

## LA TRANSAZIONE FISCALE, GLI ULTIMI SVILUPPI DI UN ISTITUTO IN COSTANTE EVOLUZIONE

19 marzo 2021

### 1. INTRODUZIONE.

La prima introduzione, nel nostro ordinamento, di una forma di "transazione fiscale" (all'epoca cd. "*transazione dei ruoli*" o "*transazione esattoriale*") risale ai primi anni duemila, ad opera dell'art. 3, co. 3 del Decreto Legge n. 138/2002. Detto istituto (di scarso successo nella prassi), in realtà, appariva profondamente diverso da quello attuale: per la sua attivazione era necessario l'avvio di un'azione esecutiva da parte dell'Agenzia delle Entrate e trovava applicazione solo nei confronti dei tributi iscritti a ruolo.

Solo a seguito dell'organica riforma del diritto concorsuale, ad opera del decreto legislativo n. 5 del 9 gennaio 2006, si è assistito all'introduzione nella Legge Fallimentare, all'art. 182-*ter*<sup>1</sup>, dell'istituto della transazione fiscale in senso proprio.

La precipua finalità di tale istituto, attivabile nel contesto delle procedure di concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione *ex art.* 182-*bis* L.F., era (ed è) quella di offrire ai debitori che si trovano in stato di dissesto, la possibilità di uscire dalla crisi, parzialmente falcidiando e/o quantomeno dilazionando il debito fiscale, così da garantire, da un lato, la conservazione dell'organizzazione produttiva (con i relativi posti di lavoro) e, dall'altro, la migliore soddisfazione degli enti creditori, che altrimenti potrebbero ricevere un trattamento deteriore in sede di liquidazione fallimentare.

La disciplina della transazione fiscale ha, negli anni, subito numerose, rilevanti, modifiche, da ultimo, per opera dell'articolo 3 del decreto legge 7 ottobre 2020, n. 125, che ha anticipato alcune previsioni del Codice della Crisi di Impresa, introducendo alcune rilevanti modifiche agli articoli 180, 182-*bis* e *ter* della Legge Fallimentare (analizzate *infra*), già oggetto di commento da parte dell'Agenzia delle Entrate nella Circolare n. 34/E del 29 dicembre 2020.

---

<sup>1</sup> Non a caso detto articolo, nella versione originaria, era appunto rubricato "*transazione fiscale*". In realtà, nella versione ad oggi vigente, tale articolo, seppur ancora disciplini l'istituto in parola, è rubricato "*trattamento dei crediti tributari e contributivi*".

Il summenzionato istituto, e segnatamente l'analisi delle modifiche neo introdotte, assumono particolare rilevanza per il nostro ordinamento in un periodo, come quello attuale, caratterizzato da una generalizzata crisi indotta dalla situazione pandemica, che, con tutta probabilità, provocherà un notevole ricorso alle procedure concorsuali, in specie quelle del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, che potrebbero permettere, come auspicabile nella situazione corrente, il risanamento aziendale anche in un'ottica di continuazione dell'attività imprenditoriale.

## **2. IL PRINCIPIO DI INDISPONIBILITÀ DEI CREDITI TRIBUTARI, FONDAMENTO E SUA EVOLUZIONE.**

La transazione fiscale, permettendo la soddisfazione parziale e/o dilazionata dei crediti tributari, è apparsa, al momento della sua istituzione, come un istituto del tutto innovativo dell'ordinamento tributario, che, viceversa, era da sempre caratterizzato dalla vigenza del principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria<sup>2</sup>.

In dottrina si è a lungo dibattuto sulla natura e sulla portata del suddetto, principio e, conseguentemente, sulla possibilità o meno di sua deroga (ossia che l'Amministrazione finanziaria potesse rinunciare ad un credito – o alla sua riscossione – già definitivamente sorto nell'*an* e nel *quantum*). Favorevolmente si era quella linea di pensiero, secondo la quale l'indisponibilità del credito fiscale avrebbe esclusivamente fondamento nella legge ordinaria (*i.e.* l'art. 49 del R.D. 23 maggio 1924 n. 827<sup>3</sup>) e, come tale, sarebbe sempre derogabile da disposizioni successive di pari rango<sup>4</sup>.

Viceversa, altra corrente di pensiero ritiene che il credito tributario sarebbe da ritenersi sempre indisponibile, trovando, tale regola, la propria fonte nelle norme della Costituzione. In particolare, l'Amministrazione non potrebbe liberamente disporre

---

<sup>2</sup> Cfr. Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 40/E del 18 aprile 2008.

