

Anno 14 – Numero 15

27 luglio 2016

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

IN QUESTO NUMERO:

- La transazione fiscale nel concordato preventivo
- Strumenti finanziari partecipativi
- Azione di responsabilità nella liquidazione giudiziale

ItaliaOggi

ISSN 2039-6880



9 772039 688009

DIREZIONE SCIENTIFICA
Oreste Cagnasso – Maurizio Irrera

COORDINAMENTO SCIENTIFICO
Gilberto Gelosa

La *Rivista* è pubblicata con il supporto degli Ordini dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili di:
Bergamo, Biella, Busto Arsizio, Casale Monferrato, Crema, Cremona, Lecco, Mantova, Monza e Brianza, Verbania



NDS collabora con:



VÍA CRISIS
Revista Electrónica de Derecho Concursal

SEZIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE

a cura di Luciano Panzani

SEZIONE DI DIRITTO INDUSTRIALE

a cura di Massimo Travostino e Luca Pecoraro

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

a cura di Gilberto Gelosa

SEZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

a cura di Marco Casavecchia

SEZIONE DI TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

a cura di Riccardo Rossotto e Annapaola Tonelli

COMITATO SCIENTIFICO DEI REFEREE

Carlo Amatucci, Guido Bonfante, Mia Callegari, Oreste Calliano, Maura Campra, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paoloefisio Corrias, Emanuele Cusa, Eva Desana, Francesco Fimmanò, Patrizia Grosso, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, Gabriele Racugno, Paolo Reviglione, Emanuele Rimini, Marcella Sarale, Giorgio Schiano di Pepe

COMITATO DI INDIRIZZO

Carlo Luigi Brambilla, Alberto Carrara, Paola Castiglioni, Luigi Gualerzi, Stefano Noro, Carlo Pessina, Ernesto Quinto, Mario Rovetti, Michele Stefanoni, Mario Tagliaferri, Maria Rachele Vigani, Ermanno Werthhammer

REDAZIONE

Maria Di Sarli (coordinatore)

Alessandro Bollettinari, Alessandra Bonfante, Maurizio Bottoni, Mario Carena, Marco Sergio Catalano, Massimiliano Desalvi, Salvatore De Vitis, Elena Fregonara, Giulia Garesio, Sebastiano Garufi, Stefano Graidì, Alessandro Monteverde, Leonardo Nesa, Giuseppe Antonio Policaro, Irene Pollastro, Enrico Rossi, Riccardo Russo, Cristina Saracino, Marina Spiotta, Andrea Sacco Ginevri, Maria Venturini

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO

Barbara Burchi, Roberto Drisaldi, Tomaso Galletto, Bartolomeo Quatraro, Dario Scarpa

I saggi pubblicati sotto la rubrica "Studi e Opinioni", quando espressamente indicato, sono sottoposti a blind referees, scelti tra professori universitari appartenenti al Comitato scientifico dei referee, competenti nei vari settori scientifici oggetto della Rivista.

La valutazione degli atti di convegni e degli scritti già pubblicati o di prossima pubblicazione è riservata ai Direttori.

Ogni scritto è accompagnato da un abstract in italiano e in inglese. Vengono pubblicati scritti, oltre che in italiano, in: inglese; francese; spagnolo e portoghese.

INDICE

	<i>Pag.</i>
DIRITTO FALLIMENTARE	
<i>La transazione fiscale nel concordato preventivo, nel concordato fallimentare, negli accordi di ristrutturazione e nella procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento</i> di Bartolomeo Quatraro, Barbara Burchi e Roberto Drisaldi	7
STUDI E OPINIONI	
<i>Strumento finanziario partecipativo come titolo rappresentativo</i> di Dario Scarpa	133
<i>Imprenditori collettivi, anche non societari ed azioni di responsabilità nella nuova liquidazione giudiziale</i> di Tomaso Galletto	157
SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE	177
SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO	181

SOMMARIO

DIRITTO FALLIMENTARE

La transazione fiscale nel concordato preventivo, nel concordato fallimentare, negli accordi di ristrutturazione e nella procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento

Il saggio esamina i vari profili, dalla qualificazione, ai presupposti, ai tributi presi in considerazione, della transazione fiscale sia nel contesto del concordato preventivo e fallimentare, sia in quello degli accordi di ristrutturazione e della procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento.

di **Bartolomeo Quatraro, Barbara Burchi e Roberto Drisaldi**

STUDI E OPINIONI

Strumento finanziario partecipativo come titolo rappresentativo

L'associazione, in termini giuridici, dello strumento finanziario di partecipazione al titolo di credito nominativo e la conseguente indagine circa la sussumibilità di tale forma di cartolarizzazione all'interno del perimetro della disciplina positiva consente di sottoporre ad attenta riflessione la pretesa duttilità dello strumento de quo alle esigenze di mobilitazione del credito.

di **Dario Scarpa**

Imprenditori collettivi, anche non societari ed azioni di responsabilità nella nuova liquidazione giudiziale

L'Autore, esaminata la disciplina degli amministratori e dei sindaci di s.p.a., analizza i riflessi processuali della Riforma del diritto societario del 2003, ed il tema dell'arbitrabilità delle azioni di responsabilità. È inoltre affrontato il profilo relativo alle azioni di responsabilità nelle società pubbliche e nelle S.r.l. Infine, lo scritto si sofferma sulle azioni di responsabilità nelle imprese collettive non societarie.

di **Tomaso Galletto**

INDEX-ABSTRACT

	<i>page</i>
BANKRUPTCY LAW	
The Fiscal transaction in the composition with creditors, bankruptcy agreement, reorganization's agreement and in the procedure of composition of crisis by overindebtedness	7
<i>The paper analyses many aspects, in particular qualification, requirement and connected tributes, of fiscal transaction in the context of composition with creditors, bankruptcy agreement, reorganization's agreement and procedure of composition of crisis by overindebtedness.</i>	
by Bartolomeo Quatraro, Barbara Burchi and Roberto Drisaldi	
STUDIES AND OPINIONS	
Participating financial instrument as representative title	133
<i>The association, in legal terms, of the financial instrument of participation to the nominative title credit and the subsequent investigation into this form of securitization within the perimeter of positive discipline allows to conduct a careful reflection claiming versatility of the instrument in question to the requirements of credit mobilization.</i>	
by Dario Scarpa	
Collective entrepreneurs, also non-corporate and actions for liability in the new judicial liquidation	157
<i>The Author, after examining the discipline of the directors and the statutory auditors of s.p.a., analyzes the procedural reflections of the corporate law reform of 2003 and the theme of the possibility or not to issue actions for liability to arbitrators. It also addresses the profile of the actions for liability in the public company and s.r.l. Finally, the script focuses on actions for liability in non-corporate collective enterprises.</i>	
by Tomaso Galletto	

DIRITTO FALLIMENTARE

(A CURA DI LUCIANO PANZANI)

LA TRANSAZIONE FISCALE NEL CONCORDATO PREVENTIVO, NEL CONCORDATO FALLIMENTARE, NEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE E NELLA PROCEDURA DI COMPOSIZIONE DELLE CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

Il saggio esamina i vari profili, dalla qualificazione, ai presupposti, ai tributi presi in considerazione, della transazione fiscale sia nel contesto del concordato preventivo e fallimentare, sia in quello degli accordi di ristrutturazione e della procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento.

di **BARTOLOMEO QUATRARO, BARBARA BURCHI E ROBERTO DRISALDI**

1. Premessa

Prima della riforma del 2005 che, con l'introduzione dell'art. 182 *ter* ha inserito la transazione fiscale nell'ambito della legge fallimentare, esisteva un istituto affine, la c.d. "**transazione esattoriale**" o "transazione sui ruoli", prevista dall'art. 3 del decreto legge 8 luglio 2002 n. 138, convertito nella legge 8 agosto 2002 n. 178.

Secondo la norma da ultimo citata, quando nel corso di una procedura esecutiva fosse emersa l'insolvenza del debitore, all'Agenzia delle Entrate veniva attribuita la facoltà di transigere i tributi iscritti a ruolo, il cui gettito fosse di esclusiva competenza dello Stato, sulla base del criterio della maggiore economicità e proficuità della transazione rispetto al probabile esito dell'esecuzione coattiva.

L'istituto permetteva quindi all'Amministrazione finanziaria di definire transattivamente tutte quelle posizioni creditorie che, all'esito di un giudizio di convenienza, fossero risultate difficilmente o antieconomicamente recuperabili tramite i

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

classici rimedi esecutivi.

Tuttavia tale istituto, al di là dell'applicazione al caso di una nota società calcistica (non per altro la norma in esame era anche nota come "decreto salvazio" o "salva calcio"), non ha avuto molte attuazioni pratiche.

