occorre considerare che, secondo la prassi dell'Agenzia delle Entrate, la dilazione di pagamento dei tributi e delle relative sanzioni concedibile in tale sede non deve essere superiore a quella prescritta in via ordinaria dall'art. 19 del D.P.R. n. 602/1973. Ai sensi di detta disposizione, l'agente per la riscossione - in via ordinaria - può concedere una dilazione di pagamento dei tributi e degli accessori dovutigli fino a settantadue rate mensili, che corrispondono a una durata della dilazione pari a 6 anni, prorogabili fino a ulteriori 72 mesi in caso di comprovato peggioramento della situazione. A seguito della modifica recata a tale norma dall'art. 52 del D.L. 21 giugno 2013, n. 69, la

rateazione può essere aumentata fino a centoventi rate mensili ove il debitore si trovi, per ragioni estranee alla propria responsabilità, in una comprovata e grave situazione di difficoltà legata alla congiuntura economica<sup>45</sup>. La rateizzazione concessa, infine, può essere aumentata fino ad un massimo di ulteriori settantadue rate mensili in caso di peggioramento della situazione finanziaria del contribuente.

Stante il riferimento al "periodo ordinario" di dilazione prescritto dall'art. 19, e non al periodo complessivamente utilizzabile, ne discende che, in sede di transazione fiscale, la dilazione non potrebbe essere concessa di regola per un periodo superiore a 6 anni. Tuttavia, l'Agenzia delle Entrate ha talora approvato proposte di transazione fiscale contenenti dilazioni sino a 18 anni, con 3 anni di pre-ammortamento, in considerazione del fatto che, in assenza di transazione fiscale, l'impresa debitrice non sarebbe stata in grado né di conseguire il risanamento aziendale, né, conseguentemente, di assolvere i debiti tributari in misura più elevata e/o in tempi più rapidi rispetto a quanto previsto nella proposta di transazione fiscale proposta. Il richiamo al "periodo ordinario" va dunque inteso come mero parametro di riferimento, dovendosi in concreto valutare la dilazione proposta dal contribuente alla luce delle previsioni dei flussi finanziari e di cassa del medio periodo, allo scopo di verificare se, in considerazione dell'entità e dei tempi dei pagamenti offerti dal contribuente, il recupero delle somme riscuotibili mediante la proposta di transazione fiscale è maggiore, più certo e/o più celere e garantito di quello alternativamente attuabile.

Sotto questo aspetto assumono rilevanza anche le garanzie eventualmente offerte a presidio dei crediti erariali, sebbene l'assenza di

---

<sup>45</sup> Come stabilito dal comma 1-quinquies dell'art. 19 del D.P.R. 602/1973, tale situazione ricorre in caso di impossibilità per il contribuente di assolvere il pagamento del credito tributario secondo un piano di rateizzazione ordinario e, contestualmente, se la valutazione della solvibilità del contribuente in relazione al piano di rateazione consenta la concessione della rateizzazione.

garanzie non sia di per sé ostativa all'accoglimento della dilazione, in specie se non eccedente i 6 anni.

Ciò posto, generalmente i Tribunali non ritengono ammissibili le proposte di concordato preventivo fondate su piani di risanamento che abbiano una durata superiore a 5/6 anni, sia perché l'affidabilità delle previsioni che ne sono oggetto è tanto inferiore quanto più ampio è il periodo cui esse si riferiscono, sia in attuazione del principio affermato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione con la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521, circa la necessità, ai fini della fattibilità del concordato, che il soddisfacimento dei creditori avvenga, oltre che in misura non irrisoria, anche "in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti", costituendo la celere esecuzione del concordato "causa concreta" del concordato stesso. Ciò nonostante, secondo l'Agenzia il pagamento dei debiti fiscali può legittimamente avvenire con una dilazione più ampia della durata del piano, dipendendo tale decisione solo dal singolo creditore e quindi, relativamente ai debiti fiscali, dall'Amministrazione finanziaria; è pertanto consentita una dilazione di pagamento avente una durata superiore a quella del piano, ma tale maggior dilazione influisce sulla comparazione tra il trattamento offerto al Fisco e quello degli altri creditori, il che induce l'Agenzia a escludere, in tali casi, una dilazione superiore a 10 anni. Questo indirizzo è del tutto ragionevole, costituendo una necessaria conseguenza dell'applicazione del principio del divieto di trattamento deteriore dell'Erario espressamente sancito dall'art. 182-ter. Esso si presta tuttavia a qualche possibile equivoco, che è meglio evitare.

Il primo equivoco riguarda la suddetta comparazione, che deve essere eseguita, non tra la dilazione di pagamento proposta al Fisco e l'arco temporale del piano, ma tra il trattamento offerto all'Agenzia delle Entrate mediante la transazione fiscale e quello previsto dalla proposta concordataria per i crediti privilegiati di rango inferiore e chirografari, avendo riguardo, come la stessa Agenzia ha più volte affermato, alla

percentuale di soddisfacimento dei crediti, alla dilazione di pagamento e alle garanzie da cui i crediti vengono assistiti. Pertanto la durata della dilazione proposta al Fisco costituisce solo uno dei fattori da considerare ai fini della comparazione richiesta dalla norma sopra citata, e generalmente nemmeno quello più rilevante, e, inoltre, non ha in ogni caso molto senso comparare la durata della dilazione di pagamento offerta all'Amministrazione finanziaria con quella del piano, tranne che nei casi in cui quest'ultima coincida con la dilazione di pagamento degli altri debiti: dovrebbe infatti rilevare - anche ai fini della valutazione di questo specifico fattore - il confronto con i tempi di pagamento previsti dalla proposta concordataria relativamente ai crediti privilegiati di rango inferiore e chirografari, i quali possono abbracciare un arco temporale superiore a quello del piano. Infatti, come dimostrano i principi di redazione dei piani di risanamento approvati dal consiglio nazionale dei dottori commercialisti, non è necessario che nell'arco temporale del piano si verifichi l'estinzione di tutti debiti, poiché il risanamento dell'esposizione debitoria può considerarsi raggiunto allorché il debito sia sostenibile e coerente con i flussi di cassa liberi al servizio del debito e con il livello di patrimonializzazione dell'impresa debitrice; il che significa che, una volta raggiunto il risanamento propriamente inteso, l'estinzione dei debiti, seppur nel rispetto del principio affermato dalla Corte di cassazione sopra richiamato, può essere completata, in particolar modo attraverso specifici accordi con i creditori, anche negli anni successivi, utilizzando a tal fine i flussi di cassa liberi prodotti dalla gestione aziendale, individuabili sulla base di un andamento inerziale dell'attività esercitata che può essere estrapolato da quello previsto relativamente agli ultimi anni inclusi nel piano.

Il secondo equivoco da evitare è quello di attribuire al predetto indirizzo un valore assoluto, che prescinde cioè dal caso con riferimento al quale è stato enunciato, assumendo conseguentemente che il termine decennale costituisca la durata ordinaria della dilazione discendente dalla transazione

fiscale. Ciò è infatti escluso dallo stesso art. 182-ter, il quale ripugna soluzioni forfettarie e generalizzate e, al contrario, richiede un trattamento dei crediti erariali "su misura", variabile da contribuente a contribuente e da caso a caso, in considerazione della specifica situazione finanziaria e delle previsioni di recupero dell'equilibrio economico di ogni singola impresa. Fortunatamente la prassi degli Uffici dell'Agenzia delle Entrate valuta la durata delle dilazioni proposte sulla base della capacità di pagamento delle imprese debentrici e non esclude quindi, quando è necessario, dilazioni anche di 15/20 anni.

#### **9. La moratoria di pagamento nel concordato in continuità: limiti e diritto di voto**

Alla dilazione di pagamento del credito privilegiato, stabilita nel piano concordatario, è direttamente connessa la questione del diritto di voto spettante al titolare dello stesso. Dispone infatti l'art. 186-bis, comma 2, lett. c), L. fall. che "il piano può prevedere, fermo quanto disposto dall'art. 160 seconda comma, una moratoria fino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni sui quali sussiste la causa di prelazione. In tal caso, i creditori muniti di cause di prelazione di cui al periodo precedente non hanno diritto di voto". Infatti, nonostante la diversa opinione di chi vi rinveniva un limite temporale inderogabile alla dilazionabilità dei crediti prelatizi, la Corte di cassazione ha in più occasioni riconosciuto al riguardo che la norma testé citata non impone alcuna soglia temporale (intendendo solo escludere espressamente dal diritto di voto i creditori prelatizi per cui è previsto un pagamento con moratoria infrannuale) e che, tuttavia, in caso di moratoria ultrannuale da essa discende un pregiudizio per il creditore, cui consegue il riconoscimento del diritto di voto (senza che ciò comporti una rinuncia implicita alla prelazione) ai sensi dell'art. 177, comma 3, L. fall.

Orbene, secondo una certa corrente di pensiero il diritto di voto dovrebbe essere attribuito per l'integrale ammontare del credito, anziché per la differenza tra tale ammontare e il valore attuale dello stesso. Questa tesi, però, non è affatto condivisibile, perché se così fosse, sarebbe assegnato un peso eccessivo a creditori comunque destinati a essere soddisfatti per intero e ciò potrebbe generare un rischio di inquinamento delle maggioranze.

Secondo la diversa tesi sostenuta dai giudici di legittimità, considerata l'impossibilità di assimilare il pagamento integrale e immediato al pagamento integrale ma dilazionato e con corresponsione degli interessi, "è giusto affermare che, nel secondo caso, i creditori privilegiati debbono poter partecipare al voto sulla proposta di concordato nei limiti della perdita consequenziale", vale a dire nel limite della perdita sofferta per il ritardo, da considerare alla stregua di una quota del credito non soddisfatta. Infatti, prosegue la Corte di cassazione, "il pagamento integrale e immediato consente al creditore di disporre prontamente della somma all'atto dell'omologazione, e di deciderne quindi ogni eventuale utilizzo, mentre il pagamento (integrale ma) differito, per quanto compensato dagli interessi, non solo non consente l'impiego totale della somma corrispondente al titolo ma espone, altresì, il creditore a un rischio supplementare di inadempimento del debitore prolungato nel tempo".