<sup>3</sup> Il citato articolo prevede, infatti, che "*nei contratti non si può convenire esenzione da qualsiasi specie di imposte o tasse vigenti all'epoca della loro stipulazione*".

<sup>4</sup> Tesi che sembra essere fatta propria anche dalla Suprema Corte, nella sentenza n. 22932 del 4.11.2011, laddove statuisce "*né vale, infine, il richiamo al principio dell'indisponibilità del credito tributario dal momento che tale indisponibilità esiste nella misura in cui la legge non vi deroghi e non sono certo estranei all'ordinamento ipotesi di rinuncia dell'Amministrazione all'accertamento (condoni c.d. tombali) o alla completa esazione dell'accertato in vista di finalità particolari, fermo restando che la richiamata carenza di interesse alla particolare modalità procedurali e di cui all'art. 182 ter, esclude la necessaria connessione tra detta modalità e la falcidia*".

dell'obbligazione tributaria, essendo ciò precluso dalla rigida applicazione dei principi di legalità (di cui all'art. 23 Cost.), di capacità contributiva (di cui all'art. 53 Cost.) e di imparzialità della Pubblica amministrazione (di cui all'art. 97 Cost.). Da ciò discenderebbe che tale principio non potrebbe essere indiscriminatamente derogato, ma potrebbe, tutt'al più, subire una compressione solo a seguito di un giudizio di bilanciamento tra differenti interessi costituzionalmente garantiti, di pari o superiore rango<sup>5</sup>.

In ogni caso, a prescindere al dibattito sviluppatosi sulla natura più o meno indisponibile dell'obbligazione tributaria, può ritenersi ormai consolidato il convincimento della legittima sua deroga allorché trovi applicazione l'istituto della transazione fiscale. Del resto, come pacificamente ammesso dalla stessa Amministrazione finanziaria<sup>6</sup>, la parziale rinuncia al credito fiscale, in alcune circostanze, può rivelarsi decisiva, oltre che al fine di garantire la continuità aziendale, per la migliore soddisfazione dell'Erario, che potrebbe incamerare somme decisamente superiori rispetto a quelle realizzabili attraverso gli ordinari mezzi di riscossione, in caso di fallimento del contribuente. Ed è proprio questa, tra le altre, la *ratio* della disciplina della transazione fiscale, come da ultimo delineata nel Codice della Crisi (ed anticipata, attraverso il summenzionato D.L. 125/2020, nella Legge Fallimentare), dove la discrezionalità erariale, nell'accettare o meno l'accordo transattivo, viene vincolata alla (e deve primariamente verificare la) **convenienza** della proposta avanzata dal debitore, rispetto all'alternativa fallimentare.

### **3. IL PRINCIPIO DI "INTANGIBILITÀ DELL'IVA".**

Tema affine a quello trattato nel precedente paragrafo è l'indisponibilità dell'obbligazione tributaria (e la possibilità del Legislatore di derogare a tale principio) derivante da vincoli normativi comunitari e, in particolare, dal principio di cd. "*intangibilità dell'IVA*".

In origine, a fronte del combinato disposto delle disposizioni contenute nella normativa fallimentare (ci si riferisce in particolare all'art. 182-*ter* nella sua previgente formulazione) e delle previsioni contenute nella Direttiva 2006/112/CEE, si riteneva

---

<sup>5</sup> Cfr. Di tal avviso è anche il Parere n. 15/2007 della Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per il Piemonte.

<sup>6</sup> Cfr. Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 20/E del 26 aprile 2010.

preclusa la possibilità di falcidiare, in sede concordataria, i debiti riferiti all'imposta sul valore aggiunto<sup>7</sup>.

La tesi dell'intangibilità *tout court* dell'IVA, è stata successivamente superata (per il solo concordato, senza transazione fiscale) dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 7 aprile 2016, causa C-546/16. In tale contesto, il Giudice unionale ha rilevato che la procedura di concordato fosse retta da rigorosi presupposti, in particolare:

- *"comporta che l'imprenditore in stato di insolvenza liquidi il suo intero patrimonio per saldare i propri debiti. Se tale patrimonio non è sufficiente a rimborsare tutti i crediti, il pagamento parziale di un credito privilegiato può essere ammesso solo se un esperto indipendente attesta che tale credito non riceverebbe un trattamento migliore nel caso di fallimento del debitore";*
- *"offre allo Stato membro interessato la possibilità di votare contro una proposta di pagamento parziale di un credito IVA qualora, in particolare, non concordi con le conclusioni dell'esperto indipendente";*
- *"consente allo Stato membro interessato di contestare ulteriormente, mediante opposizione, un concordato che preveda un pagamento parziale di un credito IVA e a detto giudice di esercitare un controllo".*

Da tali presupposti è derivata la conclusione nel senso della legittimità, secondo i principi unionali, di una parziale falcidiabilità dell'IVA in sede concordataria, non risultando, quest'ultima, un'indiscriminata rinuncia alla riscossione di tale imposta, che sarebbe stata, altrimenti, in contrasto con il diritto comunitario.