Le ragioni della limitata utilizzazione dell'istituto sono state individuate, vuoi nella presenza di alcune rigide condizioni¹ che ne rendevano difficile l'applicazione, vuoi in alcune incertezze interpretative originate dal tenore letterale della norma, vuoi ancora nel rischio di incorrere in future azioni revocatone in caso di eventuale successivo fallimento del debitore².

Ma soprattutto, l'ostacolo maggiore era rappresentato dalla scarsa propensione delle agenzie fiscali ad abbandonare il radicato **principio dell'indisponibilità del credito tributario**.

E' noto infatti che, ai sensi dell'art. 53 della Costituzione, tutti i cittadini sono tenuti a contribuire alle spese pubbliche e, di conseguenza, l'Erario si trova a dover amministrare il gettito in tal modo ricavato, non nel proprio interesse, bensì in quello della collettività, con conseguente indisponibilità dei diritti che ne derivano.

Inoltre, l'impossibilità di addivenire ad un accordo transattivo che abbia ad oggetto il credito tributario trova un ulteriore fondamento normativo nell'art. 49 r.d. 23 maggio 1924 n. 827 (Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato), il quale prevede che "*nei contratti non si può convenire esenzione da qualsiasi specie di imposte o tasse vigenti all'epoca della loro stipulazione*".

A ciò si aggiunga che un'eventuale transazione fiscale concessa dall'Erario si troverebbe a dover scontare l'incompatibilità con l'art. 87 del Trattato istitutivo della Comunità Europea³, norma questa che vieta l'erogazione, sotto qualsiasi forma, di aiuti

¹ Ad esempio, erano transigibili i soli tributi iscritti a ruolo; l'insolvenza del debitore o l'assoggettamento ad altre procedure concorsuali dovevano emergere da una procedura esecutiva già in corso; i crediti tributari dovevano essere di esclusiva spettanza dello Stato; la maggiore economicità e proficuità rispetto alla classica attività di riscossione esecutiva doveva essere formalmente accertata e motivata.

² PALUCHOWSKI, *Commento all'art. 182 ter* l.f., in Pajardi, *Codice del Fallimento*, a cura di Bocchiola e Paluchowski, ed. Giuffrè 2009,1794.

³ Il primo comma dell'art. 87 del Trattato che istituisce la Comunità Europea stabilisce che "*salvo deroghe contemplate dal presente trattato, sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero*

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

di Stato che, favorendo talune imprese in danno di altre, siano idonei a falsare il meccanismo della concorrenza.

La difficoltà di conciliare un istituto che permetta di transigere il debito fiscale con i principi sopra elencati è stata da sempre talmente sentita nel nostro ordinamento da comportare non pochi problemi all'introduzione di strumenti finalizzati alla conciliazione tributaria.

Sta di fatto che il vecchio istituto della transazione esattoriale è stato abrogato dalla riforma della legge fallimentare.

Nel contempo, tale riforma ha permeato la legge fallimentare con una nuova concezione privatistica, non da ultimo attraverso l'abolizione dell'iniziativa d'ufficio per la dichiarazione di fallimento.

In particolare, poi, anche l'istituto del concordato preventivo, rivisitato alla luce del nuovo pensiero, è diventato uno strumento nel quale l'interesse delle parti coinvolte assume un'importanza centrale.

E' proprio tale rinnovata concezione dell'istituto concordatario che ha permesso al legislatore di "aggirare" il radicato principio dell'indisponibilità del credito fiscale ed ha così permesso di introdurre, nell'ambito delle norme dettate in materia di concordato preventivo, un nuovo articolo, l'art. 182 *ter* l.f., rubricato sotto il nome di "transazione fiscale".

L'art. 182 *ter* l.f., entrato in vigore il 16 luglio 2006, è stato successivamente modificato dal decreto correttivo del 2007 e, da ultimo, dal d.l. 29 novembre 2008 n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009 n. 2.

E' poi da segnalare la recente modifica operata dal D.L. 31 maggio 2010 n. 78 ("Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica", pubblicato in G.U. n. 125 del 31 maggio 2010, Suppl. ordinario n. 114), che, all'art. 29, secondo comma, ha apportato alcune importanti integrazioni alla norma in esame.

Il nuovo istituto, pur riproponendo molte delle problematiche già affrontate sotto la vigenza dell'abrogata transazione esattoriale, da questa differisce sotto molteplici aspetti.

Come anticipato, infatti, sull'onda della nuova concezione del concordato preventivo in senso privatistico, è addirittura cambiato il centro di interessi della

mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza".

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 15/2016

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

transazione.

Infatti, la nuova transazione fiscale non è più strutturata, come era in passato, come uno strumento per il perseguimento dell'interesse pubblico del buon andamento dell'Amministrazione, bensì come un beneficio di tipo contrattuale costruito a favore dell'imprenditore in difficoltà⁴.

In questo senso, pertanto, la transazione fiscale ha perso la propria autonomia ed è ora pensata come un istituto che si inserisce nel concordato o negli accordi di ristrutturazione e da questi trae la propria giustificazione e la propria ragion d'essere.

2. Natura giuridica

Il *nomen* "transazione fiscale", espressamente attribuito all'istituto in esame dall'art. 182 *ter* l.f., pone alcuni interrogativi di carattere ermeneutico e di compatibilità con il sistema.

Sussistono infatti dubbi⁵ in merito alla natura effettivamente transattiva dell'accordo in questione, in quanto, a norma dell'art. 1965 c.c., la transazione presupporrebbe una lite già iniziata o potenziale, mentre alla base della transazione fiscale non sussiste una vera e propria *res litigiosa*, a meno di non voler dilatare la nozione di lite fino a ricomprendervi l'ipotesi di incerta realizzazione del credito.

Infatti, il concetto di *res litigiosa* e, quindi, di una transazione nel senso

⁴ Secondo NEGRI (*La novellata transazione fiscale ex art. 182 ter l.f.*, in *Il Sole 24 Ore*) "*nella previgente transazione fiscale l'interesse che si intendeva tutelare era quello dell'Amministrazione finanziaria a una più efficace ed efficiente attività di riscossione dei tributi, in ossequio al principio costituzionale del buon andamento dei pubblici uffici ex art. 97 Cost. Nella transazione fiscale ex art. 182 ter siamo in una prospettiva completamente diversa. Le ragioni che si intendono tutelare sono quelle dell'imprenditore*".

⁵ Secondo DEL FEDERICO (*Commento ex art. 182 ter l.f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, Zanichelli ed. 2007, 2564) "*in prospettiva alquanto diversa (ndr rispetto alla previgente transazione esattoriale) si colloca l'art. 182 ter, che, pur continuando a parlare di transazione, attenua le connotazioni transattive dell'accordo, rimarcandone la matrice concorsuale*"; secondo FICARI (*Prime impressioni su 'transazione' fiscale e 'ristrutturazione' dei debiti fiscali*, in *Profili della nuova legge fallimentare*, a cura di Carlo Ibba, ed. Giappichelli 2009,141) "*l'istituto si inserisce in un contesto di natura contrattuale seppur con una veste che non ricalca appieno quello dell'art. 1965 c.c.: le concessioni delle parti non sono, infatti, reciproche, come nel paradigma civilistico, mancando quella del contribuente che beneficia della riduzione del debito a fronte di quelle del creditore tributario che rinunzi e/o dilazioni il pagamento*".

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

civilistico *ex art. 1965 c.c.*, potrebbe semmai sussistere nel caso di tributi non ancora iscritti a ruolo o per i quali vi sia ancora la possibilità di impugnazione; al contrario, nell'ipotesi di iscrizioni a ruolo divenute ormai definitive, lungi dal poter ricorrere all'istituto della transazione, ci si dovrebbe invece rifare alla diversa figura del *pactum ut minus solvatur*, ovverosia ad un accordo con il quale il creditore, essendo fuori discussione la fondatezza della propria pretesa ma dubbia la relativa realizzazione, conviene con il debitore la riduzione del debito o una diversa modalità di adempimento⁶.

Secondo una parte della dottrina⁷ una soluzione a tale questione si potrebbe rinvenire nel fatto che, nell'ambito della procedura concordataria, l'adesione alla proposta di transazione fiscale si esplica, al pari di quella degli altri creditori, in sede di adunanza; in altre parole l'accordo con il Fisco finisce con l'identificarsi con il concordato stesso, partecipando della relativa natura concorsuale e condividendone gli effetti.

