

LA TRANSAZIONE FISCALE NEL CONCORDATO PREVENTIVO E NEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI

EMANUELE MATTEI

1. Considerazioni generali

Non sempre una buona intenzione porta alla realizzazione dell'ideale cui è ispirata: anzi, può capitare che la concretizzazione di quella buona intenzione, nel suo successivo dispiegarsi nella realtà, mostri la sua vera natura di “via che porta all'inferno”, l'inferno nel nostro caso essendo, fuor di metafora, la inapplicabilità di una legge introdotta proprio per facilitare l'adozione di uno istituto che, in mancanza di quella integrazione, non sarebbe stato nella sua piena efficacia.

L'affermazione appena fatta si attaglia perfettamente all'istituto della *transazione fiscale*, strumento discusso e pochissimo applicato, il quale, abrogato e inserito all'interno del concordato preventivo dall'art. 151 del D.Lgs. 9 gennaio 2006, n.5, è stato reso applicabile “anche nell'ambito delle trattative che precedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182bis” dal recente D.Lgs. n. 169/2007.¹

La buona intenzione era ovviamente quella di consentire all'imprenditore in stato di crisi di stabilire con i propri creditori - in un ambito oggi connotato da una maggiore autonomia delle parti nel definire le proprie reciproche ragioni - un piano che permetta l'assolvimento delle proprie obbligazioni compatibilmente con la propria situazione di squilibrio economico, patrimoniale e finanziario dalla quale, anzi, egli sarebbe messo nelle condizioni di uscire proprio dall'attuazione del piano medesimo.

E nell'ambito dei creditori dell'imprenditore in crisi una parte rilevante è statisticamente rappresentata dall'Erario che, a causa della particolare procedura di accertamento e riscossione riservatagli dall'ordinamento, viene

¹ La novità non mancherà di far discutere intorno alla corretta attuazione della legge delega la quale sanciva che “la riforma, nel rispetto ed in coerenza con la normativa comunitaria ed in conformità ai principi e criteri direttivi di cui al comma 6, realizza il necessario coordinamento con le altre disposizioni urgenti, nonché la riconduzione della disciplina della transazione in sede fiscale per insolvenza o assoggettamento a procedure concorsuali al *concordato preventivo* come disciplinato in attuazione delle presente legge” (art. 1, 5° comma, l. 14 maggio 2005, n. 80) .

a costituire un soggetto particolarmente difficile da coinvolgere per concordare una composizione amichevole e che, comunque, porta *ex se* un aggravamento della debitoria complessiva dell'impresa - dovuta all'elevato ammontare delle sanzioni e degli interessi che ne incrementano la sorte capitale successivamente all'inizio della fase esecutiva -, tale da costituire un ostacolo oggettivo ad ogni tentativo di soluzione anticipata teso ad evitare le alternative meramente liquidatorie.

Quella buona intenzione, in sintesi, voleva risolvere tali difficoltà concedendo all'impresa che si trovasse nelle condizioni oggettive di cui all'art. 160 e 182*bis* l.fall. e che annoverasse l'Erario tra i suoi debiti più rilevanti, uno strumento idoneo a fronteggiare quella particolare tipologia di creditore individuandolo, appunto, nella c.d. transazione fiscale.

Come appena rilevato, invece, in tema di *concordato preventivo*, la soluzione elaborata dal combinato disposto degli artt. 160 e 182*ter* della l.fall. rappresenta più una complicazione che una agevolazione e non solo per la infelice formulazione della norma ma anche per la sua collocazione all'interno della soluzione concordataria che impedisce alla transazione fiscale di essere considerata un autonomo accordo e che, per effetto delle novità introdotte dal D.Lgs. n 169/2007 - che oggi permette la falcidia dei crediti assistiti da cause legittime di prelazione solo a determinate condizioni - ostacola non poco la proposizione di concordati preventivi tendenti a definire, tra l'altro, anche le posizioni debitorie erariali.

Diverso sarà il giudizio con riguardo all'*accordo di ristrutturazione dei debiti* per effetto dell'incontestabile autonomia che il legislatore ha attribuito alla transazione (la quale deve essere perfezionata prima che possa concludersi il successivo accordo ex art. 182*bis* l.fall.) e per la natura propriamente convenzionale di tale strumento nel quale l'autonomia negoziale può portare le parti a concludere ogni forma di patto che non sia precluso dalla legge. Anche in questo caso, però, la frettevolezza "correttiva" non ha aiutato gli operatori, in quanto la nuova *chance* concessa all'accordo di ristrutturazione di prevedere anche al suo interno l'applicabilità della transazione fiscale (prima del 31 dicembre 2007 preclusa esplicitamente dalla norma) viene inserita all'interno di un articolo (l'art. 182*ter* l.fall.) che fa riferimento ad un complesso procedimento, "progettato" per essere funzionale ad una proposta di concordato preventivo, istituito da considerare oggi del tutto distinto dagli accordi *de quibus*, e che porta con sé alcuni elementi di incompatibilità che ne rendono difficoltosa l'applicazione pratica.

2. Un presupposto oggettivo in comune: lo stato di crisi

Il tema inerente alla esatta individuazione dei confini dello stato di crisi e dell'insolvenza è stato molto approfondito dagli studiosi² soprattutto successivamente all'intervento del D.l. 273/2005 che ha voluto porre rimedio al novellato presupposto oggettivo per la proposizione del concordato preventivo (*stato di crisi*) aggiungendo al riformato art. 160 l.fall. un ultimo capoverso nel quale si precisa che "Ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza".

In questa sede, rinviando agli approfondimenti citati, mi preme segnalare che anche in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti il legislatore correttivo ha voluto modificare il requisito per la legittimazione a proporre tale soluzione uniformandolo a quello previsto per il concordato: il nuovo art. 182bis l.fall., infatti, principia diversamente rispetto alla formulazione previgente in quanto il legittimato alla proposizione dell'accordo non è più il "debitore" ma "l'imprenditore in stato di crisi", quasi a sottolineare come il presupposto oggettivo per la proposizione dell'accordo di ristrutturazione sia il medesimo di quello che legittima la domanda di concordato preventivo, potendo ciò offrire nuove motivazioni alla dottrina sostenitrice della natura di *species* degli accordi rispetto al *genus* concordato preventivo.³

Questa modifica rileva non solo al fine dell'inquadramento sistematico dell'istituto ma anche (e potrebbe essere una diversa angolatura del medesimo problema) per l'individuazione dei soggetti legittimati a proporre l'accordo stesso.

² Sul tema vedi A.M.AZZARO, in *Le funzioni del concordato preventivo tra crisi e insolvenza*, *Il Fallimento*, 2007, 741; L.PANZANI, *Soggetti e presupposto oggettivo*, *Il Fallimento*, 2006, 1009; G.LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008; G.TERRANOVA, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, Torino, 2007; F.DI MARZIO, *Il nuovo diritto della crisi di impresa e del fallimento*, Torino, 2006, XXVIII; A.LA MALFA, *La crisi dell'impresa, il piano proposto dall'imprenditore e i poteri del tribunale nel nuovo concordato preventivo*, in AA.VV., *Il nuovo diritto della crisi di impresa e del fallimento*, a cura di F.DI MARZIO, cit. 373 ss.;

³ Per un panorama completo dei diversi orientamenti sul punto segnaliamo P. VALENSISE, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *La riforma della legge fallimentare*, A.NIGRO e M.SANDULLI a cura di, Torino, 2006, il quale conclude nel senso di preferire l'inquadramento degli accordi "come sottospecie semplificata di concordato preventivo" in quanto tale soluzione "oltre che apparire preferibile in quanto più aderente all'impostazione complessiva che pare seguita dal legislatore, contribuisce a dissipare più di un'ambiguità dell'opera di ricostruzione dell'istituto".

Parte della dottrina aveva già evidenziato che, trattandosi di istituto a connotazione privatistica sottoposto solo successivamente ad una verifica giurisdizionale, all'accordo di ristrutturazione può ricorrere anche chi neppure versi in stato di crisi, trattandosi di un soggetto che riveste un mero interesse a rinegoziare la propria esposizione debitoria⁴.

In presenza del nuovo inserimento qualificativo all'interno del primo comma dell'art. 182*bis* l'argomento andrà certamente ridiscusso anche se è prevedibile, per quanto si dirà appresso, che confermata la natura diversa dell'accordo di ristrutturazione rispetto al concordato preventivo si potrà accedere alla tesi secondo cui lo stato di crisi deve essere inteso come concetto di genere nel quale rientrano sia lo stato di insolvenza sia il c.d. pericolo di insolvenza (o insolvenza imminente).⁵

Mi pare comunque che la novellata qualificazione oggettiva non debba essere intesa in senso limitativo all'accesso all'istituto ben potendo riferirsi l'interprete (oggi più che mai, a mio modesto parere) a quel significato del concetto di "stato di crisi" il quale, in senso più ampio possibile, abbracci una qualsivoglia situazione patrimoniale, economica e finanziaria che non permetta all'impresa, al momento della domanda e fino alla completa realizzazione dell'accordo, di procedere ordinariamente nella gestione della propria attività senza il ricorso ad un accordo con i creditori.⁶

Tale approccio interpretativo oltre che dal dato meramente testuale trae motivazioni sufficienti anche dalla volontà esplicita del legislatore di riportare nel mercato la sede primaria di composizione della crisi d'impresa affidando al ceto creditorio un ruolo attivo di protagonista sia con riguardo alla minimizzazione dei rischi di azioni revocatorie e di risarcimento dei danni sia con riguardo alla marginalizzazione dell'intervento giudiziario rispetto ai profili gestori e decisorii sul merito delle proposte di soluzione concordata.

⁴ In argomento, per tutti, G.LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2007, 892, 893 e L.PANZANI, *I nuovi accordi di ristrutturazione*, in www.fallimentonline.it, 2005;

⁵ Ancora sul tema si legga G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. AMBROSINI, Torino, 2006 e G.LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, cit., nel quale l'Autore afferma che "l'accesso alla ristrutturazione dei debiti non potrebbe avvenire al di fuori di una situazione economico-finanziaria che la giustifichi".

⁶ Si pensi, ad esempio, ad una debitoria che non possa essere soddisfatta (se non in tempi lunghissimi e con esiti imprevedibili) dalle marginalità economiche ordinarie dell'impresa a causa dei diminuiti margini operativi conseguenti ai mutati assetti del mercato nel quale essa opera: una causa della crisi del tutto "esogena" che ben potrebbe giustificare il "sacrificio" dei creditori (quantomeno nel concordato preventivo nel quale la minoranza subisce la riduzione delle proprie ragioni per effetto della volontà della maggioranza) nella prospettiva della salvaguardia dell'impresa, bene al quale costoro sono certamente interessati nella misura in cui lo stesso ritorni in grado di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni.

3. I requisiti soggettivi per l'accesso ai due strumenti

Con un intervento dell'ultima ora il Governo ha inserito una nuova norma nel corpo del decreto legislativo "correttivo" del Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e del decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, sostituendo l'ultimo comma dell'articolo 182^{ter} con un nuovo comma⁷ che prevede la possibilità per il debitore (*rectius*, imprenditore in crisi) di effettuare la proposta di cui al primo comma dell'articolo 182^{ter} (la transazione fiscale, appunto) "anche nell'ambito delle trattative che precedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182^{bis}".

Anche quest'ultimo articolo è stato modificato dal decreto correttivo e ritengo che quelle inserite non debbano considerarsi quali "correzioni meramente formali" come invece precisato nella bozza di Relazione illustrativa.

Sotto il profilo del requisito soggettivo la radicale innovazione dell'articolo 1 della legge fallimentare⁸, ad opera sempre del citato decreto

⁷ L'art. 182^{ter}, ultimo comma, è stato sostituito dal seguente: " Il debitore può effettuare la proposta di cui al primo comma anche nell'ambito delle trattative che precedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182^{bis}. La proposta di transazione fiscale è depositata presso gli uffici di cui al secondo comma, che procedono alla trasmissione e alla liquidazione ivi previste. Nei successivi trenta giorni l'assenso alla proposta di transazione è espresso relativamente ai tributi non iscritti a ruolo ovvero non ancora consegnati al concessionario del servizio nazionale della riscossione alla data di presentazione della domanda, con atto del direttore dell'ufficio, su conforme parere della competente direzione regionale, e relativamente ai tributi iscritti a ruolo e già consegnati al concessionario del servizio nazionale della riscossione alla data di presentazione della domanda con atto del concessionario su indicazione del direttore dell'ufficio, previo conforme parere della competente direzione generale. L'assenso così espresso equivale a sottoscrizione dell'accordo di ristrutturazione". Questo testo è contenuto nel Decreto legislativo del 12/09/2007, n. 169, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 16 ottobre 2007 n. 241.

⁸ **L'articolo 1 della l.fall.** come modificato dal decreto correttivo in commento è il seguente: "**Imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo.** Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici.

Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti:

- a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non inferiore ad euro trecentomila;
- b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila;
- c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila;

correttivo, propone nuovi interrogativi sull'area dei soggetti legittimati a presentare la domanda di cui all'art. 182bis⁹.