Sul fronte interno, detta tesi era stata successivamente fatta propria anche dalle Sezioni Unite (da ultimo sentenza n. 760 del 13 gennaio 2017) che hanno ribadito la possibilità di ricorrere ad una falcidia parziale dei debiti IVA, ma solo nel caso di concordato preventivo senza transazione fiscale (in quanto l'art. 182-*ter* L.F., che disciplina appunto la transazione fiscale, espressamente prevede l'intangibilità di detta imposta).

---

<sup>7</sup> Inizialmente, il D.L. n. 185/2008 aveva previsto, modificando l'art. 182-*ter* L.F., la sola possibilità di dilazionare il pagamento dell'IVA, senza tuttavia consentire la riduzione di tali debiti.

Tutto ciò ha indotto, infine, il Legislatore nazionale, di fatto facendo propri i principi già enucleati dalla giurisprudenza comunitaria, a modificare, con la Legge n. 232/2016, il regime della transazione fiscale, stabilendo l'obbligatorietà di ricorrere a tale istituto, in caso di necessità di soddisfazione parziale dei crediti tributari e, dall'altro, la possibilità, in tale sede, di stabilire la soddisfazione parziale dei crediti IVA (tanto in caso di concordato preventivo, quanto in sede di accordi di ristrutturazione ex art. 182-*bis* L.F.).

Solo per completezza, appare opportuno evidenziare come la succitata modifica normativa non avesse interessato il procedimento di sovraindebitamento, in cui, pertanto, il credito IVA continuava a dover essere soddisfatto integralmente, salva solo la possibilità di dilazionare il pagamento, ai sensi dell'art. 7, co. 1, L. n. 3/2012. Recentemente è, peraltro, intervenuta la Corte Costituzionale, la quale, con la sentenza n. 245/2019, ha sancito l'incostituzionalità di detta normativa (e la conseguente falcidiabilità dell'IVA anche in caso di sovraindebitamento), per la chiara violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., non risultando giustificabile una tale disparità di trattamento tra analoghe procedure concorsuali.

#### **4. LA NORMATIVA ATTUALE.**

L'art. 182-*ter* L.F attualmente in vigore, così come da ultimo modificato dal D.L. 125/2020, prevede che il contribuente, in sede di presentazione di ricorso per concordato preventivo ex art. 160 L.F. ovvero (in maniera sostanzialmente speculare) in sede di accordi per la ristrutturazione dei debiti ex art. 182-*bis* L.F., possa proporre "*il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e dei relativi accessori, se il piano ne prevede la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione*". Nel caso il credito sia assistito da privilegio, il trattamento non può essere deteriore rispetto a quello garantito a creditori aventi pari o inferiore privilegio; inoltre, quanto eventualmente non soddisfatto, è previsto degradi a credito chirografo e debba essere inserito in apposita classe.

Parimenti, per quanto riguarda i crediti chirografi, il loro trattamento è previsto non possa essere deteriore rispetto agli altri creditori non muniti di diritto di prelazione, ovvero, in caso di divisione in classi, rispetto ai creditori per i quali è previsto il trattamento più favorevole.

Sia in caso di concordato preventivo, che di accordo di ristrutturazione, assume rilevante importanza l'attestazione del professionista, terzo ed indipendente, che attesti, come già sopra accennato, la convenienza della transazione proposta, rispetto all'alternativa liquidatoria, parimenti verificando la veridicità e la realizzabilità di quanto, in detta sede, proposto dal contribuente.

In particolare, al quinto comma del citato art. 182-*ter* L.F., è stato introdotto, in riferimento alle proposte formulate nell'ambito di accordi di ristrutturazione, il seguente periodo: *"in tali casi l'attestazione del professionista, relativamente ai crediti tributari o contributivi, e relativi accessori, ha ad oggetto anche la convenienza del trattamento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale; tale punto costituisce oggetto di specifica valutazione da parte del tribunale"*. Attraverso tale previsione, il Legislatore ha di fatto previsto una sostanziale identità di requisiti per la relazione del professionista attestatore, in caso di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione.