⁶ Secondo PISELLI (*Concordato e transazione fiscale*, in www.ilcaso.it, 14 marzo 2009, Sezione II - Dottrina, opinioni e interventi, documento n. 143) *"la transazione fiscale può in concreto atteggiarsi come una vera e propria transazione nel senso civilistico del termine, in quanto riferita a materia impositiva oggetto di contenzioso ovvero comunque non ancora oggetto di definitivo accertamento. In molti casi la transazione di cui in parola si configura peraltro come mera rinuncia o dilazione di pagamento di crediti fiscali del tutto incontestati, per esempio perché iscritti a ruolo a titolo definitivo. In questa seconda ipotesi l'istituto sembra dover essere qualificato come accordo diverso dalla transazione e per esempio come atipica figura di pactum ut minus solvatur; di contenuto remissorio, dilatorio o misto"*, M. CARDILLO, *La Transazione fiscale: problemi e possibili soluzioni*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2012, fasc. 5, 1138 e ss. dà conto dell'esistenza di due filoni dottrinali: una teoria privatistica che inquadra l'istituto nel regime di cui all'art. 1965 c.c. e afferma la natura autonoma dell'accordo transattivo e una pubblicistica - maggioritaria - secondo cui la transazione fiscale costituisce solo una fase interna al concordato e una clausola degli accordi. L'Autore propende per questa seconda interpretazione rilevando come *«gli stessi effetti che la legge ricollega a tale istituto non discendono dalla procedura di transazione, quanto alla più ampia e generale procedura di concordato preventivo (...)»*. Il discorso tuttavia assumerebbe connotati diversi per la transazione intervenuta nell'ambito di accordi di ristrutturazione, la cui natura sarebbe sostanzialmente privatistica.

⁷ MAGNANI, *La transazione fiscale*, in *Il diritto fallimentare riformato, Commentario sistematico a cura di Schiano Di Pepe*, ed. Cedam 2007, 680-681. Tuttavia, l'Autore finisce poi per negare una causa transattiva alla "transazione fiscale", sulla base della considerazione che il concordato - nel quale la transazione fiscale si immedesima - avrebbe *"indubbiamente funzione esecutiva e non transattiva"*.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Del resto, sembra potersi affermare che non vi siano più incertezze in ordine alla **natura non autonoma della transazione fiscale** rispetto alla proposta di concordato o agli accordi di ristrutturazione nei quali, per l'appunto, si inseriscono i patti raggiunti con l'Amministrazione finanziaria⁸.

Si è infatti affermata⁹ l'intransigibilità del debito tributario al di fuori di un

⁸ In dottrina, DEL FEDERICO (*Commento ex art. 182 ter l. f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, Zanichelli ed. 2007, 2577) afferma che "la transazione fiscale non è configurabile come autonomo accordo; essa costituisce semplicemente una fase endoconcorsuale, che si chiude con l'adesione, o il diniego, alla proposta di concordato, mediante voto espresso nell'adunanza dei creditori"; LO CASCIO (*La disciplina della transazione fiscale: orientamenti interpretativi innovativi*, in *Fallimento* n. 3/2008, 338) ritiene che "prima dell'intervento di cui al decreto correttivo, si sarebbe potuto sostenere che sussistevano alcune dissonanze tra i due istituti, nel senso che con la transazione fiscale sembrava possibile convenire un pagamento parziale dei creditori assistiti da prelazione e nel concordato preventivo tale deroga non era prevista, salvo la rinuncia del creditore, sicché l'inquadramento della transazione fiscale come un istituto autonomo, ove non si fosse condivisa l'applicazione analogica dell'art. 124 l. f., avrebbe potuto anche sostenersi, anche se restavano le perplessità su una falcidia dei crediti privilegiati al di fuori delle regole concordatarie. (...) Oggi la transazione fiscale va certamente considerata un istituto che tende a regolare un particolare aspetto del piano di ristrutturazione dei debiti e di soddisfacimento dei crediti nel concordato, nel senso che la disciplina che regola nel complesso i due istituti possa essere considerata assimilabile, tendendo entrambi a perseguire lo stesso risultato e distinguendosi soltanto perché la transazione fiscale assolve anche all'esigenza di consolidare il debito fiscale". Secondo PENTA (*Obbligatorietà o facoltatività nel 'classamento' dei creditori e carattere autonomo o dipendente della transazione fiscale*, in *Fallimento* n. 2/2010, 242) "si perviene alla conclusione che l'accordo transattivo non potrà che condividere gli effetti e le sorti del concordato nelle sue varie fasi fisiologiche (esecuzione) e patologiche (risoluzione ed annullamento) e l'Agenzia delle Entrate, così come il concessionario, resteranno soggetti all'esito finale della votazione concordataria, ancorché contrastante con il proprio voto". Sulla natura della transazione fiscale, da ultimo, anche ZANICHELLI, *La Transazione fiscale*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* n. 2/2012 145, secondo cui essa "non è un istituto autonomo volto alla deflazione del contenzioso ma è parte integrante, anche se non necessaria, del concordato preventivo (e degli accordi di ristrutturazione dei debiti)".

⁹ PALUCHOWSKI, *Commento all'art. 182 ter l. f.*, in Pajardi, *Codice del Fallimento*, a cura di Bocchiola e Paluchowski, ed. Giuffrè 2009, 1792; MATTEI, *La transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi*, a cura di Vietti-Marotta-Di Marzio, Itaedizioni 2008, 319; in giurisprudenza, Tribunale Roma, 27 gennaio 2009, in www.ilcaso.it, secondo cui "mentre il concordato (preventivo o fallimentare) ha una sua propria funzione autonoma rispetto alla transazione fiscale e può vivere di vita propria, altrettanto non è per la transazione che può essere proposta solamente nell'ambito di altra procedura del sistema concorsuale".

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

concordato preventivo o di un accordo *ex art.* 182 *bis* l. f.; in altre parole non si ritiene possibile addivenire ad una transazione fiscale svincolata dagli istituti nei quali è legislativamente inserita, e ciò a causa del principio generale di indisponibilità del credito tributario, che può essere derogato solo in base a norme di stretta interpretazione - quale è, per l'appunto, l'art. 182 *ter* l. f.-, non suscettibili quindi di applicazione analogica o estensiva.

In altre parole, si ritiene¹⁰ che la transazione fiscale non sia altro che una **fase endoprocedurale** della procedura concordataria¹¹, e che l'eventuale voto negativo

¹⁰ Corte d'Appello di Genova, 19 dicembre 2009, in *www.ilcaso.it*; Tribunale Roma, 27 gennaio 2009, in *www.ilcaso.it*; Tribunale Pescara, 2 dicembre 2008, in *www.ilcaso.it*; Tribunale Milano, 25 ottobre / 13 dicembre 2007 n. 13728, in *Fallimento* n. 3/2008, 333; Tribunale Pavia, 8 ottobre 2008, in *www.ilcaso.it*; Tribunale Piacenza, 1° luglio 2008, in *www.ilcaso.it*; in dottrina, ATTARDI, *Inammissibilità del concordato preventivo in assenza di transazione fiscale*, in *Il Fisco* 2009, 39, 6437. LA MALFA (*Ancora sui rapporti tra la transazione fiscale e il concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it* documento n. 144/2009), a commento della risoluzione n. 3/E del 5 gennaio 2009 dell'Agenzia delle Entrate, che si è pronunciata nel senso dell'autonomia dell'istituto della transazione fiscale rispetto al concordato, ha affermato che "*gli elementi utilizzabili in sede interpretativa appaiono contrastanti e, in qualche caso, equivoci, ma nel complesso può ritenersi che gli argomenti contrari all'autonomia sono prevalenti. (...) Sul piano funzionale e strutturale, poi, la transazione fiscale assume i connotati di un sub procedimento accessorio ed eventuale rispetto alla procedura principale costituita dal concordato. (...) Sul piano formale, poi, l'innesto del sub procedimento nell'alveo del concordato si manifesta in un vero e proprio voto del creditore sulla proposta, al pari di tutti gli altri creditori, nell'adunanza. Esso non costituisce tecnicamente l'accettazione di una proposta negoziale, ma l'espressione dell'assenso al piano concordatario, in applicazione del principio maggioritario. Anche da questo punto di vista, dunque, tutto il procedimento si mantiene nell'alveo del concordato e non assume carattere negoziale autonomo. (...) E' in conclusione condivisibile l'orientamento della giurisprudenza di merito, che ha più volte implicitamente o esplicitamente affermato che anche nei casi 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*".

¹¹ Secondo LA CROCE (*Un ulteriore strumento di tutela: la transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione*, in *Atti del Convegno "Ristrutturazione del debito e risanamento delle imprese in crisi"*, Milano 12-13 ottobre 2010) "*il modificato assetto normativo deve portarci ad escludere che, oggi, la transazione fiscale sia un sub-istituto del concordato preventivo. La sua estensione agli accordi di ristrutturazione dei debiti lo rende ineluttabilmente un istituto autonomo, seppure con un utilizzo limitato, è vero, ai due specifici casi normati, che sono, però, tra loro così diversi da rendere non più irresistibile la tesi della subalternità della transazione fiscale al concordato preventivo*". L'Autore aggiunge che "*la degradazione della norma del 182 *ter* l.fall, a norma meramente procedimentale è esclusa: (i)*

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

dell'Amministrazione finanziaria non possa condizionare di per sé, una volta raggiunte comunque le maggioranze di legge, l'omologazione di un concordato preventivo.

