

LA TRANSAZIONE FISCALE

ASPETTI DI PROCEDURA E CONTRADDIZIONI

di

Eros Ceccherini (*)

SOMMARIO: 1. *La genesi.* – 2. *La transazione fiscale nella procedura per il concordato preventivo.* – 3. *La transazione fiscale nella procedura per gli accordi di ristrutturazione dei debiti.* – 4. *Le continue evoluzioni.* – 5. *Da norma per la competitività a norma di ostacolo per la competitività.* – 6. *La transazione fiscale sub-procedimento del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione.* – 7. *La transazione per risolvere le pendenze tributarie.* – 8. – *Per l'Amministrazione finanziaria la transazione è l'unica via da percorrere.* – 9. *Per l'Amministrazione finanziaria il concordato senza transazione con falcidia dei tributi non è omologabile.* – 10. *I creditori sono i veri arbitri del concordato.* – 11. *La contestualità delle operazioni tra il tribunale e gli uffici finanziari.* – 12. *L'imposta sul valore aggiunto una spina nel fianco.* – 13. *Anche le ritenute non sono transabili.* – 14. *Un reato per la transazione.* –

1. *La genesi.* - Con il decreto legge 14 marzo 2005, n. 35 convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80, venne modificato il titolo III della legge fallimentare introducendo delle consistenti novità in materia di "concordato preventivo" ed inserendo il nuovo istituto degli "accordi di ristrutturazione".

Dopo alcuni giorni dall'introduzione delle predette modifiche, che hanno tra l'altro completamente trasformato l'istituto del "concordato preventivo", il legislatore ne ha prodotte altre, tra cui quella che ha riguardato l'introduzione della c.d. "transazione fiscale" inserita nell'art. 182 ter¹ all'interno del titolo III "del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione".

2. *La transazione fiscale nella procedura per il concordato preventivo.* - L'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano, di cui all'art. 160, che possa prevedere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso

(*) Commercialista, Revisore Legale dei Conti, Dottore in Giurisprudenza in Firenze

1 Introdotto con l'art. 146 del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5;

qualsiasi forma, ivi compresa l'attribuzione delle attività ad un assuntore e con possibilità di suddividere i creditori in classi, con trattamenti differenziati, secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei. In questo contesto si inserisce la transazione fiscale, nel rispetto della normativa specifica, prevedendo per i tributi muniti di diritto di privilegio il pagamento non integrale, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso di determinati requisiti.

I tributi e gli accessori transabili sono quelli amministrati dalle quattro Agenzie fiscali oltre ai contributi ed agli accessori amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie, con la limitazione alla quota di debito avente natura chirografaria.

Oggetto della transazione sono tutti i tributi ed i contributi iscritti o non iscritti nei ruoli coattivi purché non costituiscano risorse proprie dell'Unione europea. L'Iva e le ritenute operate e non versate non possono formare oggetto di transazione ma semplicemente oggetto di dilazione; di seguito questi argomenti verranno maggiormente approfonditi.

Se vogliamo transare crediti muniti di privilegio scatta il principio generale di cui al secondo comma dell'art. 160 sopra richiamato, altrimenti il credito tributario o contributivo avente natura chirografaria non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole. Anche per quanto riguarda quest'ultima tipologia di crediti l'erario si è assicurato il massimo della realizzazione escludendo la possibilità di inserire questi crediti in una classe diversa da quella avente remunerazione maggiore².

La procedura non è complessa, seppur richieda attenzione, ma è dispersiva, obbligando il contribuente a depositare documentazione in Uffici e luoghi diversi e addirittura "contestualmente".

3. *La transazione fiscale nella procedura per gli accordi di ristrutturazione dei debiti.* - Nell'ambito delle trattative che precedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182-bis il debitore può effettuare la proposta di transazione fiscale che, unitamente con la documentazione di cui all'articolo 161, è depositata presso i medesimi uffici indicati per il "concordato preventivo". Il legislatore ha recentemente previsto che la documentazione ricomprenda una dichiarazione sostitutiva, resa dal debitore o dal suo legale rappresentante, con la quale si attesti che la documentazione allegata rappresenta fedelmente ed integralmente la situazione dell'impresa, con particolare riguardo alle poste attive del patrimonio³.

² Comma sostituito, con effetto dal 29 novembre 2008, dall'art. 32, comma 5, lett. a) del d.l. 29 novembre 2008, n. 185

³ L'autocertificazione è stata aggiunta, con effetto dal 31 maggio 2010, con l'art. 29 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78.

“La transazione fiscale conclusa nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182-bis e' revocata di diritto se il debitore non esegue integralmente, entro 90 giorni dalle scadenze previste, i pagamenti dovuti alle Agenzie fiscali ed agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie”⁴.

4. *Le continue evoluzioni.* - Dobbiamo dire che la “transazione fiscale” non ha sino ad oggi avuto vita facile, da più parti vi sono state opposizioni, alcune di principio ed altre tendenti a mantenere lo *status quo* su questioni collegate all'impossibilità di agire su alcune tipologie di crediti tributari. La dottrina⁵ in molte occasioni si è espressa sulla “*indisponibilità della pretesa tributaria*”, ma la maggior parte delle volte ha sostenuto che il principio dell'indisponibilità dei crediti tributari non è da collocare sul livello costituzionale⁶ e la legge ordinaria non può vietare la falcidia dei crediti tributari pagando il debito in misura inferiore al dovuto; con questa teorizzazione si è passati dal concetto di indisponibilità assoluta a quello di indisponibilità relativa⁷. Dalla lettura dell'art 160 e dell'articolo 182 ter, non emerge la volontà legislativa di porre il principio di indisponibilità della pretesa tributaria, cosa che del resto è operante nella fase accertativa ed impositiva da parte del fisco, quindi dalla normativa fallimentare non si ricavano deroghe alla parità di trattamento dei creditori oltre quanto previsto dall'articolo 2741 del codice civile⁸.