In effetti la espunzione della figura del piccolo imprenditore, che tanta discussione aveva generato sia in ambito dottrinario sia in ambito giurisprudenziale in ordine all'eventuale tacita abrogazione dell'art. 2083 del c.c. o, di converso, alla sua contestuale applicabilità in sede fallimentare nello strenuo tentativo di individuare chi fosse piccolo imprenditore assoggettabile alla procedura fallimentare in presenza dei due precedenti limiti dimensionali¹⁰, pone la questione della proponibilità del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti anche da parte di soggetti che non posseggano congiuntamente i nuovi tre requisiti previsti dal novellato art. 1 l.fall..

La rubrica di tale norma, infatti, reca “*Imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo*” nulla rinvenendosi nella lettura sistematica dei

i limiti di cui alle lettere a), b) e c) del secondo comma possono essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministero della Giustizia, sulla base della media delle variazioni degli indici Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati intervenute nel periodo di riferimento”.

⁹ **Il nuovo art. 182bis l.fall.**, a seguito delle modifiche introdotte dal Decreto legislativo n. 169/2007, risulta essere il seguente: “**Accordi di ristrutturazione dei debiti.** L'imprenditore in stato di crisi può domandare, depositando la documentazione di cui all'art. 161, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d) sulla attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

L'accordo è pubblicato nel registro delle imprese ed acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione.

Dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore. Si applica l'art. 168 secondo comma.

Entro trenta giorni dalla pubblicazione i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione. Il tribunale, decise le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato.

Il decreto del tribunale è reclamabile alla corte di appello ai sensi dell'art. 183, in quanto applicabile, entro quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese”.

¹⁰ Le soglie dimensionali dell'articolo 1 della l.fall. nella versione precedente al correttivo erano rappresentate, per i ricavi, dall'importo di euro duecentomila quale media degli ultimi tre anni (o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore) e per gli “investimenti nell'azienda” dall'importo di euro trecentomila. Per le incongruenze che il tenore letterale della norma aveva causato mi sia consentito rinviare a E.MATTEI, “L'art. 2083 del c.c. e la sua (in)compatibilità con la disciplina fallimentare” in www.fallimentonline.it, marzo 2007;

nuovissimi articoli 1 e 182**bis** l.fall. circa la legittimazione soggettiva alla proposizione della domanda di ristrutturazione dei debiti.¹¹

In effetti la nuova norma sugli accordi nulla muta nel senso di un chiarimento della autonomia dell'istituto rispetto alla procedura concordata, per cui ritengo debba trovare considerazione la tesi che sostenesse l'applicabilità degli accordi di ristrutturazione anche a coloro che non rientrando nei limiti dimensionali di cui all'art. 1 non possano essere assoggettati al fallimento e non possano presentare domanda di concordato preventivo.¹²

I temi che hanno sostenuto la tesi dell'autonomia, a mio parere, escono invece rafforzati dalle correzioni in commento: l'inserimento esplicito dell'*automatic stay* a far data dalla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, infatti, pone un argine alle diverse motivazioni sul punto difficile da superare.¹³

¹¹ Nella vigenza dei precedenti artt. 1 e 182**bis** della legge fallimentare, nella ante decreto correttivo, è stato correttamente evidenziato come dagli accordi risulterebbero esclusi i piccoli imprenditori mentre legittimate apparirebbero le imprese di rilevanti dimensioni che potrebbero alternativamente accedere agli accordi in esame ovvero alle procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese di cui al d.lgs 8 luglio 1999, n. 270 e al d.l. 23/12/2003, n. 347 (cfr. P. VALENSISE, op. cit.). D'altro canto si veda A.JORIO, *Il concordato*, 4 datt. il quale, criticando ogni assenza alle dimensioni dell'impresa ha segnalato l'opportunità che il legislatore fornisse qualche precisazione ulteriore al riguardo, peraltro, fino ad oggi, disattesa anche dal decreto correttivo in commento.

In tema di dimensioni dell'impresa andrà approfondito anche l'aspetto "temporale" in quanto l'art. 1 del decreto correttivo appena pubblicato indica il *triennio* come arco temporale nel quale l'impresa deve trovarsi *costantemente* al di sotto delle tre soglie: altre norme (vedi ad es. l'art. 2435bis del c.c.) individuano un periodo temporale diverso (il biennio) al fine di determinare una grandezza quantitativa rilevante mentre le norme che individuano i limiti per l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria prevedono l'esistenza "puntuale" alla data della richiesta di ammissione dei requisiti quantitativi. A mio modo di vedere, comunque, l'inserimento del terzo requisito riferito ai debiti "anche non scaduti" giustifica la tesi, sostenuta anche da chi scrive, che individua il requisito soggettivo in un aspetto puramente "quantitativo", legato alla dimensione dell'impresa, espungendo la dimensione dell'insolvenza da intendersi condizione necessaria ma non sufficiente all'assoggettamento alla procedura concorsuale.

¹² Sull'applicabilità dell'art. 182**bis** l.fall. anche alle imprese di minori dimensioni vedasi ancora E.MATTEI, op. cit., www.fallimentonline.it;

¹³ L'esplicita previsione del decreto correttivo di un periodo limitato di sospensione delle azioni cautelari ed esecutive del tutto sottratto al vaglio giurisdizionale e condizionato alla mera pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese sembra evidenziare che si è di fronte, dal 1 gennaio 2008, ad istituto diverso e peculiare rispetto al concordato preventivo ove la protezione è offerta al proponente dalla data di deposito del ricorso presso il Tribunale competente corredato di tutta la documentazione di cui all'art. 161 l.fall.; in ordine invece alla problematica connessa all'applicabilità degli effetti di *cram-down* di cui all'art. 184 l. fall., primo comma, anche agli accordi sembra indispensabile operare affinché tutti i creditori (anche quelli non aderenti) siano

Oggi basterà la pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese per ottenere nelle more del procedimento omologatorio e per un tempo non superiore ai sessanta giorni la sospensione *ope legis* degli atti esecutivi e delle azioni cautelari sul patrimonio del debitore¹⁴ a differenza di quanto è previsto in caso di concordato preventivo ove l'effetto sospensivo si produce dal deposito del ricorso in Tribunale.¹⁵

La confermata diversità di contenuto della relazione “redatta da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d)” rispetto alla relazione di cui all'art. 161 l.fall. che deve, diversamente dalla prima, attestare anche la “veridicità dei dati aziendali”, conferma una volontà quantomeno indirizzata a lasciare all'interprete il corretto inquadramento sistematico dell'istituto ma che conforta sempre più i sostenitori dell'autonomia dal concordato preventivo.¹⁶

Sarà, quindi, connotato dalla medesima difficoltà riuscire a sostenere che essendo gli accordi *de quibus* istituto diverso dal concordato preventivo gli stessi non possano applicarsi alle imprese di limitate dimensioni.

A partire dall'1/1/2008, in estrema sintesi, un'impresa sotto le soglie quantitative di cui all'art. 1 l.fall. ma con dipendenti e con una rete di filiali e di rapporti giuridici in essere deve essere lasciata alla mercé delle singole iniziative individuali che potranno in essere ogni tentativo volto a soddisfare atomisticamente le proprie ragioni creditorie senza nessuna finalità

messi in condizione di avere conoscenza dell'accordo *de qua* (cfr M.CAFFI, *Considerazioni sul nuovo art. 182 bis legge fall.*, in *Dir. Fall.* 2005, I, 876)

¹⁴ La Relazione Illustrativa sul punto è esplicita: “la protezione automatica del patrimonio del debitore risulta funzionale all'attuazione dell'accordo e, in particolare, alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento ai creditori estranei.”

¹⁵ *Ad adiuvandum*: sulla previa pubblicazione dell'accordo presso il registro delle imprese rispetto al deposito nella cancelleria del Tribunale cfr. D'AMORA, *Note esegetiche sul nuovo concordato preventivo e le procedure di ristrutturazione dei debiti*”, in www.fallimentonline.it, 2005; e anche A.PEZZANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182bis legge fallimentare: una occasione da non perdere*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 679; il quale precisa che il deposito presso il registro delle imprese riguarda unicamente l'accordo ma non l'allegata documentazione che va conservata esclusivamente in cancelleria. Concorde in tal senso anche G.FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge 80/2005, Il Fallimento*, 2005, 1445; *contra* VALENSISE, *op. cit.*, 1097; cfr. anche G.LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, *op. cit.*, 909 e ss. il quale afferma che la previa registrazione dell'accordo rispetto al deposito in Tribunale permetterebbe di superare, stante il silenzio del legislatore, l'interrogativo circa il termine entro cui deve essere effettuata l'iscrizione nel registro delle imprese.

¹⁶ In effetti la dottrina aveva sul punto sollevato più di una perplessità sulle differenze contenutistiche della relazione, e tali dubbi ben potevano essere accolti dal legislatore correttivo anche in considerazione della discreta attenzione che quest'ultimo ha mostrato alle molte opportune indicazioni pervenute dai più attenti commentatori su altre questioni problematiche sollevate sugli accordi e sul concordato preventivo.

complessiva di salvaguardia del soggetto imprenditoriale (sia con riguardo alla possibilità di esercizio provvisorio o di affitto di azienda previsto dalla procedura liquidatoria sia con riguardo alla possibilità di accedere ad un concordato preventivo¹⁷ o ad un accordo ex art. 182bis¹⁸ l.fall).

Un intervento correttivo certamente si imponeva onde migliorare complessivamente il dato testuale dell'articolo inerente ai requisiti soggettivi¹⁹ ma, a mio parere, sarebbe stato utile l'inserimento anche del

17 In tal senso anche G.LO CASCIO, in *Il concordato preventivo*, pag. 210 e ss., Milano, 2007, ove l'Autore rileva che "il limite di espansione al basso del nuovo concordato preventivo probabilmente precluderà l'accesso al procedimento di molti imprenditori che avrebbero potuto agevolmente superare la situazione di crisi mediante la presentazione di un piano liberatorio delle passività ed al contempo idoneo alla ripresa dell'attività d'impresa";

18 Ritengo che possa essere allargata anche agli imprenditori in crisi che non raggiungano le soglie di cui all'art. 1 l.fall. la possibilità di procedere ad una composizione concordata delle proprie posizioni debitorie ragionando sia sotto un profilo testuale (l'art. 182bis l.fall. non specifica, a differenza di quanto fa l'art.1 l.fall., che lo stesso si applichi solo all'imprenditore non piccolo e commerciale, cfr. F.DI MARZIO, *Le soluzioni concordate della crisi di impresa*, in *Le nuove procedure concorsuali*, Torino, 2008), sia sotto un profilo costituzionale di eguale trattamento (i creditori del soggetto in crisi potranno vedere pagati i propri crediti, pur con una ristrutturazione che comunque li vede partecipi, a seconda delle dimensioni che ha raggiunto il proprio debitore al quale saranno ben attenti, in una seconda occasione, a "fare credito" instaurandosi in tal guisa un'economia a diverse velocità con rischi di emarginazione di un tessuto imprenditoriale - le microimprese - che in Italia vale circa l'87% del mercato). D'altronde se la *ratio* sottesa alla reintroduzione di soglie quantitative valesse ai fini dell'esonerazione dalla fallibilità delle imprese era motivata dal legislatore delegante nel senso di "semplificare la disciplina attraverso l'estensione dei soggetti esonerati dall'applicabilità dell'istituto" con la finalità di limitare il fenomeno dei fallimenti incapienti e, di conseguenza, facilitare il sistema giurisdizionale permettendo ad esso di concentrarsi sulle insolvenze che siano suscettibili di creare "allarme sociale", non si vede quale nesso logico vi sia nell'evitare che le imprese che non raggiungono una determinata dimensione possano accedere ad un istituto, quale l'accordo di ristrutturazione dei debiti, destinato anch'esso, tra l'altro, a deflazionare il sistema giustizia. Il controllo di merito del Tribunale sulla domanda ex art. 182bis dovrebbe bastare a fugare i timori di un uso distortivo o fraudolento dello strumento al quale, comunque, potrebbe aggiungersi la previsione di un'apposita sanzione penale da introdurre nell'ordinamento.

In conclusione esistono già nel nostro ordinamento istituti che prevedono "vantaggi" a favore del soggetto in crisi al quale viene offerta la possibilità di assolvere i propri debiti pregressi attraverso transazioni, rateazioni e modalità di pagamento facilitate in quanto tutto ciò viene considerato vantaggioso anche dal debitore: in materia tributaria, per esempio, il nostro ordinamento conferisce all'amministrazione il potere di porre in essere accordi vincolanti in ordine alla determinazione dell'imponibile e dell'imposta nelle ipotesi di interpello internazionale, in tema di accertamento con adesione e di conciliazione giudiziale.