Una volta vagliata la convenienza e la realizzabilità del piano, alla luce della relazione del terzo attestatore, e salvi gli oneri procedurali di cui all'art. 182-*ter*, co. 2, L.F., l'Ufficio è tenuto ad esercitare, quindi, previo parere della competente direzione regionale, il proprio diritto di voto, in sede di adunanza dei creditori, in caso di concordato preventivo, ovvero, a prestare adesione alla proposta formulata dal contribuente, in sede di accordo di ristrutturazione, con sottoscrizione del relativo atto negoziale.

La procedura sopra tratteggiata non trova, tuttavia, applicazione per tutti i crediti fiscali, bensì per i soli *"tributi e relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali<sup>8</sup>, nonché [per i] contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e dei relativi accessori"*.

Secondo tale previsione, conformemente a quanto affermato dalla stessa Agenzia delle Entrate nella circolare n. 40/E del 18 aprile 2008, nell'ambito oggettivo di applicazione della transazione fiscale:

- sono ricomprese l'IRES, l'IVA, l'IRPEF (compresi anche gli importi derivanti dal mancato versamento delle ritenute<sup>9</sup>), le imposte doganali ed accise, l'IRAP, le

---

<sup>8</sup> Per *"agenzie fiscali"* si devono intendere, ai sensi dell'articolo 57, co. 1, D.lgs. n. 300/1999: (i) l'Agenzia delle entrate, (ii) l'Agenzia delle dogane e dei monopoli e (iii) l'Agenzia del demanio.

<sup>9</sup> Come riconosciuto, per la prima volta, dalla Suprema Corte nella sentenza n. 1337 del 19 gennaio 2017.

imposte indirette, quali l'imposta di registro, l'imposta sulle successioni e donazioni, l'imposta ipotecaria e catastale e le imposte ad esse sostitutive, nonché l'imposta sugli intrattenimenti, l'imposta di bollo e le concessioni di uso demaniali. Inoltre è la stessa Amministrazione finanziaria a riconoscere che per "accessori" non si debbano intendere esclusivamente gli accessori in senso proprio, ma anche le sanzioni amministrative per violazioni tributarie;

- sono esclusi i tributi locali (quali IMU, TASI, TARI, TOSAP, imposta di soggiorno ecc.) in quanto il relativo accertamento e riscossione sono demandati agli enti locali. In realtà, sarebbe opportuno distinguere, come affermato dalla Fondazione Nazionale dei Commercialisti<sup>10</sup>, tra i tributi locali affidati alla riscossione dell'Agenzia delle Entrate e quelli gestiti direttamente dai Comuni. In tale primo caso sarebbe ragionevole ritenere anch'essi ricompresi nel campo di applicazione dell'istituto in parola<sup>11</sup>;
- per quanto riguarda i crediti contributivi, per "enti gestori di forme di previdenza ed assistenza obbligatorie" si devono intendere non solo gli enti pubblici, ma anche quelli di previdenza obbligatoria privatizzati (di cui al D.Lgs. n. 509/1994<sup>12</sup>), nonché quelli costituiti per i liberi professionisti (di cui al D.Lgs. n. 103/1996<sup>13</sup>). Da ultimo, appare opportuno sottolineare che il trattamento dei crediti contributivi non risulta disciplinato esclusivamente dall'art. 182-ter L.F., ma anche dall'art. 32, co. 6 del D.L. 185/2008, che demanda al Ministero del Lavoro l'emanazione di un decreto al fine di disciplinare "le modalità di applicazione nonché i criteri e le condizioni di accettazione da parte degli enti previdenziali degli accordi sui crediti contributivi".

In esecuzione di tale disposizione era stato emanato il Decreto del Ministero del Lavoro del 4 agosto 2009 che, tuttavia, prevedeva condizioni di falcidia dei crediti contributivi e vincoli per l'accettazione della proposta, da parte degli enti

---

<sup>10</sup> Cfr. P. ROSSI, *L'ambito applicativo della "nuova" transazione fiscale*, documento di ricerca della Fondazione Nazionale dei Commercialisti del 4 maggio 2018.

<sup>11</sup> Anche a fronte di quanto affermato dallo stesso Ufficio in relazione all'Irap, ossia che "con riferimento all'IRAP, si ritiene che tale imposta debba essere ricompresa nell'ambito applicativo della transazione fiscale, in quanto, pur dando luogo ad un gettito non erariale, essa è amministrata dall'Agenzia delle entrate."

<sup>12</sup> Tra cui: Enasarco, Cassa Notariato, Enpaf e le Casse di previdenza dei liberi professionisti privatizzate.

<sup>13</sup> Tra cui: Enpab, Eppi, Ipasvi etc.

previdenziali, particolarmente limitati e che mal si conciliavano con le modifiche *medio tempore* apportate all'art. 182-*ter* L.F..