Partendo dalle considerazioni sopra svolte si è arrivati¹² a negare definitivamente la natura transattiva della transazione fiscale; infatti, nonostante il *nomen* contenuto nella rubrica dell'art. 182 *ter* l. f., la transazione fiscale non configurerebbe un accordo tra debitore e Agenzia delle Entrate all'interno del concordato preventivo, bensì acquisterebbe quella connotazione concorsuale, propria della procedura concordataria, che legittimerebbe l'Ufficio fiscale, a dispetto del principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria, a rinunciare ad una parte del credito erariale.

In altre parole, le argomentazioni sviluppate da chi nega la natura transattiva dell'istituto previsto dall'art. 182 *ter* l.f. sono le seguenti.

E' evidente che il concetto di transazione presupponga la disponibilità dei diritti che vengono in considerazione mentre, come si è visto, il credito tributario è storicamente un diritto indisponibile, in quanto amministrato dall'Erario nell'interesse della collettività e in quanto discendente da un obbligo contributivo previsto

dalla sua dimostrata non obbligatorietà; (ii) dalla irragionevolezza di un procedimento senza scopo e rivolto ad un soggetto privato di decidere; (iii) dal fatto che, nella sostanza, ci si troverebbe di fronte ad un procedimento inutile. La stessa interrelazione con la regola della non alterabilità, tramite la formazione delle classi, della graduazione dei privilegi conduce a non giustificare l'esistenza di una transazione fiscale non autonoma".

¹² DI TANNO (*Le modalità di negoziazione della transazione sui debiti fiscali, contributivi e previdenziali: l'intervento del d.l. n. 185/2008*, ed. Paradigma, Milano 17 giugno 2009), secondo cui la transazione fiscale si differenzia dalla transazione civilistica per l'assenza, nella prima, dei tre requisiti tipici della presenza della lite, della sussistenza delle reciproche concessioni e della disponibilità del diritto oggetto della transazione; FINARDI, *Transazione fiscale e crediti privilegiati nel concordato preventivo*, in *Fallimento* n. 12/2007, 1466; DEL FEDERICO, *La transazione fiscale: l'intervento del D.L. n. 185/2008*, in *Atti del convegno "Il risanamento delle imprese in crisi e la ristrutturazione del debito"*, Milano, 21-22 aprile 2009. Anche secondo LA MALFA (*Ancora sui rapporti tra la transazione fiscale e il concordato preventivo*, in www.ilcaso.it documento n. 144/2009), l'istituto della transazione fiscale "*pur se denominato transazione, in realtà non ha (almeno nell'ambito del concordato, poiché diverso discorso è da farsi in relazione agli accordi di ristrutturazione) natura negoziale transattiva, poiché non contiene reciproche concessioni al fine di dirimere una lite attuale o quantomeno potenziale. (...) A sua volta, come ormai recepito dalla migliore dottrina, il principio d'indisponibilità dei crediti tributari non si colloca a livello costituzionale e non impedisce quindi che la legge ordinaria possa prevedere i casi ed i presupposti in cui è possibile estinguere l'obbligazione tributaria pagando il debito in misura inferiore al dovuto"*.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 15/2016

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

costituzionalmente¹³.

Da ciò sembrerebbe quindi derivare l'impossibilità per la legge di consentire all'Amministrazione finanziaria una facoltà di rinuncia, anche solo parziale, alla riscossione dei tributi, a meno di non voler incorrere in una censura di illegittimità costituzionale¹⁴.

La questione sembra tuttavia risolversi¹⁵ nel senso della legittimità - anche sul versante costituzionale - dell'art. 182 *ter* l. f.: infatti, il fondamento della transazione fiscale può rinvenirsi sia nella stessa *ratio* sottesa all'art. 53 Cost., nei casi in cui il prelievo fiscale generi dei costi superiori alle entrate, giustificando pertanto il ricorso alla transazione fiscale; sia negli altri principi costituzionali dell'efficienza e del buon andamento della Pubblica Amministrazione; sia, infine, nella necessità, ingenerata dall'art. 35 Cost., di tutelare i soggetti deboli dei rapporti economici - *in primis* i

¹³ M. CARDILLO, *La Transazione fiscale: problemi e possibili soluzioni*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2012, fasc. 5, 1147 sostiene che non sarebbe più possibile "affermare una generica indisponibilità dell'obbligazione tributaria in quanto è necessario valutare attentamente la fondamentale distinzione esistente tra l'indisponibilità del diritto di supremazia tributaria, la disponibilità dei poteri di accertamento e la disponibilità della singola obbligazione tributaria". Da questo punto di vista "l'applicazione dell'istituto della transazione assicurerebbe anche il necessario bilanciamento tra il principio di indisponibilità, il principio di efficienza della pubblica amministrazione e quello di effettività della pretesa fiscale".

¹⁴ Dubbi di illegittimità costituzionale in merito all'art. 182 *ter* l. f., per contrasto con l'art. 53 Cost., sono stati sollevati da GROSSI (*La riforma della legge fallimentare. Commento e formule della nuova disciplina delle procedure concorsuali e dell'amministrazione straordinaria*, ed. Giuffrè 2006, 2284) e da FERRO - ROVERONI (*Commento sub art. 182 ter l. f.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, ed. Cedam 2007, 1455); *contra*, NEGRI (*La novellata transazione fiscale ex art. 182 ter l. f.*, in *Il Sole 24 Ore*) secondo il quale "che l'obbligazione tributaria sia indisponibile discende, come si è veduto, dal principio di capacità contributiva che impedisce di riconoscere all'amministrazione un potere discrezionale da esercitare, nei casi singoli, differenziando in concreto l'imposizione. Tale principio non è però assoluto e deve fare i conti con le esigenze di certezza e sollecitudine della riscossione che, come espressione dell'interesse fiscale, giustificano, secondo la Corte Costituzionale, ampie deroghe alla tutela soggettiva del contribuente. (...) Il fatto quindi che, nell'ambito di procedimenti specifici ed in funzione di prevenire o definire controversie, il legislatore consenta all'amministrazione di disporre del credito tributario non mi pare costituisca negazione della regola di indisponibilità dell'obbligazione tributaria, che viene semplicemente derogata in ipotesi particolari ed in funzione comunque della tutela di un interesse costituzionalmente protetto".

¹⁵ In questo senso LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento, Disciplina comunitaria e transfrontaliera. Disciplina tributaria*, diretto da Lo Cascio, ed. Ipsoa 2008, 1630.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

lavoratori - che verrebbero penalizzati nel caso in cui, non potendosi ricorrere alla transazione fiscale, l'azienda dovesse interrompere la propria attività imprenditoriale.

Si è infatti argomentato che, in buona sostanza, è lo stato di crisi dell'imprenditore che legittima, sul piano costituzionale, la facoltà attribuita al Fisco di accordarsi su un diritto che solo *prima facie* è indisponibile, ma che, poi, davanti all'alternativa della mancata convenienza all'esercizio delle azioni giudiziarie coattive, non può che vedere attenuato il proprio connotato di indisponibilità¹⁶.

Pacifico, quindi, il fatto che la transazione fiscale debba necessariamente inserirsi negli istituti del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti e fatta salva, pertanto, la natura non autonoma della transazione, è di contro dubbia l'**obbligatorietà** dell'utilizzo del subprocedimento *ex art. 182 ter l. f.* all'interno di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione che contemplino un'esposizione debitoria a carattere tributario.