5. *Da norma per la competitività a norma di ostacolo per la competitività.* - In questa profonda incertezza applicativa e nella necessità di coordinare le due norme speciali, anche la giurisprudenza di merito ha contribuito ad alimentare forti tensioni interpretative e gli Uffici finanziari si sono, molto spesso, opposti ad aderire a proposte transattive avendo dalla parte loro la posizione dell'Agenzia delle Entrate esternata in alcune circolari che hanno delimitato

⁴ Comma aggiunto dall'art. 29 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78. La modifica ha effetto dal 31 maggio 2010.

⁵ P. RUSSO, *Imponibilità del tributo e definizioni consensuali delle controversie*, in *Rassegna Tributaria* 3/2008, 614 segg; R. LUPI, *Indisponibilità del credito tributario, contabilità pubblica e giustizia tributaria*, in *Dialoghi di Diritto Tributario*, 6/2007, 864 e F. CROVATO, *ibidem*, p.856.

⁶ In senso contrario B. SANTACROCE e D. PEZZELLA, “*Il ruolo della transazione fiscale nel concordato preventivo*” in *Corriere Tributario*, 13 settembre 2010 n. 34, 2782 segg;

⁷ Sostenere l'indisponibilità della pretesa tributaria appare anacronistico, infatti, già alcune norme tributarie permettono alle Agenzie delle Entrate di transigere sui tributi che hanno formato oggetto di accertamento. La transazione dei tributi può avvenire in una fase precedente all'eventuale contenzioso tributario oppure durante la fase contenziosa ma non oltre la prima udienza in Commissione Tributaria Provinciale. La prima ipotesi è riferita al cosiddetto istituto dell' “accertamento con adesione”, ex d. lgs 218/97, e la seconda ipotesi è riferita al cosiddetto istituto della “conciliazione giudiziale”, ex d. lgs. 546/92.

⁸ Corte di Appello di Torino, 23 aprile 2010

l'azione e l'interpretazione ai singoli uffici. Il legislatore, seppur dopo anni di lavori parlamentari abbandonati, di commissioni costituite ed immediatamente sciolte, cavalcando il principio del rilancio della "competitività economica", ha riformato parte del diritto fallimentare con l'intento di contribuire a risolvere e rilanciare i processi produttivi; era in quest'ottica che i nuovi istituti dovevano attecchire nel tessuto imprenditoriale in crisi. Dal 2008 la situazione economica ha generato una profonda paralisi del sistema finanziario, tutti i paesi sviluppati sono stati coinvolti in questa crisi epocale, tanto da mettere a repentaglio istituzioni bancarie ed imprenditoriali e perfino gli stessi Stati che fino a qualche tempo prima non avrebbero immaginato un loro declino economico. In questo contesto, completamente mutato, qualcuno ha anche detto che i nuovi istituti, così come venivano in alcuni tribunali interpretati, avrebbero creato una "concorrenza sleale" tra imprenditori sani ed imprenditori in crisi⁹, pertanto siamo arrivati, in alcune specifiche situazioni, a considerare i nuovi istituti del diritto fallimentare come dei possibili elementi atti a contribuire e ad aggravare questa inaspettata situazione economica. In definitiva i buoni propositi che avevano accompagnato il legislatore nell'emanare questa normativa si sono completamente capovolti tanto da considerarla, in alcune circostanze, elemento di aggravamento della crisi.

Come detto il legislatore è intervenuto più volte sull'art. 182 ter, alcune volte per apportarvi precisazioni e puntualizzazioni indispensabili altre per ostacolare l'applicazione della transazione fiscale ad alcuni tributi ed ai contributi previdenziali ed assistenziali. In definitiva da più parti della dottrina si chiedeva chiarezza sull'applicazione dell'istituto auspicando maggiore precisione di quali fossero i tributi falcidiabili, tanto che alcuni autori¹⁰ hanno sostenuto anche la necessità di poter applicare la transazione ai contributi previdenziali ed assistenziali.

Con l'art. 16 del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, con effetto dal 1 gennaio 2008, sono state introdotte importanti modifiche e così con il successivo art. 32, comma 5, lett. a) del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 gennaio 2009, n. 2, con effetto dal 29 novembre 2008, ne sono state apportate altre ed infine l'ultima manovra dell'estate 2010 con l'art. 29 del Decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 luglio 2010, n. 122 ne sono state apportate altre con effetto dal 31 maggio 2010. Tutte le modifiche che hanno interessato l'art. 182

⁹ "Un argomento, poi, molto delicato è quello del diffondersi dei concordati preventivi, giudiziali o stragiudiziali, che spesso consentono ad alcuni imprenditori furbi di far pagare alla comunità i propri debiti, per ripartire "puliti" con un'attività. Magari la stessa con la quale erano già arrivati sull'orlo del fallimento. E' un'aberrazione del sistema che crea forme di concorrenza sleale", A. TOFFOLUTTI – Presidente Comitato Piccola Impresa di Confindustria Udine, in *Realtà Industriale*, mensile n. 1, anno II, gennaio 2010;

¹⁰ E. CECCHERINI, in *Il Dir. Fall.*, 2007, 987 segg.

ter saranno oggetto di analisi nel proseguo di questo lavoro. Ad oggi è del tutto evidente che questa norma non è riuscita a mediare tra i vari interessi, e le varie modifiche intervenute nel tempo hanno ristretto il campo di azione, limitando falcidie su alcuni tributi e sui contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e hanno incrementato la burocratizzazione dell'iter procedurale.