Da ciò è nata una situazione di incertezza e dissidio, durata all'incirca un decennio, che è stata finalmente risolta dall'art. 3, co. 1-*ter*, del D.L. n. 125/2020, che ha abrogato espressamente il suddetto decreto ministeriale<sup>14</sup>.

## **5. L'ANTICIPAZIONE DELLE MISURE DEL CODICE DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI E I SUOI PROFILI CRITICI.**

Come anticipato nei precedenti paragrafi, le disposizioni della Legge Fallimentare in materia di transazione fiscale hanno, da ultimo, subito una significativa modifica ad opera del D.L. n. 125/2020, che ha parzialmente anticipato l'entrata in vigore di parte delle norme contenute nel Codice di Composizione della Crisi (la cui entrata in vigore è oltretutto prevista a far tempo dal 1 settembre 2021, ma non sono da escludere ulteriori posticipati).

Il suddetto Codice, contenente rilevanti modifiche alla disciplina dell'insolvenza, tra cui, a mero titolo esemplificativo, l'introduzione degli indici di allerta, che vedono assegnare all'Agenzia delle Entrate un ruolo di estrema rilevanza nelle procedure atte alla prevenzione dello stato di crisi, è stato emanato, tra l'altro, per allineare la disciplina nazionale alle previsioni del diritto comunitario. In particolare per dar seguito alle indicazioni fornite dalla Raccomandazione della Commissione Europea del 12 marzo 2014 n. 2014/135/UE e recepire la Direttiva del Parlamento Europeo del 20 giugno 2019 n. 2019/1023.

Ebbene, l'art. 3, co. 1-*bis*, del D.L. n. 125/2020, allineando la disciplina della Legge Fallimentare con quanto previsto dall'art. 48, co. 5 del CCI<sup>15</sup>, ha introdotto le seguenti, rilevanti, modifiche:

---

<sup>14</sup> Prevedendo "dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto cessa di avere applicazione il provvedimento adottato ai sensi dell'articolo 32, comma 6, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2".

<sup>15</sup> Così come modificato dal Decreto Correttivo (D.Lgs. n. 147/2020) che ha previsto, anche per il caso di concordato preventivo, la possibilità, per il giudice, di superare la mancanza di voto dell'Amministrazione finanziaria.



- all'art. 180, co. 4 L.F., è stato aggiunto: "*il tribunale omologa il concordato preventivo anche **in mancanza di voto** da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze di cui all'articolo 177 e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria*";
- all'art. 182-*bis*, co. 4, L.F., è stato aggiunto: "*il tribunale omologa l'accordo **anche in mancanza di adesione** da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è decisiva ai fini del raggiungimento della percentuale di cui al primo comma e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista di cui al medesimo comma, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria*".

In estrema sintesi, tali previsioni attribuiscono al Tribunale la possibilità di procedere comunque all'omologa del concordato preventivo (o dell'accordo di ristrutturazione), anche in "*mancanza di voto*" ovvero in "*mancanza di adesione*" dell'Amministrazione finanziaria, ovvero degli enti previdenziali, alla proposta di transazione fiscale, al ricorrere dei seguenti presupposti:

- il voto ovvero l'adesione devono risultare decisivi ai fini, per il concordato preventivo, delle maggioranze di cui all'art. 177 L.F. (la maggioranza dei creditori ammessi al voto), ovvero, per l'accordo di ristrutturazione, della percentuale di cui al primo comma dell'art. 182-*bis* L.F. (il 60% dei creditori). A tal riguardo, appare opportuno ricordare che, mentre il concordato preventivo (e la relativa proposta di soddisfazione parziale dei creditori) risulta vincolante anche per i creditori che abbiano espresso voto sfavorevole, l'accordo di ristrutturazione trova applicazione solo nei confronti dei creditori che vi abbiano aderito, dovendo, gli altri creditori, che non hanno aderito, essere soddisfatti integralmente;

- anche sulla base del contenuto della relazione dell'attestatore, la proposta deve risultare conveniente per l'Amministrazione finanziaria, ovvero per gli enti gestori di forme di previdenza, rispetto all'alternativa liquidatoria.

Tale previsione, che, nell'ottica del Legislatore, dovrebbe sopperire all'eventuale inerzia degli Enti creditori, permettendo al giudice delegato di sostituirsi a quest'ultimi (il cd. "*cram down*"), presta, tuttavia, il fianco a talune critiche e/o dà adito a vari dubbi interpretativi (come si vedrà *infra*).