A favore di questa seconda opinione risulta essersi espressa l'Agenzia delle Entrate, per la quale, in caso di dilazione di pagamento di oltre un anno (rispetto alla scadenza naturale) dei crediti erariali, al Fisco deve essere attribuito il diritto di voto in funzione della perdita economica sofferta per il ritardo, sebbene tali crediti vengano integralmente soddisfatti e indipendentemente dal riconoscimento degli interessi legali per l'intera durata della dilazione.

Un'altra questione sollevata dal citato art. 186-bis, comma 2, attiene alle condizioni cui è subordinata la possibilità di prevedere nel piano concordatario la dilazione ultrannuale dei crediti privilegiati.

In base a un primo orientamento, la norma testé citata consentirebbe il pagamento ultrannuale a condizione che i creditori prelatizi cui questo è offerto vengano ammessi al voto, essendo in questo caso il loro trattamento equiparabile a un pagamento non integrale. In base a un altro orientamento, invece, la moratoria oltre l'anno sarebbe proponibile dal debitore ai creditori prelatizi a condizione che questi vi abbiano acconsentito attraverso la stipula di un apposito patto. In questo secondo caso, l'accoglimento della proposta di transazione fiscale da parte dell'Agenzia delle Entrate, indipendentemente dal suo rilievo ai fini del raggiungimento delle maggioranze, risulterebbe decisivo ai fini della possibilità di soddisfare i crediti fiscali oltre un anno dalla omologazione, essendo essi assistiti da causa di prelazione ed essendo quindi soggetti alla disciplina del novellato art. 86.

Tuttavia, gli indirizzi forniti dall'Agenzia delle Entrate depongono a favore della prima soluzione, nel senso che da essi si desume che la condizione per considerare ammessa la moratoria ultrannuale dei crediti erariali è costituita dall'attribuzione del diritto di voto da esercitarsi ai sensi del combinato disposto degli artt. 117, comma 3, e 182-ter L. fall.. Altrimenti detto, l'Agenzia riconosce che, anche in caso di voto contrario della stessa alla proposta concordataria contenente una moratoria ultrannuale dei crediti erariali, quest'ultima è omologabile con il raggiungimento delle maggioranze richieste dalla Legge fallimentare<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Nel medesimo senso si è espressa la Corte di Cassazione con la recente sentenza del 18.06.20 n.11892.

## **10. Gli effetti della transazione fiscale sul potere di accertamento dell'Agenzia delle Entrate**

L'altra questione controversa emersa con riferimento all'istituto della transazione fiscale è quella relativa alla preclusione o meno per l'Agenzia delle Entrate di operare nuovi accertamenti; ciò in virtù della dubbia interpretazione della locuzione "consolidamento del debito fiscale", contenuta nel comma 2 del previgente art. 182-ter, da cui si sarebbe potuto anche desumere il divieto, per l'Amministrazione finanziaria, di esercitare gli ordinari poteri di accertamento in ordine ai tributi oggetto della transazione fiscale, relativamente agli anni interessati dalla stessa.

Come dapprima riferito, su tale tema la dottrina si era divisa tra chi considerava preclusa unicamente l'attività liquidatoria dei tributi (ovverosia i controlli formali), restando intatti gli ordinari poteri di verifica e accertamento, e chi riteneva sussistere una inibizione "assoluta" (nei termini di seguito meglio precisati).

Ad ogni buon conto, con l'entrata in vigore della Legge n. 232/2016 è stato eliminato il riferimento al "consolidamento" del debito tributario (sul quale si fondava questa seconda tesi), per il che la presentazione della proposta ai sensi dell'art. 182-ter e il consenso eventualmente manifestato dall'Agenzia delle Entrate alla proposta concordataria non producono l'effetto di cristallizzare il debito tributario. Ne discende che, a seguito delle modifiche recate dalla Legge di bilancio 2017, non può più ritenersi precluso l'esercizio da parte di quest'ultima degli ordinari poteri di accertamento con riguardo ai tributi maturati anteriormente alla presentazione della domanda concordataria.

Sotto questo aspetto, quindi, il nuovo assetto normativo si rivela certamente meno favorevole per la conclusione positiva della procedura concordataria, in contrasto con lo spirito che ne aveva caratterizzato la riforma, anche se in dottrina è stata prospettata la possibilità di ritenere comunque tale effetto applicabile (nonostante l'eliminazione del

riferimento al "consolidamento del debito tributario" dall'art. 182-ter) in considerazione della ratio dell'istituto.

### **11. La sorte delle liti fiscali pendenti**

Anteriormente alle modifiche recate dalla Legge n. 232/2016, l'art. 182-ter L. fall. indicava, tra gli effetti discendenti dal perfezionamento della transazione fiscale (presentata nell'ambito del concordato preventivo), la cessazione della materia del contendere nelle liti riguardanti i tributi oggetto della transazione fiscale (comma 5), qualsiasi fosse il grado di giudizio in cui si trovavano. Tale disposizione derogava alla previsione contenuta nell'art. 176 L. fall., a norma del quale, nell'ambito del concordato preventivo, il giudice delegato può ammettere provvisoriamente in tutto in parte i crediti contestati ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze, senza che ciò pregiudichi le pronunzie definitive sulla sussistenza dei crediti stessi.

La modifica normativa ha sollevato delicate questioni interpretative, in particolare con riguardo all'eventuale sussistenza di un obbligo (implicito) di definire con l'Agenzia delle Entrate i contenziosi in essere attraverso il ricorso (preliminare o contestuale) ad altri istituti, alla luce della previsione contenuta nel comma 2 dell'art. 182-ter concernente l'oggetto della certificazione del debito fiscale, che - come dianzi riferito - riguarda anche "l'entità del debito derivante da atti di accertamento, ancorché non definitivi". Tuttavia, la tesi secondo cui l'inserimento di tali importi nella certificazione del debito fiscale avrebbe costretto il debitore necessariamente a definire i contenziosi in essere mediante la proposta presentata ai sensi dell'art. 182-ter appariva in contrasto con la menzionata abrogazione del (vecchio) comma 5 disposta con la Legge di bilancio 2017. Il suddetto obbligo di certificazione rispondeva infatti più semplicemente all'esigenza di "fotografare" la posizione del debitore nei

confronti del Fisco, al fine di una compiuta valutazione della proposta transattiva, anche da parte degli altri creditori e del Tribunale.

Questa conclusione ha trovato conferma da parte dell'Agenzia delle Entrate nell'ambito della circolare n. 16/E/2018, con cui è stato chiarito che:

1) per effetto della modifica introdotta dalla Legge di bilancio 2017 è ora applicabile l'art. 176 L. fall., con la conseguenza che i contenziosi vertenti sulla pretesa tributaria proseguono fino alla definitiva conclusione del giudizio;

2) la proposta di concordato, approvata dai creditori secondo le maggioranze di cui all'art. 177 L. fall., omologata dal Tribunale, spiega i propri effetti anche sul credito giudizialmente accertato, il quale si rende dovuto per l'importo che deriva dall'applicazione della percentuale di pagamento offerta all'erario all'ammontare risultante all'esito del giudizio;

3) il trattamento previsto dalla domanda di concordato è riconosciuto ai crediti tributari in contestazione, indipendentemente dal voto favorevole o contrario dell'Amministrazione finanziaria;

4) l'inclusione nella proposta di concordato preventivo anche dei crediti tributari in contenzioso risponde allo scopo di consentire l'ammissione dell'Amministrazione finanziaria al voto anche per l'ammontare dei crediti incerti e per rendere noto ai creditori l'intero ammontare dei debiti (certi e incerti) gravanti sulla massa attiva (tali crediti, se e nella misura in cui risulteranno confermati all'esito del giudizio, vanno comunque soddisfatti - come dianzi già riferito - in moneta concordataria, essendo sorti anteriormente all'apertura della procedura).

Infine, la riformulazione dell'art. 182-ter recata dalla Legge di bilancio 2017 aveva fatto sorgere un ulteriore dubbio, ovvero se in presenza di contenziosi tributari pendenti o potenziali il debitore, per ottenere il voto

favorevole del Fisco, avesse avuto l'onere di prestare integrale acquiescenza alle pretese della stessa. Poiché l'Agenzia ha riconosciuto che la disciplina del nuovo art. 182-ter inerisce al trattamento dei debiti tributari in senso proprio (e non necessariamente anche alle posizioni qualificabili come mere pretese dell'Amministrazione finanziaria), dal chiarimento fornito è lecito desumere che tale onere non sussiste, spettando unicamente al debitore la scelta se proseguire o meno le liti tributarie in corso (pendenti o potenziali) alla luce del loro possibile esito giudiziale, senza che essa influisca sull'espressione del voto da parte dell'Agenzia delle Entrate.

Con riguardo al caso in cui la proposta di transazione fiscale contempli anche la modalità di definizione delle liti tributarie pendenti, trovando il consenso dell'Amministrazione finanziaria, occorre considerare le conseguenze che potrebbero derivare dall'eventuale risoluzione del concordato preventivo per inadempimento ex art. 186 L. fall. In proposito si è già rilevato nel precedente paragrafo 2.3 che in tale ipotesi verrebbero travolte le pattuizioni contenute nella transazione fiscale che ha assistito la proposta di concordato (ciò indipendentemente dal fatto che la risoluzione del concordato preventivo costituisca un effetto diretto dell'inadempimento del debitore nei riguardi degli obblighi assunti verso l'Amministrazione finanziaria, ovvero il mero riflesso della sopravvenuta risoluzione del concordato stesso dovuta all'inadempimento di altre obbligazioni). In particolare, secondo l'Agenzia delle Entrate, a seguito dell'approvazione della transazione fiscale dovrebbe essere pronunciata dal giudice la cessata materia del contendere con riguardo alle liti fiscali pendenti definite con tale istituto, talché la sopravvenuta risoluzione del concordato (e quindi della transazione fiscale) produrrebbe l'effetto di far rivivere le originarie pretese tributarie. Tuttavia, per le ragioni descritte nel paragrafo 3 del capitolo terzo con riguardo agli accordi di ristrutturazione dei debiti, all'approvazione della transazione e alla omologazione del concordato non dovrebbe seguire la cessazione della

materia del contendere, bensì la sospensione della causa; infatti, se la definizione intervenuta in sede di transazione fiscale è da ritenersi "sospesa" fino alla regolare esecuzione delle obbligazioni assunte dal debitore, deve essere sospesa anche la lite e la cessazione della materia del contendere non può essere pronunciata fino a tale momento. Ciò perché la cessazione della materia del contendere presuppone il sopravvenuto e definitivo mutamento della situazione sostanziale dedotta in giudizio, che nel caso di cui trattasi si produce solo con l'adempimento integrale delle obbligazioni discendenti dalla transazione fiscale.