6. *La transazione fiscale sub-procedimento del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione.* - L'art. 182 ter, avendo perso nel tempo l'appello iniziale, non appare l'unica via percorribile se volessimo presentare una proposta di concordato preventivo con falcidia dei tributi e dei contributi. Non transitare dalla procedura di cui all'art. 182 ter è la via meno complicata e potrebbe essere percorsa quando la proposta di concordato preventivo o quella degli accordi di ristrutturazione riportano un indebitamento con l'erario, in rapporto all'indebitamento complessivo, non determinante ai fini del calcolo delle maggioranze richieste dai due istituti.

Tale posizione, seppur non condivisa dall'Amministrazione finanziaria, non trova alcun tipo di ostacolo giuridico ed è parere diffuso che la transazione fiscale non costituisce un procedimento autonomo, bensì un sub-procedimento che si innesta nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione¹¹. Infatti l'art. 160 rubricato "Presupposti per l'ammissione alla procedura" prevede che il piano relativo alla proposta di concordato preventivo, nella libertà più assoluta di forme, possa indicare:

- "c) la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei;*
- d) trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse".*

e che "i creditori muniti di diritto di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione ... il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione".

Quindi non vi è esclusione di nessuna tipologia di crediti, tanto meno di quelli tributari e previdenziali, così come la norma non indica che, in presenza di crediti tributari o previdenziali, si debba passare dal sub-procedimento quale la transazione fiscale. La transazione fiscale è una facoltà, è un mezzo, se conveniente, per integrare la proposta di concordato preventivo o degli accordi

¹¹ Corte di Appello di Firenze, 13 aprile 2010; in senso contrario G. LA CROCE, in Fall., 2010, 143;

di ristrutturazione qualora si possa raggiungere, più facilmente, l'obiettivo dell'omologazione. Nell'ipotesi contraria possiamo tranquillamente baipassare la transazione ed inserire i crediti tributari e previdenziali ed assistenziali in specifiche classi¹² rispettando quanto prevede il secondo comma dell'art. 160, così facendo potremmo falciadiare anche quei tributi e quei contributi che l'art. 182 ter pone tra gli intoccabili (tributi propri dell'Unione Europea, imposta sul valore aggiunto, ritenute fiscali, contributi previdenziali ed assistenziali)¹³. E' del tutto evidente che così facendo, molto probabilmente, non otterremo il voto favorevole all'omologa dei soggetti interessati e quindi si rende strategicamente necessario analizzare attentamente che il rapporto debiti specifici/debiti complessivi non sia determinante ai fini delle maggioranze di cui all'art. 177. L'art. 182 ter nel primo comma prevede che *"con il piano di cui all'articolo 160 il debitore può proporre il pagamento"* anche parziale dei tributi e dei contributi: l'accostamento della transazione al piano accompagnata dal verbo potere sta a convalidare la non obbligatorietà della transazione in presenza di debiti tributari e previdenziali, altrimenti il legislatore avrebbe utilizzato il verbo dovere ed in questo caso non vi sarebbero stati dubbi sull'obbligatorietà della transazione fiscale nel concordato preventivo ogni qualvolta si cercasse il pagamento ridotto dei tributi e dei contributi.

7. *La transazione per risolvere le pendenze tributarie.* - E' del tutto evidente che non possiamo liquidare la transazione fiscale riducendola ad un mero calcolo percentuale di convenienza. La transazione fiscale non falciadia o dilazona, quando è possibile, soltanto i crediti conosciuti iscritti o non iscritti a ruolo, ma anche i tributi relativi ad *"avvisi di irregolarità, non ancora consegnati al concessionario"* e quindi la transazione, una volta chiusa la procedura di concordato ai sensi dell'articolo 181, permetterà altresì anche la cessazione della materia del contendere nelle liti aventi ad oggetto i tributi di cui al primo comma dell'art. 182 ter. L'eliminazione del diritto di difesa contro gli atti amministrativi si giustifica soltanto con la transazione fiscale e non con il pagamento falciadiato del corrispondente credito inserito in una classe senza

¹² Da più parti si autorizzano proposte di concordati senza transazione fiscale e con la predisposizione di classi specifiche di crediti erariali e/o previdenziali con distinzione tra crediti certi, inseriti in una specifica classe e crediti incerti (a contenzioso), inseriti in altra classe. Così facendo si evita di inserire in una classe, maggiormente remunerata, crediti che potrebbero subire una forte alterazione dovuta a successive decisioni da parte degli organi della giustizia tributaria.

