

CRISI D'IMPRESA E FALCIDIABILITÀ TRIBUTARIA: PROFILI EVOLUTIVI E PROSPETTIVE

di MASSIMO ZARA

SOMMARIO: 1. Evoluzione normativa dell'art. 182 *ter* L.F.. – 2. La riforma del 2008: incertezze interpretative e l'intervento della Corte di Cassazione del 2011. 3. L'art. 182 *ter* L.F. ed il combinato disposto con l'art. 160 L.F. finanche in ipotesi di erogazione di finanza esterna. – 4. Soluzioni giurisprudenziali della Corte di Cassazione e Corte Costituzionale. – 5. (segue) Il provvedimento della Corte di Giustizia Europea del 7 aprile 2016. – 6. (segue) I recenti provvedimenti della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 26988/16 e n. 760/17 ed il provvedimento del Tribunale di Milano del 29 dicembre 2016. – 7. L'attuale formulazione dell'art. 182 *ter* L.F.. – 8. Debiti tributari concorsuali, procedure di allerta e modelli predittivi della crisi d'impresa. – 9. Conclusioni.

1. Evoluzione normativa dell'art. 182 *ter* L.F.

L'istituto della transazione fiscale disciplinato dall'art. 182 *ter* L.F. viene istituito nell'ordinamento italiano nel 2006 per consentire al debitore in difficoltà finanziaria di regolare i propri rapporti con l'Amministrazione Finanziaria mediante accordi di tipo remissorio o dilatorio, all'interno del perimetro del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. Tale strumento trae origine dalla “*Transazione dei Ruoli Esattoriali*”¹, istituito mediante il quale si consentiva al debitore (e

* Si evidenzia che la presente analisi si focalizza sulla possibilità di operare la falcidia del debito tributario concorsuale per IVA e ritenute nell'ambito della crisi d'impresa (mediante una proposta di concordato preventivo o un accordo di ristrutturazione dei debiti) precisando che possono formare oggetto di falcidia finanche i tributi amministrati dalle agenzie fiscali intendendosi pertanto, come po-

all'Agenzia delle Entrate) di effettuare una transazione in merito ai tributi iscritti a ruolo nell'ipotesi in cui, avviata una procedura di esecuzione, emergesse l'insolvenza del debitore; il ricorso allo strumento poteva avvenire solo se fosse stata verificata la maggiore economicità e proficuità della stessa rispetto alla procedura di esecuzione coattiva.

Tuttavia lo strumento veniva abrogato (o meglio "rottamato") nell'anno 2006² dopo essere stato utilizzato quasi esclusivamente nell'ambito della gestione del debito tributario di "Società Sportiva Lazio S.p.A."³. La scarsa applicazione di tale strumento era correlata ad una serie di difficoltà dell'Amministrazione Finanziaria a recepire una più evoluta concezione del principio di indisponibilità del credito tributario sancito dall'art. 49, Regio Decreto n. 827 del 28 maggio 1924; altri fattori di criticità inoltre erano costituiti dal temuto contrasto del nuovo istituto con l'art.

tenziale oggetto della proposta, i debiti concorsuali afferenti Ires, Irap, IVA, ritenute operate e non versate, imposta di registro, imposta di bollo, imposte ipotecarie, imposte catastali, imposte sulle successioni e donazioni, imposta sugli intrattenimenti, tasse automobilistiche, imposte demaniali, dazi di importazione ed esportazione, imposte di fabbricazione e di consumo. Rimangono escluse da tale perimetro i tributi locali (imposta comunale sugli immobili, imposta municipale propria, tributo comunale sui rifiuti e sui servizi, tassa rifiuti, tassa sui servizi indivisibili, tassa per l'occupazione di spazi e aree pubbliche, imposta comunale di pubblicità e diritto sulle pubbliche affissioni).

¹ Introdotta nell'anno 2002 mediante l'Art. 3, comma 3, D.L. del 8 luglio 2002, n. 138, convertito dalla legge n. 178 dell'8 agosto 2002.

² GROSSI, *La Riforma della Legge Fallimentare*, Milano, 2006, p. 2285; ZANICHELLI, *La Nuova Disciplina del Fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2006, p. 358.

³ Lo strumento consentì infatti la rateizzazione del debito tributario della società calcistica Società Sportiva Lazio S.p.A. mediante specifico accordo con Agenzia delle Entrate e previsione di pagamento in 23 anni; nel progetto di bilancio della società relativo all'esercizio 2007 infatti si legge: "in data 20 maggio 2005 la S.S. Lazio S.p.A. ha sottoscritto con l'Agenzia delle Entrate l'atto di transazione relativo alle imposte Irpef e Iva dovute a tutto il 31 dicembre 2004 e non versate dalle precedenti gestioni, pari a complessivi Euro 108,78 milioni, ai quali vanno aggiunti gli interessi legali (per un totale complessivo di oltre Euro 140 milioni). La transazione ha previsto i seguenti termini di pagamento: una prima rata di Euro 5,67 milioni, pagata contestualmente alla sottoscrizione della transazione unitamente all'ulteriore importo di Euro 2,39 milioni, relativo alle addizionali regionali e comunali e sanzioni; n. 23 rate dell'importo di Euro 5,65 milioni cadauna, da pagarsi con cadenza annuale il 1° aprile di ogni anno a partire dal 2006 (si segnala che le prime due rate sono state pagate entro i termini richiesti); una rata aggiuntiva unica di Euro 5,23 milioni da pagarsi in data 1° aprile 2009. Tutti gli importi delle rate sopra indicate sono inclusivi degli interessi nella misura legale e delle sanzioni, ove dovute. Si segnala che tali importi sono garantiti dalla cessione pro-solvendo dei crediti rivenienti dagli incassi da biglietteria".

87 del Trattato UE, che vieta l'erogazione di aiuti di Stato capaci di alterare la libera concorrenza del mercato e dalla poca chiarezza generale e diffusa della norma. Non risultava inoltre chiara la natura dello strumento stante peraltro una supposta incompatibilità con l'art. 1976 C.C.; finanche l'ambito applicativo non appariva del tutto chiaro (ci si chiedeva infatti se la transazione potesse riferirsi oltre agli interessi e alle sanzioni, anche ai tributi, in relazione ai quali esistono forme di intervento con altri enti impositori). Inoltre alcune perplessità riguardavano il concetto di insolvenza del debitore che faceva ricorso alla transazione poiché alcuni ritenevano ci si riferisse ad una situazione meno grave rispetto all'insolvenza fallimentare, altri invece ritenevano che il caso dovesse essere esattamente lo stesso.

La maggiore incertezza tuttavia era costituita dal rischio di incorrere nella revocatoria della transazione sui ruoli in caso di successivo fallimento del debitore e tale circostanza aveva costituito il principale ostacolo alla diffusione dello strumento. Piuttosto dirimente era stata inoltre, al tempo, la circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 8/E del 4 marzo 2005⁴ che, oltre a contribuire alla definizione di stato di insolvenza delle imprese⁵, faceva emergere definitivamente (i) la derogabilità del principio di indisponibilità dei tributi mediante una legge ordinaria, (ii) la natura transattiva dell'accordo concluso ai sensi di detta norma ed infine (iii) la possibilità di operare la falciatura del debito per

⁴ Tale documento richiama a propria volta il Consiglio di Stato che afferma: "la norma lascia emergere con chiarezza le linee portanti del nuovo istituto che consente - al verificarsi delle condizioni date - di concludere un ragionevole accordo transattivo che, senza incidere sulla materia imponibile ma in deroga al tradizionale principio della indisponibilità del credito tributario, rende possibile per l'Amministrazione Finanziaria conseguire un più proficuo introito rispetto a quello ottenibile dallo sviluppo delle procedure esecutive. L'interesse pubblico perseguito induce pertanto a ritenere che il peculiare accordo, con effetti transattivi, introdotto dalla norma sia idoneo ad esplicitare i suoi effetti non solo nel caso di sussistenza di liti attuali, instaurate in tema di rapporti tributari sfociati nella iscrizione a ruolo, ma, in attuazione del principio di economicità dell'azione amministrativa, estenda la sua portata a tutti i crediti tributari derivanti da iscrizioni a ruolo nei confronti di contribuenti rivelatisi insolventi, evitando in tal modo la stessa insorgenza di episodi contenziosi".

⁵ La Circolare di Agenzia delle Entrate faceva esplicito riferimento all'esistenza di procedimenti esecutivi mobiliari e/o immobiliari avviati da terzi creditori, iscrizioni ipotecarie giudiziali ed istanze di fallimento; emergeva pertanto una coerenza con la definizione di insolvenza contenuta nella norma fallimentare.

IVA⁶. Tuttavia l'Amministrazione Finanziaria aveva manifestato all'epoca una certa ritrosia interpretativa riguardo alle suddette novità normative poiché emergeva che, alle rinunce del Fisco, non corrispondeva un bilanciamento con un vantaggio apprezzabile e quindi il pochissimo consenso riscosso dall'istituto lo aveva confinato al “*mausoleo delle stravaganze normative*”⁷.