Per una approfondita analisi sulle conseguenze di una maggiore difficoltà di accesso al credito per le imprese escluse dalla fallibilità e di conseguenza anche dalle procedure concordate e dagli accordi di ristrutturazione dei debiti si rinvia a L.STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia, Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, pag. 162 e ss.;

19 L'eliminazione del riferimento al piccolo imprenditore e di conseguenza all'art. 2083 del cc., frutto tra l'altro di una sorta di unanime "sollevazione" di parte prevalente della dottrina, è

parametro relativo al numero degli occupati²⁰ nell'impresa al fine di connotare i requisiti anche da un punto di vista qualitativo-organizzativo e inserire un ulteriore indice di "allarme sociale" di sicura maggiore rilevanza rispetto all'indebitamento²¹.

Certo è che la conferma della posizione autonomistica poteva risultare più agevole se si fossero rese applicabili le esenzioni fiscali sulle plusvalenze emerse in sede di realizzazione degli accordi alla stregua di quanto oggi applicabile alle procedure concordatarie: ma ritengo che questa problematica potrà agevolmente venire superata da una circolare esplicativa del ministero competente all'esito della diversa configurazione dell'istituto soprattutto avuto riguardo all'inserimento della transazione fiscale nel corpo degli accordi tesi a ristrutturare i debiti dell'imprenditore.

In effetti l'importante "apertura" dettata dal legislatore correttivo depone a favore di tale futura configurazione in quanto la proclamata finalità di "rendere più agevole l'utilizzazione di un istituto che non ha avuto sino ad

certamente condivisibile nel senso del chiarimento della norma esoneratrice. Così come l'introduzione di termini di derivazione aziendalistica più pertinenti, "attivo patrimoniale" invece di "capitale investito" ed "esercizi" al posto di "anni", e l'eliminazione del riferimento alla media degli ultimi tre anni per i ricavi, hanno contribuito certamente alla chiarezza del dato testuale.

²⁰ La limitazione quantitativa pone problemi anche sul versante dei diritti dei lavoratori assunti da datori di lavoro non soggetti alle procedure concorsuali. Anche l'intervento dell'Inps con la Circolare 7/03/2007, n. 53, pubblicata in *Il Fallimento* n. 2/2008, dichiara la difficoltà della nuova normativa in tale materia quando attesta che "la valutazione che non sono stati superati i parametri economici minimi di legge, condizione escludente il fallimento, può risultare piuttosto difficile, atteso che né l'Istituto né il lavoratore istante- sul quale grava l'onere di dimostrare che il datore di lavoro non è assoggettabile a procedura concorsuale- dispongono di elementi sufficienti a compiere una stima esaustiva della situazione patrimoniale e del conto economico del datore di lavoro".

In via generale, continua la citata circolare, il lavoratore al fine di accedere al beneficio dovrà esibire copia del decreto del Tribunale di reiezione dell'istanza di fallimento per insussistenza dei presupposti, decreto che non viene reputato necessario: a) quando l'Inps ne sia già in possesso per aver già tentato di far dichiarare il fallimento del datore di lavoro, b) quando il datore di lavoro sia un imprenditore agricolo oppure un imprenditore individuale o una società di persone iscritti alla sezione piccoli imprenditori della Camera di Commercio con alle dipendenze non più di 3 lavoratori, c) quando il datore di lavoro sia una srl la quale risulti sotto le soglie dal bilancio depositato presso il registro delle imprese. A parte il fatto che la circolare fa riferimento ai parametri introdotti con il D.Lgs n. 5/2006 che sono stati modificati dal decreto correttivo, occorrendo quindi oggi una nuova regolamentazione per l'accesso al Fondo di garanzia, restano tutte le perplessità riguardo un meccanismo per certi versi inaccessibile al dipendente il quale non potendo accedere alle informazioni necessarie riguardanti il suo datore di lavoro viene onerato di una prova molto problematica.

²¹ Sul tema della dimensione in termini ampi mi sia consentito rinviare al mio intervento, *Impresa e dimensione: riflessioni sul nuovo articolo 1 della legge fallimentare*, pubblicato su *Il Quotidiano Giuridico*, genn. 2008.

oggi la diffusione auspicata” dovrebbe aiutare a rimuovere l’ultimo ostacolo rilevante al successo degli accordi.²²

4. La transazione fiscale e il pagamento parziale dei crediti privilegiati

4.1 Normativa comunitaria e normativa interna prima del decreto correttivo

La problematica intorno alla possibile falciatura del credito assistito da cause legittime di prelazione è stata oggetto di studi e approfondimenti in epoche non recenti ed ha ricevuto una rinnovata linfa all’alba dell’introduzione del D.Lgs 9 gennaio 2006, n. 5, il quale, modificando l’art. 124 l.fall. sul concordato fallimentare ed introducendo l’istituto della transazione fiscale all’interno del concordato preventivo, ha riproposto con maggior vigore il tema offrendo nuovi e più convincenti motivi per il c.d. pagamento in percentuale di tale categoria di crediti.

L’art. 124 l.fall. nella formulazione ante decreto correttivo prevedeva che “i creditori muniti di diritto di prelazione (oggi “*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 vendita [oggi “*in caso di liquidazione*”], avuto riguardo al valore di mercato attribuibile al cespite o al credito oggetto della garanzia [oggi “*ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione*”] indicato nella relazione giurata di un esperto o di un revisore contabile o di una società di revisione designati dal tribunale [oggi “*di un professionista in possesso dei requisiti di cui all’art. 67, terzo comma, lett.d) designato dal tribunale*”].”

Tale norma, insieme alla disposizione contenuta **nell’art. 182ter l.fall.** sulla transazione fiscale che introduceva la possibilità che anche un classico creditore privilegiato come l’Erario potesse subire la falciatura di un pagamento in percentuale ed essere ammesso al voto, con l’ulteriore specificazione che tale trattamento non avrebbe potuto essere inferiore a quello offerto ad altri creditori assistiti da grado di privilegio inferiore, aveva fatto propendere alcuni commentatori e taluni Tribunali²³ a ritenere possibile l’esistenza di classi di creditori privilegiati non tributari anch’essi falciabili.

²² Citazione dalla Relazione illustrativa al Decreto correttivo.

²³ In dottrina vedasi G.MARINI, in “*Transazione fiscale*”, in *La riforma della legge fallimentare*, A.NIGRO e M.SANDULLI a cura di , Torino, 2006, pag. 1118; vedasi anche: L.GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2006, 326; G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 583; L. DEL FEDERICO, in *Il nuovo diritto fallimentare*, (diretta da) Jorio e (coordinato da) Fabiani , Bologna, 2007, 2569;L. MAGNANI, *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano Di Pepe, Padova, 2007, 683; in giurisprudenza

Prima di analizzare le modifiche introdotte dal decreto correttivo e valutare quale impatto esse possono aver causato su tale orientamento occorre offrire preliminarmente un inquadramento generale, seppur non esaustivo, del trattamento del credito erariale sia sotto il profilo della preferenza nell'ordine dei privilegi che la legge gli assegna sia con riguardo al suo possibile soddisfacimento non integrale riferendosi, per quest'ultimo profilo, alla normativa speciale introdotta via via nell'ordinamento nazionale e alla regolamentazione comunitaria *in subiecta materia*.

Entrambi questi livelli normativi pongono quale principio inderogabile l'indisponibilità dell'obbligazione tributaria in capo al soggetto titolare (lo Stato) in quanto credito di natura pubblicistica che sorge per effetto della legge con funzione regolatrice del riparto alla contribuzione alle pubbliche spese secondo il principio della mutualità generale rispetto alla quale l'amministrazione non avrebbe un autonomo potere di disposizione (in quanto titolare di un credito che rappresenta una percentuale del tutto).

Tutti gli interventi normativi che si sono succeduti in materia hanno infatti individuato un'area di disponibilità delle risorse pubbliche confinandola o nella *fase dell'accertamento dell'an* (ove fosse in discussione la imputabilità del reddito in capo al contribuente) o nella *fase della riscossione* dei tributi già dichiarati ed accertati dal contribuente nella quale si ponga un problema di mancata esazione nei termini legali e di capienza patrimoniale del debitore con possibile conseguente mancato incasso del tributo.

La legge ha quindi previsto una deroga al principio di indisponibilità solo a determinate condizioni (nei casi ove l'obbligazione tributaria è frutto di un accertamento unilaterale ancora soggetto alla possibile contestazione del contribuente versandosi in una fase ancora precedente all'insorgenza definitiva della materia imponibile, ancora da determinare in contraddittorio^{24, 25}) oppure nella fase di un'esecuzione individuale potenzialmente infruttuosa.

Ed è proprio in tema di potenziale inefficacia della fase della riscossione del tributo che si è innestata una norma dalla quale può farsi

si vedano le motivazioni contenute in Trib. di Bologna 26/10/2006 e Trib. di Messina, 29/12/2006;

²⁴ Ed in tal senso il legislatore ha già derogato ed in più occasioni al principio de quo quando conferisce all'amministrazione il potere di porre in essere accordi vincolanti in ordine alla determinazione dell'imponibile e dell'imposta, nelle ipotesi di interpello internazionale o ancora in tema di accertamento con adesione e di conciliazione giudiziale;

²⁵ In giurisprudenza, da ultimo, si veda Cass. 3 ottobre 2006, n. 21325 e Cass. 10 dicembre 2002, n. 17576;

discendere l'attuale istituto della transazione fiscale: mi riferisco all'art. 3, terzo comma, D.L. 8 luglio 2002, n. 138 conv. in L. 8 agosto 2002, n. 178 sulla quale il Consiglio di Stato si esprimeva così: *“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 azioni 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 in caso di sussistenza di liti attuali, istaurate in tema di rapporti tributari sfociati nella iscrizione a ruolo, ma, in attuazione del principi 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”*.

La Circolare 8/E del 04/03/2005 dell'Agenzie delle Entrate sul tema affermava che *“ciò che caratterizza l'istituto è la possibilità, al verificarsi di determinate condizioni ed in deroga ai principi generali, di raggiungere un accordo che, attraverso reciproche concessioni, consenta la chiusura delle controversie relative alla fase della riscossione, ovvero ne impedisca l'insorgenza”*.

Le condizioni alle quali si riferiva la norma e la successiva circolare esplicativa sono rappresentate (i) dall'emergere dell'insolvenza nel corso delle procedure esecutive, (ii) dall'assoggettamento del debitore a procedure concorsuali e (iii) dall'accertata maggiore economicità e proficuità della transazione rispetto alle attività di riscossione coattiva.

Risulta di tutta evidenza che l'accertamento a cui si riferisce l'ultima condizione dipende dalla qualità della verifica istruttoria da parte dell'ufficio chiamato a valutare dati economici-patrimoniali e finanziari, storici e prospettici, di non sempre agevole intelligibilità e con un approccio mentale del tutto diverso²⁶ rispetto a quello col quale l'amministrazione aveva storicamente ragionato dinanzi ad una insolvenza c.d. “potenziale” o imminente”: con la modifica del requisito oggettivo da parte del legislatore si dovrà rafforzare tale attività preventiva e prognostica dell'ufficio dal

²⁶ D'altro canto tale mutamento di approccio da parte dell'amministrazione si impone se si riflette circa i risultati pratici prodotti dall'attività di riscossione la quale genera cassa per una percentuale non superiore a circa il 3% dell'ammontare complessivo dell'imponibile annuale accertato.

momento che risulterà molto meno agevole individuare quello stato di crisi al quale l'imprenditore è giunto in quel particolare momento della sua attività.

In altre parole anche nella vigenza della precedente normativa risulta evidente come sia determinante il “giudizio di valore” che l'amministrazione deve dare dinanzi alla proposta che il debitore le rivolge: gli uffici devono essere messi in grado di valutare il c.d. “costo-beneficio” dell'opzione dinanzi alla quale si trovano, in quanto un loro diniego alla domanda transattiva (o anche una loro controproposta che preveda forme solutorie diverse da quelle prospettate nel piano dal debitore in crisi e da questo non sostenibili) potrebbe mutare la natura dello status oggettivo nel quale versa il proponente ponendolo in una situazione di crisi irreversibile che pregiudicherebbe irrimediabilmente la sua continuità aziendale.

Tale era la finalità sottesa anche alla precedente soluzione legislativa allorquando la circolare esplicativa citata sottolineava che la norma “è incentrata sui concetti di maggiore economicità e proficuità dell'accordo rispetto all'attività di riscossione coattiva e, dunque, su dati della realtà che devono essere raccolti dall'Agenzie delle Entrate” con la conseguenza che “il debitore deve allegare all'istanza i documenti che ritiene necessari ai fini dell'accoglimento della stessa e comunque tutti quelli che l'Agenzia non è in grado di acquisire autonomamente (L. 241/90) con autorizzazione al trattamento dei dati sensibili (T.U. n. 169/2003)”.²⁷

Sulla fase dell'istruttoria preliminare la Circolare 8/E citata, in ordine all'abrogato²⁸ art. 3 della L. 138/2002 (c.d. “transazione dei tributi iscritti a ruolo”), precisava: “Ai fini della valutazione di maggiore economicità e proficuità dell'accordo rispetto all'attività di riscossione coattiva, l'Agenzia si avvale delle informazioni fornite dal contribuente, dal Concessionario della riscossione, dagli Uffici e dalle Direzioni Regionali, nonché di quelle risultanti al sistema di Anagrafe Tributaria secondo i criteri già stabiliti dall'Agenzia nell'ambito delle istruzioni fornite ai Concessionari della riscossione ai fini operativi e della comunicazione di inesigibilità”.