Per completezza espositiva va infine dato atto dell'esistenza di un diverso orientamento secondo cui, nonostante l'abrogazione della norma disponente la cessazione della materia del contendere, l'omologazione del concordato preventivo comporterebbe comunque la cessazione delle liti fiscali pendenti in ragione del principio generale sancito dall'art. 46 del D.Lgs. n. 546/1992, che dispone l'estinzione del processo quale effetto processuale automatico generale *"nei casi di definizione delle pendenze tributarie previsti dalla legge e in ogni altro caso di cessazione della materia del contendere"*.

Tuttavia, è da ritenere che un tale effetto non può prodursi, atteso che l'art. 182-ter non attribuisce più "effetti tipici" all'omologazione della proposta concordataria contenente il trattamento riservato ai crediti tributari e/o al voto favorevole dell'Erario, e tantomeno quello della cessazione delle liti fiscali pendenti.

## **12. L'impugnabilità del rigetto della proposta**

Gli uffici dell'Ade, ai fini dell'accettazione o del diniego della proposta di transazione, espletano un'attività di analisi e di controlli mirati a verificare, da un lato, l'osservanza delle regole imposte dall'art. 182-ter e, dall'altro, la convenienza economica ad accettare la proposta rispetto all'alternativa

del fallimento. L'accettazione o il rifiuto della proposta di transazione fiscale discendono, dunque, dall'esito della valutazione di tali aspetti e l'atto, con il quale l'Amministrazione finanziaria manifesta le proprie determinazioni al riguardo, costituisce certamente un atto amministrativo.

Teniamo sempre bene a mente che, sebbene il profilo della "convenienza" non è mai oggettivo, la discrezionalità riconosciuta in capo all'Amministrazione Finanziaria di accettare o rigettare la proposta di transazione fiscale non può sfociare nel mero arbitrio, ma - nel rispetto dell'art. 97 Cost. - deve essere esercitato secondo il canone della convenienza economica del trattamento offerto rispetto a quello che deriverebbe, in alternativa, dalla liquidazione, il quale delimita la sfera di discrezionalità attribuita dal legislatore all'Amministrazione finanziaria.

In presenza di un diniego non motivato o contenente motivazioni censurabili alla luce di detto parametro di riferimento, la prima questione che si pone è se l'ordinamento giuridico attribuisca una qualche tutela al debitore proponente oppure esso sia da considerarsi del tutto inoppugnabile.

In presenza di un diniego non motivato o contenente motivazioni censurabili alla luce di detto parametro di riferimento, la prima questione che si pone è se l'ordinamento giuridico attribuisca una qualche tutela al debitore proponente oppure esso sia da considerarsi del tutto inoppugnabile.

Secondo alcuni autori, che si sono peraltro espressi su questo tema sulla base della norma previgente, il diniego alla proposta transattiva non costituirebbe atto impugnabile, in quanto avente natura talmente discrezionale da rendere di fatto irragionevole qualsiasi controllo giudiziale, stante l'assenza di criteri legislativi regolanti le valutazioni dell'Agenzia delle Entrate sul punto. In base a questo indirizzo, il debitore potrebbe chiamare in giudizio l'Amministrazione finanziaria solo per

richiedere, ai sensi dell'art. 2403 c.c., il risarcimento dell'eventuale danno discendente dal rifiuto (ritenuto illegittimo) di accettare la proposta transattiva, quale, per esempio, quello derivante dall'apertura della procedura fallimentare che dovesse seguire la mancata omologazione del concordato preventivo.

Tuttavia, già con riguardo all'assetto normativo vigente prima della Legge n. 232/2016, l'indirizzo largamente maggioritario riteneva sussistere un rimedio giurisdizionale teso a rimuovere il diniego manifestato dall'Amministrazione finanziaria, in particolare per ottenere la produzione degli effetti derivanti dall'accettazione della proposta di transazione fiscale (consolidamento del debito fiscale; cessazione definitiva delle liti pendenti), sia in relazione alle modalità di manifestazione del diniego (assenza di motivazione; silenzio-rifiuto), sia in relazione ai fatti e agli elementi su cui erroneamente si fondava la decisione di disattendere la proposta.

Con riferimento al primo profilo, infatti, si ricordava che, ai sensi dell'art. 3 della Legge n. 241/1990, *"ogni provvedimento amministrativo ... deve essere motivato...la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria"*. Dello stesso tenore è l'art. 7 della Legge n. 212/2000 (c.d. Statuto dei diritti del contribuente), a norma del quale *"gli atti dell'Amministrazione finanziaria sono motivati secondo quanto prescritto dall'art. 3 della Legge n. 241/1990, concernente la motivazione dei provvedimenti amministrativi, indicando i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione"*, imponendo per tale via un principio generale a cui deve uniformarsi tutta l'attività dell'Amministrazione finanziaria. Atteso che a tali prescrizioni è soggetto anche l'atto amministrativo che rigetta la proposta di transazione fiscale, il

rifiuto tacito da parte delle agenzie fiscali avrebbe violato automaticamente l'art. 7 della Legge n. 212/2000 e l'art. 3 della Legge n. 241/1990; lo stesso dicasi per il diniego espresso ma privo di qualsiasi motivazione a supporto.

Con riferimento al secondo profilo, l'art. 97 della Costituzione, più volte richiamato, impone alla Pubblica amministrazione di rispettare, nelle proprie determinazioni, i principi di buon andamento e imparzialità, adottando provvedimenti funzionali alla migliore realizzazione possibile dell'interesse pubblico alla riscossione dei tributi. Il diniego dell'Ufficio alla conclusione della proposta transattiva, dunque, avrebbe dovuto fondarsi anche su parametri di economicità e proficuità nell'ottica della realizzazione degli interessi pubblici, valutati in ordine alla maggiore tutela offerta agli interessi della collettività. Per altro verso, la decisione di rigettare la proposta di transazione fiscale si sarebbe potuta reggere su un'errata verifica degli aspetti regolamentati dall'art. 182-ter, quale, per esempio, una infondata censura del mancato rispetto del trattamento non deteriore da riservare ai crediti erariali muniti di causa di prelazione.

Ad ogni modo, mentre l'Agenzia delle Entrate ha sempre ritenuto non impugnabile la mancata accettazione della proposta di transazione fiscale (da ultimo con la circolare n. 19/E/2015), secondo la tesi prevalente, con riguardo all'assetto normativo previgente al 1° gennaio 2017, il debitore/proponente avrebbe avuto interesse a impugnare il diniego solo al fine di beneficiare degli effetti discendenti dal perfezionamento della transazione fiscale (quali il consolidamento del debito fiscale e la cessazione delle liti pendenti), oltre che quando il voto del Fisco risulti decisivo per l'approvazione del concordato<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Secondo G.Gaffuri, il diniego espresso dall'Agenzia delle Entrate sarebbe un "*atto essenzialmente discrezionale di gestione e di cura dell'interesse fiscale*" e come tale non impugnabile. Inoltre, l'interesse a impugnarlo sarebbe privo di rilevanza giuridica e, come tale, non tutelabile in sede giurisdizionale, in quanto il rifiuto di aderire alla proposta di transazione fiscale non esclude l'approvazione a maggioranza della proposta concordataria che la comprende. Peraltro, anche in questo caso l'interesse all'impugnazione ai fini della

## **CAPITOLO 4: IL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E LE MODIFICHE APPORTATE ALLA LEGGE FALLIMENTARE DALLA L. 159/2020**

**Sommario:** **1.** Le novità del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza relativa al trattamento dei crediti tributari e contributivi nel concordato preventivo **2.** Le modifiche apportate dalla L.159/2020  
**2.1.**L'omologazione del concordato preventivo: dalla "mancanza di voto" alla "mancanza di adesione" negli accordi di ristrutturazione dei debiti  
**2.2.** Qual è il significato di "determinante" e "decisiva" ? **3.** L'attestazione della convenienza della proposta **4.** L'indipendenza dell'attestatore

### **1. Le novità del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza relativa al trattamento dei crediti tributari e contributivi nel concordato preventivo**

Il codice della crisi d'impresa all'art. 48 comma 5 permette al tribunale di omologare gli ADR anche senza "l'adesione" dell'Agenzia delle Entrate e le varie correnti di pensiero si stanno domandando assiduamente il perché di tale previsione non essendo stata, quest'ultima applica nell'ambito del concordato preventivo, sebbene non sussistano ragioni che giustifichino una diversa disciplina. Fatta la dovuta premessa, che è prodromica al seguito della nostra trattazione, non vi è dubbio che i due istituti presentano delle differenze; infatti, mentre l'accordo di ristrutturazione dei debiti vincola solo i creditori che lo sottoscrivono, il concordato, ai sensi dell'art. 184 L. fall., è obbligatorio per tutti i creditori, ancorché dissenzienti, e, pertanto, anche senza una previsione analoga a quella introdotta con il citato art. 48, il Fisco è costretto a subire la proposta di transazione fiscale nonostante il rigetto della stessa, se il concordato nel suo complesso è approvato dagli altri creditori con le maggioranze di cui all'art. 177 L. fall. Tuttavia, ciò è vero in alcuni casi, ma non lo è ogniqualvolta il voto del Fisco sia decisivo a causa della sua entità, in

---

certificazione poteva sussistere indipendentemente dal raggiungimento delle maggioranze per l'approvazione della proposta concordataria.

quanto rappresenta di per sé più del 50% della proposta di transazione fiscale può "affossare" un concordato anche quando il soddisfacimento previsto da tale proposta è più conveniente per il Fisco stesso di quello discendente da qualsiasi soluzione alternativa.