¹³ Queste stesse ragioni e tesi sono fatte proprie da G. LA CROCE, *La transazione fiscale nell'intreccio di norme generali, norme speciali e norme costituzionali: e' possibile uscire dal labirinto?*, in *Fall.*, 2008, 1408 segg.; nello stesso senso STASI, *La transazione fiscale*, in *Fall.*, 2008, 734; in senso contrario, LO CASCIO, *La disciplina della transazione fiscale: orientamenti interpretativi innovativi*, in *Fall.*, 2008, 338, secondo cui *"L'amministrazione finanziaria, può manifestare il proprio diniego alla proposta di transazione, esprimere voto contrario, può opporsi al concordato, ma gli effetti saranno quelli del rigetto della proposta o della sua omologazione con l'eventuale giudizio di convenienza espresso dal tribunale ed il vincolo obbligatorio e remissorio sulle obbligazioni accertate."*;

l'attivazione del sub-procedimento transattivo. Non permettere il diritto a difendersi costituirebbe una violazione dell'art. 24 della Costituzione. L'approvazione della proposta di transazione fiscale ha per il debitore l'effetto del "consolidamento" della sua posizione fiscale con riguardo tanto ai tributi già iscritti a ruolo, quanto a quelli ancora in corso di determinazione¹⁴. La domanda di transazione obbliga l'Agenzia ed il Concessionario a esporre il debito già accertato, iscritto e non iscritto a ruolo, e a compiere in trenta giorni le liquidazioni automatiche e formali delle imposte (ex artt. 36 bis¹⁵ e 36 ter¹⁶ del D.p.r. 29 settembre 1973 n. 600), mentre non risultano compresi nella transazione gli accertamenti di cui all'art. 42 del D.p.r. n. 600/73¹⁷, e quindi gli accertamenti ordinari e straordinari programmati dall'Amministrazione finanziaria per le annualità i cui termini non sono scaduti. E' del tutto evidente che l'eventuale credito, dell'Amministrazione finanziaria, che dovesse emergere dall'accertamento di cui all'art. 42 del D.p.r. 600/73 dovrà essere soddisfatto con le percentuali indicate nella proposta di concordato ex art. 184, primo comma¹⁸. Tale tesi non trova concorde l'Amministrazione finanziaria¹⁹ la quale sostiene che il consolidamento disposto dalla norma non riguarda neanche le liquidazioni e gli avvisi di irregolarità.

¹⁴ Corte di Appello di Torino, 23 aprile 2010

¹⁵ Si tratta delle liquidazioni delle imposte, dei contributi, dei premi e dei rimborsi dovuti in base alle dichiarazioni presentate, Avvalendosi di procedure automatizzate, l'amministrazione finanziaria procede, entro l'inizio del periodo di presentazione delle dichiarazioni relative all'anno successivo, alla liquidazione delle imposte, dei contributi e dei premi dovuti, nonché dei rimborsi spettanti in base alle dichiarazioni presentate dai contribuenti e dai sostituti d'imposta.

¹⁶ Si tratta del controllo formale delle dichiarazioni. Gli uffici, procedono, entro il 31 dicembre del secondo anno successivo a quello di presentazione, al controllo formale delle dichiarazioni presentate dai contribuenti e dai sostituti d'imposta sulla base dei criteri selettivi fissati dal Ministro delle finanze.

¹⁷ Gli accertamenti in rettifica e gli accertamenti d'ufficio sono portati a conoscenza dei contribuenti mediante la notificazione di avvisi. L'avviso di accertamento dovrà indicare l'imponibile o gli imponibili accertati e dovrà essere motivato con fatti e circostanze che giustificano il ricorso a metodi induttivi o sintetici e le ragioni del mancato riconoscimento di deduzioni e detrazioni. Gli avvisi di accertamento devono essere notificati, a pena di decadenza, entro il 31 dicembre del quarto anno successivo a quello in cui è stata presentata la dichiarazione. Nei casi di omessa presentazione della dichiarazione o di presentazione di dichiarazione nulla l'avviso di accertamento può essere notificato fino al 31 dicembre del quinto anno successivo a quello in cui la dichiarazione avrebbe dovuto essere presentata.

¹⁸ A favore di questa tesi: M. VITIELLO, *L'istituto della transazione fiscale*, in *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, a cura di S. AMBROSINI, P.G. DEMARCHI e M. VITIELLO, Bologna, 2009, 284 e D. PISELLI, *Concordato e transazione fiscale*, in www.ilcaso.it, 2009, 15. A favore di una soluzione tombale nell'ipotesi di transazione fiscale il Tribunale di Bologna, 24 marzo 2009;

¹⁹ Circ. Agenzia delle Entrate, 18 aprile 2008, n. 40/E

Il tribunale di Roma²⁰, nell'affrontare la problematica connessa al diniego del consenso da parte dell'Agenzia alla transazione e, quindi, anche alla proposta di concordato sostiene che la transazione dal momento che costituisce un sub-procedimento fondendosi nel piano ex art. 160 e divenendone parte integrante, segue le sorti del concordato. Ciò non significa che si preclude l'attività di controllo dell'Agenzia (ex artt. 36 bis e 36 ter D.p.r. 600/73), come del resto avverrebbe con la transazione approvata, e neppure si interrompono i giudizi davanti alla Commissioni tributarie, ma la pretesa dell'Agenzia non potrebbe ricadere su quella parte di tributi che hanno formato oggetto di falcidia concordataria. Del resto l'Agenzia non può impugnare la mancata adesione non rientrando il diniego tra gli atti elencati dall'art. 19 del D.Lgs 546/1992.