Anche la normativa comunitaria in tema di “aiuti di Stato”, muove dalle medesime considerazioni fin qui assunte: nel valutare infatti la compatibilità degli istituti richiamati con il divieto di cui all'art. 87, par. 1,

²⁷ La circolare n. 8/E a tal proposito già evidenziava che qualora la documentazione contabile afferisse ad una società, la stessa doveva essere certificata da uno dei soggetti di cui all'art. 2409bis c.c.

²⁸ L'art. 151 del d.lgs 5/2006 ha abrogato con effetto immediato la pregressa disciplina della transazione dei ruoli di cui all'art. 3 comma 3, d.l. 8 luglio 2002, n. 138, convertito in l. 8 agosto 2002 n. 178.

del Trattato CE (che prevede l'incompatibilità con il mercato comune degli aiuti concessi sotto qualsiasi forma dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, che favorendo talune imprese o talune produzioni falsino e minaccino di falsare la concorrenza), occorre concludere che tale disposizione non interferisce con la normativa interna qualora si acceda al costante orientamento seguito dalla giurisprudenza della Corte secondo cui il "vantaggio" accordato all'impresa beneficiaria, qualunque ne sia la forma, deve comunque corrispondere ad un "onere finanziario" a carico dell'ente erogatore per poter essere dichiarata l'incompatibilità dell'intervento dello Stato membro con la normativa comunitaria.

Nel caso in esame il vantaggio sarebbe rappresentato dall'esonero, anche parziale, dal pagamento di un tributo da parte di un'impresa a fronte di una rinuncia ad un introito da parte dello Stato membro: ma l'effettivo *onere finanziario dello Stato*, nel caso della transazione fiscale, va misurato confrontando l'effettivo importo riscuotibile attraverso l'istituto in esame con quello che potrebbe ottenersi attraverso l'attività di riscossione coattiva.

Né può valere l'attuale problematica inerente la natura dell'IVA, oggi sotto osservazione da parte della Commissione Europea, e la sua inclusione nel campo di applicazione della transazione: nella categoria delle entrate (coattive) di natura tributaria, definite "risorse proprie", esplicitamente escluse dall'alveo della transazione, vi sono anche i "tributi istituiti nel quadro della politica comunitaria in applicazione delle disposizioni sui Trattati *ed una parte percentuale dell'imposta sul valore aggiunto stabilita per tutti gli Stati membri in modo uniforme*" (vedi *infra* nota 29): ma, a parte la considerazione che sarebbe eccessivo considerare il gettito Iva come non di spettanza dello Stato, v'è da sottolineare come la transazione fiscale non influenza l'obbligo di contribuzione dello Stato italiano nei confronti della UE in quanto tale obbligazione viene adempiuta prescindendo dall'effettiva riscossione del tributo da parte del nostro concessionario e versando una percentuale dello 0,50% sulla base imponibile dell'imposta.

D'altronde, in tema di principi comunitari in materia, anche la VI Direttiva (77/388) prevede la possibilità che ogni Stato membro introduca misure particolari "allo scopo di semplificare la riscossione dell'imposta" a condizione che tale deroga venga preventivamente sottoposta al vaglio della Commissione che deve esprimere il proprio parere.

Nel caso in esame, quindi, non siamo in presenza di "regimi agevolati", tassativamente elencati all'art. 24 della VI Direttiva, ma di strumenti volti a facilitare e ampliare il "riscosso" in presenza di un'istruttoria degli Uffici che, con l'unico criterio possibile del "caso

concreto” e dell’analisi “costi-benefici”, connessa con la verifica delle alternative concretamente praticabili, dovrà accertare l’efficacia e la bontà dell’opzione.

In conclusione, i principi comunitari sul tema non risultano impeditivi alla conclusione da parte dell’amministrazione finanziaria di accordi volti alla falciatura dei propri crediti tributari in presenza di un risultato più favorevole in termini di *realizzo* delle proprie ragioni rispetto alla successiva attività di riscossione.

Il nuovo testo stabilisce che il debitore (*rectius*, l’imprenditore in stato di crisi) può proporre il pagamento, anche parziale, dei tributi amministrati dalle agenzie fiscali²⁹, e dei relativi accessori, ad eccezione dei tributi costituenti risorse proprie dell’Unione europea³⁰, ed effettuare la proposta di transazione fiscale, non soltanto in caso di concordato preventivo, ma anche nell’ambito delle trattative che precedono la stipula dell’accordo di ristrutturazione.

Per quanto attiene ai requisiti soggettivi ed oggettivi valga quanto anticipato nella prima parte di questo intervento con riguardo agli accordi di

²⁹ Per “Agenzie fiscali” si intendono l’Agenzia delle entrate, l’Agenzia del demanio, l’Agenzia delle dogane e l’Agenzia del territorio. Ne consegue che non possono annoverarsi tra i tributi transigibili l’ICI, la TOSAP, l’imposta sulla pubblicità e i diritti sulle pubbliche affissioni - in quanto tributi locali amministrati dagli enti periferici -, mentre l’IRAP, pur essendo considerata tributo locale, può essere inclusa nell’ambito applicativo della disposizione in commento in quanto di competenza dell’Agenzia delle entrate.

Gli altri tributi oggetto di possibile transazione sono: Irpeg, Ires, Irpef, IVA, imposta di registro, imposte ipotecaria e catastale, imposta di bollo, imposte sulle successioni e donazioni, imposta sugli intrattenimenti, tasse automobilistiche, tasse sui contratti di borsa, canone di abbonamento alla televisione, e tutti i tributi di competenza delle altre Agenzie (imposte demaniali, dazi di importazione e di esportazione, imposte di fabbricazione di consumo).

³⁰ Le “risorse proprie” sono state identificate nell’art. 2 della decisione 29 settembre 2000 e sono costituite da: **1.** dazi doganali di frontiera su beni provenienti da Paesi estranei all’Unione Europea; **2.** prelievi agricoli, prelievi istituiti dal trattato CECA ed altri diritti sugli scambi; **3.** tributi istituiti nell’ambito della politica comunitaria in applicazione delle disposizioni dei Trattati ed una parte percentuale dell’IVA stabilita per tutti gli Stati membri in modo uniforme (attualmente pari all’0,5% delle entrate IVA NETTE di ciascuno Stato); **4.** una quota di PIL degli Stati membri (attualmente l’aliquota uniforme si attesta all’1,2%).

Non mi pare da condividere l’assunto contenuto nella recente Circolare n.40/E del 18/04/2008 della Agenzia delle entrate che, al punto 4.2.1, esclude l’IVA dai tributi da considerare nell’area della transigibilità a causa della sua asserita inclusione nella categoria delle “risorse proprie dell’Unione Europea”: la Circolare non motiva l’esclusione e si limita ad invitare gli Uffici “**ad escludere l’IVA dalle transazioni fiscali, in attesa che si consolidi al riguardo l’orientamento della giurisprudenza, fino a nuove disposizioni della scrivente**”. Per inciso va evidenziata la contraddizione nella quale l’Agenzia pare cadere quando, dopo aver sancito l’esclusione dell’IVA dalla transazione, la ammette invece per le sanzioni e gli interessi maturati su tale imposta non considerando che tali voci, qualificati dalla legge quali “accessori” del tributo, ne seguono inevitabilmente le sorti.

ristrutturazione: è chiaro che i suddetti presupposti debbono entrambi sussistere affinché il soggetto proponente possa essere legittimato a proporre la transazione.

In ambito, infine, della normativa codicistica sui privilegi³¹ l'art. 2752, primo comma c.c. attribuisce un "privilegio generale sui mobili ai crediti dello Stato per l'imposta sul reddito delle persone fisiche, per l'imposta sul reddito delle persone giuridiche e per l'imposta locale sui redditi, diversi da quelli indicati nel primo comma dell'art. 2771, iscritti nei ruoli resi esecutivi nell'anno in cui il concessionario del servizio di riscossione procede o interviene nell'esecuzione e nell'anno precedente. Hanno altresì privilegio generale sui mobili del debitore i crediti dello Stato per le imposte, le pene pecuniarie e le soprattasse dovute secondo le norme relative all'imposta sul valore aggiunto. Hanno lo stesso privilegio, subordinatamente a quello dello Stato, i crediti per imposte, tasse e tributi dei comuni e delle province previsti dalla legge per la finanza locale e dalle norme relative all'imposta comunale sulla pubblicità e ai diritti sulle pubbliche affissioni".

L'art. 2759 c.c. attribuisce invece un privilegio speciale sui mobili che servono all'esercizio di imprese commerciali (e sopra le merci che si trovano nel locale adibito all'esercizio stesso o nell'abitazione dell'imprenditore), ai crediti dello Stato per Irpef, Irpeg (Ires) e Ilor dovuta per i due anni anteriori a quello in cui si procede e limitatamente all'imposta o alla quota d'imposta imputabile al reddito d'impresa.

La limitazione temporale (e quantitativa, nell'ipotesi prevista dall'art. 2759 c.c.) risulta rilevante ai fini del computo dell'onere concordatario e ai fini della proposizione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti in ordine alla sussistenza delle sue condizioni di legittimità legate (i) all'adesione di una percentuale minima del 60 per cento dei creditori e (ii) al trattamento riservato al credito erariale che non può essere deteriore rispetto a quello riservato ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali.

Mentre in tema di concordato preventivo il *dies a quo* per il computo del biennio può essere fatto coincidere con la data del provvedimento di apertura della procedura (traendo argomenti dal fatto che il concordato produce i medesimi effetti sui beni e diritti messi a disposizione dal proponente e che l'art. 168 l.fall. impedisce le azioni esecutive sul

³¹ L'art. 2746 c.c. stabilisce il privilegio distinguendolo in generale o speciale: il primo si esercita su tutti i beni mobili del debitore, il secondo su determinati beni mobili o immobili.

patrimonio del debitore concordatario³²) in tema di accordi *ex art.182bis* l.fall. l'individuazione di tale momento risulterebbe meno agevole a meno di concludere nel senso di una equiparazione circa gli effetti dell'accordo al concordato preventivo con la conseguenza che il privilegio del credito erariale come individuato nei due articoli del codice prima richiamati potrà essere riconosciuto alle imposte iscritte nei ruoli posti nell'anno di apertura del concorso (o del deposito della domanda di transazione fiscale che precede l'accordo *ex art. 182bis* l.fall.) e in quello precedente.

In tema di privilegio speciale la Circ. n. 40/E del 18/04/2008 specifica che vanno considerati nella più ampia categoria del privilegio anche i crediti muniti di diritto di prelazione a seguito di iscrizione ipotecaria ai sensi dell'art. 77 DPR 602 del 29/09/1973 da parte dell'agente della riscossione, in quanto la locuzione "crediti assistiti da privilegio" di cui all'art. 182*ter* l.fall. andrebbe intesa in senso atecnico "come comprensiva di tutti i crediti tributari assistiti da diritti di prelazione" : è chiaro il riferimento ai tributi i quali, non muniti del ruolo esecutivo, sono da considerare chirografari ai sensi degli artt. 2752 e 2759 c.c. in quanto solo "il ruolo costituisce titolo per iscrivere ipoteca sugli immobili del debitore e dei coobbligati" *ex art. 77* DPR 602 citato.

In relazione all'ordine del privilegio, cioè alla modalità con la quale si procede alla soddisfazione dei crediti assistiti da cause legittime di prelazione, la legge dispone una graduatoria di preferenza (art. 2777 c.c.), in caso di concorso di crediti aventi lo stesso privilegio generale o speciale sulla medesima cosa, che vede i crediti dello Stato per l'Iva del cedente e per le imposte sul reddito di cui all'art. 2759 c.c. collocati al VII posto mentre gli altri tributi di cui all'art. 2752 c.c. sono sistemati al XVIII e al XIX posto nella graduatoria legale.

Dopo tale inquadramento generale del credito erariale nella normativa sostanziale appare oscuro il perché il legislatore abbia voluto precisare in due norme diverse, l'art. 160 II comma l.fall. e l'art. 182*ter* I comma l.fall. un concetto che appare inequivocabile e già desumibile dalle categorie generali che, come abbiamo visto, disciplinano la materia della graduazione della soddisfazione dei crediti.