Come detto l'art. 49 Regio Decreto n. 827 del 28 maggio 1924 prescrive che il credito tributario sia considerato, per norma di legge, un credito costantemente indisponibile e tale circostanza riflette i principi costituzionali di capacità contributiva e di uguaglianza tributaria declinati dall'art. 53 della Costituzione; risulta tuttavia evidente che tale norma possa essere derogata da una successiva disposizione di pari grado⁸. Segue il decreto legislativo n. 5 del 9 gennaio 2006, in attuazione della delega contenuta nella Legge n. 80 del 14 maggio 2005, mediante il quale viene inserita la “*Transazione Fiscale*” nell'ambito della Legge Fallimentare, attraverso l'introduzione dell'art. 182 *ter*, ed abrogato il precedente strumento⁹; tale nuovo strumento appariva, nell'intento del legislatore, funzionale al carattere negoziale assunto dal concordato preventivo riformato apparendo preferibile una soddisfazione non integrale del debito tributario concorsuale, nell'ipotesi di maggior vantaggio rispetto all'alternativa fallimentare. La nuova transazione fiscale veniva pertanto cor-

⁶ La possibilità di derogare al pagamento integrale del debito tributario assumeva rilevanza anche (soprattutto) in correlazione al particolare momento storico, considerato che la crisi economica globale generatasi negli Stati Uniti prendeva avvio a partire dal secondo semestre del 2006 con il rallentamento del mercato immobiliare; a inizio 2007 i segnali di crisi divengono maggiormente palpabili ed il 15 settembre 2008 la banca d'affari statunitense *Lehman Brothers* dichiara fallimento.

⁷ F. BRIGHENTI, in *La transazione dei tributi: nuovo corso o stravaganza normativa? (appunti a margine dell'art. 3, comma 3, della legge n. 178/2002)*.

⁸ La transazione fiscale infatti diverrebbe uno strumento dalla figura contrattuale atipica e dal contenuto remissorio, *ex multis*: FRANZONI, in *La Transazione*, Padova, 2001; DEL PRATO, *Transazione (Diritto Privato)*, in *ED*, Milano, 1992, 813; PALAZZO, *La Transazione*, in *Trattato Rescigno*, 13, Torino, 1986; SANTORO PASSARELLI, in *La Transazione*, Napoli, 1975, 295.

⁹ Inoltre nello stesso anno, con l'art. 37, comma 51, del Decreto Legislativo n. 223 del 4 luglio 2006 convertito dalla Legge n. 248 del 4 agosto 2006, sono stati espunti gli strumenti che consentivano la definizione della base imponibile di esercenti attività di impresa e di lavoro autonomo attraverso il “*concordato triennale preventivo*” introdotto dall'art. 6 della Legge n. 289 del 27 dicembre 2002, la “*pianificazione fiscale concordata*” e la “*programmazione fiscale*”.

relata al “*piano di cui all’articolo 160*” e riferita (esclusivamente) alla ipotesi di ricorso al concordato preventivo. Paradossalmente tale statuizione limitava, rispetto alle possibilità accordate in precedenza, le possibilità per gli operatori della materia poiché il precedente accordo sui ruoli poteva essere concluso anche nella procedura di esecuzione forzata infruttuosa avviata nei confronti di un qualsiasi contribuente, finanche non imprenditore. Inoltre la collocazione endo-concorsuale dello strumento enfatizzava il carattere impuro dello stesso, che quindi veniva caratterizzato da una struttura bidimensionale, attinente in contemporanea al diritto tributario e al diritto fallimentare. Tuttavia la collocazione del provvedimento all’interno della norma fallimentare rendeva maggiormente saldo rispetto al passato lo strumento che, pertanto, perdeva il carattere emergenziale vissuto sino a quell’istante. Sotto il profilo soggettivo inoltre la norma conosceva un’estensione dell’ambito applicativo poiché, se in precedenza si circoscriveva il raggio di azione ai soli “*tributi il cui gettito fosse di esclusiva pertinenza dello Stato*”, ora si estendeva a tutti i “*tributi amministrati dalle Agenzie fiscali*”. La principale differenza tra i due strumenti (accordo sui ruoli e transazione fiscale) tuttavia andava ricondotta dalla diversa *ratio* che aveva caratterizzato la venuta al mondo degli stessi; la transazione sui ruoli infatti era stata pensata come strumento di potenziamento dell’attività di riscossione (l’Amministrazione Finanziaria infatti avrebbe potuto ottenere maggiori vantaggi rispetto all’esecuzione forzata) mentre la transazione fiscale era stata organizzata per favorire le soluzioni concordate della crisi d’impresa¹⁰. A partire dall’anno 2007 una serie di interventi normativi incidevano sulla struttura e finalità dello strumento, sino a giungere all’attuale formulazione mediante l’entrata in vigore della Legge n. 232 dell’11 dicembre 2016. Le principali novità riguardavano (*i*) la possibilità di organizzare una transazione fiscale altresì in ipotesi di accordo di ristrutturazione dei debiti di

¹⁰ Doveroso sottolineare che, tuttavia, il ricorso al concordato preventivo ha costituito principalmente una alternativa liquidatoria al fallimento secondo CASTELLI, MINUCCI, RODANO e ROMANO in “*Questioni di Economia e Finanza – Il Concordato preventivo in Italia: una valutazione delle riforme e del suo utilizzo*”, Banca d’Italia N. 316 – Marzo 2016, in cui emerge che: “*il concordato rimane ancora prevalentemente usato con finalità liquidatorie. Sebbene tale uso non sia peculiare solo in Italia, l’Italia senz’altro si caratterizza per una bassa incidenza dei casi di sopravvivenza aziendale delle imprese che entrano in CP. Tra quelle che hanno aperto un concordato nel bienni 2006-07 (dopo l’avvio del processo di riforma), solo in 4,4 per cento erano ancora attive a 6 anni di distanza*”.

cui all'art. 182 *bis* L.F. (quindi non esclusivamente in ambito concordatario) ipotesi introdotta mediante il Decreto Legislativo n. 167 del 12 settembre 2007 e (ii) la impossibilità, introdotta nel 2008, di operare la falcidia del debito per IVA consentendone esclusivamente la dilazione di pagamento; invero nel Decreto Legge n. 185 del 29 novembre 2008, al quinto comma¹¹ dell'art. 32, veniva previsto che “*con riguardo all'imposta sul valore aggiunto, la proposta può prevedere esclusivamente la dilazione di pagamento*”¹² e che la transazione fiscale potesse essere estesa anche ai “*contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e relativi accessori, limitatamente alla quota di debito avente natura chirografaria anche se non iscritti a ruolo*”¹³. Nel 2008 pertanto il debito

¹¹ Formulazione dell'Art. 32, comma 5, Decreto Legge n. 185 del 29 novembre 2008: “5. All'articolo 182-ter del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, sono apportate le seguenti modificazioni: a) il primo comma e' sostituito dal seguente: «Con il piano di cui all'articolo 160 il debitore può proporre il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi amministrati dalle agenzie fiscali e dei relativi accessori, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie 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; con riguardo all'imposta sul valore aggiunto, la proposta può prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento. Se il credito tributario o contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti dai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie; se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari.»; b) al secondo comma sono aggiunte, all'inizio, le seguenti parole: «Ai fini della proposta di accordo sui crediti di natura fiscale,»”.

¹² La possibilità di operare la falcidiabilità dell'IVA e la tesi di dottrina che considerava l'IVA come mero trasferimento finanziario e non già risorsa propria dell'Unione europea viene quindi superata dall'intervento normativo del 2008 (Tribunale di Milano 16.04.2008, Tribunale di Bologna 26.10.2006, Tribunale di Lamezia Terme 23.06.2008, Tribunale di Piacenza 03.07.2008).

¹³ Seguiva il Decreto interministeriale del 4 agosto 2009 a firma del Ministro dell'Economia e delle Finanze Tremonti e del Ministro del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali Sacconi in tema di “*Modalità di applicazione, criteri e condizioni di accettazione da parte degli enti previdenziali degli accordi sui crediti contributivi*” che, all'Art. 4, esplicitava i criteri per la formazione del consenso dell'Amministrazione Finanziaria, nello specifico: “a) idoneità dell'attivo ad assicurare il soddisfacimento dei crediti anche mediante prestazione di eventuali garanzie; b) riconoscimento formale ed incondizionato del credito per contributi e premi e rinuncia a tutte le eccezioni che possano influire sulla esistenza ed azionabilità dello stesso; c) correntezza nel pagamento dei contributi e premi dovuti

concorsuale per IVA diveniva infalciabile¹⁴, dovendosi pagare il relativo importo per intero, mentre le sanzioni, le indennità e gli interessi di mora potevano continuare ad essere falciati; da segnalare che la novità legislativa, destinata a condizionare la redazione delle proposte concordatarie ampliando le risorse da destinare ai creditori privilegiati, si innestava in un contesto economico già prospetticamente deprimente.