La disparità di trattamento discendente dal citato comma 5 dell'art. 48 è quindi priva di giustificazione e, per questo motivo, è stata opportunamente rimossa con il D.Lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 (di seguito per brevità: "Decreto correttivo"), il quale ha modificato tale norma, stabilendo che il Tribunale può omologare anche il concordato preventivo, nonostante la mancanza dell'adesione dell'amministrazione finanziaria, se ricorrono i due presupposti sopra indicati (l'adesione è decisiva ai fini del raggiungimento delle maggioranze di cui all'art. 109, comma 1, del Codice e la proposta è conveniente per l'Erario).

La modifica allinea opportunamente la disciplina dei due istituti testé richiamati con riguardo a proposte aventi la medesima natura e funzione, tanto che nella relazione di accompagnamento al decreto correttivo si sottolinea che con essa si intende rimuovere una "disparità di trattamento difficilmente giustificabile".

È opportuna inoltre perché il rimedio adottabile per evitare gli effetti di un ingiustificato rigetto della proposta di transazione fiscale da parte del Fisco nell'ambito del concordato, pur sussistendo sul piano teorico, è di scarsa utilità pratica. Esso è infatti costituito dall'impugnazione del rigetto della proposta di transazione dinanzi al giudice tributario, in merito alla quale quest'ultimo normalmente si pronuncia, quanto al primo grado di giudizio, dopo vari mesi (il più delle volte occorre circa un anno) e, in via definitiva, dopo diversi anni: non è quindi atto a evitare la dichiarazione di inammissibilità della proposta di concordato da parte del tribunale conseguente al mancato raggiungimento delle maggioranze di legge, la quale deve essere pronunciata in tempi assai più rapidi; né, visto il contesto, si può concretamente immaginare una sospensione del

procedimento di approvazione del concordato per un periodo così ampio, in attesa della decisione del giudice tributario. Nella sostanza, pertanto, il Tribunale fallimentare, anziché la Commissione Tributaria, sarà il giudice naturale delle controversie aventi a oggetto la transazione fiscale.

Secondo una corrente di pensiero, i due presupposti di applicazione della norma recata dal comma 5 del citato art. 48 del Codice (la decisività dell'adesione del Fisco per il raggiungimento della maggioranza richiesta e la convenienza della proposta), previsti per l'omologabilità dell'accordo di ristrutturazione dei debiti anche in assenza del consenso dell'Agenzia delle Entrate, sarebbero alternativi e non cumulativi, potendosi perciò assumere che, una volta appurata la convenienza della proposta, il trattamento ivi previsto dovrebbe essere imposto al Fisco non solo quando l'adesione dell'amministrazione finanziaria risulti decisiva, ma anche quando la maggioranza richiesta sia raggiunta indipendentemente dal consenso del Fisco.

È da escludere intuitivamente che l'accordo di ristrutturazione possa essere omologato dal Tribunale con "funzione di supplenza" ai sensi del comma 5 del citato art. 48 solo perché l'adesione dell'amministrazione finanziaria è decisiva ai fini del raggiungimento della soglia del 60%, anche quando la proposta di transazione non è conveniente per l'Erario, perché renderebbe assurda la disposizione di cui trattasi e la trasformerebbe in uno strumento generatore di danni erariali. Meno agevole è invece la soluzione nel caso opposto, cioè in quello in cui la proposta è conveniente, ma il consenso dell'Agenzia delle Entrate non è decisivo. In tal caso, infatti, in assenza di quest'ultimo (se si ritengono necessari entrambi i presupposti) non sarebbe possibile imporre la omologazione della transazione fiscale (anche se conveniente per il Fisco rispetto alla liquidazione), per il solo fatto che l'accordo di ristrutturazione sia stato già concluso con altri creditori che rappresentano oltre il 60% dei crediti complessivi, risultando a tal fine non decisiva l'adesione da parte

dell'amministrazione finanziaria; conseguentemente non potrebbe essere posto rimedio a una decisione del Fisco contraria all'interesse erariale e al tempo stesso non verrebbe rimosso l'ostacolo al risanamento aziendale costituito dalla mancata adozione delle misure previste dalla transazione fiscale rigettata.

La tesi del doppio presupposto non appare tuttavia condivisibile, perché contrasta sia con la lettera della norma (in considerazione dell'utilizzo della congiunzione "e"), sia con la ratio della stessa desumibile dalla relazione illustrativa, ove si afferma che la possibilità di omologare gli accordi di ristrutturazione anche in mancanza del consenso del Fisco è stata prevista "al fine di superare ingiustificate resistenze alle soluzioni concordate, spesso registrate nella prassi", ma nel valore dei crediti ovvero in quanto, pur non raggiungendo detta rilevanza, è tale da consentire o impedire il raggiungimento delle predette maggioranze. In questi casi, quindi, il voto negativo espresso dall'Agenzia delle Entrate in merito presupposto che "l'adesione è decisiva ai fini del raggiungimento delle percentuali di legge". Vi è infine da considerare che la "sostituzione d'ufficio" della (mancata) adesione del Fisco con l'approvazione da parte del Tribunale costituisce una deroga ai principi generali sulla conclusione di un negozio bilaterale e non pare quindi legittimo estenderla a situazioni non espressamente previste dal legislatore, in considerazione della sua natura eccezionale, per di più in presenza di una disposizione che, sebbene migliorabile, è allo stato di per sé chiara. L'effetto distorsivo sopra evidenziato (consistente nel non poter il Tribunale omologare un accordo conveniente per l'Erario ogniqualvolta l'adesione del Fisco non sia decisiva) giustifica dunque una correzione della norma, ma esclusivamente tramite una modificativa legislativa (e non in via meramente interpretativa).

Un'analogha esigenza non sussiste invece con riguardo al concordato preventivo. In questo caso, infatti, il Fisco, ove il suo voto non sia

decisivo, deve subire la decisione della maggioranza dei creditori anche se rigetta la proposta di transazione fiscale e gli effetti della proposta di transazione si producono comunque (peraltro salvo alcuni, come quelli relativi alla definizione del contenzioso pendente o al pagamento oltre due anni dalla omologazione); se al contrario il voto è decisivo e la proposta è conveniente, la disposizione di cui trattasi trova pacificamente applicazione.

## **2. Le modifiche apportate dalla L.159/2020**

Si è già rilevato che la proposta di transazione deve prevedere il soddisfacimento, parziale o anche dilazionato, dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali in misura non inferiore a quella realizzabile attraverso l'alternativa liquidazione, tenuto conto del valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione dell'Erario, attestato da un professionista munito dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l.f. Così come accade per la generalità dei crediti privilegiati, la condizione per proporre il pagamento parziale o dilazionato dei crediti tributari privilegiati (compresi IVA e ritenute alla fonte) è dunque costituita dall'oggettiva incapienza del valore di realizzo attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, attestato da un esperto qualificato.

Inoltre il trattamento riservato ai crediti erariali privilegiati non può essere deteriore rispetto a quello destinato ad altri crediti caratterizzati da una posizione giuridica e da interessi economici omogenei ovvero sulla base degli stessi criteri di formazione delle classi prescritti dall'art. 160, comma 1, lett. c), l.f.: è rispettato quindi se la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie offerti all'Erario non sono inferiori o meno vantaggiosi rispetto a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore e ai creditori chirografari.

Posto che, qualora non si rinvenivano crediti omogenei a quelli tributari e contributivi, il trattamento di riferimento di questi ultimi resta unicamente quello riservato agli altri crediti di rango inferiore<sup>48</sup>, giova rilevare al riguardo che le disposizioni sopra citate possono essere interpretate come espressa deroga al divieto di alterazione della graduatoria dei privilegi (ovverosia dell'ordine delle cause di prelazione sancito dagli artt. 2777 e 2778 c.c.) da chi aderisce alla "tesi della priorità assoluta" (cui ha aderito la Corte di Cassazione con la sentenza n. 10884 dell'8 giugno 2020), secondo la quale, nell'ipotesi di pagamento parziale dei creditori privilegiati ex art. 160, comma 2, l.f., non sarebbe legittimo dare luogo al pagamento di un creditore di grado successivo prima di avere integralmente soddisfatto quelli con collocazione precedente: in base a questo indirizzo, infatti, con il secondo periodo del comma 1 dell'art. 182-ter il legislatore avrebbe inteso ammettere il pagamento (parziale) di crediti assistiti da un grado di privilegio successivo a quello che assiste il credito tributario nonostante il pagamento non integrale del credito tributario, a condizione tuttavia che il trattamento riservato a quest'ultimo non sia peggiore rispetto a quello offerto ai crediti privilegiati di grado successivo<sup>49</sup> da parte di chi aderisce alla "tesi della priorità relativa" la condizione imposta nel secondo periodo del comma 1 è invece vista come conferma, in caso di incapienza dell'attivo, della possibilità generale (che discenderebbe dal comma 2 dell'art. 160 l.f.) di soddisfare un creditore di grado successivo anche senza avere integralmente soddisfatto quelli con collocazione precedente, a patto che questi ricevano comunque un miglior soddisfacimento.

---

<sup>48</sup> Cfr. G.Lo Cascio, *"Concordati, classi di creditori e incertezze interpretative"*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2009.

<sup>49</sup> Cfr. F.Santangeli, *"Auto ed etero tutela dei creditori nelle soluzioni concordate delle crisi d'impresa"*, in *Diritto Fallimentare*, 2009.

Ad ogni modo, in entrambi i casi il trattamento proposto al credito tributario (o previdenziale) privilegiato va confrontato con quello offerto ai crediti di diversa natura assistiti da un grado di privilegio che si collocano in una posizione posteriore secondo l'ordine dettato dagli artt. 2777 e 2778 c.c. .