In effetti il dispositivo di cui all'art. 160, II comma, che vieta un "trattamento" di una classe di creditori che alteri l'ordine delle cause legittime di prelazione (che quindi vieta non solo un pagamento in una

³² Per una disamina degli orientamenti in dottrina e in giurisprudenza relativi alla limitazione temporale del privilegio erariale in tema di fallimento si legga E. STASI, *La transazione fiscale*, in *Il Fallimento*, 1/2008, 105.

percentuale inferiore rispetto a quella riservata ad un credito collocato ad un livello inferiore nella scala gerarchica civilistica ma, più in generale, anche un “trattamento deteriore” volendosi così evidenziare che è la modalità complessiva di soddisfacimento dell’obbligazione il metro con il quale valutare la domanda dovendosi avere riguardo anche alla tempistica di pagamento, alle garanzie offerte, all’entità degli interessi calcolati, etc. non potendosi limitare alla valutazione della mera percentuale di decurtazione applicata), appare più che sufficiente allo scopo.

Risulta allora evidente, a parere di chi scrive, che entrambe le disposizioni vogliono rivestire lo stesso significato e che, *a contrario*, possa del pari dichiararsi illegittimo un trattamento che preveda una soddisfazione del credito tributario migliore rispetto a quello proposto a crediti aventi rango superiore avuto riguardo, come visto, alla collocazione del credito erariale nella graduazione prevista dal codice civile.

4.2 Il trattamento del credito privilegiato dopo il decreto correttivo

Oltre che dal secondo comma dell’art. 160 l.fall. l’ipotesi della soddisfazione non integrale dei crediti muniti di diritto di prelazione viene testualmente prevista nella parte della normativa sul concordato preventivo che ne disciplina l’approvazione e le maggioranze necessarie (il terzo comma dell’art. 177 c.c.) e anche nella medesima parte che disciplina il concordato fallimentare (il quarto comma dell’art. 127 l.fall.): in sostanza le norme citate prevedono che i creditori muniti di diritto di prelazione, *di cui la proposta di concordato prevede la soddisfazione non integrale*, sono equiparati ai chirografari per la parte residua del credito.

Il riferimento che l’art. 177 l.fall. fa esplicitamente alla proposta effettuata “ai sensi dell’art. 160” potrebbe far ritenere obbligatoria l’applicazione del particolare procedimento ivi previsto per poter rendere legittimo il pagamento parziale dei creditori aventi privilegio generale in quanto non sussistendo alcuna differenza ontologica³³ tra le due particolari

³³ Il legislatore del 1942 aveva espressamente previsto una differenza tra privilegio speciale e privilegio generale operando una precisa preferenza per il primo a causa del particolare vincolo di inerenza economica tra il credito privilegiato e il bene gravato. Le modifiche normative succedutesi hanno via via modificato tale impostazione originaria dapprima con la l. n. 153 del 30/04/69 che ha anteposto alcuni privilegi generali in materia di crediti di lavoro ad altri speciali e successivamente con la l. n. 426 del 19/07/75 che ha creato *ex novo* la graduatoria dei privilegi, ridefinendo gli articoli 2778/2780 c.c. Oggi quindi non è facilmente comprensibile l’ordine indicato all’art. 2777 c.c. La prevalenza di alcuni p. generali su p. speciali corrobora in fine la tesi dell’unicità dei privilegi (e della sua graduatoria) sostenuta da Cass. 3486/89 posto che i primi si

categorie di creditori privilegiati il differente trattamento potrebbe essere in contrasto con i principi costituzionali di eguaglianza e di ragionevolezza.

Il decreto correttivo *in subiecta materia* ha avuto indubbiamente il pregio di aver uniformato la normativa sul concordato fallimentare e quella del concordato preventivo prevedendo per entrambi gli istituti che “ i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purchè 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, lett. d)”.³⁴

Quasi come *excusatio non petita* lo stesso legislatore nella Relazione illustrativa si affretta a spiegare che “... al fine di incentivare ulteriormente il ricorso al concordato preventivo e di eliminare una illogica diversità di disciplina rispetto al concordato fallimentare, prevedere che anche la proposta di concordato preventivo possa contemplare il pagamento in percentuale dei creditori privilegiati, sempreché la misura del soddisfacimento proposta non sia inferiore a quella realizzabile sul ricavato in caso di vendita dei beni sui quali il privilegio cade [...] il debitore ha la possibilità di offrire un pagamento in percentuale non solo ai creditori muniti di un privilegio speciale, nella parte in cui il credito sia incapiente, ma anche a quelli muniti di un privilegio generale, sempre nella misura in cui tale credito non risulti capiente”.

Tale precisazione offre all’interprete certamente un indizio della *voluntas legis* sottesa alla norma ma non fuga del tutto i dubbi sul perché il testo risulti orfano di un riferimento esplicito al credito assistito da privilegio generale che, tra l’altro, rappresenta la stragrande maggioranza dei crediti privilegiati.

Tale situazione offre più di uno spunto alle tesi restrittive per le quali la transigibilità del credito assistito da causa legittima di prelazione può subire un trattamento peggiore rispetto all’importo ammesso allo stato passivo (o iscritto negli elenchi dei creditori in sede di concordato preventivo)³⁵ solo all’esito di un’istruttoria officiosa la quale sentenzi

caratterizzano solo per una situazione di prelazione ad estensione oggettiva più limitata rispetto a quella generale.

³⁴ Il terzo comma dell’art. 124 l.fall. differisce dal secondo comma dell’art. 160 l.fall. solo per l’inciso “designato dal tribunale” inserito dopo la frase sopra riportata e riferito al professionista.

³⁵ Cfr. E. STASI il quale in *La transazione fiscale, Il Fallimento*, 1/2008, si domanda “se, mancando nel concordato preventivo una insinuazione da parte del concessionario equiparabile ad

inequivocabilmente che dall'esitazione dei beni vincolati al soddisfacimento di tale categoria di crediti non si possa realizzare più di un certo valore che costituisce il limite inferiore del "sacrificio" imposto al creditore privilegiato speciale.

È questo, in sostanza, l'argomento al centro della critica³⁶ rivolta al provvedimento del Tribunale di Milano che, nell'omologare una proposta di concordato preventivo - che prevedeva la costituzione di n. 4 classi tra le quali, quella costituita dal credito erariale, era destinataria di un pagamento percentuale del 15% del valore iscritto, equivalente ad un trattamento peggiore rispetto alla classe precedente (lavoratori dipendenti e istituti previdenziali), soddisfatta per intero, ma superiore alle classi residue (creditori pignorati e creditori chirografari) soddisfatte entrambe per il 13% ed integralmente per le spese di esecuzione - non teneva conto del particolare procedimento che si sarebbe dovuto seguire nel valutare la legittimità della proposta con riferimento al credito con privilegio generale il quale, secondo tale tesi, poteva subire la falcidia percentuale solo all'esito di una perizia che certificasse che dalla liquidazione di tutti i beni e degli assets facenti parte del patrimonio del proponente non si sarebbe ricavato più dell'ammontare proposto³⁷.

La dottrina citata ritiene che l'orientamento del Tribunale di Milano non ha tenuto conto di tale espressa previsione normativa quando ha ritenuto di homologare il concordato preventivo nel quale il creditore erario, collocato in una classe singola, si era dichiarato dissenziente in sede di votazione e, successivamente alla fissazione dell'udienza per l'omologazione, aveva proposto opposizione deducendo l'inammissibilità della transazione fiscale e

un'attivazione in chiave esecutiva della pretesa fiscale, i crediti tributari di cui trattasi possano o meno ritenersi assistiti dal privilegio di cui all'art. 2752 c.c.".

In tema invece di accordi ex art. 182bis l.fall. occorrerà fare riferimento esclusivamente ai principi generali in tema di privilegi che costituiscono materia disponibile dalle parti in un negozio di diritto privato.

³⁶ G. LO CASCIO, *La disciplina della transazione fiscale: orientamenti interpretativi innovativi, Il Fallimento* 3/2008; nel caso particolare affrontato l'Autore si domanda "perché non sia stata seguita la procedura prevista per limitare il soddisfacimento dei crediti assistiti da prelazione e si sia consentito al debitore di offrire una percentuale minima del 15% che non trova alcun riferimento nei beni vincolati".

³⁷ Solo da una valutazione integrale di tutti i beni e diritti presenti nel patrimonio del proponente potrebbe asserirsi completa la valutazione d'ufficio di convenienza della proposta da parte del tribunale di cui all'art. 162 l.fall. in quanto permetterebbe di considerare anche la soddisfacibilità del creditore privilegiato speciale per la parte che non trova capienza nel bene oggetto di garanzia e che invece potrà essere soddisfatta, in tutto o in parte, dalla alienazione della parte di patrimonio non gravato da privilegio, pegno o ipoteca.

l'illegittimità del concordato (che il Tribunale giudicava infondata omologando il concordato giudicandolo più conveniente rispetto alle alternative praticabili - la dichiarazione di fallimento -).

La particolare procedura a cui si fa riferimento citando l'art. 160 l.fall. consisterebbe nella relazione giurata di un professionista avente i requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett.d), che deve indicare il valore di mercato dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione: il valore di mercato così individuato nel confronto con il piano concordatario definisce il limite all'eventuale sacrificio del creditore privilegiato che sarebbe, in questo modo, certo di non poter realizzare un valore maggiore dall'esecuzione individuale o concorsuale alternativa.

Di tale orientamento vari sono gli aspetti da approfondire.

Il primo riguarda la nomina del professionista ed il contenuto della sua relazione: in tema di concordato fallimentare il potere di nomina è stato lasciato al Tribunale che, in tal modo, può entrare nel merito della proposta e del piano in quanto inevitabilmente chiamato a confrontare la valutazione peritale da esso stesso officiata con quella prospettata dal professionista nominato dal debitore - che presumibilmente procederà anch'esso ad una valutazione di mercato dei beni al fine di presentare un piano che sia completo anche sotto tale profilo-.

Tale procedura "rafforzata" non è invece prevista in ambito di concordato preventivo ove il professionista di nomina privata, di norma, procederà nella sua relazione oltre che ad attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, anche ad individuare il valore di mercato dei beni in caso di proposta che includa una falciatura anche di crediti muniti di privilegio generale³⁸. Ma *quid iuris* nel caso in cui invece il professionista si limiti a quanto espressamente previsto dal III comma dell'art. 161 l.fall., oppure nel caso in cui il Tribunale volesse accertarsi *ex officio* della sua eventuale valutazione al fine di opporre una diversa risultanza quantitativa della soddisfacibilità dell'onere concordatario?

Il secondo aspetto attiene al contenuto di tale valutazione quando il professionista è chiamato ad esprimere il valore di mercato dell'universalità

³⁸ L'art. 160 secondo comma l.fall. precisa inequivocabilmente che è *il piano* che deve prevedere la soddisfazione dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato dei beni o diritti. È facilmente immaginabile che sia il medesimo professionista chiamato ad attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo ad effettuare la valutazione anche dei beni e diritti facenti parte del patrimonio del debitore per potersi compiutamente esprimere sul piano risultando inutile oltretutto costoso incaricare un ulteriore esperto avente le medesime caratteristiche del primo.

dei beni e diritti di cui risulta titolare il proponente nel caso in cui ad essere pagati in percentuale siano crediti aventi privilegio generale sui mobili.

In questo caso non si tratta di valutare il bene immobile, la quota sociale, il pacchetto di azioni o il singolo credito, ma tutto il patrimonio mobiliare del proponente in quanto è questa *universitas* che costituisce la garanzia generica del credito oggetto di pagamento non integrale: si è in presenza di una vera e propria *due diligence* patrimoniale che potrà essere ampliata anche agli aspetti reddituali nel caso tra i beni figurassero anche attività commerciali, aziende o anche quote di partecipazione in società proprietarie di complessi aziendali la cui valutazione comporti una complicata analisi dei flussi futuri attesi da attualizzare al momento della domanda.

Si intuisce che nella generalità dei casi si sarà dinanzi anche a crediti aventi privilegio generale per cui, aderendo alla tesi esposta, oltre alla relazione dell'esperto che accompagna il piano di concordato, occorrerà un'ulteriore perizia che accerti il valore di mercato della universalità di detti beni: solo dimostrato, all'esito di detta verifica, che dalla alienazione di tutti tali beni al valore di mercato accertato dall'esperto non si riesca a realizzare un controvalore monetario superiore a quello proposto per la soddisfazione di tale categoria di creditori potrà dirsi adempiuto il disposto normativo e ammettere il concordato³⁹.

Il terzo aspetto e l'ultimo è diretta conseguenza di quelli appena delineati: nel particolare caso del credito munito di privilegio generale il valore di presumibile realizzo va accertato al momento della stessa valutazione per cui si dovrà tenere in debita considerazione la particolare categoria di beni oggetto di verifica in quanto alcuni di essi risultano particolarmente sensibili ai mutamenti del mercato e quindi al momento temporale della valutazione.

Ma a parte tali aspetti tecnici che credo potranno essere risolti dal concreto svolgersi delle prassi applicative va segnalato che la procedura testé indicata risulterebbe ancora più ardua in presenza del creditore erariale al quale la norma riserva una endo-procedura particolare denominata, come abbiamo visto, "transazione fiscale".