La norma conosceva un'ulteriore evoluzione nell'anno 2010¹⁵ che portava all'equiparazione delle ritenute operate e non versate all'IVA e quindi all'infalciabilità (parimenti) di dette poste passive¹⁶; veniva inoltre completato il quadro operativo afferente la transazione fiscale in ipotesi di accordo di ristrutturazione dei debiti. Infine la Legge di Stabilità 2017, come meglio *infra* specificato, interveniva con una sostanziale modifica dell'art. 182 *ter* L.F. normando in via definitiva la possibilità di falciare il debito per IVA e ritenute fiscali nell'ambito di una proposta presentata all'Erario¹⁷. Risulta evidente che i numerosi innesti normativi registrati nel decennio anteriore al 2016 e l'oscillante spazio di manovra concesso al debitore (nel periodo il pendolo si è spesso mosso rapidamente tra la possibilità di prevedere la falciatura dei tributi per IVA e ritenute e l'impossibilità

per i periodi successivi alla presentazione della proposta di accordo; d) versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali operate sulle retribuzioni dei lavoratori dipendenti ai fini dell'accesso alla dilazione dei crediti; e) essenzialità dell'accordo ai fini della continuità dell'attività dell'impresa e di ogni possibile salvaguardia dei livelli occupazionali, tenuto conto dell'importanza che la stessa riveste nel contesto economico-sociale dell'area in cui opera".

¹⁴Data la rilevanza, la riforma del 2008 viene analiticamente analizzata nella successiva sezione.

¹⁵Mediante l'art. 29 del Decreto Legge n. 78 del 31 maggio 2010 convertito dalla Legge n. 122 del 30 luglio 2010.

¹⁶La relazione illustrativa al Decreto Legge n. 78 del 31 maggio 2010 ricordava all'art. 29 come: "La normativa di cui al comma 2 prevede, alla lettera a), che in sede di transazione fiscale, anche le somme relative a ritenute operate e non versate siano oggetto esclusivamente di un'eventuale dilazione e non di falciatura, al pari dell'intera imposta sul valore aggiunto".

¹⁷Da segnalare che, precedentemente, il Decreto Legge n. 179 del 18 ottobre 2012 convertito dalla Legge n. 221 del 17 dicembre 2012 interveniva modificando l'Art. 7 della Legge n. 3 del 27 gennaio 2012 in tema di procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento affermando che: "in ogni caso, con riguardo ai tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea, all'IVA ed alle ritenute operate e non versate, il piano può prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento"; tale provvedimento pertanto interveniva in tema di falciatura IVA e ritenute operabile da soggetti non annoverati tra quelli in possesso dei requisiti di cui all'art. 1 L.F..

di farlo) ha generato rilevanti grattacapi agli operatori e ai Tribunali che, di volta in volta, si sono fatti strada in un perimetro normativo opaco e costantemente riformato.

2. La riforma del 2008: incertezze interpretative e l'intervento della Corte di Cassazione del 2011.

L'intervento normativo del 2008¹⁸ introduceva il divieto espresso di operare la falciatura del debito per IVA consentendone esclusivamente la dilazione di pagamento, nell'ambito di una transazione fiscale ex art. 182 *ter* L.F.. Sostanziali pertanto apparivano sin da subito le differenze rispetto alla precedente formulazione¹⁹ in cui non vi era traccia di tale espresso divieto²⁰. Mediante l'intervento normativo il legislatore intendeva “*presidiare le entrate tributarie in tema di IVA*” tenuto conto della normativa Comunitaria che, in tema di politiche fiscali, vietava la rinuncia generale, indiscriminata e preventiva al diritto di procedere ad accertamento e verifica dei tributi. A ben analizzare più che di finalità si trattava di un vero e proprio timore. Mediante l'innesto normativo infatti si desiderava evitare di incorrere in una nuova condanna da parte della Corte di Giustizia Europea, tenuto conto della sentenza della Corte di Giustizia UE

¹⁸ Mediante il quinto comma dell'Art. 32 del Decreto Legge n. 185 del 29 novembre 2008.

¹⁹ Articolo che in precedenza, al primo comma, recitava: “*Con il piano di cui all'art. 160 il debitore può proporre il pagamento, anche parziale, 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. La proposta può prevedere la dilazione di pagamento. Se il credito tributario è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti 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; se il credito tributario ha natura chirografaria, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari*”.

²⁰ G. MARINI, La transazione fiscale: profili procedimentali e processuali, in *Il diritto tributario delle procedure concorsuali e delle imprese in crisi*, a cura di F. PAPARELLA, Milano, 2013, 677; L. DEL FEDERICO, La nuova transazione fiscale nel sistema delle procedure concorsuali, in *Riv. Dir. Tributario*, 2008, 2015; M. POLLIO, La transazione fiscale, in AA.VV. *Fallimento e altre procedure concorsuali*, (a cura di) G. FAUCEGLIA E L. PANZANI, Torino, 2009, 1835; G. GAFFURI, *Aspetti problematici della transazione fiscale*, in *Rass. Trib.*, 2011, 1115.

del 17 luglio 2008 (causa C-132/06) relativa alla bocciatura del condono dell'IVA dell'anno 2002; tale pronuncia infatti aveva dichiarato incompatibili con il diritto comunitario gli artt. 8 e 9 della Legge n. 289/2002 tenuto conto del superamento dei confini del margine di discrezionalità amministrativa concesso agli stati membri dal legislatore comunitario. La relazione accompagnatoria al Decreto Legge n. 185 del 29 novembre 2008 infatti esplicitava l'impossibilità per il Paese di rinunciare indiscriminatamente all'incasso dei propri tributi²¹. Inoltre anche se in precedenza la giurisprudenza²² e parte della dottrina avevano permesso la falciatura dell'IVA esisteva un'altra corrente interpretativa più rigida, che non permetteva la strutturazione di proposte concordatarie con IVA pagata in parte. A ben vedere il timore che giudò il Legislatore, vale a dire la preoccupazione di incorrere in sanzioni dovute ad una rinuncia generale ed indiscriminata dell'accertamento dell'IVA di emanazione europea, si sopì solo a seguito di una pronuncia della Corte di Giustizia Europea stessa: la falciatura dell'IVA infatti ritornerà possibile solo mediante il provvedimento della Corte di Giustizia Europea (C-546/14 Degano Trasporti S.a.s. di Ferruccio Degano & C. in liquidazione - domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Udine) di data 7 aprile 2016, vale a dire dal giorno 1° gennaio 2017 con il riformato art. 182 *ter* L.F. contenuto nella Legge di Stabilità 2017.

Nel 2008 parte della dottrina sin da subito, rispetto alla originaria e precedente formulazione dell'art. 182 *ter* L.F., aveva escluso l'IVA dalla classe dei “*tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea*” permettendone di fatto il pagamento par-

²¹ Si affermava infatti che “*Con i commi 5 e 6 si prevede che in caso di piano di concordato preventivo di cui all'art. 160 del R.D. 267/42, il debitore non può proporre il pagamento parziale del tributo relativo all'IVA, mentre si mantiene la possibilità di dilazione di pagamento. La Direttiva Comunitaria vieta allo Stato membro di disporre una rinuncia generale, indiscriminata e preventiva al diritto di procedere ad accertamento e verifica. Pertanto, ai fini IVA la presente proposta non comporta effetti. Le disposizioni in tema di definizione delle posizioni debitorie vengono estese anche ai debiti previdenziali. A tal fine si provvederà con decreto del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da emanare entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.*”

²² Decreto Tribunale di Bologna, 26 ottobre 2006, in *Fall.*, 2007, 579; Decreto Tribunale di Milano, 13 dicembre 2007, in *Fall.*, 2008, 333; Decreto Tribunale di Milano, 16 aprile 2008, in *ilcaso.it*.

ziale, e quindi la falcidiabilità in ipotesi di concordato preventivo senza ricorso alla transazione fiscale. La formulazione del 2008 prevedeva che, in ipotesi di ricorso alla transazione fiscale, sia che il debitore redigesse un proposta di concordato preventivo o un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 *bis* L.F., il versamento dell'IVA non potesse essere inferiore al 100% del dovuto e potesse quindi essere esclusivamente dilazionato nel tempo. L'intervento del 2008 sembrava, quanto meno nella primissima fase, aver risolto definitivamente la controversia relativa alla transigibilità dell'IVA; come descritto, nella fase antecedente infatti sia la dottrina che la giurisprudenza avevano dimostrato una apertura sul tema anche se non erano mancati interventi di dottrina di segno opposto e l'Agenzia delle Entrate dal canto suo aveva esortato gli uffici a escludere l'IVA dalle transazioni fiscali²³. L'impianto normativo così delineato lasciava spazio tuttavia a due questioni interpretative sostanziali: a) il ricorso alla transazione fiscale era obbligatorio in ipotesi in cui il debitore fosse interessato a organizzare un concordato preventivo o un accordo di ristrutturazione dei debiti con falcidia oppure rappresentava una mera facoltà? b) nell'ipotesi in cui il debitore organizzasse una procedura di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione dei debiti senza ricorrere alla transazione fiscale si poteva ipotizzare nel relativo piano un pagamento parziale del debito per IVA? Esisteva inoltre un problema di coordinamento con quanto prescritto dal secondo comma dell'art. 160 L.F.²⁴ in tema di possibile falcidia generica del creditore munito di una causa legittima di prelazione? La questione dalla obbligatorietà della transazione fiscale in ipotesi di falcidia

²³ Mediante la circolare n. 40/E del 2008.