### **2.1. L'omologazione del concordato preventivo: dalla "mancanza di voto" alla "mancanza di adesione" negli accordi di ristrutturazione dei debiti**

La circola n. 34/E del 29 dicembre 2020 ammetta la possibilità che il Tribunale omologhi il concordato preventivo anche in "mancanza di voto" da parte dell'Agenzia delle Entrate in merito alla proposta di transazione fiscale. La *ratio* di tale disposizione è quella di evitare che gli uffici nonché gli enti previdenziali ed assistenziali impiegassero lassi di tempo irragionevoli per esprimersi in ordine alla proposta (a volte anche due anni) affossando, così, imprese già troppo malmesse e sull'orlo del fallimento, entrando in contrasto con quella che è la natura e la finalità del concordato preventivo, ossia riassetare e risanare le imprese cadute in stato di crisi. Come specificato all'inizio del presente paragrafo, Una delle modifiche più rilevanti apportate alla legge fallimentare dalla L. n. 159/2020, in tema di transazione fiscale, riguarda il significato delle espressioni "anche in mancanza di voto" e "anche in mancanza di adesione" inserite rispettivamente nel comma 4 dell'art. 180 l.f., con riferimento al concordato preventivo, e nel comma 5 dell'art. 182-bis con riferimento all'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Occorre in proposito rammentare che l'art. 48 del Codice della crisi d'impresa, disciplinante l'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, al comma 5 stabilisce testualmente quanto segue: "Il tribunale omologa gli accordi di ristrutturazione o il concordato preventivo anche in mancanza di

adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui all'articolo 57, comma 1, 60 comma 1, e 109, comma 1, e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria".

Come detto, al dichiarato scopo di anticipare l'applicazione di detta disposizione, l'art. 3, comma 1-bis, della L. 27 novembre 2020, n. 159 ha apportato le seguenti modificazioni alla legge fallimentare:

a) all'art. 180, comma 4, è stato aggiunto il seguente periodo: "Il tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di voto da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze di cui all'articolo 177 e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria";

b) all'art. 182-bis, comma 4, è stato aggiunto il seguente periodo: "Il tribunale omologa l'accordo anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è decisiva ai fini del raggiungimento della percentuale di cui al primo comma e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista di cui al medesimo comma, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria".

Nello stabilire lo "sdoppiamento" della previsione contenuta nell'art. 48, comma 5, del Codice della crisi d'impresa (reso necessario in quanto, nell'ambito della legge fallimentare, la procedura di omologazione del concordato preventivo e quella di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti sono disciplinate da due disposizioni diverse, ovverosia rispettivamente i citati artt. 180 e 182-bis e, inoltre, perché l'art. 178, comma 4, l.f. equipara la mancata espressione del diritto di voto da parte del creditore al voto contrario alla proposta concordataria), il legislatore ha ritenuto di utilizzare due locuzioni diverse per indicare il presupposto per l'attribuzione al Tribunale del potere di decidere in merito alla convenienza della transazione fiscale: il suddetto potere decisorio, infatti, scatta "anche in mancanza di voto" con riferimento al concordato preventivo e "anche in mancanza di adesione" con riferimento agli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Ciò posto, occorre stabilire se la "mancanza" del voto o dell'adesione dell'amministrazione finanziaria e/o degli enti previdenziali e assistenziali - ivi prevista quale presupposto della omologazione della transazione fiscale e contribuiva da parte del Tribunale - ricorre soltanto quando tali soggetti non si pronuncino sulle proposte loro formulate ovvero anche quando si pronunciano rigettando la proposta (sempre che, come le medesime norme richiedono, la loro adesione sia "determinante" ai fini del raggiungimento delle maggioranze di cui all'art. 177 l.f. o "decisiva" ai fini del raggiungimento della soglia del 60% prevista dall'art. 182-bis l.f.).

Vi è da chiarire che le disposizioni introdotte dalla Legge 159/2020 perseguono, fra gli altri, il fine di assicurare alle imprese debitrici una reale tutela giurisdizionale contro i provvedimenti di rigetto delle proposte di transazione, emessi dall'amministrazione finanziaria e dagli enti previdenziali e assistenziali in contrasto con i principi affermati dall'art. 182-ter l.f.; tutela che sino all'introduzione di tali norme, pur

essendo teoricamente sussistente, è risultata di fatto inattuabile. Infatti, nonostante il contrario avviso dei predetti soggetti (per quanto attiene all'Agenzia delle Entrate si veda la circolare 6 maggio 2015, n. 19/E, è da ritenersi che un rimedio giurisdizionale all'illegittimo rigetto della proposta di transazione debba sussistere, posto che l'esame di tali proposte deve essere informato al principio della convenienza sancito dall'art. 182-ter e, pur richiedendo valutazioni e comparazioni, non lascia spazio alla discrezionalità; dal che discende il diritto del contribuente di impugnare dinanzi al Giudice quei provvedimenti che siano adottati in violazione di tale principio o siano fondati su valutazioni errate. Altrimenti detto, l'approvazione di una proposta di transazione conforme alle previsioni del citato art. 182-ter, che sia conveniente per l'Erario, costituisce per la pubblica amministrazione un obbligo, la cui violazione non può rimanere priva di rimedio. L'interesse dell'impresa debitrice a impugnare il diniego del Fisco e degli enti è evidente nel concordato preventivo ogniqualvolta il voto di tali soggetti sia determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze di cui all'art. 177 l.f., atteso che, se tali maggioranze vengono comunque raggiunte, gli effetti delle proposte di transazione si producono nonostante il rigetto di queste ultime, ma non si generano quando il voto del Fisco e degli enti è determinante ai fini dell'approvazione delle proposte. Nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti dovrebbe ritenersi, invece, che tale interesse sussista sempre, visto che il cram down in tale contesto non è previsto.

Sino all'entrata in vigore della novella legislativa e al termine di un annoso dibattito che aveva condotto a individuare a individuare il giudice competente talora nel giudice tributario (o, per la transazione contributiva, nel giudice del lavoro), talora nel giudice amministrativo e talora ancora nel giudice ordinario, con la sentenza 14 dicembre 2016, n. 25632, emanata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, questi era stato infine rinvenuto nel Giudice tributario, in considerazione della

natura dell'oggetto del giudizio, che attiene a dei tributi, e, relativamente alla transazione contributiva, il Giudice del lavoro. Precisamente, con tale pronuncia, i giudici di legittimità hanno sancito che "la giurisdizione del giudice tributario ha carattere pieno ed esclusivo, estendendosi non solo all'impugnazione del provvedimento impositivo, ma anche alla legittimità di tutti gli atti del procedimento" e che l'art. 7, comma 4, dello Statuto del contribuente "si limita ad attribuire alla giurisdizione del giudice amministrativo, secondo i normali criteri di riparto, l'impugnazione di atti amministrativi a contenuto generale o normativo, ovvero di atti di natura provvedimentale che costituiscano un presupposto dell'esercizio della potestà impositiva".

Tuttavia si è trattato solo di un rimedio teorico, perché i tempi della definizione di tali giudizi non sono compatibili con quelli del concordato preventivo (e neanche con quelli dell'accordo di cui all'art. 182-bis): infatti, esso è costituito dall'impugnazione del rigetto della proposta di transazione dinanzi al giudice tributario, in merito alla quale quest'ultimo normalmente si pronuncia, quanto al primo grado di giudizio, dopo vari mesi (il più delle volte dopo circa un anno) e, in via definitiva, dopo diversi anni, e non è quindi atto a evitare la dichiarazione di inammissibilità della proposta di concordato da parte del tribunale conseguente al mancato raggiungimento delle maggioranze di legge, la quale deve essere pronunciata assai più rapida; né, visto il contesto, si può concretamente immaginare una sospensione del procedimento di approvazione del concordato per un periodo così ampio, in attesa della decisione del giudice tributario.

È quindi del tutto naturale che il legislatore si sia fatto carico di introdurre nel Codice della crisi d'impresa e, con la L. n. 159/2020, nella legge fallimentare delle disposizioni che forniscano una reale tutela giurisdizionale contro provvedimenti della pubblica

amministrazione adottati in violazione dell'art. 182-ter, attribuendo al Tribunale fallimentare (come aveva suggerito lo stesso CNDCEC) il potere di giudicare la legittimità dei provvedimenti di rigetto, approvando nella sostanza le proposte di transazione rigettate illegittimamente, ove l'approvazione delle stesse sia "determinante" o "decisiva". Tali disposizioni sono quelle inserite negli artt. 180 e 182-bis l.f. dalla L. n.159/2020: svilirebbe pertanto la loro portata e contrasterebbe con il contesto da cui esse hanno tratto origine un'interpretazione che ne delimitasse il campo di applicazione al solo caso della mancata espressione del voto o di una pronuncia sulla proposta. In questa prospettiva si rivelerebbe ora incoerente e asistematico attribuire al legislatore l'intenzione di istituire (fino all'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa) una sorta di "doppio binario", ovverosia di conferire al Tribunale il potere di decidere in ordine alla transazione fiscale in caso di mancata espressione del diritto di voto da parte del fisco, da un lato, e, dall'altro, di continuare a rimettere al giudice tributario il potere di decidere sulla stessa in caso di manifestazione di voto negativo, con conseguente allungamento dei tempi di esecuzione della procedura e, dunque, in palese contrasto con la ratio della norma in commento.

## **2.2. Qual è il significato di "determinante" e "decisiva" ?**

Un altro profilo da approfondire è quello relativo alla individuazione dei casi in cui l'adesione alla proposta di transazione è da considerare "decisiva" e il voto è da ritenere "determinante".

L'adesione, con riguardo all'accordo di ristrutturazione dei debiti, dovrebbe essere decisiva quando di per sé o congiuntamente a quella di altri creditori è tale da consentire il raggiungimento della soglia del 60% dei crediti complessivi. Lo è quindi l'adesione del Fisco (o quella dell'Inps), se l'ammontare dei suoi crediti rappresenta, ad esempio, il

41% di quelli complessivi e altri creditori, titolari del 22% dei crediti, aderiscono anch'essi all'accordo. Che cosa accade però nel caso in cui ognuna delle due adesioni (del Fisco e dell'Inps) risulti decisiva congiuntamente all'altra, ma potrebbe percentualmente non esserlo se si considerassero anche le adesioni di altri creditori (ad esempio, se i crediti tributari rappresentano il 41% dei crediti, quelli delle banche aderenti il 21% e i crediti previdenziali il 20%)? Le adesioni di altri creditori non dovrebbero far venire meno il ruolo decisivo che, senza di esse, avrebbero quelle dell'Agenzia delle Entrate o dell'Inps: in tal caso entrambe le adesioni sarebbero pertanto da ritenere decisive. Nella sostanza Fisco ed enti dovrebbero essere considerati, ai fini di cui trattasi, come un unico soggetto. Le loro adesioni dovrebbero quindi risultare "non decisive" soltanto quando altri creditori aderenti rappresentano da soli il 60% dei crediti.