8. *Per l'Amministrazione finanziaria la transazione è l'unica via da percorrere.* - L'Amministrazione finanziaria già con la citata circolare n. 40/E del 2008 ribadiva il principio d'indisponibilità del credito tributario asserendo che *"non è possibile pervenire ad una soddisfazione parziale dello stesso al di fuori della specifica disciplina di cui all'articolo 182-ter"*.

L'agenzia ha da sempre sostenuto che la transazione fiscale costituisce un autonomo negozio rispetto al concordato e per poter pervenire alla falcidia dei crediti privilegiati fiscali è necessario l'assenso dell'Amministrazione sulla proposta attraverso il voto favorevole. In mancanza di tale assenso la falcidia non sarebbe possibile e i crediti fiscali dovrebbero essere pagati integralmente. L'Amministrazione è andata anche oltre le posizioni sopra richiamate asserendo che l'autonomia del procedimento ex art. 182-ter fa sì che il mancato rispetto delle relative regole formali determinerebbe la sua inammissibilità e gli uffici fiscali potrebbero legittimamente rilevarle e sottrarsi alla transazione fiscale ed a cascata rendere inammissibilità anche il concordato preventivo.

Questa posizione seppur di parte è dettata esclusivamente da una evidente miopia contraria allo spirito del legislatore e quindi non può essere accettata. La sorte del credito fiscale, pur in caso di voto contrario alla proposta omologata, rimane legata alle sorti del concordato e quindi, in caso di omologa, la falcidia prevista nella proposta diventerà vincolante anche per il fisco il quale non potrà vantare neppure il trasferimento del credito in chirografo per la parte non soddisfatta. Analogamente, se gli uffici non provvedessero tempestivamente alle incombenze di legge e non esprimessero alcun voto, tale comportamento finirebbe per essere parificato, per il meccanismo di voto proprio del concordato preventivo, ad un voto contrario.

E'condivisibile l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di merito²¹, che ha più volte implicitamente o esplicitamente affermato che anche nei casi

²⁰ Tribunale di Roma, decreto del 24 marzo 2009, in Dir. Fall., 2009, 403 segg, con nota A. CAIAFA.

²¹ Tribunale di Venezia, decreto del 27 febbraio 2007, in Fall., 2007, 1464, con nota di FINARDI ed il Tribunale di Milano, decreto n. 13278/07; la riforma, peraltro, non è basata sull'accoglimento del principio di

in cui l'agenzia o il concessionario esprimono voto contrario (o non esprimono voto, ciò che equivale al voto contrario) il concordato, se omologato, è pienamente efficace per tutti i creditori, ivi compreso il fisco.

E' difficile che una azienda in crisi non abbia anche delle importanti pendenze tributarie con il fisco e con gli enti previdenziali e quindi quasi sempre se analizziamo un' ipotesi di concordato ci imbattiamo nella questione tributaria. La soluzione non è scritta in nessun testo ed ognuna delle parti in gioco cerca di far prevalere la propria ragione. Anche in questa situazione la giurisprudenza viene in aiuto decidendo su particolari casistiche che aiuteranno gli operatori delle procedure.

Il coro della giurisprudenza di merito²² a sostegno della tesi che la possibilità di proporre un pagamento in percentuale non è un obbligo ma una facoltà è sempre più ampio, così come è oramai sempre più diffusa la giurisprudenza che concorda con la falcidia del credito I.v.a. inserito in apposita classe²³. Tali posizioni sono ampiamente condivisibili, pagare il credito Iva integralmente, come prevede l'art. 182 ter, costituisce una palese alterazione della graduazione dei privilegi in assenza di risorse sufficienti a pagare i creditori di grado superiore al diciannovesimo quale è il grado che occupa il credito Iva.

9. *Per l'Amministrazione finanziaria il concordato senza transazione con falcidia dei tributi non è omologabile.* - Frequentemente assistiamo ad una opposizione da parte dell'Agenzia delle Entrate ai decreti di omologazione dei Tribunali²⁴ i quali autorizzano concordati preventivi, in presenza di crediti tributari, senza passare dalla procedura della transazione fiscale. L'Agenzia da parte sua sostiene l'illegittimità della procedura di concordato preventivo per non essere addivenuti alla transazione fiscale e la non omologabilità dello stesso per avere falcidiato (in alcuni casi anche pesantemente) il credito Iva in violazione di quanto disposto con l'art. 32 c. 5 del D.L. 185/2008 convertito nella legge 2/2009, che aveva modificato la norma sulla transazione fiscale

autonomia, che è invece espressamente richiamato dalla Corte di Appello di Milano, ma su un difetto relativo al mancato recepimento per il concordato preventivo, nel regime antecedente al correttivo, della possibilità della falcidia dei creditori privilegiati;

²² Tribunale di Asti, decreto 3 febbraio 2010 in Fall., 2010, 707 segg.; Corte di Appello di Firenze, 13 aprile 2010 in www.ilcaso.it; Tribunale di Roma, 27 gennaio 2009 in www.ilcaso.it; Tribunale di Pescara 2 dicembre 2008, in www.ilcaso.it; in senso contrario: Tribunale di Roma, 16 dicembre 2009 in www.ilcaso.it; Tribunale di Monza, 23 dicembre 2009 in www.ilcaso.it;