²⁴ Su tale punto si segnala SIDO BONFATTI – PAOLO FELICE CENSONI, *Lineamenti di Diritto Fallimentare*, Cedam, 2013, pag. 251, segnatamente: “secondo l'opinione di gran lunga prevalente (e condivisa soprattutto in giurisprudenza) l'istituto di cui all'art. 182-ter l. fall. non avrebbe alcuna autonomia propria – come dimostrerebbero sia l'inserimento di detta norma nell'ambito della disciplina del concordato preventivo, sia l'esplicito riferimento al piano concordatario con cui essa principia – assumendo i caratteri di un sub-procedimento meramente eventuale, utilizzabile dal debitore che intenda perseguire il duplice obiettivo del consolidamento del debito fiscale e della cessazione della materia del contendere nelle liti aventi ad oggetto i tributi o i contributi di cui al primo comma, ma senza obbligarlo necessariamente, ove il piano preveda una falcidia o la dilazione di quegli stessi crediti; e senza attribuire al voto contrario dell'Amministrazione Finanziaria o degli Istituti Previdenziali il valore di un potere di veto, tale da vanificare il voto favorevole della maggioranza formatasi a norma dell'art. 177 l. fall.”.

del debito tributario concorsuale non rappresentava una questione di poco conto e continuava ad attenere al difficile combinato dell'art. 160 L.F. e dell'art. 182 *ter* L.F..

Nella sostanza ci si continuava a chiedere se l'art. 182 *ter* L.F. rappresentasse un sub-procedimento da azionare quando la falcidia del privilegio riguardasse (anche) i debiti tributari oppure se non fosse necessario; parte della giurisprudenza e della dottrina avevano optato per la non obbligatorietà della transazione e quindi, in ipotesi di concordato preventivo con falcidia privo di transazione, il debitore si sarebbe trovato con il (solo) limite di non poter usufruire del consolidamento del debito tributario e dell'estinzione delle controversie pendenti. Inoltre la tesi dell'obbligatorietà dell'istituto generava un'ingente crescita delle risorse da destinare ai creditori privilegiati nella proposta di concordato poiché andava ad obbligare il debitore a pagare al 100% tutti i creditori privilegiati anteriori al debito per IVA, che si trova al diciannovesimo grado di privilegio secondo l'art. 2778 C.C..

Purtroppo l'Agenzia delle Entrate nella Circolare n. 40/E del 2008 aveva optato per l'obbligatorietà della transazione in ipotesi di falcidia dell'IVA. Questi, al tempo, i dubbi di natura interpretativa. Interveniva la Corte di Cassazione con le sentenze n. 22931 e 22932 di data 4 novembre 2011 (cosiddette “*sentenze gemelle*”), provvedimenti destinati ad incardinare dogmaticamente l'infalciabilità di IVA e ritenute; le suddette pronunce organizzano le proposte di concordato sulla base di due linee di condotta, vale a dire (i) la transazione fiscale nel concordato preventivo veniva ritenuta facoltativa e (ii) l'infalciabilità dell'IVA e delle ritenute operate e non versate contenuta nel primo comma dell'art. 182 *ter* L.F. era considerata inderogabile, di portata generale ed estendibile anche alle proposte concordatarie prive di transazione fiscale.

3. L'art. 182 *ter* L.F. ed il combinato disposto con l'art. 160 L.F. finanche in ipotesi di erogazione di finanza esterna.

La formulazione dell'art. 182 *ter* L.F. assunta mediante il Decreto Legge 29 novembre 2008 n. 185 generava numerosi grat-

tacapi agli operatori in ragione del combinato disposto con il secondo comma dell'art. 160 L.F. in tema di rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione; il secondo comma dell'articolo 160 L.F. infatti, inserito dall'art. 12 del D. Lgs. 12 settembre 2007 n. 169, andava ad introdurre la facoltà di degradare a rango chirografario un creditore dotato di privilegio, pegno o ipoteca, nel caso in cui i beni o diritti sui quali sussisteva la causa di prelazione avessero un valore inferiore al suddetto credito²⁵ (Erario compreso quindi, in quanto creditore dotato di privilegio generale).

Pertanto l'ipotesi di infalciabilità del debito per IVA (collocato al diciannovesimo grado nella graduatoria dei privilegi di cui all'art. 2778 C.C.) e successivamente anche delle ritenute, andava a generare l'obbligo implicito di pagare al 100% anche i gradi di privilegio anteriori all'IVA (dal primo al diciottesimo quindi), minando la fattibilità di numerose proposte di concordato per mancanza di sostanza patrimoniale, stante appunto il vincolo del rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione. La situazione che si generava era la seguente: se il debitore non poteva redigere una proposta caratterizzata da falcidia dell'IVA ed al contempo doveva considerare il vincolo del rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione, necessariamente si trovava a dover pagare per intero sia l'IVA (banalmente) che tutti i creditori dotati di privilegio anteriore all'IVA (meno banalmente). Risulta evidente che, considerati i risvolti economico-finanziari, tale interpretazione costituiva una sorta di ghigliottina per numerose proposte di concordato preventivo incidendo direttamente sulla fattibilità del piano. Una delle possibili soluzioni dirimenti la questione considerava l'art. 182 *ter* L.F. alla stregua di un principio con portata derogatoria rispetto alla regola complessiva di cui al secondo comma dell'art. 160 L.F.; questo in considerazione dell'origine comunitaria dell'IVA che pertanto poteva usufruire di un trattamento speciale rispetto agli altri tributi amministrati dalle agenzie fiscali (quindi l'obbligo di pagamento dell'IVA al 100% non avrebbe determinato il dovere di pagare al 100% i creditori dotati di un grado di privilegio anteriore).

²⁵ Vale a dire che il debitore può proporre ai creditori privilegiati un pagamento parziale purché la percentuale offerta non sia inferiore a quella realizzabile su quanto ricavabile dalla vendita dei beni o diritti sui quali insiste il privilegio.

Si tenga in considerazione che non si trattava di una interpretazione di limitato impatto poiché nel corso degli anni, come specificato *infra*, numerose furono le proposte di concordato respinte (*rectius*: non ammesse) a seconda dell'interpretazione data alla norma talvolta dai professionisti del debitore talvolta dai Tribunali. Alla vigilia della riforma del 2008 alcuni operatori inoltre avevano posto in dubbio la possibilità di operare la falcidia del privilegio generale, vale a dire quello che si riverbera sull'intero attivo del debitore. Anche se la norma pareva in una primissima fase escluderlo, nella parte in cui fa riferimento al ricavato rinvenibile dal realizzo (concetto tuttavia estendibile all'intero complesso dei beni aziendali), la relazione governativa al decreto esplicitava che *“in accoglimento dell'osservazione della Camera, si precisa, analogamente a quanto già previsto nel concordato fallimentare, che 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 privilegio generale, sempre nella misura in cui tale credito non risulti capiente”*; affermato questo, risultava evidente che i concordati preventivi caratterizzati da tale struttura (degrado a chirografo di una quota del privilegio generale) richiedessero implicitamente la disponibilità di una seconda linea di attivo (cosiddetta finanza esterna) per consentire quindi un minimo di ristoro ai creditori chirografari. Si segnala a tal proposito che eventuali somme di denaro versate a titolo di finanza esterna, la cui erogazione veniva tipicamente condizionata alla omologazione della proposta di concordato, risultava particolarmente rilevante quando destinata al pagamento dei debiti tributari concorsuali (stante la libertà di destinare tali somme a specifici creditori, non operando il rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione).

Inoltre la possibilità di degradare il creditore privilegiato a chirografo determinava la necessità di individuare la corretta collocazione in apposita classe dedicata della parte degradata (porzione falcidiata del debito privilegiato). In tale contesto, l'intervento normativo del 2016 sembra aver attenuato le incertezze derivanti dal combinato disposto tra l'art. 182 *ter* L.F. ed il secondo comma dell'art. 160 L.F..

4. Soluzioni giurisprudenziali della Corte di Cassazione e Corte Costituzionale.

La Corte di Cassazione interveniva sulla *vexata quaestio* della falcidiabilità dell'IVA e ritenute mediante i provvedimenti n. 7667/12, n. 9541/14, n. 14447/14 e n. 2560/16. Con la sentenza n. 7667 del 16 maggio 2012 si esprimeva in relazione ad un ricorso promosso dall'Agenzia delle Entrate avverso il decreto della Corte d'Appello di Brescia, con il quale veniva respinto il reclamo contro il decreto emesso dal Tribunale di Mantova che aveva omologato la relativa proposta di concordato preventivo; secondo tale pronuncia l'IVA doveva essere annoverata tra le risorse proprie dell'Unione Europea e pagata al 100%, ribadendo le prescrizioni delle note sentenze gemelle del 2011. I provvedimenti n. 9541 del 30 aprile 2014 e n. 14447 del 25 giugno 2014²⁶ ribadivano e rafforzavano tale statuizione.