## **6. I CHIARIMENTI E LE PRECISAZIONI FORMULATE DALL'AGENZIA DELLE ENTRATE NELLA CIRCOLARE N. 34/E DEL 29 DICEMBRE 2020.**

L'Agenzia delle Entrate con la circolare n. 34/E/2020 di recente pubblicazione ha preso posizione su una serie di profili rilevanti, segnatamente, in relazione alle valutazioni che gli Uffici devono operare al fine di prestare, o meno, la propria adesione alla proposta del contribuente. Del resto, direttive dettagliate in tal senso, in particolar modo in relazione ai criteri di valutazione della "convenienza" della proposta, appaiono quanto più necessarie al fine di evitare, per quanto possibile, prassi difformi e disomogenee tra i vari Uffici, in assenza di precisi criteri a tal fine individuati dal Legislatore.

In primo luogo, l'Amministrazione si sofferma sul pregnante ruolo che viene attribuito, dal Legislatore, al professionista attestatore chiamato a vagliare la proposta di transazione fiscale. Quest'ultimo ha, in particolare, il compito di verificare la veridicità dei dati aziendali e l'attuabilità dell'accordo.

Proprio per l'importanza ad esso attribuita, un requisito fondamentale (oltre a quelli relativi alle necessarie competenze professionali) che deve sussistere in capo a tale figura, è la sua comprovata indipendenza rispetto al debitore la cui proposta è chiamato ad analizzare<sup>16</sup> (qualificazione soggettiva espressamente prevista a seguito dell'inserimento, da parte del D.L. n. 83/2012, nell'art. 67 L.F. ,del richiamo all'art. 2399 c.c.). Risulta, pertanto, imprescindibile l'assenza di:

---

<sup>16</sup> È la stessa circolare a sottolineare come, l'accertata assenza del predetto requisito (anche sopravvenuta), non potrebbe che inficiare la legittimità stessa della procedura concorsuale.

- rapporti di natura personale, tra cui vengono espressamente annoverati *"la sussistenza di rapporti professionali abituali con il consulente dell'imprenditore che ha predisposto il piano"*.
- rapporti di natura professionali tali da compromettere l'indipendenza di giudizio del professionista, nonché di
- elementi contrattuali che possano inficiare il giudizio del professionista, come eventuali clausole che subordinino il corrispettivo (o parte di esso) al giudizio positivo sulla fattibilità del piano o all'eventuale omologa da parte del Tribunale.

Per quanto riguarda la valutazione della proposta da parte dell'Ufficio, quest'ultima deve essere incentrata *"sulla maggiore, o minore, convenienza economica della stessa rispetto all'alternativa liquidatoria"*. Sicché assume preminente rilevanza la relazione dell'attestatore, che dovrà contenere l'indicazione del maggiore apporto patrimoniale eventualmente derivante dalla continuazione dell'attività aziendale, in particolare dando atto:

- dei flussi e degli investimenti che potrebbero derivare dalla continuazione aziendale. A tale riguardo, appare opportuno evidenziare che l'Agenzia considera, a differenza di parte della dottrina, i futuri flussi di cassa derivanti dalla prosecuzione dell'attività, quali finanza "endogena" e come tali vincolati al rispetto rigoroso delle previsioni in materia di privilegi e classi creditorie (a differenza delle risorse finanziarie esogene, quali gli apporti finanziari effettuati dai soci del debitore, che non sono vincolati al rigoroso rispetto delle norme concorsuali in tema di riparto);
- dell'esito dell'eventuale attività liquidatoria gestita in sede concorsuale.

A fronte di un'analisi compiuta e dettagliata da parte dell'attestatore (con eventualmente parere favorevole del Commissario Giudiziale, in caso di concordato preventivo), l'Ufficio potrà negare la propria adesione alla proposta solo ed esclusivamente con un provvedimento corredato da una puntuale motivazione, "idonea a confutare analiticamente, in base ad elementi chiari, oggettivi e verificabili, le argomentazioni e le conclusioni" ivi raggiunte<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> In particolare la Circolare n. 28/E/2020 articola la verifica dell'Ufficio nei seguenti passaggi:

Secondo la citata circolare, l'Ufficio dovrebbe poter disattendere le conclusioni raggiunte dall'attestatore solo nel caso in cui queste ultime siano ritenute manifestamente non attendibili o non sostenibili, anche attraverso l'analisi del contesto economico in cui si trova il contribuente. Anche la manifesta inattendibilità deve essere puntualmente e specificamente motivata, garantendo, soprattutto nei casi in cui vengano messi in dubbio le variabili previsionali sulla base di analisi di benchmark settoriali, il contraddittorio con il contribuente<sup>18</sup>.