³⁹ Ovviamente diverso sarà il discorso in caso di concordato preventivo con assuntore o con garanzia in quanto in questi casi i beni messi a disposizione per la proposta costituiscono patrimonio di terzi non suscettibile di rientrare nella valutazione di convenienza di cui si è discusso: solo l'*universitas* di beni del debitore dovrà essere confrontata al fine di tale giudizio prognostico in quanto nell'alternativa concretamente praticabile (leggi fallimento) non potrà certo essere computato il valore di beni che sono stati messi a disposizione dal terzo esclusivamente per le finalità concordatarie.

A ben vedere il creditore erariale poteva essere considerato alla stregua di tutti gli altri creditori privilegiati (assistito dalla sua causa legittima di prelazione e da soddisfare secondo il tassativo ordine imposto dalla legge) con l'unica particolarità (per la quale forse non si sentiva l'esigenza di strutturare un meccanismo così articolato come quello previsto dall'art. 182^{ter} l.fall.) derivante dal fatto che tale speciale obbligazione deve essere accertata ("certificata" dice la norma) alla data della domanda ed incrementata dalle sanzioni e dagli interessi che la normativa tributaria le attribuisce.

La transazione fiscale assomma in sé tutti tali adempimenti amministrativi, inclusi gli atti di assenso (o di diniego) dei direttori (dell'ufficio e del concessionario per la riscossione) e il parere della Direzione regionale, configurando una sorta di procedura complessiva che ha una ragion d'essere in quanto svincolata dalla procedura concorsuale che segue proprio per evitare che il meccanismo burocratico, che inevitabilmente la caratterizza, possa inficiare il buon esito del piano concordato o dell'accordo.

In parole povere l'ufficio (*rectius* l'Agenzia delle entrate di competenza) deve poter svolgere quella delicata fase istruttoria (che abbiamo visto essere determinante per poter valutare appieno il costo-opportunità della proposta del debitore) in un lasso di tempo che permetta il raffronto tra il piano di concordato (o l'accordo *ex art.* 182^{bis} l.fall.) presentato in Tribunale e consegnato anche all'ufficio e le percentuali di pagamento offerte con il patrimonio del debitore (anche eventualmente con una sua valutazione peritale di parte), le garanzie offerte, il trattamento offerto agli altri creditori (anche quelli aventi grado superiore) non avendo ancora a disposizione, per esempio, la valutazione peritale eventualmente disposta dal Tribunale e nemmeno avendo un piano concordatario ben definito in quanto proprio le ragioni creditorie dell'Erario non sono state ancora definite nel loro ammontare.

Tale problematica non si verifica invece con l'accordo di ristrutturazione dei debiti in quanto in questo caso la transazione fiscale viene conclusa prima della formazione dell'accordo e del suo deposito in Tribunale e presso il Registro delle imprese facilitando il lavoro degli uffici che non hanno quel termine invalicabile costituito dalla data fissata per la convocazione dell'adunanza dei creditori alla quale l'Erario rischia di intervenire senza tutti gli elementi valutativi a disposizione.

In definitiva mi pare che la modifica apportata al secondo comma dell'art. 160 della l.fall. dal decreto correttivo imponga una riflessione

diversa rispetto alle considerazioni che *in subiecta materia* erano state fatte dalla dottrina che aveva aderito in *incipit* alla tesi favorevole alla transigibilità del credito erariale.

Innanzitutto tale modifica, come detto, incrementa il solco tra gli accordi di ristrutturazione e il concordato preventivo in quanto in tema di transazione fiscale, oggi permessa all'interno di entrambe le soluzioni alla crisi di impresa, un conto è configurare un accordo *ex art.182bis l.fall.* del quale fa parte integrante un atto diverso e preliminare definito con un creditore particolare (lo Stato rappresentato dal suo ente impositore e dal suo riscossore) col quale è possibile concludere qualsiasi tipo di accordo in quanto legittimo (vedi *infra*), un conto è predisporre un concordato preventivo nel quale, essendo la transazione fiscale considerata quale atto che si perfeziona all'interno della delibera con la quale i creditori approvano o meno la proposta dell'imprenditore in crisi, il creditore Stato possa subire l'esito del voto maggioritario senza nemmeno aver preventivamente potuto verificare la sussistenza del presupposto dell'incapienza dei beni del debitore.

4.3 Dei tributi non iscritti a ruolo

Ritengo che la nuova disposizione possa risultare chiarificatrice del dibattito suscitato dall'attuale problematica formulazione letterale dell'art. 182*ter* l.fall. *in ordine ai tributi non ancora iscritti a ruolo*: il nuovo ultimo comma fa esplicito riferimento all'assenso alla transazione che deve rilasciare il direttore dell'ufficio, su conforme parere della competente DRE, "relativamente ai tributi non iscritti a ruolo ovvero non ancora consegnati al concessionario del servizio nazionale per la riscossione".

In ordine alla configurabilità di un accordo transattivo che abbia ad oggetto materia imponibile ancora non incardinata in un giudizio contenzioso con il contribuente al fine di evitare l'insorgenza della controversia *in deroga al tradizionale principio della indisponibilità del credito tributario* si era già espresso il Consiglio di Stato nell'ambito del parere⁴⁰ reso sull'art. 3 comma 3, del decreto legge 8 luglio 2002, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 2002, n.178, e sul tema si è già ampiamente riferito.

⁴⁰ "L'interesse pubblico perseguito induce pertanto a ritenere che il peculiare accordo, con effetti transattivi, introdotto dalla norma sia idoneo ad esplicitare i suoi effetti non solo in 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", dal Parere del Consiglio di Stato citato dalla Circ. n.8/E del 04/03/05.

Di conseguenza deve potersi affermare che oggetto di accordo transattivo possono essere anche i tributi autodichiarati dal contribuente e ancora non controllati dagli uffici: l'esplicito riferimento alle "dichiarazioni fiscali per le quali non è ancora pervenuto l'esito dei controlli automatici" depone in tal senso⁴¹.

Anche il secondo comma dell'art. 182^{ter} l.fall. conferma questa lettura, dal momento che "l'ufficio deve provvedere, nello stesso termine di 30 giorni dalla data della domanda, alla liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni ed alla notifica dei relativi avvisi di irregolarità, unitamente ad una certificazione attestante l'entità del debito derivante da atti di accertamento ancorché non definitivi".

A tal proposito la Circolare n. 40/E citata, quando conferma tale orientamento affermando che possono costituire oggetto di transazione anche i crediti privilegiati non iscritti a ruolo e precisamente che "*nell'ambito della transazione fiscale rientrano sia i crediti tributari chirografari sia quelli assistiti da privilegio, indipendentemente dalla circostanza che vi sia stata l'iscrizione a ruolo*", probabilmente evita di affrontare la problematica posta dalle disposizioni codicistiche già citate *supra* che delimitano temporalmente l'attribuzione del privilegio ai crediti tributari di cui agli artt. 2752 c.c. e 2759 c.c. che siano stati iscritti a ruolo "*nell'anno in cui il servizio di riscossione procede o interviene nell'esecuzione e nell'anno precedente*".

Qui è bene chiarirsi: il debito tributario oggetto di domanda transattiva è attribuito alla competenza di due distinti centri decisionali: l'Agenzia delle entrate e il concessionario incaricato della riscossione (oggi Equitalia spa), ognuno dei quali avrà dinanzi una distinta domanda presentata dal contribuente, contenente, per l'Agenzia, i debiti autodichiarati per i quali ancora non sono scaduti i termini per l'accertamento (o anche in corso di accertamento ancora non definitivo⁴²), e, per il concessionario, i debiti tributari che debbono essere iscritti al ruolo e notificati mediante il particolare procedimento previsto per la riscossione.

⁴¹ Credo che il termine "controlli automatici" debba includere entrambi i controlli previsti dagli artt. 36^{bis} e 36^{ter} del Dpr 600/73 ancorché sia solito attribuire l'aggettivo "automatici" solo ai controlli previsti dal primo dei due articoli citati.

⁴² La Circolare n. 40/E a tal proposito afferma che "con riferimento alle somme iscritte a ruolo è necessario sottolineare che, nel determinare l'entità del debito, l'Ufficio dovrà tener conto anche dei ruoli vistati ed eventualmente consegnati all'agente della riscossione nei trenta giorni successivi alla data di presentazione della domanda di transazione. Di contro l'Ufficio non dovrà tener conto delle somme già iscritte nei ruoli già consegnati all'agente della riscossione alla data di presentazione della domanda."

I debiti di competenza del concessionario vanteranno il privilegio generale previsto dall'art. 2752 c.c. e quello speciale previsto dall'art. 2759 c.c. qualora lo stesso possa dimostrare l'avvenuta iscrizione al ruolo e limitatamente al biennio previsto dalla norma, mentre per i debiti afferenti all'ufficio dovrà applicarsi l'orientamento ultimamente consolidato della giurisprudenza di legittimità⁴³ che, aderendo alla tesi che attribuisce efficacia di diritto sostanziale o costitutiva del debito di imposta alla dichiarazione, al pari dell'avviso di accertamento, ritiene la presentazione di tale atto unilaterale del contribuente (c.d. dichiarazione di scienza) bastevole ad esaurire da sola la fattispecie dell'accertamento e quindi a costituire titolo per l'ammissione allo stato passivo senza la necessità della previa iscrizione al ruolo.

Gli effetti della transazione fiscale sono condizionati alla omologazione del concordato e, direi, risolutivamente condizionati all'omologazione anche nel caso degli accordi di ristrutturazione dei debiti in quanto nonostante la lettera della legge preveda che l'accordo si perfezioni con l'assenso espresso dai rispettivi responsabili degli uffici coinvolti, nulla vieta che l'Agenzia e il concessionario inseriscano nell'atto di transazione una clausola ex art. 1976 c.c., clausola risolutiva che risulterà tanto più necessaria in presenza di crediti erariali derivanti da iscrizioni a ruolo divenuti esecutivi.

Mi sembra poi che possa confermarsi una sospensione delle attività esecutive dell'ente riscossore in pendenza delle trattative volte al perfezionamento della transazione fiscale (sia in ambito di accordi che in ambito di concordato preventivo)⁴⁴ quantomeno per il tempo necessario

⁴³ Per tutti Cass. S.U. 12/12/2001, n. 15715; e anche Cass. Sez. I, 17/06/1998, n. 6032; sul tema inerente la mancanza di uno stato passivo negli accordi ex art. 182bis l.fall. e nel concordato preventivo si rinvia *supra* alla nota 35;

⁴⁴ Si rammenta che la sospensione delle azioni esecutive è prevista *ope legis* per gli accordi ex art. 182bis l.fall. dalla pubblicazione dell'accordo stesso presso il registro delle imprese e per il concordato preventivo ex art. 168 l.fall. dalla data di presentazione del ricorso: la facoltà prevista da tali norme, poste a tutela del diritto di credito e finalizzate ad impedire comportamenti fraudolenti tendenti a paralizzare artatamente l'espropriazione dei beni oggetto della garanzia specifica o generica per mezzo della presentazione di falsi accordi o concordati, non deve costituire ostacolo insormontabile al raggiungimento dell'obiettivo proprio di tali strumenti: la soddisfazione dell'obbligazione. In realtà è proprio il periodo che precede il deposito del ricorso/accordo quello più delicato sotto il profilo delle azioni esecutive in quanto in tale spazio temporale si pongono in essere tutte le attività prodromiche al perfezionamento dei relativi atti compositivi. Tale spazio temporale è da immaginarsi meno ristretto nel caso di trattative con la pubblica amministrazione la quale, nonostante il breve termine formalmente indicato dalla norma (30 giorni), potrebbe avere esigenza di maggiori informazioni e documentazione da parte del contribuente/proponente al fine di potersi compiutamente esprimere sulla proposta con conseguente ulteriore dilazione dei tempi.

all'ufficio per addivenire a quel giudizio prognostico sulla proposta transattiva formulata dal debitore in crisi: diversamente andrebbe del tutto vanificato il lavoro preparatorio e preliminare finalizzato al soddisfacimento, seppur parziale, dell'obbligazione tributaria in quanto l'esecuzione di un pignoramento o di un fermo amministrativo su beni mobili, crediti o giacenze di conti correnti da parte del creditore erario procedente potrebbe irrimediabilmente pregiudicare la riscossione del credito con il verificarsi di un eventuale danno che andrà successivamente accertato quale differenza tra il pagamento proposto e quello effettivamente incassato dall'amministrazione all'esito del riparto fallimentare.