Infine con l'ordinanza del 9 febbraio 2016 n. 2560/16 la Corte di Cassazione prendeva in esame l'ammissibilità di una proposta di concordato preventivo che prevedeva la degradazione a chirografo di creditori dotati di privilegio generale (dipendenti e professionisti) e, contemporaneamente, il pagamento al 100% dei crediti per IVA e ritenute operate e non versate. La proposta infatti, così strutturata, andava a tener conto del rango anteriore di privilegio dei creditori degradati nel rispetto della previsione normativa di cui al comma 2 dell'art. 160 L.F.; infatti la ricorrente aveva collocato i debiti per IVA e ritenute in apposita classe e aveva ritenuto che la necessità di integrale pagamento di detti creditori non comportasse l'integrale soddisfacimento di creditori privilegiati di grado anteriore. Tale ipotesi tuttavia veniva respinta dal Tribunale competente che dichiarava inammissibile la proposta concordataria. La Corte quindi, mediante tale pronuncia, sanciva che, tenuto conto dell'art. 182 *ter* L.F. in tema di infalcidiabilità di IVA e ritenute, risultava necessario ed

²⁶ Il provvedimento afferma che: “*le doglianze espresse dalla ricorrente non meritano accoglimento, non ravvisando il collegio nell'illustrazione del ricorso ragioni per discostarsi dall'orientamento, espresso da questa corte con le citate sentenze nn. 22931/11 e 22932/11 e successivamente confermato dalla sentenza n. 7667 del 16.05.2012, secondo il quale la L. Fall., art. 182 *ter* deve interpretarsi nel senso che la proposta di concordato preventivo, con o senza transazione fiscale, può prevedere, quanto al credito per i.v.a., solo la dilazione di pagamento essendone in ogni caso intangibile l'importo in quella sede concorsuale.*”.

imperativo il pagamento al 100% di dette poste, mentre era possibile il mancato pagamento integrale dei creditori privilegiati di grado anteriore. Le conclusioni della Corte risultavano coerenti con quelle di Agenzia delle Entrate, contenute nel paragrafo 2 della Circolare del 6 maggio 2015, n. 19/E, secondo la quale la previsione legislativa della sola modalità dilatoria in riferimento al trattamento del credito IVA costituiva condizione di ammissibilità della proposta di concordato preventivo, a prescindere dalla presentazione della proposta di transazione fiscale ai sensi dell'art. 182 *ter* L.F.. Il provvedimento della Corte di Cassazione Penale n. 44283 del 31 ottobre 2013 ribadiva il principio secondo cui l'IVA risultava essere un debito infalciabile²⁷. Interveniva infine il provvedimento della Corte Costituzionale n. 225 del 15 luglio 2014 confermando (i) l'intangibilità dell'IVA nel concordato preventivo e (ii) che la dilazione rappresentava il limite massimo della procedura transattiva ottenibile mediante transazione fiscale.

5. (segue) Il provvedimento della Corte di Giustizia Europea del 7 aprile 2016.

Era pertanto in tale contesto giurisprudenziale che si andava innestando il provvedimento della Corte di Giustizia Europea del 7 aprile 2016 che, intervenendo sulla gestione dei debiti concorsuali per IVA, ne permetteva, nell'ambito di una procedura di concordato preventivo, il pagamento non integrale. La società

²⁷ Secondo la quale “*costituisce diritto vivente il principio (...) secondo cui “In tema di omologazione del concordato preventivo con transazione fiscale, secondo l’istituto di cui all’art. 182 ter legge falliment., anche per le procedure cui non sia applicabile “ratione temporis” l’art. 32 del d.l. 29 novembre 2008, n. 185 (convertito nella legge 28 gennaio 2009, n. 2), che ha modificato il primo comma dell’art. 182 ter legge falliment., prevedendo espressamente che la proposta, quanto all’IVA, può configurare solo la dilazione del pagamento, sussiste l’intangibilità del predetto debito d’imposta, in quanto le entrate derivanti dall’applicazione di un’aliquota uniforme, valida per tutti gli Stati membri, agli imponibili relativi a detto tributo, costituiscono, infatti, risorse proprie iscritte nel bilancio dell’Unione europea, con la conseguenza che il relativo credito, il quale attiene comunque a tributi costituenti risorse proprie dell’Unione europea, non può essere oggetto di accordo per un pagamento parziale neppure ai sensi dell’art. 182 ter nella versione introdotta dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5”.*

Degano Trasporti S.a.s. di Ferruccio Degano & C. in liquidazione aveva infatti presentato in data 22 maggio 2014 una proposta di concordato preventivo presso il Tribunale di Udine attraverso la quale prevedeva di liquidare l'intero patrimonio sociale e pagare parzialmente i propri creditori, compreso l'Erario per debiti IVA, senza vincolare tale proposta alla sottoscrizione di una transazione fiscale.

Il Tribunale di Udine aveva deciso di sospendere il procedimento di concordato e di sottoporre il quesito alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea; nella suddetta causa la Corte andava a sancire la legittimità di una proposta di concordato che prevedeva il pagamento parziale del debito per IVA a condizione, già prevista della norma fallimentare, che un esperto indipendente attestasse il trattamento peggiore del credito nell'alternativa fallimentare. Sino alla data del provvedimento sia l'autorità giudiziaria italiana che l'Erario non avevano ritenuto legittimo un concordato preventivo con IVA pagata in misura inferiore al 100% riconoscendo nelle previsioni di cui all'art. 182 *ter* L.F. un carattere sostanziale e di generale applicazione ed attribuendo al credito in questione un trattamento peculiare ed inderogabile. Il credito per IVA e ritenute operate e non versate assumeva quindi la natura di sostanziale prededucibilità mal conciliandosi, peraltro, con l'art. 111 L.F. che andava confinando tali crediti tra quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali, e non certamente quelli anteriori alla presentazione della domanda. Inoltre Agenzia delle Entrate, nel paragrafo 2 della Circolare del 6 maggio 2015 n. 19/E, specificava che la previsione legislativa della sola modalità dilatoria in riferimento al trattamento del credito IVA costituiva condizione di ammissibilità della proposta di concordato preventivo, a prescindere dalla presentazione o meno della domanda di transazione fiscale ai sensi dell'art. 182 *ter* L.F.. La proposta di concordato presa in esame dalla Corte di Giustizia Europea veniva presentata in assenza di transazione fiscale ex art. 182 *ter* L.F. e completa della relazione giurata del professionista di cui all'art. 160 comma 2 L.F. (che certificava il trattamento peggiore del credito erariale in ipotesi di fallimento e la necessaria degradazione dei creditori privilegiati, compresi i crediti erariali per IVA).

Il debitore ipotizzava di liquidare l'intero attivo sociale al fine di pagare i propri creditori e, considerata l'insufficienza del pa-

trimonio, il creditore privilegiato veniva nella proposta degradato a chirografo; il piano di concordato appariva tale da consentire di accertare che, tenuto conto dell'insolvenza del debitore, l'Erario non potesse recuperare il credito IVA in misura maggiore. La decritta procedura, secondo quanto sancito dalla sentenza in esame risultava legittima non costituendo *“una rinuncia generale ed indiscriminata alla riscossione dell'IVA, non è contraria all'obbligo degli stati membri di garantire il prelievo integrale dell'IVA nel loro territorio nonché la riscossione effettiva delle risorse proprie dell'Unione”*, tenuto inoltre conto della possibilità di esprimere un voto non favorevole concessa al creditore e di opporsi all'omologazione, se dissenziente. Di fatto la Corte di Giustizia rendeva compatibile la normativa italiana con le norme europee affermando che poteva essere presentata una proposta di concordato preventivo di tipo liquidatorio caratterizzata da falcidia del debito per IVA (a condizione tuttavia che un esperto indipendente attestasse la non ricorrenza di un trattamento migliore nel caso alternativo di fallimento)²⁸. Tale pronuncia doveva essere inoltre considerata nel contesto delle entrate tributarie per IVA del paese e della capacità effettiva di procedere alla riscossione del tributo²⁹.

²⁸ La decisione risultava allineata alle precedenti conclusioni dell'Avvocato Generale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea Eleanor Sharpston del 14 gennaio 2016 che ricordava che *“una procedura come quella di cui trattasi nel procedimento principale è coerente con l'obbligo degli Stati membri di garantire l'effettiva riscossione delle risorse dell'Unione, in quanto comporta almeno tre salvaguardie relative alla tutela dei crediti IVA”* e che *“per il suo carattere puntuale e limitato, dovuto ai rigorosi presupposti della sua applicazione, la procedura di concordato manifestamente non crea significative differenze nel modo in cui sono trattati i soggetti passivi e, pertanto, non pregiudica il principio di neutralità fiscale. Diversamente dalle disposizioni nazionali in discussione nelle due cause Commissione/Italia, la procedura di concordato non comporta una rinuncia generale e indiscriminata al potere dell'amministrazione finanziaria di ottenere il pagamento dei crediti IVA. Il sacrificio di parte del credito IVA che essa può comportare deve essere considerato alla luce dell'obiettivo di concedere ai soggetti passivi in difficoltà finanziaria una seconda opportunità attraverso la ristrutturazione collettiva del loro debito”*.