L'opinione che, in giurisprudenza¹⁷ ed in dottrina¹⁸, propende per la facoltatività

¹⁶ Secondo MARENGO, (*Il correttivo al correttivo della transazione fiscale*, 25 dicembre 2008, Sezione II - Dottrina, opinioni e interventi, in www.ilcaso.it) "*la strada della transazione fiscale dovrebbe pertanto essere intrapresa ogniqualvolta la soluzione dilatoria, remissoria e/o mista del rapporto obbligatorio rappresenti una scelta valida ai fini del massimo risultato in termini di riscossione possibile rispetto alla soluzione rappresentata dall'alternativa di azionare inefficaci ed inefficienti rimedi giudiziari esecutivi. In questo quadro risulterebbe così composto il delicato rapporto tra disponibilità del credito tributario e Costituzione, con un agire dell'Amministrazione affatto coerente con il dettato costituzionale. (...) Le due finalità, quella di potenziare l'attività di riscossione dei tributi da parte dell'Erario, e quella di agevolare il governo della crisi dell'imprenditore, non sarebbero pertanto obiettivi opposti alla transazione fiscale, ma due facce della stessa medaglia, ossia due modi diversi, uno macro e l'altro micro, di guardare allo stesso problema: il superamento della crisi (ndr la sottolineatura è dello scrivente)". Secondo M. CARDILLO, *La transazione fiscale: problemi e possibili soluzioni*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2012, fasc. 5, 1149, il bilanciamento degli interessi coinvolti può giustificare un'eccezionale deroga al principio di indisponibilità ma tale bilanciamento deve essere rigoroso e non formale. L'amministrazione finanziaria nella propria valutazione soggiacerebbe ad un unico vincolo: la comparazione con gli altri creditori. All'interno di questo limite l'amministrazione finanziaria sarebbe libera di valutare con discrezionalità la proposta. Secondo l'autore si determinerebbe una sorta di "disponibilità controllata".*

¹⁷ In questo senso CA Torino, 6 maggio 2010, in *Fallimento* n. 11/2010; Tribunale Torino, 23 aprile 2010 in www.ilcaso.it, documento n. 2314/2010; Tribunale Bologna, 17 settembre 2009, in www.fisconline.it, che ha omologato un concordato preventivo carente della transazione fiscale, sebbene la proposta concordataria prevedesse la falcidia del credito tributario privilegiato; i giudici emiliani hanno rilevato che l'art. 182 *ter l. f.* può portare ad un trattamento

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

addirittura penalizzante per il creditore tributario, posto che l'art. 160, comma 21 l. f., nel prevedere la possibilità di pagamento parziale dei creditori privilegiati, stabilisce che il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione, mentre l'art. 182 *ter* l. f. richiede soltanto che i crediti fiscali non siano trattati secondo condizioni peggiori rispetto ai creditori di rango inferiore, con ciò consentendo un trattamento identico a quello dei crediti di grado subordinato (il rilievo, in dottrina, e di ATTARDI, *Inammissibilità del concordato preventivo in assenza di transazione fiscale*, in *Il Fisco* 2009, 39, 6435); secondo il Tribunale di La Spezia (2 luglio 2009, in www.ilcaso.it) "*l'attuale sistema consente all'imprenditore che versi nelle condizioni indicate all'art. 160 L. Fall. di formulare una proposta di concordato preventivo che preveda la falcidia dei crediti tributari anche senza seguire l'iter descritto dall'art. 182 ter L. Fall. e dunque senza perseguire gli effetti di consolidamento del debito fiscale e della cessazione del contenzioso che la norma ora citata ricollega all'esito positivo della transazione fiscale, la quale dunque deve essere considerata come facoltativa per quel debitore che, per qualsiasi motivo, non avesse interesse a conseguire gli effetti anzidetti*"; secondo Tribunale di Monza, 7 aprile 2009 (in www.ilcaso.it) la transazione fiscale "*non è necessariamente obbligatoria nel concordato preventivo per ridurre la percentuale di soddisfazione del Fisco, se non si vuole ottenere la cessazione dei contenziosi e la cristallizzazione delle posizioni fiscali che sono effetti tipici dell'istituto*"; secondo il Tribunale di Pescara, (2 dicembre 2008, in www.ilcaso.it) è possibile che "*il piano concordatario preveda, senza contenere proposta di transazione fiscale, il pagamento parziale di crediti privilegiati, eventualmente anche o solo tributari*" (...) "*con l'avvertenza che in questo caso non si verificherà alcun effetto ulteriore rispetto a quello remissorio o dilatorio, analogamente a quanto accade nel caso di mancata adesione dell'amministrazione finanziaria alla transazione fiscale*". Anche secondo la Corte d'Appello di Genova, 19 dicembre 2009, in www.ilcaso.it "*la procedura tracciata dall'art. 182 ter è meramente facoltativa, cosicché, anche senza fare ricorso ad essa, sarà possibile interpellare il fisco sulla proposta concordataria e chiamarlo ad esprimere il suo voto, al pari di ogni altro creditore. In contrario non si può opporre - come pretende l'Agenzia delle Entrate - il principio d'intangibilità del debito fiscale, Un tale principio infatti non ha rilievo costituzionale ed è sancito dalla legge ordinaria (art. 49 R.D. n. 827/1924) solo per la fase impositiva ma non per quella di riscossione del credito*".

¹⁸ In dottrina, secondo STASI (*Obbligatorietà o facoltatività della transazione fiscale?*, in *Fallimento* n. 1/2011), la soluzione che appare preferibile tra la tesi che propende per l'obbligatorietà della transazione fiscale e la tesi che, pur ammettendone l'utilizzo facoltativo, richiede tuttavia sempre come obbligatorio il pagamento integrale del credito Iva, dei tributi costituenti risorse proprie dell'UE e delle ritenute operate e non versate è quella "*che considera facoltativo tout court il ricorso alla transazione fiscale da parte del debitore, in quanto la possibilità di pagare soltanto in percentuale i crediti privilegiati di qualsiasi natura è prevista in generale dal secondo comma dell'art. 160 l. fall.; e che reputa parimenti che i problemi di coordinamento con il precetto dettato dal secondo periodo di quella medesima disposizione possano essere risolti ritenendo, in conformità ad un'opinione che va viepiù diffondendosi, che il pagamento dei crediti, anche erariali, muniti di prelazione che non trovino integrale capienza nel patrimonio del debitore possa essere effettuato in misura parziale utilizzando risorse*

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 15/2016

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

rivenienti da nuova finanza". Secondo GUIOTTO (*Opportunità della transazione fiscale e disciplina dei crediti privilegiati insoddisfatti*, in *Fallimento* n. 11/2010) "non si può, pertanto, considerare necessaria una proposta di transazione fiscale ogniqualvolta il concordato preventivo preveda un pagamento falcidiato di debiti tributari o contributivi, né ritenere che il (mancato) voto dell'Amministrazione finanziaria condizioni, come da questa preteso, l'omologazione del concordato pur in presenza del raggiungimento delle maggioranze previste dall'art. 177. Ciò non comporta, peraltro, l'effetto reciproco del perfezionamento forzoso della transazione ex art. 182 ter, con gli effetti che le sono propri, in ragione della sola omologazione del concordato preventivo". STASI (*Anche l'Iva è falcidiabile?*, in *Osservatorio tributario*, in *Fallimento* 12/2009, 1484) al riguardo ha rilevato che "sono parimenti dell'idea che la proposta di pagamento parziale dei crediti erariali, e oggi pure di quelli contributivi, possa essere anche contenuta nella sola domanda di concordato, senza necessità di attivare lo strumento della transazione fiscale. (...) Qualora l'imprenditore intenda altresì fruire, all'esito di un'attenta analisi costi-benefici, dei vantaggi connessi alla definizione transattiva di una o più tipologie di tributi o di contributi, non soltanto in termini di definitiva chiusura delle partite debitorie e di consumazione dei correlativi poteri di accertamento (...), ma pure per la prevista possibilità di offrire una percentuale di pagamento pari a quella proposta ai creditori privilegiati di grado successivo a quelli contributivi o erariali, potrà avvalersi dell'istituto della transazione fiscale attivando la disciplina speciale posta dall'art. 182 ter, che detta una normativa derogatoria rispetto a quella ordinaria prevista dal secondo comma dell'art. 160, ed assoggettandosi a tutte le prescrizioni ivi contenute, compresa quella che esclude dall'area della falcidia i crediti Iva ed i tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea, i quali dovranno essere pertanto soddisfatti per il loro intero ammontare mediante l'apporto di risorse aggiuntive, rispetto al patrimonio del debitore oggetto di garanzia, al fine di superare l'eventuale verifica di convenienza della proposta concordataria da parte del tribunale nell'ipotesi prevista dal secondo periodo del quarto comma dell'art. 180 l. fall.". Anche secondo VERNA (*La transazione fiscale quale sub-procedimento facoltativo del concordato preventivo*, in *Fallimento* n. 6/2010, 710) "la non obbligatorietà e quindi l'eventualità della transazione fiscale, quale endoprocedimento del concordato preventivo, trovano conferma in ragioni di carattere sistematico, tra cui primeggia quella fondata sulla finalità perseguita dal legislatore di favorire la rimozione dello stato di crisi e di insolvenza, ma risiedono principalmente nella lettera dell'art. 182 ter, che, al primo comma, stabilisce che 'col piano di cui all'art. 160 il debitore può proporre il pagamento, parziale o anche dilazionato'. L'utilizzo del verbo potere, riferito al trattamento di tributi e contributi, e il suo accostamento alla proposta di concordato eliminano ogni dubbio sulla non obbligatorietà e sull'eventualità della transazione fiscale inserita nel procedimento generale di cui al citato art. 160". Propende per la facoltatività dell'utilizzo della transazione fiscale anche la Commissione 'crisi e risanamento di impresa' del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (*Osservazioni in tema di transazione fiscale*, aprile 2010). A favore della facoltatività anche DEL_FEDERICO, *Profili evolutivi della transazione fiscale*, in *Il nuovo diritto fallimentare - novità ed esperienza applicative a cinque anni dalla riforma*, commentario sistematico diretto da A. JORIO e M. FABIANI, Zanichelli, 2010, 1230.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