In conclusione

La discussione circa la possibile falcidia del credito fiscale assistito da privilegio è stata resa ardua soprattutto dalla difficoltosa lettura dell'art. 182^{ter} (peraltro non toccato dal correttivo nei suoi primi cinque commi) ma ritengo che le modifiche introdotte dal decreto correttivo possano aiutare l'interprete ad uscire dall'*impasse*: nell'ambito delle trattative che precedono la stipula dell'accordo, l'imprenditore in crisi può addivenire ad una transazione con il Fisco che preveda la falcidia, oltre che delle sanzioni e degli interessi eventualmente già inseriti nelle cartelle esattoriali notificate al debitore, anche della sorte capitale di tale pretesa, così come potrà transigere la parte di debito tributario nascente dalle autodichiarazioni nel frattempo scadute ed inviate dal contribuente. La dottrina più attenta era giunta a tale conclusione anche prima dell'emanazione del decreto correttivo, per il fatto che "il limite dell'integrale soddisfacimento dei crediti fiscali assistiti da privilegio, infatti, costituirebbe un tale impedimento per il ricorso alla soluzione concordata delle crisi (specie in presenza di una forte esposizione verso il Fisco) che ne risulterebbe disattesa la "filosofia" stessa sottesa alla novella in materia fallimentare"⁴⁵.

Ben può immaginarsi, dunque, sia una temporanea sospensione da parte del creditore delle sue attività esecutive nelle more del procedimento istruttorio da parte degli uffici responsabili sia la richiesta di rinvio formulata in udienza in sede di contenzioso tributario onde permettere il perfezionamento della transazione e la definitiva cessazione della materia del contendere solo all'esito positivo di tali verifiche e alla conseguente omologa.

⁴⁵ Così G.MARINI, in "Transazione fiscale", in *La riforma della legge fallimentare*, A.NIGRO e M.SANDULLI a cura di, Torino, 2006, 1118; vedasi anche: L.GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2006, 326; G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 583; L. DEL FEDERICO, in *Il nuovo diritto fallimentare*, (diretta da) Jorio e

A causa della varia configurabilità degli accordi ex art. 182*bis*, ritengo possa trovare applicazione sia l'istituto della compensazione tra i crediti tributari vantati dal debitore (purché certi, liquidi ed esigibili, maturati in annualità per le quali siano decorsi i termini per l'accertamento, ovvero risultino da sentenza passata in giudicato), i debiti tributari e i loro relativi accessori, sia la compensazione tra i debiti tributari e i crediti che il contribuente vanta nei confronti della pubblica amministrazione e ciò per effetto di alcune recenti sopravvenienze normative.⁴⁶

(coordinato da) Fabiani , Bologna, 2007, 2569;L. MAGNANI, *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano Di Pepe, Padova, 2007, 683;

⁴⁶ Sono stati introdotti recentemente nell'ordinamento speciale tributario nuovi poteri affidati alla pubblica amministrazione (art. 48-bis del DL 262/06, attuato con D.M. n.40/2008, relativo al potere di sospendere i pagamenti verso fornitori di servizi che abbiano ricevuto la notifica di cartelle esattoriali per importi superiori a € 10.00) e ulteriori poteri attribuiti agli agenti della riscossione che possono obbligare il creditore del debitore a rendere la dichiarazione di terzo onde pignorare le somme che questi vanta nei confronti del debitore medesimo senza le tutele previste dal codice di rito (artt. 72-bis e 75-bis del DL 262/06) : tale novella fa emergere una certa disparità di trattamento a scapito dei soggetti che vantano crediti, sorti in base alla legge, a contratto o ad altro titolo valido, nei confronti delle pubbliche amministrazioni (enti di cui all'art. 1, comma 2, D. Lgs. N. 165 del 30/03/2001) che potrebbero essere portati in compensazione, quale modalità di pagamento dei propri debiti tributari.

E' a tutti noto il notevolissimo ritardo con il quale la pubblica amministrazione dispone i pagamenti dei suoi debiti e con il quale liquida le maggiori imposte dirette e indirette versate in eccedenza o non dovute e richieste legittimamente a rimborso dai contribuenti.

Oggi i ritardi dei pagamenti sono stati posti all'attenzione dell'Unione Europea la quale è intervenuta con la direttiva del parlamento Europeo e del Consiglio n. 2000/35/CE del 29/06/2000 recepita in Italia con il decreto legislativo 9/10/2002, n. 231: la nuova normativa prevede che dal giorno successivo alla scadenza dei termini stabiliti in contratto siano dovuti gli interessi moratori; salvo diverso accordo, la scadenza è fissata a trenta giorni dalla prestazione del servizio; tale nuova disciplina si applica sia ai contratti che le imprese stipulano fra loro sia ai contratti stipulati con la pubblica amministrazione, centrale e locale.

In tale senso è andata anche una proposta di legge (la n. 165, presentata il 28/04/2006, alla Camera dei Deputati ad iniziativa di 57 parlamentari) che chiede di rendere normativamente possibile la compensazione tra debiti tributari e crediti verso la pubblica amministrazione per forniture e che inoltra fissa il principio che tali crediti possano fungere quale garanzia per eventuali dilazioni per il pagamento dei propri debiti.

L'accordo ex art. 182*bis* potrebbe permettere la compensazione di propri crediti liquidi o liquidabili vantati verso la p.a. con debiti tributari correnti che il contribuente non riesce ad assolvere proprio a causa dell'insolvenza della pubblica amministrazione.

D'altronde lo strumento previsto dalla normativa tributaria che all'art. 19 del DPR 602 del 29/09/1973 attribuisce rilevanza al temporaneo stato di crisi finanziaria nel quale può versare il contribuente, prescindendo dalle cause che ne hanno prodotto la crisi, non risulta applicabile in quanto la rateizzazione del debito di imposta può proporsi solo dopo la iscrizione a ruolo del debito medesimo (con l'incremento dello stesso del 30% dovuto alle sanzioni) e a fronte del rilascio di una fideiussione bancaria o assicurativa che notoriamente non viene concessa proprio a causa dello stato di crisi finanziaria del richiedente .

Per quanto attiene al trattamento dei creditori privilegiati in relazione alle loro rispettive cause legittime di prelazione in ambito di accordi ex art. 182bis l.fall. non può risultare dubbio che l'accordo di ristrutturazione dei debiti possa derogare al rispetto della graduazione delle cause di prelazione e al pagamento differente di creditori aventi il medesimo grado di privilegio⁴⁷: ciò sembrerebbe valere anche per i crediti tributari⁴⁸ in quanto una loro immunità da tale possibile trattamento avrebbe dovuto trovare una esplicita conferma nella lettera della legge⁴⁹ e soprattutto perché si è sempre riconosciuto che le norme codicistiche dettate in materia non sono di ordine pubblico risultando, come già ampiamente visto, la materia *de qua* nella disponibilità delle parti contraenti una delle quali, l'amministrazione nel caso

⁴⁷ Così S.AMBROSINI, *Commento all'art. 182bis*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A.JORIO e coordinato da M.FABIANI a pag. 2545: “ Il pagamento in percentuale dei creditori aderenti al patto non postula alcun rispetto della *par condicio*. Ne deriva che non solo debbono essere soddisfatti integralmente i creditori chirografari estranei all'accordo mentre possono subire decurtazioni delle loro pretese i creditori privilegiati che vi aderiscono, ma anche che non deve osservarsi alcun ordine prestabilito, né relativamente alla graduazione delle cause di prelazione, né riguardo alla preferenza per i creditori muniti di privilegio.”

⁴⁸ Ci si dimentica spesso, nel commentare il primo comma dell'articolo 182ter l.fall., che trattasi di “transazione”, di accordo avente natura privatistica nel quale le parti liberamente concordano una modifica di proprie posizioni soggettive secondo modalità che debbono sottostare ad alcune limitazioni quando l'accordo transattivo è incluso all'interno del concordato preventivo, a causa della particolare modalità di formazione della volontà ivi prevista (stipula della transazione e votazione nell'adunanza dei creditori con duplice valenza di tale manifestazione di volontà volta contemporaneamente ad approvare, o no, e il concordato e la transazione) e che, di converso, debbono sottostare esclusivamente alla “legge del contratto” quando la transazione è inclusa in un accordo (di ristrutturazione dei debiti) che ha la stessa natura pattizia del contratto ex art. 1965 c.c.

⁴⁹ Di diverso avviso L.PANZANI, in *Il decreto correttivo della riforma delle procedure concorsuali*, *Il Quotidiano Giuridico*, settembre 2007, per il quale “Poiché il nuovo ultimo comma dell'art. 182 ter stabilisce che la proposta di transazione è pur sempre quella “di cui al primo comma” della norma, anche in questo caso, come nel concordato preventivo, se il credito tributario è privilegiato la proposta non potrà prevedere un trattamento peggiore rispetto ai crediti privilegiati aventi un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno posizione giuridica ed interessi economici omogenei. Se il credito è chirografario, non potrà essere previsto un trattamento peggiore rispetto agli altri crediti chirografari. Il legislatore ha quindi dettato per i crediti tributari una disciplina diversa da quella prevista per la generalità dei crediti nell'ambito degli accordi di ristrutturazione. Per essi il legislatore non ha infatti previsto alcuna tutela dei creditori privilegiati o della *par condicio* per i creditori chirografari: poiché l'adesione si basa sul consenso di ogni creditore, questi è libero di accettare o meno le condizioni che gli sono offerte e dunque è possibile un trattamento differenziato dei crediti secondo il contenuto della proposta. Tale possibilità non è offerta, invece, nel caso della transazione fiscale, salvo che tutti i creditori privilegiati abbiano aderito alla proposta e accettato condizioni meno favorevoli di quelle che sarebbero loro spettate per legge.”

di specie, dovrà avere come unico criterio guida nella scelta adesiva o di diniego, l'interesse del maggior introito possibile per le casse erariali.⁵⁰

D'altronde si è già dato atto in precedenza come a determinate condizioni possa derogarsi al principio di indisponibilità senza nemmeno comprometersi rispetto alle regole comunitarie. Il diverso apprezzamento che attribuisce ai crediti tributari una "natura superiore" agli altri crediti privilegiati come se fossero *più privilegiati degli altri* non trova riscontro, come visto, nella disciplina civilistica dei privilegi nella quale, con riferimento al concorso di crediti aventi privilegio generale o speciale sulla medesima cosa, la prelazione spettante ai crediti dello Stato (Irpef, Ires, Irap, Iva) viene collocata al 18° e 19° posto nella graduatoria prevista dall'art. 2778 c.c.⁵¹

In definitiva vanno in tale direzione le considerazioni, condivisibili, espresse in merito dall'Agenzia delle Entrate nella circolare 40/E citata le quali possono essere senza dubbio annoverate tra quelle che costituiscono uno spartiacque rispetto all'atteggiamento di chiusura che sempre aveva fin qui caratterizzato l'operato degli uffici nei confronti del contribuente in crisi: *"la ratio che giustifica il ricorso allo strumento transattivo da parte dell'odierno legislatore si lega essenzialmente all'esigenza di voler privilegiare la composizione concordata della crisi oppure la valorizzazione degli accordi negoziali, evitando così, per quanto possibile, il dissesto irreversibile dell'imprenditore commerciale. Questa esigenza rappresenta, come già si è detto, uno tra i principali obiettivi perseguiti con la riforma delle procedure concorsuali"*.

E ancora la circolare, nel concludere la disamina degli aspetti procedurali, termina invitando gli uffici, in sede di valutazione dell'accordo, *"a tener conto anche degli altri interessi coinvolti nella gestione della crisi, quali, ad esempio, la difesa dell'occupazione, la continuità dell'attività produttiva, la complessiva esposizione debitoria dell'impresa [...]"*.

⁵⁰ La Circolare n. 40/E, a pag. 38, è esplicita in tal senso: "gli Uffici dovranno valutare l'eventuale effettiva possibilità di una migliore soddisfazione del credito erariale in sede di accordo transattivo, rispetto all'ipotesi di avvio di una procedura concorsuale di fallimento, tenendo conto dei principi di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa nonché della tutela degli interessi erariali".

⁵¹ Concorda F.MARELLI, *Transazione fiscale, principi generali del concorso e soddisfazione parziale dei creditori privilegiati nel concordato preventivo*, *Il Fallimento*, 6/2007; in giurisprudenza si vedano le motivazioni contenute in Trib. di Bologna 26/10/2006 e Trib. di Messina, 29/12/2006.

Aspetti procedurali

Anche gli aspetti procedurali offrono al lavoro esegetico non pochi temi di discussione derivanti dalle note difficoltà interpretative dell'art. 182ter l.fall..

Un primo tema è costituito dalla compatibilità dei termini previsti dalla norma in commento per la liquidazione (da parte dell'ufficio) e per la certificazione (da parte del concessionario per la riscossione) dei tributi in essere alla data della proposta di transazione e dai rapporti tra tali enti decisionali.

È noto come occorra presentare *contestualmente* sia la domanda di transazione ai due competenti uffici⁵² sia il ricorso per concordato preventivo⁵³ presso il tribunale e che entrambi i fascicoli debbano contenere tutti i riferimenti utili per permettere ai rispettivi organi di procedere alle verifiche imposte dalla legge.

Il concessionario provvede alla trasmissione al debitore di una certificazione attestante l'entità del debito iscritto a ruolo scaduto o sospeso. L'ufficio competente fa inoltre luogo alla liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni e alla certificazione dell'entità del debito risultante da atti di accertamento, anche non definitivi, per la parte non iscritta a ruolo o risultante da ruoli non vistati dal concessionario.