²⁹ Secondo il Rapporto della Commissione UE denominato *“Study and Reports on the VAT Gap in the EU-28 Member States: 2016 Final Report”* del 23 agosto 2016 il *“VAT GAP”* (differenza tra entrate IVA previste ed effettivamente riscosse) italiano dell'anno 2014 ammonta a 36,9 miliardi di euro (su un totale comunitario di 159,5 miliardi di euro), dato in diminuzione (comunque rilevante) rispetto all'anno precedente (2013) di circa un punto percentuale (da 29,27% a 27,55%).

6. (segue) I recenti provvedimenti della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 26988/16 e n. 760/17 ed il provvedimento del Tribunale di Milano del 29 dicembre 2016.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione in funzione nomofilattica sono intervenute a fine 2016 e inizio 2017³⁰ in relazione alla falcidia del credito IVA in ipotesi di concordato preventivo privo di transazione fiscale ex art. 182 *ter* L.F. con i provvedimenti n. 26988/16 e n. 760/17. Il principio che le Sezioni Unite statuiscano nel 2016 confina l'infalcidiabilità del credito alla sola ipotesi di proposta di concordato preventivo con transazione fiscale³¹. Vale a dire che solo in ipotesi di redazione della transazione fiscale, il principio di infalcidiabilità dell'IVA rileverebbe, permettendo quindi la falcidia tributaria in presenza di concordato preventivo privo di transazione fiscale. In data 13 gennaio 2017 viene depositata la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 760/17, il cui contenuto risulta coincidente con quello relativo al provvedimento n. 26988/16. La Corte d'Appello di Genova infatti, in riforma alla decisione di primo grado, aveva rigettato la domanda di omologazione del concordato preventivo proposto in data 7 novembre 2012 ritenendo che una proposta di concordato senza transazione fiscale non potesse prevedere la falcidia del credito IVA. Il provvedimento del Tribunale di Milano del 29 dicembre 2016 infine analizza una proposta di concordato preventivo che prevede la fal-

³⁰ MARCO GREGGIO, *La falcidiabilità dell'Iva nei concordati preventivi (una questione risolta?)*, in *Fallimenti e Società*, 2016; GIUSEPPE LIMITONE, *La falcidia del credito Iva dopo le sezioni unite e il nuovo art. 182-ter L.F.*, in *ilcaso.it*, 12 gennaio 2017; MASSIMO FABIANI, *Dai principi generali alla falcidiabilità di tutti i crediti tributari*, in *ilcaso.it*.

³¹ Ricordando che “è del tutto prevalente l'interpretazione che riconosce la facoltatività del ricorso alla transazione fiscale, sulla base del decisivo argomento testuale desumibile dall'incipit dello stesso art. 182 *ter* legge fall., che prevede appunto la mera facoltà del debitore di promuovere contestualmente sia la procedura di concordato preventivo sia il sub procedimento per la conclusione della transazione fiscale” e che “il concordato con transazione fiscale è dunque una speciale figura di concordato preventivo: sia perché viene ovviamente in rilievo solo quando vi siano debiti tributari; sia perché, anche in presenza di debiti tributari, è possibile un concordato preventivo senza transazione fiscale” afferma: “se tra le due fattispecie di concordato preventivo v'è, come è evidente, un rapporto di specialità, non è possibile estendere alla fattibilità generale, del concordato senza transazione fiscale, la disciplina della fattispecie speciale, del concordato con transazione fiscale”.

cidia di debiti tributari per ritenute operate e non versate; il debitore aveva depositato domanda di ammissione preliminare alla procedura di concordato preventivo con delibera assunta in data 24 maggio 2016 e depositato il piano definitivo in data 4 ottobre 2016 caratterizzato da una doppia proposta alternativa incardinando due ipotesi: *a)* proposta caratterizzata dalla falcidia delle ritenute operate e non versate pagate al 2% mediante versamento di finanza esterna; *b)* proposta alternativa che rispetta il vincolo della non falcidiabilità, prospettando tuttavia l'intenzione di avvalersi della rottamazione fiscale prevista nella Legge di Stabilità 2017. Da segnalare che l'impulso al deposito del predetto piano (datato 24 maggio 2016) risulta seguente al provvedimento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 7 aprile 2016 (causa C-546/14 - Degano Trasporti S.a.s. di Ferruccio Degano & C. in liquidazione³²) e allineato alle prescrizioni del suddetto provvedimento.

7. L'attuale formulazione dell'art. 182 *ter* L.F..

La *vexata quaestio* della falcidiabilità dell'IVA e delle ritenute sembrava finalmente superata alla luce dei provvedimenti della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 7 aprile 2016 e delle Sezioni Unite di dicembre 2016; la falcidiabilità di IVA e ritenute diveniva definitivamente possibile e lo era finanche in assenza di transazione fiscale. Tuttavia la Legge di Stabilità 2017 interviene novellando l'art. 182 *ter* L.F., introducendo nuovi rilevanti elementi ed espungendo i riferimenti al consolidamento del debito tributario ed alla cessazione della materia del contendere; inoltre la rubrica del suddetto articolo viene rinnovata mediante la denominazione "*Trattamento dei crediti tributari e contributivi*" in luogo della precedente.

Giova tuttavia evidenziare immediatamente che la falcidia di IVA e ritenute è ritenuta possibile e pertanto le proposte di concordato preventivo possono prevedere un pagamento parziale del debito tributario concorsuale afferente tali voci; inoltre anche

³² Il provvedimento del Tribunale di Milano evidenzia che "*il panorama è stato profondamente mutato dalla Sentenza della Corte di Giustizia U.E. del 7 aprile 2016.*".

nell'ambito di un accordo di ristrutturazione dei debiti è possibile proporre all'Erario un pagamento inferiore al 100% del dovuto.

Tale falcidia parrebbe tuttavia possibile esclusivamente mediante la previsione di una proposta di trattamento dei crediti tributari e contributivi di cui all'art. 182 *ter* L.F. (in assenza di tale proposta la falcidia non risulterebbe possibile) in cui (i) sia riscontrata l'incapienza, attestata da un professionista, dei beni o dei diritti su cui insiste il privilegio e (ii) la quota di credito degradata a chirografo sia obbligatoriamente inserita in apposita classe (considerata, quest'ultima, con espressione di voto favorevole nell'ipotesi in cui la proposta venga accettata dall'Erario); da segnalare come tale nuova previsione, comportando l'esistenza di almeno due classi di creditori chirografari, determini la necessità di ottenimento del consenso in entrambe le classi³³.

Sotto il profilo soggettivo l'ambito applicativo della norma non ha subito alcuna modifica mediante la Legge di Stabilità 2017; l'accesso alla transazione fiscale pertanto rimane riservata ai soggetti che possono accedere alla procedura di concordato preventivo, che a loro volta devono soddisfare la qualifica di imprenditore non piccolo e lo stato di crisi aziendale. Ugualmente sotto il profilo oggettivo nulla risulta variato, vale a dire che la transazione può riguardare esclusivamente i *“tributi amministrati dalle agenzie fiscali e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dai contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e dei relativi accessori”*.

Il debitore potrà proporre altresì il pagamento parziale dei debiti tributari nell'ambito delle trattative che precedono la sottoscrizione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 *bis* L.F. esattamente come in ipotesi di ricorso alla procedura di concordato preventivo. Al fine di avviare la procedura verrà depositata presso gli uffici competenti una proposta di trattamento dei crediti tributari ex art. 182 *ter* L.F.³⁴. L'assenso espresso da-

³³ Secondo il primo comma dell'art. 177 L.F..

³⁴ In tema di predisposizione della documentazione si evidenzia che il debitore assicura la convenienza del trattamento fiscale rispetto alle alternative concretamente praticabili, procede con il deposito (i) della documentazione di cui all'art. 161 L.F., (ii) di una dichiarazione dalla quale si desume che la documentazione rappresenta fedelmente ed integralmente la situazione dell'impresa in crisi (tale

gli Uffici mediante l'adesione alla proposta equivale alla sottoscrizione dell'accordo di ristrutturazione e pertanto viene computato nel calcolo della maggioranza richiesta dei creditori ex art. 182 *bis* primo comma L.F., pari al 60%. Il quinto comma dell'art. 182 *ter* L.F. tuttavia specifica che: “*In tali casi l'attestazione di cui al citato articolo 182-bis, primo comma, relativamente ai crediti fiscali deve inerire anche alla convenienza del trattamento proposto rispetto alle alternative concretamente praticabili; tale punto costituisce oggetto di specifica valutazione da parte del tribunale.*”.