²³ Preme ricordare la posizione della Corte di Giustizia in merito all'indisponibilità dell'IVA (U.E. 17 luglio 2008, causa C-132/06);

²⁴ Corte di Appello di Genova, 19 dicembre 2009, in www.ilcaso.it;

stabilendo che il credito Iva non era falciabile ma solo dilazionabile. La Corte d'Appello di Genova, nel provvedimento sopra segnalato, ha esaurientemente giustificato quella che era stata la posizione del tribunale di La Spezia²⁵ e quindi la transazione deve essere considerata un istituto "endoprocedimentale" del concordato preventivo e alle cui disposizioni essa resta assoggettata. I due istituti sono da considerarsi concorrenziali, entrambi permettono la falcia dei tributi, il concordato preventivo disciplina la falcia dei crediti privilegiati nel rispetto del secondo comma dell'art. 160, mentre la transazione fiscale limita la falcia in base alle disposizioni, più volte, novellate nell'art. 182 ter. E' del tutto paradossale che l'istituto della transazione fiscale quale sub-procedura del concordato non sia armonizzato con l'istituto principale e quindi è naturale che questa contrapposizione di pensiero sia causa di contenzioso. E' auspicabile che la transazione fiscale trovi la giusta collocazione nel concordato preventivo, ma anche negli accordi di ristrutturazione: per far sì che ciò avvenga è necessaria un'adeguata mediazione tra i vari interessi contrapposti. Non è pensabile che il fisco debba pretendere qualcosa di più degli altri crediti aventi un grado superiore e quindi la norma dovrebbe essere rivista nell'ottica di una maggiore proporzionalità dei diversi interessi; il problema non può essere risolto attribuendo il totale credito all'erario per l'Iva non versata e per le ritenute arretrate e neppure agli Enti previdenziali ed assistenziali per i contributi non versati. Certamente tutto ciò necessita di un forte monitoraggio in sede di ammissione, non che si debba ritornare al concetto passato della meritevolezza²⁶, ma dobbiamo pretendere dai professionisti qualificati (di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d) che la loro relazione, prevista dall'art. 161 terzo comma, attesti con scrupolosa peculiarità la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, anche per scongiurare che vi siano imprese che possano utilizzare lo strumento del concordato per avvantaggiarsi nei confronti degli altri soggetti economici.

10. *I creditori sono i veri arbitri del concordato.* - Oltre ai creditori che hanno a loro favore l'arma del voto, come precedentemente detto, il tribunale ha il potere di verificare la fattibilità del piano proposto nel senso della idoneità della proposta a realizzare le complesse ipotesi di cui all'art. 160 attraverso strumenti astrattamente idonei e giuridicamente leciti: si tratta di un vaglio che deve essere fatto la prima volta con l'ammissione alla procedura e

²⁵ Tribunale di Milano, 25 ottobre 2007; Tribunale Pescara, 2 dicembre 2008; Tribunale La Spezia, 1 luglio – 2 luglio 2009; la sentenza del Tribunale della Spezia è stata oggetto di commento da parte di A. PEZZANO in Dir. Fall. 2010, 110 segg.

²⁶ Tribunale di Roma, 24 aprile 2008, in Dir. Fall., 2008, 373 segg, ha ritenuto che la nuova formulazione dell'art. 173 possa giustificare l'esercizio di un potere di controllo di merito da parte dello stesso tribunale, con nota contraria di FAUCEGLIA, *Ancora sui poteri del tribunale per l'ammissione del concordato preventivo: errare è umano, perseverare diabolico*;

successivamente in sede di omologa. L'unico elemento di valutazione che, con la recente riforma, è stato sottratto al tribunale è costituito dal requisito della convenienza, valutazione che ora rientra nella discrezionalità del ceto creditorio che, come detto, la esprime attraverso la votazione²⁷. Appare anacronistico introdurre delle norme che derogano ai principi generali per il solo interesse di alcuni, seppur quest'ultimi rappresentino interessi collettivi.

Se, contrariamente, dovessimo considerare la transazione fiscale una fase necessaria del concordato preventivo in presenza di debiti con il fisco, il risultato sarebbe che i debiti Iva pregiudicherebbero la possibilità di pervenire ad un concordato in quanto, non potendo essi subire decurtazioni, e non potendo al contempo essere alterato l'ordine dei privilegi, la proposta di concordato dovrebbe prevedere il pagamento integrale di tutti i crediti privilegiati di grado superiore all'Iva, cosa evidentemente irrealizzabile per l'impresa in stato di crisi.

La votazione dei creditori, di cui all'art. 177 coordinato con l'art. 180 quarto comma, costituisce il momento della massima espressione democratica ed il raggiungimento delle maggioranze sta a significare anche la bontà del piano di cui all'art. 160. Occorre tenere presente che l'esigenza fondamentale della "riforma del diritto fallimentare" è quella di agevolare l'uscita dell'impresa dalla crisi, risolvendo rapidamente la situazione d'insolvenza, in funzione del salvataggio dell'impresa e dei posti di lavoro, ecco perché anche la giurisprudenza, ma anche gran parte della dottrina, privilegiano la funzionalità rispetto all'interpretazione ermeneutica della legge. Oltre tutto l'insistenza dell'Agenzia a vedersi riconoscere la totalità del credito a scapito della fallibilità di una proposta di concordato, seppur scarno ma remunerativo, non gli creerebbe alcun pregiudizio rispetto ad una procedura fallimentare²⁸.