dell'utilizzo della transazione fiscale per la definizione delle pretese del Fisco, ritiene possibile che il credito tributario venga trattato, senza dover necessariamente ricorrere all'istituto *ex art. 182 ter l. f.*, alla stregua di tutti gli altri crediti. Infatti, *"l'imprenditore che intende presentare una proposta di concordato preventivo non deve necessariamente utilizzare lo strumento processuale della transazione fiscale, in quanto la possibilità del non integrale soddisfacimento dei crediti privilegiati, senza distinzioni di sorta, è previsto dall'art. 160, secondo comma l. fall., norma di portata generale, che non pone alcuna limitazione in relazione alla natura dei crediti falcidiati"*¹⁹.

Ovviamente, in tale ipotesi, il debitore non potrà beneficiare dei vantaggi specifici scaturenti dall'applicazione dell'art. 182 *ter l. f.*, primo tra tutti il consolidamento del debito fiscale di cui si parlerà *infra*, oltre alla cessazione della materia del contendere nelle liti relative ai tributi oggetto di transazione, ma potrà comunque vedere approvato il concordato proposto, laddove, a prescindere dal voto dell'Erario, vengano raggiunte le maggioranze di legge tra gli altri creditori²⁰.

¹⁹ Tribunale Asti, 3 febbraio 2010, in *Fallimento* n. 6/2010, 707.

²⁰ CA Torino, 6 maggio 2010, in *Fallimento* n. 11/2010. Secondo Tribunale Torino, 23 aprile 2010 (in *www.ilcaso.it*, documento n. 2314/2010) *"pare più consono ad una ricostruzione logica e sistematica dell'istituto, affermare che l'approvazione della proposta di transazione fiscale abbia sì effetto condizionante, ma non dell'esito del concordato preventivo, bensì del conseguimento da parte del debitore di quegli effetti, già definiti dalla dottrina e dalla giurisprudenza 'tipici' ed 'ulteriori' insiti, in una parola, nel 'consolidamento' della sua posizione fiscale con riguardo tanto ai tributi già iscritti a ruolo, quanto a quelli ancora in corso di determinazione (definizione degli accertamenti pendenti, preclusione degli accertamenti futuri, cessazione delle liti); il conseguimento di tale obiettivo pratico rappresenta anzi una vera e propria 'chiave di lettura' dell'art. 182 ter, nel senso di individuare nel legislatore il preciso intendimento di attribuire all'istituto della transazione fiscale il ruolo precipuo di 'incentivo' del debitore al ricorso al concordato preventivo; qualora egli voglia aggiungere ai vantaggi della procedura concordataria, anche lo specifico vantaggio insito nella definizione complessiva della sua posizione fiscale e - oggi ex l. 2/09 - contributiva (anche con riguardo a quei debiti ancora in corso di accertamento e teoricamente suscettibili di essergli opposti dopo la chiusura della procedura), egli 'potrà proporre' la transazione fiscale secondo la procedura prevista; qualora l'amministrazione finanziaria dovesse dissentire da tale proposta (esprimendo voto contrario nell'adunanza dei creditori), l'esito del concordato dipenderà non da tale dissenso ma dall'esito delle maggioranze (espressione massima della natura negoziale e paritetica della procedura concordataria) che, se raggiunte, sottoporranno il fisco al trattamento previsto per i creditori dalla proposta di concordato e, il debitore, agli effetti pregiudizievole del mancato consolidamento"*. Secondo CA di Firenze, 13 aprile 2010 (in *www.ilcaso.it*, documento n.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Chi²¹, al contrario, in presenza di un credito tributario, afferma l'obbligatorietà

2318/2010) "la transazione fiscale di cui all'art. 182 ter l.fall, non va riguardata come un procedimento obbligatorio ed esclusivo, dovendosi ritenere che l'imprenditore che versi nelle condizioni di cui all'art. 160 l. f. può fare una proposta di concordato preventivo che preveda il pagamento integrale (ma anche la falcidia) dei crediti tributari anche senza seguire l'iter descritto nell'art. 182 ter e dunque senza perseguire gli effetti di consolidamento del debito fiscale e della cessazione del contenzioso che la norma ora citata ricollega all'esito positivo della transazione fiscale, la quale perciò deve essere considerata come facoltativa per quel debitore che, per qualsiasi motivo, non avesse interesse a conseguire gli effetti anzidetti. All'imprenditore in crisi, cioè, come ritenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito, sono consentite due alternative: a) trattare il debito erariale con le regole del concorso nell'ambito di un ordinario concordato preventivo, oppure b) trattare tale tipologia di debito utilizzando la regola dell'istituto dell'art. 182 ter l. fall.. Tale orientamento trova conferma nella stessa lettera della norma in discorso, laddove con l'utilizzo dell'espressione 'può' in luogo dell'espressione 'deve', il legislatore ha chiaramente lasciato intendere che la proposta di transazione fiscale non ha carattere di scelta obbligata per l'imprenditore che voglia accedere alla soluzione concordataria".

²¹ L'Agenzia delle Entrate (risoluzione 5 gennaio 2009 n. 3/E) ha precisato che "non è possibile pervenire ad una soddisfazione parziale dello stesso (ndr del credito tributario) al di fuori della specifica disciplina di cui all'articolo 182 ter"; al riguardo LA MALFA (Ancora sui rapporti tra la transazione fiscale e il concordato preventivo, in www.ilcaso.it documento n. 144/2009), proprio a commento della risoluzione della Agenzia delle Entrate prima citata, ha precisato che la decisione dell'Agenzia è basata "per un verso sul principio di indisponibilità dei crediti tributari, per altro verso sulla natura negoziale (transattiva in senso stretto) dell'istituto di cui si discute, per altro verso ancora sul carattere eccezionale e di stretta interpretazione dell'art. 182 ter l. f.. Secondo l'agenzia, poiché la transazione fiscale costituisce un autonomo negozio rispetto al concordato, è necessario, onde pervenire alla falcidia dei crediti privilegiati fiscali, ottenere l'assenso del fisco sulla proposta attraverso il voto favorevole. In mancanza di tale assenso la falcidia non sarebbe possibile e i crediti fiscali dovrebbero essere pagati integralmente"; secondo l'Autore, invece, "mentre è valida l'ipotesi del concordato senza transazione fiscale, non è possibile il contrario".

Secondo VIGNOLI (Il creditore erariale dissenziente al concordato preventivo. Spunti di riflessione tratti dalla giurisprudenza del Tribunale di Monza, in Atti del Convegno "Il concordato preventivo: le prassi del Tribunale di Monza", Monza 24 settembre 2010) "nell'ambito di una disciplina che pare in divenire, oscillante, a seconda del tipo di intervento legislativo, fra liberalizzazione delle procedure, in nome di una più rapida definizione della trattazione della crisi, e la preoccupazione per i conti pubblici, in attesa che si affermi un consolidato orientamento giurisprudenziale, soprattutto di legittimità, vi è motivo di ritenere che non si possa prescindere dal rispetto della disciplina dell'art. 182 ter l. f.. Ciò comporta che la falcidia e la dilazione del credito tributario è ammissibile soltanto qualora il debitore si attenga puntualmente alle disposizioni che disciplinano la transazione fiscale. La transazione fiscale, dunque, non è una semplice facoltà. Non inganni il 'può' contenuto nell'incipit dell'art.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 15/2016

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

182 ter l. f.".

Il Tribunale di Monza in un recente provvedimento (decreto di ammissione depositato in data 23 dicembre 2009, Presidente Rel. Paluchowski, Consiglieri Buratti e Fallo, inedito) ha ritenuto la transazione fiscale *"indispensabile perché l'Erario possa partecipare al meccanismo del voto concordatario accettando una falcidia, proponendo, peraltro il necessario pagamento I.V.A. integrale"*.