A parere di chi scrive tale formulazione risulta particolarmente imperscrutabile; in particolare parrebbe che il Tribunale, nell'ambito dell'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 *bis* L.F., trascendendo la propria funzione di verifica notarile ed omologazione dei vari accordi sottoscritti dal debitore con i propri creditori, debba avviare una specifica valutazione in relazione alla proposta di trattamento dei debiti tributari e contributivi depositata. Stante l'assoluta novità del dettato in esame, ci si interroga sul significato e sul contenuto relativo alla “*specifica valutazione da parte del tribunale*”; potrebbe tale valutazione avvicinarsi alla previsione del Tribunale circa la fattibilità della proposta di concordato preventivo ex art. 160 e seguenti L.F., risolta dalla nota sentenza n. 1521/2013 delle Sezioni Unite di Cassazione in cui vengono delineati i concetti di fattibilità economica e fattibilità giuridica? Sembra pertanto evidente che la valutazione del Tribunale di cui al quinto comma del riformato art. 182 *ter* L.F. possa risolversi in una questione di “*valutazione giuridica*” contrapposta, quest'ultima, alla “*valutazione economica*”, che spetterebbe esclusivamente ai creditori del debitore, vale a dire all'Erario nel caso. Altro punto di riflessione è rappresentato dalla relazione redatta dal professionista, di cui al primo comma dell'art. 182 *ter* L.F., necessaria anche nella (sola) ipotesi in cui venga richiesta esclusivamente la dilazione di pagamento: ci si chiede pertanto quale possa essere il senso di redigere una relazione in cui risulti che la soddi-

adempimento si coordina con quanto disposto dal Decreto Legislativo n. 74/2000 sul fronte della responsabilità penale) ed infine (*iii*) di una relazione redatta da un professionista dalla quale risulti che la soddisfazione del credito erariale privilegiato non risulta inferiore al valore di mercato dei beni o diritti gravati da privilegio.

sfazione del credito erariale privilegiato non sia (*rectius*: sarebbe) inferiore al valore di mercato dei beni o diritti gravati da privilegio quando venga richiesta esclusivamente la dilazione di pagamento (si consideri ad esempio l'ipotesi di continuità aziendale).

Sul fronte procedurale, la proposta di trattamento, nell'ipotesi di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione dei debiti, risulta sostanzialmente identica, salvo una maggiore flessibilità nell'ipotesi di accordo di ristrutturazione (attraverso il quale può non essere rispettato il principio della *par condicio creditorum* e l'ordine delle cause legittime di prelazione). Inoltre emergerebbe la natura maggiormente negoziale dello strumento in ipotesi di accordo di ristrutturazione e la peculiarità che l'assenso espresso dal direttore dell'Ufficio o dal concessionario “*equivale a sottoscrizione dell'accordo di ristrutturazione*”. Sul fronte del carattere negoziale dello strumento in ipotesi di accordo di ristrutturazione dei debiti si vuole evidenziare il fatto che sia l'ufficio periferico sia la Direzione Regionale dell'Agenzia delle Entrate possano agire sulla proposta richiedendo modifiche ed integrazioni; il debitore, a sua volta, potrebbe presentare una successiva bozza di transazione che recepisca quanto eventualmente suggerito dall'Amministrazione Finanziaria.

8. Debiti tributari concorsuali, procedure di allerta e modelli predittivi della crisi d'impresa.

L'emersione anticipata della crisi aziendale potrà essere oggetto in un futuro prossimo di specifiche procedure di allerta stimulate *inter alia* da Agenzia delle Entrate; l'allerta risulterebbe finalizzata a favorire l'emersione anticipata della crisi e, se correttamente avviata, potrebbe ridurre notevolmente l'accumulo del debito fiscale in capo al debitore. Conseguentemente, la riduzione del debito fiscale generata dalla precoce emersione della crisi aziendale potrebbe condurre ad una minore necessità di falcidia del debito fiscale, con un vantaggio per la collettività.

La prospettiva di riforma, esplicitata l'esigenza di introdurre l'allerta e la composizione assistita della crisi di natura non giudiziale e confidenziale, incentiverebbe l'emersione anticipata della crisi e lo svolgimento di trattative tra debitore e creditori.

Stanti le attuali evidenze, gli obblighi di segnalazione dell'allerta emergerebbero a seguito di rilevanti indizi di difficoltà finanziaria (perdurare di inadempimenti di importo rilevante) dell'impresa e si intenderebbero volti all'ingresso anticipato in procedura dell'imprenditore in crisi. Tale scelta risulta aderente agli impulsi europei atti a consentire alle imprese sane in difficoltà finanziaria di ristrutturarsi in una fase precoce, per evitare l'insolvenza e proseguire l'attività³⁵ massimizzando il valore totale per creditori (Erario compreso), dipendenti, proprietari e per l'economia in generale; invero l'allerta genererebbe la conservazione del valore in ottica squisitamente aziendalistica³⁶.

Ci si interroga quindi in merito a quali possano essere i migliori modelli di previsione della crisi aziendale e se il perdurare di inadempimenti finanziari possa essere considerato un utile indicatore della celere emersione della crisi d'impresa. Si procede quindi in tal senso con l'analisi di alcuni modelli di natura aziendalistica elaborati al fine di prevedere le insolvenze aziendali, modelli evidentemente non considerati nell'ambito della suesposta attività riformatrice.

I modelli di previsione basati su dati statistici, presenti in letteratura sin dagli anni Trenta³⁷, prendono avvio in termini di maggiore sofisticazione a partire dal lavoro condotto da Altman nel 1968 con il modello *Z-Score*; si tratta del modello maggiormente conosciuto che fonda le proprie basi sulla misurazione di indicatori afferenti la liquidità, redditività, indebitamento e solvenza delle imprese. Si tratta di un modello empirico che introduce per la prima volta l'uso dell'analisi multivariata. Lo scopo

³⁵ Raccomandazione n. 2014/135/UE.

³⁶ In tal senso MARCO GREGGIO, in tema di offerte concorrenti in ambito concorsuale, pone bene enfasi sulla necessaria celerità in tema di crisi d'impresa (e possibile sua "risoluzione"): *"il rischio che il passaggio del tempo di fatto depauperi la consistenza dell'azienda o dei singoli rami (per le dimissioni dei dipendenti ed in particolar modo dei c.d. key men, per la perdita di clienti insoddisfatti e, quindi, di avviamento, per la risoluzione di contratti di fornitura strategici etc.) porta a suggerire che i tempi per espletare e concludere la procedura competitiva che i tribunali andranno a disporre per l'affitto delle aziende debbano necessariamente essere rapidi"* in *"Le offerte concorrenti del nuovo art. 163-bis l. fall.: l'eteronomia prevale sull'autonomia?"*, in *Il Fallimentarista* 21 gennaio 2016.

³⁷ Smith nel 1930 analizza 29 aziende fallite nei primi anni Venti e Fitz Patrick nel 1931 e 1932 utilizza 13 indici per analizzare i fallimenti di venti aziende avvenuti tra il 1920 e il 1929. Seguono Ramser e Foster nel 1931, Smith e Winakor (1935), Wall (1936), Merwin (1942), Tamari (1966), Beaver (1966) con il primo esempio di analisi discriminativa univariata.

dello studio di Altman è la verifica della possibilità di collegare l'analisi di bilancio per indici con tecniche statistiche rigorose; la base dati dello studio è costituita da un campione di 66 aziende suddivise in due distinti gruppi da 33 ciascuno (sane e fallite). Con lo stesso metodo introdotto precedentemente da Beaver, ad ogni azienda sana viene fatta corrispondere un'azienda fallita. Dei ventidue indici iniziali, rappresentanti le variabili indipendenti con potenziali capacità di previsione, solo cinque ne vengono "ammessi" tenuto conto della (i) correlazione fra le variabili, (ii) dell'osservazione dell'accuratezza predittiva fondata su test di classificazione ed infine (iii) in base al giudizio dell'analista. Altman inoltre costituisce una funzione discriminante attribuendo dei coefficienti (peso ponderale) ai cinque indicatori. La successiva applicazione della formula al campione di 66 aziende ha permesso di definire un punto di *cut off* pari a 2,675; le aziende classificate al di sopra del *cut off* sono classificate dal modello come potenzialmente sane mentre quelle con punteggio inferiore vengono qualificate come presumibile caso di insolvenza. Il modello classifica in modo corretto il 95% delle osservazioni utilizzando il bilancio dell'anno precedente all'insolvenza e 83% con riferimento al bilancio di due anni prima. E' evidente pertanto che le risultanze del modello parrebbero poter rappresentare un buon innesco dell'allerta e una misura utile se volta alla riduzione dell'accumulo del debito tributario. Lo strumento genera risultati statisticamente apprezzabili nei due esercizi esaminati (antecedenti l'insolvenza). Lo stesso Altman successivamente, al fine di incrementare il potere diagnostico del modello, individua un'area (denominata *grey area*) nella quale classificare le combinazioni incerte (ricompresa tra 1,81 e 2,99) definendo quindi tre aree di appartenenza (zona di insolvenza certa, zona di incertezza, zona di rischio nullo), peraltro sollevando alcune critiche³⁸. Lo strumento, evidentemente, si basa su

³⁸ Le principali riguardano (i) i dati contabili, riferiti a gestioni contabili passate, quindi scarsamente significativi con riferimento all'andamento prospettico, (ii) l'utilizzo degli indici non avviene attraverso confronti intertemporali e intersettoriali e quindi non esprimono il carattere dinamico del fenomeno involutivo, (iii) i risultati ottenuti non vengono comparati con parametri di raffronto oggettivi. E' lo stesso Altman a porre freno alle critiche affermando, nel 1970, che il modello non ha natura probabilistica, quindi predittiva, bensì descrittivo-comparativa poiché la finalità del modello è l'individuazione di un andamento che accumuni i trend degli indici contabili negli anni antecedenti all'insolvenza, rispettivamente per le aziende sane e per quelle in crisi.

dati di bilancio veritieri e corretti³⁹. Segue nel 1993 lo Z'-Score che, adeguando i propri parametri per le aziende non quotate, riparametrizza la *grey area* (ricompresa questa volta tra 1,23 e 2,90) e i coefficienti⁴⁰. Questa una sintesi delle modalità di funzionamento di un modello Z-Score.