11. *La contestualità delle operazioni tra il tribunale e gli uffici finanziari.* - E' con il piano di cui all'art. 160 che è possibile presentare la transazione fiscale la quale, come detto in precedenza, deve costituire, qualora si decida di percorrere questa strada, un'appendice della proposta. Sull'argomento oramai non vi sono incertezze, la transazione fiscale è una delle modalità per poter proporre all'erario ed agli enti previdenziali uno stralcio delle loro pretese ma

²⁷ Tribunale di Napoli, 26 maggio 2009

²⁸ La posizione assunta dalla maggior parte degli Uffici finanziari appare in netto contrasto con quanto ha affermato il Direttore Regionale delle Entrate della Campania pubblicato in *Fiscoggi* del 7 luglio 2010, E. SANGERMANO: "La transazione fiscale è uno strumento efficace, seppur da utilizzare con molta cautela e solo in casi di crisi economica di settori specifici, poiché permette allo Stato di incassare il dovuto senza passare per le procedure fallimentari, incerte e molto lunghe. Questo caso (si tratta dell'ammissione di una azienda di Casoria alla procedura di transazione fiscale) conferma che la collaborazione e il dialogo tra fisco e imprese in difficoltà premia sempre e tutela anche gli aspetti sociali a cui l'Agenzia presta la dovuta attenzione".

sempre e comunque contestualizzata nella proposta di concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione. La procedura per la proposizione ai vari Uffici interessati alla transazione è particolarmente dettagliata nell'art. 182 ter pur nonostante alcune incertezze come ad esempio la locuzione «contestualmente al deposito presso il tribunale» riguardante il deposito della domanda agli uffici interessati, contenuta nel secondo comma del citato articolo, possa far pensare che la domanda di transazione debba necessariamente essere presentata all'Ufficio e all'Agente della riscossione lo stesso giorno in cui viene depositata presso il tribunale la domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo. Al riguardo va tuttavia considerato che, ai sensi del secondo e terzo periodo del secondo comma dell'art. 182-ter della L.F., *"Il concessionario, non oltre trenta giorni dalla data della presentazione, deve trasmettere al debitore una certificazione attestante l'entità del debito iscritto a ruolo scaduto o sospeso. L'ufficio, nello stesso termine, deve procedere alla liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni 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, per la parte non iscritta a ruolo, nonché da ruoli vistati, ma non ancora consegnati al concessionario"*. Al punto 5.2 della circolare n. 40/E del 2008 è stato chiarito che *"Entro il termine di trenta giorni dalla presentazione della domanda di transazione, l'Ufficio, previa verifica del rispetto dei requisiti posti dalla legge per l'ammissibilità della proposta di transazione, dovrà provvedere, qualora ne ricorrano i presupposti, ai necessari adempimenti connessi con l'attività di controllo"*, precisando che *"il secondo comma dell'articolo 182-ter non dispone ... la perentorietà del termine di trenta giorni ivi previsto."*

Va quindi tenuto conto che questo termine di trenta giorni comunque decorre dalla data in cui l'Ufficio e l'Agente della riscossione ricevono la domanda, con la conseguenza che è interesse dell'istante assicurare la contestualità prevista dal legislatore.

Per quanto concerne, infine, eventuali profili di inammissibilità dovuti alla mancata presentazione della proposta a tutte e tre le strutture indicate dall'art. 182-ter della L.F. (Ufficio dell'Agenzia, Agente della riscossione e Tribunale), si osserva quanto segue.

Al punto 4 della citata circolare n. 40/E del 2008 si è chiarito che *"per effetto del richiamato principio di indisponibilità del credito tributario, non è possibile pervenire ad una soddisfazione parziale dello stesso al di fuori della specifica disciplina di cui all'articolo 182-ter. Ciò comporta che la falcidia o la dilazione del credito tributario è ammissibile soltanto qualora il debitore si attenga puntualmente alle disposizioni disciplinanti la transazione fiscale di cui all'articolo 182-ter, mentre va esclusa nel caso in cui, con il piano richiesto dall'articolo 160 della L.F. ai fini del concordato preventivo, ovvero nell'ambito delle trattative che precedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione di cui*

all'articolo 182-bis della L.F., la proposta di transazione fiscale non sia formulata in conformità alle disposizioni predette".

Pertanto, l'Agenzia delle Entrate ritiene che il mancato rispetto delle disposizioni disciplinanti la transazione fiscale, incluse le procedure individuate al secondo comma dell'art. 182-ter della L.F., comporti l'inammissibilità della falcidia o della proposta di dilazione di pagamento del debito tributario²⁹.