I due uffici menzionati esigeranno un tempo ragionevole per la verifica della documentazione consegnata dal proponente che evidentemente non potrà esaurirsi nei trenta giorni previsti dalla norma: ma tale limite, troppo esiguo in valore assoluto, diviene ancora maggiormente limitato nel momento in cui interseca la procedura concordataria la quale possiede una sua propria scansione temporale che potrebbe confliggere con i tempi previsti per il perfezionamento della transazione fiscale.⁵⁴

⁵² Ovviamente la presentazione delle due domande, all'Ufficio e all'agente, si giustifica solo in presenza di debiti tributari derivanti da autodichiarazioni ancora non controllate e di debiti tributari iscritti a ruolo.

⁵³ Sul contenuto formale della domanda la Circ. n. 40/E citata è alquanto generica e si dimentica di considerare che la stessa può essere formulata anche nelle trattative che precedono l'accordo di ristrutturazione, caso del tutto distinto da quello descritto nel testo che si limita a circoscrivere il tipo di domanda nel caso di concordato preventivo.

⁵⁴ L'onere concordatario e quindi il piano potranno essere evidentemente modificati dalle liquidazioni e dalle certificazioni successive provenienti dagli uffici: occorrerà che tali modifiche possano essere ricevute in tempo utile rispetto all'adunanza dei creditori dovendo considerare il Tribunale un congruo lasso di tempo –compatibile con le esigenze di celerità e speditezza del processo – per permettere agli uffici la liquidazione e la certificazione dei debiti tributari (vedi anche il paragrafo 4.2). si pensi solo alla possibilità, per esempio, che l'amministrazione finanziaria possa effettuare dei controlli dai quali si accerti ulteriore imponibile o al debito

L'assenso alla proposta di transazione deve essere espresso per i tributi non iscritti a ruolo o risultanti da ruolo non ancora consegnato al concessionario, con atto del direttore dell'ufficio, e per i tributi iscritti a ruolo con atto del concessionario. Nel primo caso occorre il parere conforme della direzione regionale competente; nel secondo la "indicazione" del direttore dell'ufficio, su conforme parere della direzione generale⁵⁵ competente.

Tali indicazioni normative valgono a significare, nel concreto, che la decisione ultima sulla aderibilità alla domanda di transazione è completamente nel potere dell'ufficio (*rectius* Agenzia delle Entrate) in quanto l'atto del concessionario, pur essendo atto discrezionale e autonomo di un soggetto munito dei necessari poteri decisionali, dipende dall'"indicazione" del direttore dell'ufficio che, quindi, ne condiziona il contenuto.⁵⁶

D'altro canto anche il voto da esprimersi da parte del concessionario nell'adunanza dei creditori è vincolato alla previa indicazione del direttore dell'ufficio e al previo parere della competente direzione regionale.

Sempre in tema di potenziali conflitti tra i due enti in commento v'è da registrare l'indicazione esplicita della Circolare n.40/E che a pag. 33 prevede che " *nel determinare l'entità del debito, l'Ufficio dovrà tener conto anche dei ruoli vistati ed eventualmente consegnati all'agente della riscossione nei trenta giorni successivi alla data di presentazione della domanda di transazione. Di contro, l'Ufficio non dovrà tener conto delle somme iscritte in ruoli già consegnati all'agente della riscossione alla data di presentazione della domanda*" ad evitare duplicazione di somme e, soprattutto, l'indebito incremento di sanzioni ed interessi per debiti di imposta ancora non iscritti nei ruoli.

Alcune delle problematiche fin qui evidenziate sussistono ovviamente anche nel caso di transazione fiscale presentata nell'ambito di accordi di ristrutturazione dei debiti ma, proprio per la particolare connotazione di tale istituto, non assurgono alla rilevanza che rivestono in ambito concordatario in quanto la transazione fiscale nel particolare contratto ex art. 182bis l.fall. è

tributario relativo al periodo di imposta per il quale non sia stata presentata la relativa dichiarazione, in quanto ancora non scaduti i termini. Su tale problematica afferente in particolare al debito Iva risultante dalle liquidazioni periodiche ancora non trasfusi nelle dichiarazioni annuali vedasi E. STASI, *op. cit.*, *Il Fallimento*, n.1/2008;

⁵⁵ Trattasi di refuso del testo normativo: leggasi correttamente *Direzione regionale*.

⁵⁶ Questa lettura della norma, desunta dalle prime applicazioni pratiche dell'istituto, relega di fatto il concessionario al ruolo subalterno di mero esecutore delle decisioni assunte dall'Agenzia lasciandogli giusto il compito di rilasciare la certificazione dell'entità del debito iscritto a ruolo, scaduto o sospeso, nel termine di trenta giorni dal deposito della domanda.

atto autonomo (eventualmente condizionato)⁵⁷ che deve perfezionarsi prima del deposito dell'accordo presso il registro delle imprese e presso il Tribunale con la conseguenza che gli uffici potranno con maggiore elasticità procedere alle verifiche preventive avendo quale unico limite temporale i trenta giorni previsti dalla norma.⁵⁸

Un secondo tema riguarda gli effetti della transazione fiscale nell'ambito dei rispettivi istituti nei quali è prevista la sua applicazione.

In ordine alla transazione fiscale presentata nell'ambito di un concordato preventivo non v'è dubbio che la stessa viene perfezionata mediante l'espressione del voto in adunanza da parte dei responsabili degli uffici eventualmente coinvolti (Agenzia delle Entrate, concessionario per la riscossione o entrambi): in tale ambito rimane confermata la legittimità del sindacato del giudice in ordine alla validità formale delle dichiarazioni di voto rimarcando che l'invalidità dell'atto di accettazione della transazione potrebbe porre nel nulla il piano concordatario a causa della mancata decurtazione del debito tributario che torna a sussistere nella sua integrità come risultante dalle certificazioni *medio tempore* rilasciate con l'effetto potenziale di rendere impraticabile il piano.

Ritengo invece condivisibile l'opinione circa l'intransigibilità del debito tributario al di fuori della transazione fiscale a causa del principio generale di indisponibilità del credito tributario che può essere derogato solo in base norme di stretta interpretazione, non suscettibili di interpretazione analogica o estensiva: l'effetto esdebitatorio per la parte di debito tributario non soddisfatto si produrrà, dunque, solo per effetto dell'omologazione di un concordato all'interno del quale l'amministrazione finanziaria abbia votato

⁵⁷ È ovvio che anche in tema di accordi l'amministrazione finanziaria debba conoscere il contenuto dell'accordo di ristrutturazione in corso di formazione, soprattutto per la verifica dell'adempimento legale circa il trattamento non deteriore degli altri creditori "contraenti" ma anche per controllare, almeno dal punto di vista dichiarativo, la capacità dell'impresa a soddisfare i creditori non aderenti in modo integrale e alla scadenza. La condizione di efficacia che l'amministrazione potrebbe chiedere di inserire nel contratto serve proprio a garantirla circa la mancata omologazione dell'accordo da parte del Tribunale il quale potrebbe ravvisare la mancanza delle "garanzie" necessarie al rispetto dell'adempimento circa il regolare pagamento dei creditori estranei che deve essere certificata dalla relazione dell'esperto.

⁵⁸ Sull'argomento si condivide l'opinione diffusa circa la non perentorietà del termine di trenta giorni ma tale sottolineatura non deve in alcun modo prefigurare un atteggiamento lassista dell'amministrazione finanziaria (soprattutto come visto in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti) dovendo invece tener conto di quanto indicato nella Circolare n. 40/E citata che evidenzia correttamente come "in considerazione della particolare celerità del procedimento, è necessario che eventuali richieste motivate di proroga agli organi della procedura siano formulate dagli Uffici solo in casi del tutto eccezionali".

favorevolmente o nel diverso caso ove, pur dissenziente il creditore erario, l'omologazione sia stata disposta per effetto della regola del *cram down*.

Il decreto di omologazione ex art. 181 l.fall. determina comunque anche la cessazione della materia del contendere nelle liti aventi ad oggetto i tributi erariali transigibili: nei casi in cui il concordato venga successivamente annullato o risolto i contenziosi dovranno essere nuovamente incardinati.

In ambito invece di accordi di ristrutturazione dei debiti l'assenso alla transazione fiscale espresso dai responsabili degli uffici "equivale a sottoscrizione dell'accordo di ristrutturazione"⁵⁹ e si è già detto in ordine alla possibilità di prevedere l'inserimento nell'atto di una clausola risolutiva ai sensi dell'art. 1976 c.c. onde evitare il pericolo per la p.a. che possa invocarsi successivamente l'effetto novativo dell'accordo in caso di un suo insuccesso.

Una volta ottenuto l'assenso da parte dell'amministrazione, depositato l'accordo presso il Registro delle imprese, il debitore provvede a comunicare al Giudice Tributario la richiesta di sospensione del processo ex art. 39 D.lgs n. 546/92 al fine di evitare che, prima del decreto di omologa, il contenzioso si chiuda con una sentenza negativa per il debitore o per l'amministrazione con l'effetto di modificare il debito di imposta oggetto di accordo e di rendere impossibile la chiusura della controversia per cessazione della materia del contendere ai sensi del combinato disposto del quinto comma della norma in commento e dell'art. 46 D.lgs n. 546/92.

In relazione al termine previsto dal nuovo ultimo comma dell'art. 182 *ter* pare veramente ottimistico che l'intero procedimento possa chiudersi in *trenta giorni* dalla presentazione della domanda di transazione fiscale da parte del debitore: l'avviso espresso in dottrina secondo il quale, con riferimento alla disciplina del terzo comma, il termine in parola dovrebbe considerarsi perentorio, sì che il suo inutile decorso impedirebbe il completamento del procedimento non ci pare condivisibile, almeno nel caso

⁵⁹ Sull'argomento cfr. L.PANZANI, in *Il decreto correttivo della riforme delle procedure concorsuali*, Il Quotidiano Giuridico, settembre 2007: "Ne deriva che l'assenso non è condizionato. Com'è noto il consenso dei creditori negli accordi di ristrutturazione è un negozio di diritto privato, immediatamente produttivo di effetti tra debitore e creditore, ove la sua efficacia non sia espressamente condizionata al buon fine delle trattative con tutti i creditori. L'art. 182 bis, ultimo comma inoltre stabilisce che l'accordo è efficace dalla data di pubblicazione sul registro delle imprese, sì che l'omologazione non costituisce condizione di efficacia ed incide soltanto sulla revocabilità dei pagamenti effettuati in esecuzione dell'accordo. Nel caso della transazione fiscale, in difetto di espresse contrarie previsioni di legge, non vi sono motivi per ritenere che l'assenso espresso dai competenti organi dell'Amministrazione finanziaria abbia efficacia diversa."

degli accordi di ristrutturazione, essendo evidentemente incompatibile con la *ratio legis*, che è quella di favorire la composizione della crisi.

Ritengo invece debba darsi un contenuto concreto all'inciso della norma che inizia "nell'ambito delle *trattative* che precedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione dei debiti..." (art. 182*bis* l.fall.) in quanto descrittiva di una volontà esplicita del legislatore che vuole incentivare l'instaurarsi di un colloquio costruttivo tra imprenditore e amministrazione che ben possa prevedere un contraddittorio rispetto alle controdeduzioni da quest'ultima eventualmente formulate alla proposta che non debbono (e non possono) considerarsi come definitive e insuperabili.⁶⁰

In definitiva sarà proprio questo il banco di prova che determinerà o meno il successo delle soluzioni legali alla crisi dell'impresa totalmente dipendenti dal grado di preparazione tecnico-scientifica degli interlocutori ma anche da una buona *volontà politica* tesa al superamento degli innumerevoli problemi pratici derivanti da un'infelice formulazione letterali delle norme sul significato delle quali il legislatore non ha invece dato adito a dubbio quando ha voluto condivisibilmente spiegare che "con la previsione della possibilità di ricorrere alla transazione fiscale viene rimosso *uno dei maggiori ostacoli all'utilizzo degli accordi stragiudiziali*"⁶¹.

Emanuele Mattei

Dottore commercialista e revisore contabile

Dottore in giurisprudenza

⁶⁰ La domanda e il piano industriale ad essa allegato prevede presumibilmente il superamento della crisi dell'imprenditore proprio con le riduzioni del debito ivi prospettate rispetto alle quali l'espunzione di un tributo o la ridefinizione della percentuale di pagamento e/o della dilazione prospettata potrebbe pregiudicare le risultanze del piano industriale e quindi il fallimento del progetto.

Ritengo legittima l'applicazione anche in pendenza di domanda di transazione dell'istituto della rateizzazione di recente innovato e ampliato per effetto del comma 2-bis dell'art. 36 del D.L. 248/2007, come convertito, che ha effetto modificativo rispetto all'art. 19 del D.P.R. n. 602/1973 da applicarsi eventualmente al tributo IVA temporaneamente escluso dall'ambito della transazione fiscale (vedi *supra* Circ. 40/E del 14/04/2008).

⁶¹ Cfr. Relazione governativa, sub art. 16.