Si assuma, ad esempio, che i creditori dell'impresa in crisi appartengano a cinque categorie diverse, l'Agenzia delle Entrate, l'Inps, le banche, i fornitori e la categoria residuale degli altri creditori, e che i creditori che costituiscono ognuna di esse siano titolari di crediti pari al 20% dell'importo complessivo dei debiti dell'impresa che propone l'accordo di ristrutturazione. Sulla base del criterio sopra esposto il Fisco e l'Inps risulterebbero certamente decisivi se, tra gli altri creditori, solo le banche aderissero all'accordo di ristrutturazione loro proposto, perché soltanto considerando anche Fisco e Inps la soglia del 60% verrebbe in tal caso raggiunta; essi risulterebbero decisivi anche nel caso in cui sia le banche sia i fornitori aderiscano all'accordo, perché è vero che sarebbe sufficiente l'adesione di uno solo di tali soggetti per raggiungere la soglia predetta, ma che criterio potrebbe essere adottato per stabilire quale delle due adesioni è da considerare superflua e dunque non "decisiva"? Da qui l'esigenza di considerare ai fini de quibus Fisco e Inps unitariamente, appunto come se si trattasse di un unico soggetto. Non che un criterio di esclusione non possa

essere individuato, ad esempio in ragione della data in cui le proposte vengono approvate ovvero dell'ammontare delle stesse, ma in assenza di una norma che lo preveda sarebbe arbitrario introdurlo in via interpretativa. Nel caso in cui, infine, tutti i creditori aderissero all'accordo di ristrutturazione, né l'adesione dell'Agenzia delle Entrate né quella dell'Inps risulterebbe "decisiva". Anche con riguardo a questa ipotesi si potrebbe obiettare che non esiste un criterio di esclusione della rilevanza di un'adesione a beneficio dell'altra, con la conseguenza che tutte dovrebbero essere considerate "decisive"; tuttavia in tal modo si finirebbe per qualificare come "decisiva" qualsiasi adesione e conseguentemente per attribuire al Tribunale il potere di omologare l'accordo "in supplenza" senza limitazioni, il che contrasta con il disposto del novellato comma 5 dell'art. 182-bis l.f., che invece, attraverso la previsione del requisito della decisività, limita i presupposti di intervento del Tribunale con funzione di "supplenza".

Il fatto è che la limitazione del campo di applicazione delle disposizioni di cui trattasi ai casi in cui l'adesione è "determinante" (o "decisiva") è giustificata nel concordato preventivo, ma non lo è nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. Nel concordato, infatti, se le adesioni del Fisco e degli enti non sono determinanti, l'eventuale approvazione "in supplenza" da parte del Tribunale è priva di rilievo: ciò perché, come si è già rilevato, se le maggioranze sono state raggiunte anche senza tali adesioni, gli effetti delle proposte si producono nonostante la mancata approvazione da parte di tali soggetti, ai sensi dell'art. 184 l.f.; se invece le maggioranze non sono state raggiunte, non essendo le adesioni di cui trattasi "determinanti" tali maggioranze non verrebbero raggiunte nemmeno con l'approvazione "in supplenza" delle transazioni. Con riferimento all'accordo di cui all'art. 182-bis, invece, posto che i suoi effetti si producono solo nei confronti dei creditori che vi aderiscono, sarebbe logico che le proposte di transazione, ove siano convenienti per l'Erario,

potessero essere approvate "in suppletiva" anche qualora non siano "decisive". Se rappresentano la miglior soluzione per l'Erario, infatti, la loro approvazione gioverebbe allo Stato ancor prima che all'impresa debitrice. Tuttavia la disposizione introdotta nel comma 5 dell'art. 182-bis, richiedendo anche il presupposto della decisività dell'adesione, impedisce questa conclusione, e al tempo stesso il superamento delle antinomie sopra indicate.

Un caso ancora diverso è peraltro quello rappresentato da un accordo di ristrutturazione cui aderiscano creditori diversi da Fisco ed enti che rappresentino da soli già almeno il 60% dei crediti complessivi, i quali condizionino la loro adesione a quella dell'Agenzia delle Entrate e degli enti previdenziali e assistenziali, in quanto ritenuta necessaria ai fini del risanamento finanziario e patrimoniale dell'impresa debitrice; in questa ipotesi l'adesione del Fisco e degli enti dovrebbe essere considerata decisiva, nonostante i relativi crediti siano inferiori al 40% dei crediti complessivi, in quanto comunque indispensabile ai fini dell'adesione degli altri creditori.

Un'ulteriore questione attiene il caso in cui, affinché possano essere raggiunte le maggioranze o le percentuali richieste, sarebbe sufficiente l'adesione da parte del fisco solo con riguardo a una porzione del credito tributario, anziché sull'intero importo. Si pensi, per esempio, al caso in cui il debitore abbia raggiunto l'accordo per la ristrutturazione del debito con creditori rappresentanti il 50% dei crediti complessivi, ma non con l'Erario, i cui crediti rappresentano il 40% dell'esposizione debitoria complessiva. In tale ipotesi, poiché la transazione fiscale concerne necessariamente il trattamento della totalità dei crediti tributari, la trasformazione della mancata adesione in adesione deve riguardare l'intero importo degli stessi (e non soltanto l'ammontare dei crediti strettamente necessario al superamento della soglia del 60%).

### **3. L'attestazione della convenienza della proposta**

I nuovi principi di attestazione dei piani di risanamento deliberati e approvati dal CNDCEC si occupano anche dell'attività che l'attestatore deve svolgere in merito alla transazione fiscale e contributiva<sup>50</sup>.

A norma dell'art. 182-ter un professionista indipendente (che può coincidere o meno con quello che attesta la fattibilità del piano) deve esprimere una valutazione fondamentale ai fini dell'approvazione della proposta di transazione fiscale e contributiva:

- nell'ambito del concordato preventivo, allo scopo di attestare che il pagamento offerto al Fisco e agli enti previdenziali non è inferiore a quello che questi riceverebbero in caso di liquidazione dell'impresa debitrice, sulla base del valore di mercato del patrimonio di liquidazione di quest'ultima, tenuto conto dell'ordine delle cause di prelazione;
- nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione, allo scopo di certificare che la proposta di transazione è più conveniente (per l'Erario) rispetto alla liquidazione.

Anche se i principi di attestazione nulla statuiscono al riguardo, la convenienza della proposta di transazione non dipende peraltro solo da quel che grazie a essa il Fisco può ricevere in più rispetto al soddisfacimento che riceverebbe mediante la liquidazione dell'impresa, ma anche dagli oneri che grazie a tale proposta lo Stato può evitare di sostenere, come, ad esempio, quelli derivanti dal ricorso agli ammortizzatori sociali conseguente alla cessazione dell'attività aziendale; l'attestatore non dovrebbe quindi esimersi dal considerare anche questo fattore. Al tempo stesso sul giudizio di convenienza della proposta dovrebbero rilevare anche gli effetti delle azioni esperibili in caso di fallimento, ove oggettivamente determinabili.

---

<sup>50</sup> Cfr. "Principi di attestazione dei piani di risanamento", 16 DICEMBRE 2020, ALLEGATO 3, pgg. 80 e seguenti

Occorre considerare, a questo riguardo, che, come statuiscono i principi di attestazione, lo scopo del lavoro dell'attestatore del piano di cui all'art. 161 della legge fallimentare è l'accertamento della fattibilità del piano proposto dall'impresa debitrice e la stessa verifica della veridicità dei dati assolve, non una funzione propria, ma strumentale rispetto alla valutazione di tale fattibilità, atteso che anche un piano di per sé fattibile non consente alcun risanamento se la situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa, su cui si innesta, è peggiore di quella assunta come punto di partenza del risanamento.

Ne discende che la mancata valorizzazione di un'attività, reale o potenziale, sebbene possa fonte di responsabilità civili e penali, non deve influenzare il giudizio dell'attestatore sulla fattibilità del piano, posto che, non essendo tale attività indicata nel piano, la sua mancata rilevazione non produce alcun effetto sull'attuazione dello stesso.

L'attestatore non deve infatti modificare il piano, limitandosi a verificare se esso è fattibile, né può verificare se quella proposta dall'impresa debitrice rappresenti la miglior soluzione possibile per l'impresa stessa e per i suoi creditori, al di fuori delle ipotesi del concordato in continuità di cui all'art. 186-bis della legge fallimentare e dell'accordo di ristrutturazione a efficacia estesa di cui all'art. 182-septies. Per il medesimo motivo l'attestatore non deve ricercare informazioni relative alla sussistenza di atti in frode di cui all'articolo 173 della legge fallimentare, anche se ne può discendere la revoca dell'ammissione dell'impresa debitrice al concordato, non deve rilevare atti distrattivi o depauperativi del patrimonio del debitore, né è tenuto a esprimere giudizi circa l'esperibilità di eventuali azioni di responsabilità nei confronti dell'organo amministrativo e di controllo di tale impresa e a valutare le attività potenziali derivanti da tali azioni, se non sono rappresentate nel piano. I principi stabiliscono inoltre che l'esperibilità, in caso di fallimento, di eventuali azioni di responsabilità

non incide sulla verifica della sussistenza del presupposto del miglior soddisfacimento dei creditori rispetto ad altre soluzioni, richiesto nel concordato in continuità dall'art. 186-bis della legge fallimentare, poiché tali azioni possono essere promosse non solo nel fallimento ma anche nel concordato, da parte dei creditori.