Nel giudizio di attendibilità della proposta, non dovrebbe assumere rilevanza la presenza di precedenti fiscali imputabili al contribuente, ma esclusivamente eventuali comportamenti pregressi di natura distrattiva (cessioni simulate di *asset* o riorganizzazioni aziendali tese a trasferire artatamente poste attive) o fraudolenta. Con riguardo alle eventuali condotte fraudolente precedentemente poste in essere dal debitore, la citata circolare deroga al principio della centralità della valutazione di convenienza della proposta del debitore. Infatti, in casi di particolare gravità delle condotte pregresse, l'Ufficio, dopo un'attenta analisi delle stesse, è legittimato a negare l'attendibilità della proposta, inficiata dalla situazione soggettiva del debitore, a prescindere dalla sua convenienza rispetto all'ipotesi liquidatoria.

Da ultimo, appare opportuno sottolineare come l'Amministrazione finanziaria riconosca espressamente che:

- nessuna proposta di dilazione deve essere ritenuta aprioristicamente accettabile o inaccettabile, dovendola sempre calare nel caso concreto;
- non è possibile ritenere sussistente una percentuale prefissata al di sotto della quale (o al di sopra) la proposta debba ritenersi meritevole o meno di adesione, "*purché la proposta di soddisfacimento non sia inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al*

---

(i) l'analisi, attraverso il confronto con gli altri creditori, circa il rispetto del divieto di trattamento peggiore dell'Erario;

(ii) la verifica circa la convenienza della proposta, effettuata confrontando l'importo che l'Erario potrebbe percepire sulla base della proposta avanzata dal debitore e quello realizzabile in sede di liquidazione giudiziale dell'impresa.

<sup>18</sup> Il contribuente potrebbe giustificare lo scostamento dalla media del settore, ad esempio, evidenziando la sottoscrizione di contratti particolarmente vantaggiosi, ovvero il prossimo sviluppo di elementi immateriali dal valore significativo

*valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione";*

- negli accordi di ristrutturazione, sono ammissibili eventuali clausole che estendano gli effetti remissori a favore di coobbligati (anticipando parzialmente quanto espressamente previsto dall'art. 59, co. 3 del CCI);
- è possibile derogare al principio del trattamento non deteriore per l'Erario a favore di creditori a valenza strategica in funzione dell'imprescindibilità del loro apporto ai fini della continuità aziendale (accogliendo espressamente quanto previsto dall'art. 182-*quinques*, co. 5, L.F per il caso del concordato in continuità).

## **7. PROFILI CRITICI ANCORA IRRISOLTI.**

Come già accennato, l'anticipazione dell'entrata in vigore di alcune disposizioni contenute nel Codice di Composizione della Crisi, in particolare la possibilità di *cram down* da parte del Giudice fallimentare, seppur vada vista con generale favore, stante l'effetto immediato di superamento dell'eventuale inerzia delle Agenzie fiscali e degli enti contributivi e di accelerazione delle procedure concorsuali (anche nell'ottica di salvaguardare la continuità aziendale), presenta ancora taluni profili meritevoli, quantomeno, di approfondimento.

Il primo profilo problematico riguarda cosa si debba intendere per "*mancaza di voto*" ovvero "*mancaza di adesione*", in particolare se tali previsioni individuino esclusivamente l'assenza di una presa di posizione da parte degli enti creditori, ovvero se il giudice abbia il potere di *cram down* anche con riferimento all'eventuale rigetto delle proposte formulate dal contribuente.

In proposito, è opportuno ricordare che l'art. 48, co. 5 del CCI prevede che "*il tribunale omologa gli accordi di ristrutturazione o il concordato preventivo **anche in mancaza di adesione** da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui all'articolo 57, comma 1, e 60 comma 1 e 109, comma 1, e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria*".

Rispetto alla suddetta disciplina unitaria per tali due procedure, l'anticipazione di tale disposizione nella Legge Fallimentare ha reso necessario lo "sdoppiamento" della previsione normativa, poiché, nel vigente *corpus iuris* fallimentare, la procedura di omologazione delle due procedure concorsuali è prevista in due differenti articoli (*i.e.* artt. 180 e 182-*bis* LF.). Meno chiara è, tuttavia, la ragione per la quale il Legislatore abbia ritenuto di adottare due locuzione differenti per il caso di concordato preventivo (mancanza di voto) ed accordo di ristrutturazione (mancata adesione).

Detta differenza letterale ha creato dubbi ed incertezze interpretative. Infatti, mentre sembra ormai acclarato (per lo meno in dottrina) che l'espressione "*mancanza di adesione*" ricomprenda anche il rigetto della proposta da parte degli enti creditori, diversamente la "*mancanza di voto*", seppure al riguardo si riscontrino differenti prese di posizione<sup>19</sup>, sembrerebbe avere un campo di applicazione più limitato e coincidente solo con l'inerzia, ossia la totale assenza di una presa di posizione da parte dell'Amministrazione.