L'auspicio di chi scrive quindi è quello di giungere ad una riforma che, con l'intento di far emergere anticipatamente la crisi, tenga in considerazione i modelli predittivi della crisi aziendale di origine aziendalistica; uno dei maggiori rischi im-

³⁹ Si segnala che lo Z''-Score indica Parmalat come sana due anni prima dell'insolvenza e attribuisce un rating equivalente ad A-.

⁴⁰ Alcuni autorevoli autori (Guatri, 1995) intervenendo in merito alla applicabilità nella previsione dell'insolvenza ex ante fanno notare come tale modello potrebbe generare profezie destinate all'autorealizzazione poiché, se utilizzate dalle banche al fine di attribuire il rating, potrebbero generare una riduzione delle linee bancarie e quindi l'insolvenza. Ultima evoluzione del modello risulta essere lo Z''-Score del 1995 (Altman, Hartzell, Peck) adattato alle imprese non operanti nel settore manifatturiero o operanti nei paesi emergenti. Seguono nel 2004 il lavoro di Pietro Bottani, Letizia Cipriani, Francescomaria Serao, "*Il modello di analisi Z-Score applicato alle PMI*", in cui vengono aggiornati i parametri al fine di applicare il modello alle piccole-medie imprese italiane attraverso l'analisi dei bilanci di 66 società italiane appartenenti alle piccole e medie imprese, di cui 33 fallite nell'anno 2002 e 33 sopravvissute; tale studio riporta un elevato grado di affidabilità ed emergono i punti di forza del modello quali (i) la semplicità di utilizzo e (ii) l'elevata capacità di comparazione nel tempo (sul punto vedasi inoltre il lavoro di Giovanni Rubin "*I modelli predittivi della crisi d'impresa e lo Z Score di Altman*"). Del 2013 l'intervento di Altman, Danovi e Falini: "*La previsione dell'insolvenza: l'applicazione dello Z Score alle imprese in amministrazione straordinaria*" in cui i parametri Z-Score vengono applicati alle imprese manifatturiere italiane assoggettate alle procedure di amministrazione straordinaria nel periodo 2000-2010. Tale analisi riporta come "*dalle analisi effettuate risulta evidente come lo Z' Score elaborato da Altman (1993) sia applicabile al contesto manifatturiero italiano ancorché con alcune attestazioni preliminari (...); le classificazioni effettuate (...) dallo Z'' Score appaiono maggiormente aderenti a quello che è stato l'effettivo destino delle imprese con una classificazione nella zona d'insolvenza mediamente in linea con quello dello Z' e una riduzione della grey area*" giungendo peraltro a raccomandazioni utili all'applicazione del modello nel mondo manifatturiero italiano: "*l'applicazione dello Z' Score e Z'' Score al contesto italiano può rivelarsi complicata non per la bontà del modello ma per le tipicità che caratterizzano il nostro Paese. In termini generali per le grandi imprese sarebbe opportuna una rielaborazione dei parametri che introduca almeno un indicatore in grado di evidenziare la sostenibilità del debito, quale ad esempio il leverage, il rapporto tra Ebitda e oneri finanziari e l'indicatore debt service cover ratio. Per le altre imprese, ovvero il 90% dell'industria manifatturiera italiana, è auspicabile l'elaborazione di un modello ad hoc che preveda quindi il ricalcolo dei coefficienti di ponderazione della formula adottata per il calcolo dello Z Score*".

maginati infatti è rappresentato dalla profezia destinata all'auto-realizzazione poiché, a seguito dell'allerta, gli enti potrebbero negare la facoltà di ottenere adeguate rateazioni originando effettivamente l'insolvenza aziendale. Diversamente, mediante l'applicazione di adeguati modelli predittivi, potrebbero essere avviate le segnalazioni di allerta sulla base di adeguate conoscenze informative, di natura numerica, oggettivamente misurabili e misurate. Potrebbe risultare necessario inoltre correlare le procedure di allerta all'analisi di bilancio per indici e ai modelli predittivi delle crisi d'impresa, tenuto conto evidentemente del problema della definizione di valori soglia adeguati.

Da ultimo si segnala che da un'analisi condotta dall'Università di Bologna nel 2013, che ha coinvolto 45 uffici giudiziari in 18 regioni italiane, è emerso che l'applicazione dello *Z-Score* di Altman ha fatto registrare risultati apprezzabili su dati di bilancio tre anni antecedenti alla domanda di concordato preventivo.

9. Conclusioni.

La falcidiabilità di IVA e ritenute operate nell'ambito della crisi d'impresa ha generato numerosi grattacapi agli operatori nel decennio anteriore al 2016, periodo durante il quale si sono succeduti numerosi interventi legislativi e giurisprudenziali. La Legge di Stabilità 2017, mediante la riformulazione dell'art. 182 *ter* L.F., sembra aver sancito definitivamente la possibilità per il debitore di operare la falcidia tributaria nell'ambito di una procedura di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione dei debiti.

Tale intervento inoltre sembra aver attenuato le incertezze derivanti dal combinato disposto dell'art. 182 *ter* L.F. e art. 160 L.F. sancendo che il debito tributario per IVA e ritenute, esattamente come disposto per quello riferibile agli altri creditori privilegiati, può essere oggetto di pagamento parziale. Permangono tuttavia dubbi di natura interpretativa in relazione all'obbligo, in ambito di accordo di ristrutturazione dei debiti, di dover predisporre la documentazione di cui al primo comma dell'art. 182 *ter* L.F. anche in ipotesi di mera richiesta di dilazione di pagamento, soprattutto in relazione all'obbligo del professionista di

descrivere l'ipotesi (alternativa) liquidatoria, scenario poco realistico in ipotesi di continuità aziendale; inoltre, rimanendo nell'ambito dell'art. 182 *bis* L.F., ci si interroga sul senso della “*specifica valutazione da parte del tribunale*”, introdotta al quinto comma dell'art. 182 *ter* L.F. mediante l'innesto normativo del 2016⁴¹. Potrebbe tale concetto avvicinarsi alla valutazione del Tribunale circa la “*fattibilità*” della proposta di concordato preventivo ex art. 160 e seguenti L.F., risolta nel 2013 dalla nota sentenza delle Sezioni Unite di Cassazione?

Da ultimo si vuole evidenziare come, in merito alle procedure di allerta utili alla emersione della crisi anticipata dell'impresa, sia auspicabile un collegamento della norma con i modelli predittivi della crisi d'impresa (Es: *Z-score* di Altman) che hanno dimostrato la capacità di individuare correttamente (e per tempo) l'aumento della probabilità di insolvenza dell'impresa; le possibili segnalazioni di allerta degli enti collegate al mero perdurare di inadempimenti di importo rilevante potrebbe generare, di contro, una profezia destinata all'autorealizzazione, con buona pace del salvataggio dell'impresa e dai valori che da essa derivano.

Concludendo si vuole sottolineare come la possibilità di fallire i tributi, compresi IVA e ritenute, debba essere considerato come una *conditio sine qua non* rispetto alla possibilità di salvataggio delle imprese in crisi stesse, data la rilevanza che il debito tributario assume rispetto all'intero passivo concordatario; in tale senso appare ragionevole auspicare l'estensione dell'ambito soggettivo a tutti i tipi di imprese, comprese quelle in amministrazione straordinaria, oltre all'estensione del presupposto oggettivo della norma a tutte le tipologie di debiti fiscali concorsuali, a cominciare dai tributi locali.

⁴¹ La “*specifica valutazione da parte del tribunale*” viene richiamata anche negli artt. 67 e 93 del Codice della Crisi e dell'Insolvenza (bozze dei tre decreti legislativi integranti l'attuazione della delega di cui alla l. n. 155 del 2017) nei quali sembrano venire mantenuti i pilastri dell'attuale formulazione dell'art. 182 *ter* L.F. salva la possibilità di innestare la proposta anche in ambito di piano attestato di risanamento.