Si tratta di un principio di una certa rilevanza, con cui viene presa posizione in merito a una questione sulla quale sono stati espressi in dottrina e in giurisprudenza indirizzi contrastanti. È il caso di citare, a questo proposito, il decreto n. 2188 del 22 agosto 2020 con cui la Corte di Appello di Venezia ha riformato il decreto di omologazione di un concordato preventivo in continuità, sia a causa delle "gravi carenze informative che hanno inficiato la relazione ex art. 161 l. fall." (cioè l'attestazione), in cui non erano state adeguatamente rappresentate proprio le azioni risarcitorie esperibili verso gli amministratori e le azioni recuperatorie verso altri soggetti, sia perché "la proposta di concordato non corrispondeva al miglior interesse dei creditori, ai sensi dell'art. 186, co. 2, lett. b), l.fall.", avendo l'attestatore e il commissario giudiziale trascurato di considerare nelle loro rispettive relazioni, ai fini della valutazione del miglior soddisfacimento dei creditori, "le utilità alternativamente traibili dalle azioni revocatorie e dalle azioni di responsabilità". I principi sopra richiamati disattendono, quindi, per quanto attiene al compito dell'attestatore, questo indirizzo giurisprudenziale. Lo affermano – è bene evidenziarlo – con riguardo all'attestazione prevista dall'art. 161, comma 3, che ha a oggetto la veridicità dei dati e la fattibilità del piano, e non con riferimento alla relazione di cui all'art. 160, comma 2, con cui deve essere stimato il valore del patrimonio realizzabile in caso di liquidazione dell'impresa, né a quella (gemella) di cui all'art. 182-ter della legge fallimentare, che assolve analoga funzione relativamente al pagamento dei crediti fiscali, oltre a quella di accertare la convenienza della proposta di transazione fiscale e contributiva rispetto alla liquidazione. È da ritenersi che,

atteso il diverso scopo di queste relazioni (quelle di cui agli articoli 160 e 182-ter) la valutazione delle azioni esperibili in caso di fallimento, di responsabilità verso organi sociali e revocatorie, debba essere in tali relazioni comunque eseguita, anche se il piano non le prevede: non per esprimere un giudizio sulla fattibilità di quest'ultimo, posto che in esso non sono indicate, ma per stabilire fino a concorrenza di quale importo i crediti privilegiati devono essere soddisfatti integralmente e in che misura devono essere degradati al chirografo (ex art.160), nonché per esprimere il giudizio di convenienza per il Fisco e gli enti previdenziali della proposta di transazione fiscale e contributiva rispetto all'alternativa della liquidazione (ex art. 182-ter). Non vi è dubbio che si tratta di valutazioni complesse, caratterizzate da notevole incertezza circa l'esito delle azioni e l'utilità che può derivarne, ma ciò non ne esclude la necessità se il beneficio è oggettivamente stimabile.

Con la circolare n. 34 del 29 dicembre 2020 l'agenzia delle Entrate ha affermato che, nel formarsi il proprio convincimento sulle proposte di transazione, gli uffici devono far riferimento al piano attestato dal professionista indipendente, potendone disattendere le risultanze solo allorquando le ritengano manifestamente non attendibili ovvero non sostenibili, sulla base di una puntuale motivazione, idonea a individuare in maniera analitica i dati ritenuti infondati. Le possibili criticità dell'attestazione che l'agenzia deve valutare riguardano le ipotesi di crescita del fatturato previste nel piano, il valore di realizzo degli asset di cui è prevista la vendita, i tassi di attualizzazione dei flussi di cassa e le riduzioni dei costi di produzione rispetto al passato. A seguito della rilevazione delle criticità l'agenzia deve avviare un confronto con il contribuente, per pervenire a una soluzione condivisa.

#### **4. Il requisito dell'indipendenza dell'attestatore**

Come abbiamo visto, il Tribunale omologa il concordato, anche in mancanza del voto dell'erario e degli enti previdenziali, sulla base di un giudizio di convenienza della proposta di trattamento rispetto all'alternativa liquidatoria "anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista di cui all'art. 161, terzo comma".

È di tutta evidenza, pertanto, come tale figura professionale acquisisca sempre più un ruolo centrale e di responsabilità nel nuovo procedimento di "cram down fiscale e previdenziale" e non stupisce pertanto che la più volte citata circolare AdE n. 34/E abbia riservato una particolare enfasi alla verifica del requisito di indipendenza dell'attestatore e sulle conseguenze del suo mancato rispetto.

In capo all'attestatore:

"Nel caso in cui il Tribunale, nel corso del procedimento per l'ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo, accerti il difetto del presupposto dell'indipendenza, nonostante il professionista abbia rilasciato l'attestazione, oltre alle conseguenze di ordine civile e penale che attengono alla sua personale sfera giuridica, si producono inevitabili effetti che vanno a minare la legittimità della procedura compositiva. Tale ultima considerazione resta valida anche nelle fattispecie di sopravvenuta carenza del requisito.

Sulla procedura:

Qualora la suddetta mancanza venga rilevata in sede di ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo, la relazione di attestazione potrà essere invalidata dal giudice e dichiarata priva di efficacia, segnando così inesorabilmente la chiusura della procedura. L'assenza del requisito potrà in ogni caso essere rilevata anche

mediante l'impugnazione del decreto di omologazione, costituendo vizio idoneo a provocare la revoca del decreto medesimo<sup>51</sup> .

Da qui l'invito ai propri uffici periferici ad eccepire la carenza del requisito al tribunale laddove ne venissero a conoscenza, disattendendo le risultanze del contenuto della proposta.

Il requisito dell'indipendenza dell'attestatore è stato introdotto normativamente dal decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 134 che ha modificato l'art. 67, comma 3, lettera d) del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267:

"d) .....; un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, lettere a) e b) deve attestare la veridicità dei dati

aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato

---

<sup>51</sup> A tale ultimo proposito, giova richiamare l'ordinanza n. 9927 - depositata in data 19 aprile 2017 - della Suprema Corte di Cassazione, in occasione della quale è stato precisato che: *"la violazione dell'indipendenza del professionista attestatore, ampiamente accertata nella vicenda in esame, è un vizio radicale, che impedisce al professionista di svolgere in maniera adeguata la propria funzione, di essere ed apparire una figura di garanzia nell'interesse, oltre che del proponente il concordato, di ogni singolo creditore e dell'intera procedura. La sanzione, anche a tutela degli interessi pubblicistici sottesi alla procedura, non può allora essere diversa dall'inammissibilità della proposta di concordato preventivo. Deve infatti trovare applicazione l'art. 162, comma II, l. fall., il quale prevede che quando il giudice, nel corso del procedimento per l'ammissione al concordato preventivo, accerti il difetto dei presupposti (tra l'altro) di cui all'art. 161 l. fall. dichiara inammissibile la proposta di concordato"*.

negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo; .....

Il richiamo all'art. 2399 è volto a tipizzare, ma evidentemente non a circoscrivere, una serie di circostanze che denotano dipendenza del soggetto e precisamente:

a) è coniuge, parente o affine entro il quarto grado degli amministratori della società;

b) è coniuge, parente o affine entro il quarto grado degli amministratori delle società controllate dalla società, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo;

c) è legato all'amministratore della società o all'amministratore delle società controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo da un'unione civile o, preferibilmente, anche da una convivenza di fatto;

d) è legato alla società, alle società da questa controllate, alle società che la controllano e a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza.

La circolare dell'Agenzia sintetizza poi correttamente come l'indipendenza comporta che "il professionista attestatore non debba essere legato all'impresa, ovvero a coloro che hanno interesse alla riuscita dell'operazione (come i creditori del contribuente in crisi):

- né da rapporti di natura personale;
- né da rapporti di natura professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio."

Relativamente ai rapporti personali l'Agencia ricorda come debbono ritenersi ostativi non solo quelli suddetto articolo 2399, c.c., ma "anche le ulteriori situazioni che presentano gli stessi profili di sostanziale identità. In tale ambito può, ad esempio, ricomprendersi la sussistenza di rapporti professionali abituali con il consulente dell'imprenditore che ha predisposto il piano."

Sempre a titolo esemplificativo la Circolare ricorda come la indipendenza si tutela anche attraverso l'assetto contrattuale che lega l'attestatore al proprio mandante. In tal senso vanno evitate clausole "che subordinano il pagamento del corrispettivo al rilascio di un positivo giudizio di fattibilità del piano, ovvero all'intervenuta omologa da parte del Tribunale; infatti "il lavoro di asseverazione si configura come una prestazione di mezzi e non di risultato ed è, pertanto, incompatibile con la presenza di premi di risultato (o "success fee") che, per loro natura, incidono negativamente sulla sussistenza delle condizioni di indipendenza."

Ai fini del corretto inquadramento del profilo della indipendenza si ritiene estremamente interessante la lettura del documento approvato dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili riguardante i PRINCIPI DI ATTESTAZIONE DEI PIANI DI RISANAMENTO. Vi si individuano diverse prese di posizione che aiutano anche ad inquadrare correttamente alcune fattispecie che possono verificarsi nella pratica professionale. Si specifica, ad esempio che:

- L'indipendenza dell'Attestatore deve permanere sino alla conclusione dell'incarico. Nel caso in cui si accerti, nel corso dell'attività, la sussistenza di rischi che compromettano l'indipendenza dell'Attestatore, egli è chiamato ad adottare tempestivamente le misure di salvaguardia che consentano di ripristinare la sua indipendenza. Nel caso in cui il requisito non sia ripristinato, egli deve dichiararlo e devono essere messe in atto le azioni previste per la sostituzione dell'Attestatore.