Una simile lettura, che sembra essere stata fatta propria dalle prime pronunce di merito<sup>20</sup>, pone problemi di ordine sistematico e pratico di indubitabile portata. In particolare:

- non è chiara la ragione della differenza tra quanto previsto all'art. 48 del CCI e quanto previsto nell'anticipazione transitoria dello stesso in relazione alla disciplina del *cram down* in caso di concordato preventivo;
- vi è un'irragionevole differenza tra quanto previsto nella Legge Fallimentare per il caso di concordato preventivo e quanto disposto con riguardo all'accordo di ristrutturazione: nel primo, a differenza che nel secondo, il rigetto della proposta non risulterebbe superabile dal Giudice Delegato. In questo caso, al debitore non resterebbe che la possibilità di adire la giurisdizione tributaria (o il giudice del lavoro, in caso di transazione avente ad oggetto crediti contributivi) per impugnare il diniego alla transazione<sup>21</sup>. Tuttavia la via dell'impugnazione richiede tempi non brevi

---

<sup>19</sup> Tra gli altri si veda, G. ANDREANI, E. ANDREANI e A. TUBELLI, *La transazione fiscale dopo le modifiche apportate dalla L. n. 159/2020*, documento pubblicato da PwC TLS Avvocati e Commercialisti.

<sup>20</sup> Si veda, P. RINALDI, *Niente transazione fiscale se le Entrate non danno l'ok*, in *Sole24ore* del 27 febbraio 2021.

<sup>21</sup>Cfr. Cass. SS. UU. del 14 dicembre 2016, n. 25632.

(anche anni per ottenere una pronuncia definitiva), che tendenzialmente non permettono di evitare l'eventuale dichiarazione di inammissibilità della proposta, per mancato raggiungimento delle maggioranze richieste, da parte del Giudice fallimentare (declaratoria che avviene notoriamente in tempi decisamente più ridotti).

Altro tema di rilevante portata riguarda il momento da cui si possa considerare acquisita l'inerzia dell'Amministrazione o degli enti previdenziali, rilevante come "*mancata adesione*".

Mentre, infatti, nel concordato preventivo tale tema non si pone (essendo espressamente previsto che gli enti creditori debbano esprimere il loro voto in sede di adunanza dei creditori *ex art. 177 L.F.*), così non è per l'accordo di ristrutturazione, ove non è previsto un apposito termine di adesione.

In verità, detto termine, è espressamente previsto all'art. 63, co. 2 del CCI, il quale espressamente prescrive che "*ai fini dell'articolo 48, comma 5, l'eventuale adesione deve intervenire entro novanta giorni dal deposito della proposta di transazione fiscale*". Tale norma, tuttavia, non è stata ripresa nell'anticipazione effettuata nella Legge Fallimentare, lasciando, di fatto, un vuoto normativo difficilmente colmabile, in assenza di ulteriori decreti correttivi.

Infine, ulteriore tema degno di approfondimento, riguarda il significato da attribuire alle locuzioni *adesione decisiva* o *determinante* da parte degli enti creditori. Se infatti abbastanza agevole risulta essere il caso del concordato preventivo, dove la decisività deriva dalla necessità di raggiungere le percentuali previste dall'art. 177 L.F., ben diverso è il caso dell'accordo di ristrutturazione, nel quale si potrebbero riscontrare situazioni di difficile soluzione, essenzialmente derivanti dall'obbligo di soddisfare integralmente i creditori che non abbiano accettato la proposta.

Potrebbe, infatti, porsi il caso in cui l'adesione dell'Amministrazione finanziaria, pur non essendo strettamente necessaria al raggiungimento della percentuale richiesta del 60%, risulti imprescindibile ai fini della buona riuscita del piano, ovvero risulti richiesta dagli altri creditori ad esso aderenti. In tale contesto vi è da chiedersi se l'adesione dell'Amministrazione risulti decisiva e, come tale, acquisibile per volontà del Giudice.

Altra situazione incerta potrebbe essere rappresentata dalla presenza di due differenti enti impositori, i cui differenti crediti (anche considerati unitariamente) risultino decisivi ai fini dell'approvazione della proposta. In tal caso, vi è da chiedersi se i crediti dei differenti enti debbano essere considerati unitariamente e, come tali, entrambi soggetti al possibile *cram down* disposto dal Tribunale, ovvero se il Giudice debba fare una scelta che, non essendo prevista normativamente, potrebbe risultare arbitraria o difficilmente giustificabile.

Stefano Carmini e Paolo Visconti