12. *L'imposta sul valore aggiunto una spina nel fianco.* - Come sopra detto "Con riguardo all'imposta sul valore aggiunto ..., la proposta può prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento" questa è la nuova dizione dell'art. 182 ter relativa alla non falcidiabilità dell'Iva³⁰. Effettivamente la precedente versione, ossia l'art. 182 ter ante modifica, aveva dato spazio al confronto critico di molta dottrina e giurisprudenza circa la falcidiabilità o meno dell'Iva, non tanto per questioni collegate all'indisponibilità del tributo quanto al fatto che l'art. 182 ter prevedeva l'esclusione dalla transazione di tutti quei "dei tributi amministrati dalle agenzie fiscali e dei relativi accessori, limitatamente alla quota di debito avente natura chirografaria anche se non iscritti a ruolo, ad eccezione dei tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea" e l'Iva per alcuni, ed in particolar modo l'Agenzia delle Entrate³¹, veniva considerata risorsa propria dell'Unione europea. Tale tesi apparve immediatamente non condivisibile tanto che alcuni tribunali e una gran parte della dottrina posero in evidenza la non sostenibilità di quanto veniva affermato in quanto l'I.V.A. non è risorsa dell'Unione europea, - Decisione del Consiglio 2000/597/CE Euratom 29.9.00, - pur nonostante che parte del gettito dell'imposta sia competenza comunitaria (0,5% della base imponibile). L'Agenzia delle Entrate³², viste alcune posizioni giurisprudenziali³³, è andata ai ripari ribadendo che tra le risorse proprie dell'U.E. vi sono "quelle provenienti dall'IVA, ottenute applicando un'aliquota comune ad una base imponibile determinata in modo uniforme e secondo regole comunitarie." e quindi nell'attesa "che si consolidi al riguardo l'orientamento della giurisprudenza, [venivano invitati] gli Uffici a escludere l'IVA dalle transazioni fiscali, fino a nuove disposizioni".

²⁹ Ris. Agenzia delle Entrate, 5 gennaio 2009, n. 3/E

³⁰ Modifica aggiunta dall'art. 29 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78. La modifica ha effetto dal 31 maggio 2010, data di pubb. sulla G.U., supp. Ord., n. 114.

³¹ Agenzia delle Entrate, Parere della Direzione Regionale delle Entrate dell'Emilia Romagna del 7 febbraio 2008;

³² Circ. Agenzia delle Entrate, 18 aprile 2008, n. 40/E;

³³ Tribunale di Bologna, decreto del 26 ottobre 2006; Tribunale di Milano, decreto del 25 ottobre 2007; Tribunale di Milano, decreto del 10 aprile 2008. "Non deve ritenersi tributo costituente risorsa propria dell'Unione europea l'Iva in quanto si configura come tributo nazionale, perimetrato allo 0,5 per cento del prodotto nazionale lordo dei diversi Stati membri. Il meccanismo di calcolo di tale contributo, il cui prelievo non è imposto in forza di politiche comunitarie, è tale per cui non vi è relazione concreta tra imposta riscossa presso i contribuenti e quanto attribuito all'Unione".

A questo punto gli Uffici sono stati obbligati a pretendere il pagamento integrale dell'IVA mentre gli interessi e le sanzioni potevano formare oggetto di transazione.

13. *Anche le ritenute non sono transabili.* - "Con riguardo ... alle ritenute operate e non versate, la proposta può prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento"³⁴, con questa nuova aggiunta il concordato diventata sicuramente più oneroso e l'unica giustificazione a questa modifica è da ricercarsi nel contenimento del possibile minor reddito che lo Stato, a seguito dell'omologazione della proposta di concordato preventivo, introiterebbe. Si tratta delle ritenute che sono state applicate dalle imprese, in qualità di sostituti d'imposta, e non versate all'erario (si tratta delle ritenute: sui redditi di lavoro dipendente, sui redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente, sui redditi di lavoro autonomo, sulle provvigioni inerenti a rapporti di commissione, di agenzia, di mediazione, di rappresentanza di commercio e di procacciamento di affari, sugli interessi e sui redditi di capitale, sui dividendi, sui premi e sulle vincite)³⁵.

14. *Un reato per la transazione.* - Una nuova figura di reato tributario venne introdotta con l'art. 11 del D. Lgs 74/2000 il quale punisce coloro che "al fine di sottrarsi al pagamento di imposte sui redditi o sul valore aggiunto ovvero di interessi o sanzioni amministrative relativi a dette imposte di ammontare complessivo superiore a lire cento milioni, aliena simulatamente o compie altri atti fraudolenti sui propri o su altrui beni idonei a rendere in tutto o in parte inefficace la procedura di riscossione coattiva". Questa norma è applicabile alla transazione fiscale nell'ipotesi che l'imprenditore, gli amministratori o i liquidatori compiano atti fraudolenti al fine di evitare l'applicazione di maggiori imposte. E' del tutto evidente che anche nell'ipotesi di transazione fiscale il contribuente potrebbe, fraudolentemente, agire falsificando i documenti previsti dal secondo comma e nello specifico "la copia delle dichiarazioni fiscali per le quali non è pervenuto l'esito dei controlli automatici nonché delle dichiarazioni integrative relative al periodo sino alla data di presentazione della domanda" tutto ciò al "fine di consentire il consolidamento del debito fiscale".

Il reato è punito, "salvo che il fatto costituisca più grave reato, ... con la reclusione da sei mesi a quattro anni", al momento non è chiara l'ipotesi dell'eventuale estensione della punibilità, direttamente o con il concorso di

³⁴ Le parole «ed alle ritenute operate e non versate» sono state aggiunte dall'art. 29 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78. La modifica ha effetto dal 31 maggio 2010.

³⁵ Artt. 23 ss, D.p.r. 29 settembre 1973, n. 600.

persone, ai collaboratori dell'imprenditore che lo hanno coadiuvato nella predisposizione della documentazione e nella presentazione della proposta.