In giurisprudenza, il Tribunale Roma (decreto di inammissibilità del concordato preventivo n. 6/2010, decreto del 19 aprile 2010, depositato il 20 aprile 2010, Giudice Relatore dottor Norelli, inedito) ha ritenuto che *"dall'art. 182 ter l. fall. (come modificato dall'art. 32, comma 5 del decreto legge 29-11-2008 n. 185, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 28-1-2009 n. 2) si desume che, ove la proposta di concordato preventivo riguardi (anche o solo) crediti per 'tributi amministrati dalle agenzie fiscali' (e relativi accessori) e/o crediti per 'contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie' (e relativi accessori), devono trovare, per questi crediti, applicazione (oltre alle disposizioni dell'art. 160 l. fall., ed eventualmente in deroga a queste), altresì le disposizioni (speciali) dello stesso art. 182 ter, nonché, per i crediti contributivi, le disposizioni (speciali) del D.M. 4-8-2009 (...): la c.d. 'transazione fiscale' è parte integrante e indefettibile - a pena di inammissibilità - della proposta di concordato. In quanto parte integrante della proposta di concordato, l'intero contenuto della 'transazione fiscale' (ossia tutte le 'condizioni' di essa: percentuali e termini di pagamento dei crediti tributari e contributivi e relativi accessori) deve essere riversato nel ricorso, con cui si propone la domanda di ammissione al concordato preventivo, ovvero in un atto integrativo di esso"*. Anche secondo Tribunale di Milano, 13 dicembre 2007, depositato il successivo 17 dicembre (inedito), che ha dichiarato inammissibile un ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo anche sulla base dell'assunto che *"la proposta concordataria prevede il pagamento parziale dei crediti privilegiati dell'Erario, senza però che sia stata presentata la domanda di transazione fiscale, che, ad avviso del tribunale, costituisce l'unico strumento tramite il quale è consentito all'imprenditore proporre il pagamento non integrale dei debiti tributari privilegiati"*, decisione questa successivamente confermata dalla Corte d'Appello di Milano, con la sentenza n. 903/08 emessa il 27 marzo 2008 e depositata l'8 aprile 2008 (inedita), che, rigettando l'appello avverso la sentenza dichiarativa di fallimento che era stata emessa dal Tribunale a seguito della statuizione sull'inammissibilità della proposta concordataria, ha affermato che l'istituto della transazione fiscale è stato introdotto proprio allo scopo di permettere il pagamento falcidiato del credito tributario privilegiato, a condizione che lo stesso non sia inferiore a quello offerto 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.

Nello stesso senso, si veda ancora la decisione del Tribunale di Milano del 12 febbraio 2009, depositata il successivo 23 febbraio (inedita), secondo la quale *"la contestualità alla presentazione del ricorso di concordato della presentazione della domanda di transazione fiscale, se pur da intendersi in senso sostanziale e non rigoroso, è requisito indefettibile di ammissibilità di una proposta di concordato che preveda il pagamento in percentuale dei crediti erariali. Oltre a rispondere all'esigenza di consolidare il debito fiscale, la necessità di*

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 15/2016

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

dell'utilizzo della procedura prevista dall'art. 182 *ter* l. f., parte dal presupposto che l'istituto in esame non sia una mera opportunità concessa al debitore, bensì uno strumento necessario per addivenire alla cristallizzazione del debito fiscale, sia nell'interesse del Fisco, che dei creditori e dello stesso debitore e, anche, alla conseguente falciabilità del credito tributario assistito da causa di prelazione.

Si è argomentato²², infatti, che la necessità dell'utilizzo della transazione

*presentare la domanda di transazione discende dalla circostanza che il credito del fisco non è assimilabile agli altri crediti, risentendo del principio dell'indisponibilità della pretesa tributaria, principio derogabile soltanto previa applicazione di una precisa disposizione di legge, nel caso in esame contenuta proprio in quell'art. 182 *ter* che risulta non essere stato applicato dalla società debitrice".*

E, ancora, in senso conforme, si è pronunciato sempre il Tribunale di Milano con il recente decreto del 7 maggio 2009, depositato il successivo 13 maggio (inedito), che, sulla scorta della considerazione che il principio dell'indisponibilità della pretesa tributaria possa essere derogato esclusivamente nell'ambito della transazione fiscale, ha affermato che "*va considerato che il meccanismo della transazione fiscale, assicurando il consolidamento dei crediti fiscali nell'arco di trenta giorni, risponde sia all'interesse del Fisco ad uno specifico contraddittorio sul punto ai fini di una loro corretta quantificazione, sia all'interesse del debitore e degli altri creditori alla cristallizzazione dell'ammontare dei debiti tributari sorti anteriormente e quindi alla successiva stabilità del concordato approvato ed omologato. L'identificazione in questi termini della ratio dell'istituto rende di tutta evidenza che esso non è riducibile ad una mera opportunità offerta al debitore e quindi non può ritenersi una semplice variante procedurale facoltativa*".

²² In questo senso ATTARDI, *Inammissibilità del concordato preventivo in assenza di transazione fiscale*, in *Il Fisco* 2009, 39, 6438; l'Autore ha precisato che, "*in assenza della transazione, l'Amministrazione si trova a votare in senso favorevole o negativo rispetto al quantum dichiarato dal contribuente nella proposta. (...) Trattandosi di un procedimento endoconcorsuale secondo noi necessario, la mancata proposizione della proposta di transazione comporta l'inammissibilità del concordato preventivo, il quale rischierebbe di pervenire a chiusura senza la quantificazione del debito tributario contenuta in un provvedimento amministrativo (la certificazione del debito) emesso dall'unico soggetto autorizzato a pronunciarsi sul quantum dell'obbligazione fiscale (l'Agenzia delle Entrate). In mancanza della transazione, la quantificazione del debito sarebbe rimessa alla 'autocertificazione' da parte del contribuente, senza possibilità di verifica da parte dell'Amministrazione, e non terrebbe conto degli esiti delle attività di liquidazione che debbono compiere gli uffici finanziari. (...) A nostro avviso, la ratio essendi della transazione fiscale non è nella falciabilità del credito fiscale nell'ambito del concordato preventivo, bensì nella necessità di fissare con certezza il credito tributario all'interno di un ordinamento che non consente all'Amministrazione finanziaria di esercitare azioni giudiziarie di accertamento del credito, nonché di una procedura concorsuale che non ammette una fase di verifica dei crediti e*

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 15/2016

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

fiscale in presenza di un credito tributario discende dalla considerazione che solo in seguito alla certificazione del debito *ex art. 182 ter l. f.*, il consenso espresso dal Fisco, in funzione della proposta concordataria, può ritenersi validamente prestato.

Tuttavia a tale indirizzo è stata opposta la considerazione che attribuendo alla transazione fiscale e previdenziale un carattere di obbligatorietà, atteso che il vigente *art. 182 ter l. f.* impone il pagamento integrale del credito Iva, si dovrebbe di conseguenza pretendere che, al fine di non alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione, la proposta concordataria preveda il pagamento integrale di tutti i crediti che sono anteposti al credito Iva, crediti questi che, in sostanza, si risolverebbero nella maggior parte dei crediti privilegiati, atteso che l'*art. 2778 c.c.* pone il credito Iva al 19° posto²³.

Sono quindi ragioni di praticabilità stessa dell'istituto concordatario e di incentivazione del relativo utilizzo che fanno propendere per la non obbligatorietà dell'utilizzo della transazione fiscale e tributaria, potendo tranquillamente i crediti erariali essere trattati alla stregua di tutti gli altri crediti, privilegiati o chirografari, ai sensi e con gli effetti dell'*art. 160 e ss. l. f.*²⁴.

che come esito finale può condurre ad effetti esdebitativi, i quali appaiono particolarmente gravi nelle ipotesi di concordati preventivi a chiusura".

²³ Secondo Tribunale Asti, 3 febbraio 2010 (in *Fallimento* n. 6/2010, 708) :*"diversamente argomentando (ndr ritenendo obbligatorio l'utilizzo della transazione fiscale), essendo stato recentemente modificato l'art, il testo dell'art. 182 ter l. fall. nel senso di prevedere, con riguardo all'imposta sul valore aggiunto, che la proposta possa prevedere 'esclusivamente la dilazione del pagamento', una diversa interpretazione del combinato disposto degli artt. 160 e 182 ter l. fall. porterebbe all'irragionevole conclusione che la proposta di concordato dovrebbe necessariamente prevedere il pagamento integrale di tutti i crediti anteposti all'Iva nell'ordine dei privilegi. Poiché in tale ordine l'Iva si colloca al grado 19°, ciò renderebbe difficilmente praticabile l'istituto del concordato preventivo con suddivisione in classi, vanificando così la finalità perseguita dal legislatore di favorire attraverso tale istituto una soluzione concordata della crisi d'impresa".*

²⁴ Secondo STASI (*Profili istituzionali della transazione fiscale*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*. Commentario sistematico diretto da Jorio e Fabiani, ed. Zanichelli, 2010, 1201) *"qualora l'imprenditore, all'esito di un'attenta analisi dei costi e dei benefici, decida di fruire dei vantaggi connessi alla definizione transattiva di una o più tipologie di tributi o di contributi, non soltanto in termini di definitiva chiusura delle partite debitorie e di consumazione dei correlativi poteri di accertamento, ma pure per la prevista possibilità di offrire al Fisco una percentuale di pagamento pari a quella proposta ai creditori privilegiati di grado immediatamente successivo a quelli contributivi o erariali, potrà avvalersi dell'istituto della transazione fiscale attivando la disciplina speciale posta dall'art.*

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 15/2016

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Una recente pronuncia ha approfonditamente trattato i predetti temi e merita, quindi, di essere qui di seguito analizzata.