- La partecipazione dell'Attestatore alle riunioni di lavoro con il debitore e/o i suoi consulenti e/o i creditori non ne pregiudica l'indipendenza, a condizione che lo stesso non si ingerisca nella scelta delle strategie identificate nel Piano e/o della soluzione di composizione della crisi identificate dal debitore.
- L'indipendenza è un requisito posto a presidio dell'obiettività dell'Attestatore. Non è possibile individuare compiutamente tutte le circostanze e i rapporti rilevanti che possano comprometterne l'obiettività. Il professionista è invitato ad effettuare una autovalutazione preventiva dei rischi potenziali connessi alla propria indipendenza. È opportuno, sul punto, applicare e fare rinvio alle "Norme di comportamento del collegio sindacale" emanate dal CNDCEC, che rappresentano un valido ausilio per valutare se e come l'indipendenza richiesta risulti compromessa. Prima di accettare l'incarico, il professionista svolga le verifiche in merito all'esistenza di fattori di rischio, tra cui l'inesistenza di condizioni che pregiudicano l'indipendenza.
- Qualora l'Attestatore abbia già rilasciato in precedenza altre attestazioni ai sensi della legge fallimentare a favore del debitore, egli deve valutare se permanga il suo stato di indipendenza anche per l'esecuzione di un successivo incarico.
- Il professionista che abbia crediti verso il debitore per ragioni diverse da prestazioni professionali attinenti incarichi di attestazione ai sensi della legge fallimentare deve valutare la sussistenza del requisito di indipendenza.
- Laddove le condizioni di indipendenza esistenti all'atto dell'incarico vengano meno prima dell'espressione del giudizio finale, il professionista è tenuto a comunicare tempestivamente l'impossibilità di

proseguire l'incarico, ciò anche per permettere all'interessato di sostituire l'Attestatore e nominare altro soggetto idoneo.

Si ritiene, infine, molto importante sottolineare la presa di posizione dei principi di attestazione su alcuni profili che ci consentono di non assolutizzare il passaggio contenuto nella circolare dell'Agenzia (sopra citato) circa la non indipendenza provocata dalla sussistenza di rapporti professionali abituali con il consulente dell'imprenditore che ha predisposto il piano.

Nel documento del CNDCEC opportunamente si precisa che:

- sebbene l'Attestatore non deve partecipare alla predisposizione del Piano che compete al debitore ed ai suoi consulenti, è tuttavia, ammesso, anche per valutare i fattori di rischio del lavoro e del Piano, che il professionista indipendente assista ai lavori di predisposizione del Piano e rappresenti nel corso degli stessi i profili di criticità riscontrati (in termini di ipotesi, coerenza con la situazione di fatto, coerenza logica, corretta declinazione quantitativa delle ipotesi qualitative) affinché essi vengano rimossi. Parimenti è ammissibile che l'Attestatore partecipi a riunioni con il debitore e/o i suoi consulenti e/o le banche e/o i creditori in genere. La partecipazione dell'Attestatore a tali riunioni non ne pregiudica l'indipendenza, ma lo stesso non si deve ingerire nella scelta delle strategie e della soluzione di composizione della crisi che competono al solo debitore. Egli può peraltro esprimere la propria opinione in relazione ai rischi di fattibilità derivanti dalla impostazione individuata dal debitore. È altresì ammissibile che l'Attestatore comunichi alla Società nel corso del lavoro indicazioni sulle sue attività di controllo.

- L'Attestatore che esprime valutazioni preliminari sulle ipotesi formulate dal debitore non perde la propria indipendenza, in quanto le proprie valutazioni costituiscono attività di revisione circa le proposte

formulate dal debitore. Quest'ultimo può modificare le proprie scelte anche alla luce delle criticità evidenziate dall'Attestatore.

## CONCLUSIONI

Le novità introdotte dalla Legge 159/2020 e le indicazioni fornite dall'Agenzia delle Entrate attraverso la circolare n.34 del 29 dicembre 2020 rappresentano sicuramente, perlomeno sulla carta (attendiamo quella che sarà la posizione assunta dai vari Tribunali dello Stato), un punto di svolta fondamentale e decisivo all'interno per il buon esito delle procedure negoziate della crisi d'impresa. Sono norme che rappresentano una forte tutela nei confronti del debitore-contribuente che talvolta, in passato, vedeva sottrarsi la possibilità di tentare il salvataggio della propria impresa attraverso il risanamento del complesso aziendale e il recupero dei valori delle attività; infatti, il concordato veniva spesso "affossato" a causa della lentezza (che non di rado sfociava in un vero e proprio comportamento passivo) con la quale gli Uffici andavano a valutare la proposta di transazione fiscale e contributiva e, a volte, a causa di rigetti di proposte effettivamente molto più convenienti rispetto all'alternativa liquidatoria (sebbene non esistano delle norme che rendono oggettivo il concetto di convenienza).

Il maggior potere attribuito al Tribunale di omologare il concordato preventivo anche in "assenza di voto" e gli accordi di ristrutturazione dei debiti anche in caso di "mancata adesione", dunque, rappresenta sicuramente un punto di partenza e di riflessione molto interessante, su cui seguiranno sicuramente numerose prese di posizione sia giurisprudenziali che dottrinali.

Una prima indicazione ci è stata già fornita in data molto recente dal Tribunale di La Spezia che, con il provvedimento del 14 gennaio 2021 ha decretato l'approvazione di una proposta di "sovra-indebitamento" nonostante i voti positivi rappresentassero una percentuale inferiore a quella prevista dalla Legge 3/2012 per l'approvazione dell'accordo compositivo, a seguito del voto negativo dell'Agenzia delle Entrate. Ebbene il Tribunale in questione ha convertito il rigetto del Fisco in voto

favorevole, in considerazione della duplice circostanza che la proposta ad esso formulata era conveniente per gli interessi erariali e il voto dell'agenzia decisivo. Sebbene qui non ci troviamo nei casi trattati dal presente elaborato, il Tribunale ha così decretato in base all'art.12, comma 3-quater della L.3/2012, il quale è del tutto sovrapponibile al comma 5 dell'art 182-bis; ciò significa che così stando le cose, la pronuncia in questione potrebbe avere rilievo con riguardo non solo alla procedura di sovra-indebitamento ma anche relativamente agli accordi di ristrutturazione dei debiti e, non è da escludere, anche alla proposta concordataria.

Relativamente a tale ultima procedura bisogna però ricordare la differente espressione letterale utilizzata dal legislatore per stabilire quando è possibile l'intervento omologatorio del tribunale: mancanza di voto anziché mancanza di adesione.

Sebbene una parte della dottrina giurisprudenziale è fermamente convinta che il Tribunale possa, per i motivi riportati in precedenza, omologare proposte di concordato anche in caso di rigetto (oltre che mancanza di voto) della proposta di transazione fiscale da parte degli Enti, personalmente ritengo questa presa di posizione molto forte soprattutto in virtù di due fattori principali: il primo, stante l'interpretazione logico-letteraria dei termini "mancanza di voto", non vedo come il Tribunale possa convertire un rigetto della proposta in voto favorevole nel momento in cui l'Agenzia delle Entrate ha tempestivamente valutato e ritenuto, secondo un giudizio complesso, evidentemente non conveniente la proposta; il secondo motivo, è da circoscrivere al fatto che i Tribunali spesso hanno dimostrato una certa vena "conservatrice", volta a contenere in un quadro più tradizionale le innovazioni del legislatore.

A mio avviso ritengo più corretta, da un punto di vista strettamente giuridico-interpretativo la soluzione già adombrata da una parte della

dottrina, secondo cui il Tribunale possa procedere a omologare il concordato preventivo anche in caso di rigetto della proposta qualora il voto sfavorevole da parte degli uffici erariali e di gestione della previdenza obbligatoria non sia sufficientemente e compiutamente "motivato"; essendo quest'ultimo un provvedimento amministrativo, la mancata o insufficiente motivazione può provocare, ai sensi della Legge 241/1990 che regola la Pubblica Amministrazione l'illegittimità dell'atto e, dunque, l'invalidazione del voto.

## **BIBLIOGRAFIA**

- "*Transazione fiscale e crisi d'impresa*", GIULIO ANDREANI e ANGELO TUBELLI, IPSOA MANUALI- Wolters Kluwer, ED. 2020.
- "*Principi di attestazione dei piani di risanamento*", documento approvato con delibera del CNDCEC del 16 dicembre 2020.
- Circolare AdE 34/E/2020.
- Circolare Ade 40/E/2008.
- "*L'indipendenza è il primo esame per l'attestatore*", GIULIO ANDREANI, Il Sole 24 Ore (NORME E TRIBUTI) , 8 gennaio 2021.
- "*Transazione fiscale, le Entrate devono motivare il rifiuto*", LUIGI LOVECCHIO, Il Sole 24 Ore (NORME E TRIBUTI) , 18 gennaio 2021.
- "*Una tutela contro i rigetti immotivati*", GIULIO ANDREANI, Il Sole 24 Ore (NORME E TRIBUTI), 18 gennaio 2021.
- "*Il tribunale sblocca l'intesa anche con il no della Pa*", GIULIO ANDREANI, Il Sole 24 Ore (NORME E TRIBUTI), 18 gennaio 2021.
- "*Le nuove norme della legge fallimentare sulla transazione fiscale*", GIULIO ANDREANI, Focus del 05 Gennaio 2021, Il Fallimentarista.
- "*La transazione fiscale e contributiva in mancanza di adesione da parte dell'Agenzia delle entrate e degli istituti previdenziali*", LUCA CALÒ, Focus del 5 gennaio 2021, Il Fallimentarista.
- "*La circolare AdE n. 34/E del 29 dicembre 2020*", ALESSANDRO SOLIDORO, Blog del 5 gennaio 2021, Il Fallimentarista.

- *"La transazione fiscale dopo le modifiche apportate dalla L. 159/2020"*, Giulio Andreani, Erika Andreani e Angelo Tubelli, PWC guida alla transazione fiscale, 2021.
  
- *"La degradazione dei crediti nella nuova transazione fiscale: modalità, giudizi di stima e ricerca della legittima distribuzione della finanza ai creditori poziori"*, Marcello Pollio, 2021.
  
- *"Il trattamento dei crediti tributari e contributivi secondo il nuovo art. 182-ter L.fall."*, M. SPADARO, in *Il fallimento. e le altre procedure concorsuali*, 2018
  
- *"Il codice commentato del fallimento"*, Giovanni Lo Cascio, Wolters Kluwer, IPSOA, 2017.
  
- *"La transazione fiscale"*, Giovanni La Croce, IPSOA, Wolters Kluwer, 2011.