Con il decreto emesso il 16 marzo 2010 e depositato il successivo 15 aprile 2010, il Tribunale di Monza, Presidente dott.ssa Paluchowski²⁵ ha omologato un concordato preventivo che, pur approvato a maggioranza, non aveva tuttavia riportato il voto favorevole dell'Amministrazione finanziaria, che si era inoltre opposta all'omologa eccependo, tra gli altri motivi, che la proposta del debitore avrebbe eluso la *ratio* giustificatrice della transazione fiscale, nonché la logica cui è ispirato lo stesso concordato preventivo.

Il Tribunale di Monza ha al riguardo evidenziato che la transazione fiscale può essere proposta all'interno di qualsiasi concordato e, quindi, anche di quello che non abbia come scopo la continuità aziendale: "*è perciò ferma convinzione di questo decidente che non possa certo essere un decreto interministeriale²⁶ a modificare la*

182 ter ed assoggettandosi a tutte le prescrizioni ivi contenute, compresa quella che esclude dall'area della fallibilità i crediti IVA nonché le ritenute operate e non versate ed i tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea. I quali dovranno essere pertanto tutti soddisfatti per il loro intero ammontare mediante l'apporto di risorse aggiuntive, rispetto al patrimonio del debitore oggetto di garanzia, al fine di superare l'eventuale verifica di convenienza della proposta concordataria da parte del tribunale nell'ipotesi prevista dal secondo periodo del 4° co. dell'art. 180 l. fall. Per converso, quando l'utilizzo della transazione fiscale non sia ritenuto conveniente, il debitore potrà sempre proporre un soddisfacimento parziale dei debiti tributari e/o contributivi incapienti con risorse estranee al patrimonio assoggettato al concorso e ove la proposta di concordato così formulata ottenga l'approvazione dei creditori che costituiscano la maggioranza dei crediti ammessi al voto e la successiva omologazione del concordato, anche in virtù dell'esercizio del potere di cram down, tutti i crediti pregressi, ivi compresi quelli di natura fiscale o contributiva, saranno soggetti alla falcidia concordataria, senza che a ciò possa essere di ostacolo l'eventuale astensione dal voto o il voto contrario espresso dagli enti o dall'amministrazione finanziaria secondo le modalità previste dal tuttora vigente art. 90 d.p.r. 602/1973 sulla base dei ruoli emessi ai sensi degli artt. 11, 3° co. e 15 bis d.p.r. 602/1973, nonché degli artt. 36 bis d.p.r. 600/1973 e 54 bis d.p.r. 633/1973. Naturalmente, in questo caso non si produrranno gli effetti tipici della transazione, vale a dire la definitiva quantificazione della posizione debitoria verso il Fisco (nei limiti sopra indicati) e la correlata cessazione dei contenziosi pendenti".

²⁵ Si tratta di un provvedimento pubblicato su *Fallimento* n. 1/2011, 82 e ss.

²⁶ Decreto del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali del 4 agosto 2009 che, all'art. 4, lettera e, prevede che uno dei parametri valutati che gli Enti di previdenza ed assistenza devono rispettare per accedere alla proposta di accordo ex art. 182 ter l. f. è quello dell'essenzialità dell'accordo ai fini della continuità dell'attività dell'impresa e di ogni possibile

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

legge primaria, ed il testo dell'art. 182 ter come modificato nel 2008, condizionando la proponibilità della transazione ad un tipo particolare di concordato"; infatti, secondo il Tribunale "una proposta di concordato che non sia tesa alla continuazione dell'attività non tradisce certo la ratio del 160 l. f."

Quanto, poi, alla funzione propria della transazione, il Tribunale rileva che lo scopo della proposta *ex art. 182 ter* è quello "di consentire a soggetti che per legge non hanno la disponibilità dell'obbligazione tributaria (principio indiretto di contabilità, desunto dall'intangibilità del bilancio dello Stato) e che, per effetto dei principi costituzionali di buona amministrazione (art. 97 e 98) e di capacità contributiva (art. 53 Cost.), non possono di regola accettare di ridurre l'obbligazione tributaria, di poter aderire ad una proposta che preveda anche la falcidia dei crediti tributari"; ciò tuttavia "non fa assurgere l'istituto, come vorrebbero le difese dei creditori oppositori, a conditio sine qua non dell'ammissibilità ed omologabilità del concordato, nel senso che non è vincolante l'assenso del fisco, una volta che questi sia stato posto in condizione di disporre e votare come gli altri creditori. Esso in tale frangente diviene un creditore come gli altri, in quanto la determinazione del quantum dell'obbligazione tributaria viene subordinato ad altro interesse pubblico che è quello della composizione della crisi che evidentemente il legislatore reputa preminente e, fornendo il procedimento che ne assicura la lecita determinabilità, si è posto in condizione il Fisco di partecipare consensualmente alla quantificazione dell'obbligazione tributaria decidendone la falcidia".

La tesi della facoltatività è stata fatta propria anche dalla Corte di Cassazione la quale, con due recenti sentenze del 12 ottobre 2011 e depositate il 4 novembre 2011 (nn. 22931 e 22932)²⁷, ha respinto i ricorsi dell'Agenzia delle Entrate che lamentava la violazione degli articoli 160 e 182 *ter* l. f. per aver la Corte di Appello ritenuto possibile la falcidia dei crediti tributari pur in assenza dell'attivazione da parte del proponente il concordato dello specifico procedimento della transazione fiscale.

Secondo la Suprema Corte "con la transazione fiscale il debitore ottiene il

salvaguardia dei livelli occupazionali, tenuto conto dell'importanza che la stessa riveste nel contesto economico-sociale dell'area in cui opera.

²⁷ Pubblicate su *Il Foro Italiano*, 2012, I, 105. Per un commento sulle stesse si veda ZANICHELLI, *La Transazione fiscale*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* n. 2/2012, 147 e ss. e DEL FEDERICO, *La Corte di cassazione inquadra la transazione fiscale nel sistema delle procedure concorsuali*, in *Rivista del diritto tributario*, 2012, 1, pt. II, 35 e ss..

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 15/2016

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

vantaggio della apprezzabile o assoluta certezza sull'ammontare del debito (a seconda del significato che si vuole attribuire al consolidamento) e quindi una maggiore trasparenza e leggibilità della proposta con conseguente maggiore probabilità di ottenere, oltre all'assenso del fisco, anche quello degli altri creditori. Tutto ciò ha però un costo che è dato dalla sostanziale necessità di accogliere tutte le pretese dell'Amministrazione, non essendo plausibile che la stessa, dopo aver indicato il proprio credito, accetti in questa sede, di discuterlo e ridurlo"²⁸.

Ad avviso della Cassazione la possibilità dell'alternativa si pone fintanto che la falcidia del credito fiscale possa intervenire anche in presenza del voto contrario dell'Amministrazione.

La Corte accoglie questa tesi facendo leva in primo luogo sull'art. 184 l. f., il quale, enunciando gli effetti del concordato, sancisce che il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori, anteriori al decreto di apertura della procedura di concordato. Il Giudice nomofilattico ha ritenuto di escludere, vista la tassatività della disposizione, la possibilità di un particolare statuto per il fisco, *"non essendo revocabile in dubbio che un'eccezione al principio, se voluta e per le conseguenze pratiche che comporta, sarebbe stata espressamente inserita dal legislatore in occasione della formulazione della disposizione dedicata alla materia"*.

La Cassazione, inoltre evidenzia che *"se il voto negativo del fisco escludesse di per sé la possibilità di omologazione del concordato non avrebbe senso e contrasterebbe con i principi del giusto processo, che vogliono anche che vengano evitate attività processuali non necessarie, far votare l'Amministrazione unitamente a tutti gli altri creditori quando la sua volontà e quindi l'eventuale veto ben potrebbero*

²⁸ Con riferimento alla nozione di "consolidamento" cfr. ZANICHELLI, *La Transazione fiscale*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* n. 2/2012, 148 secondo cui l'espressione - che è evidentemente atecnica - può avere due accezioni: *"certamente e come è unanimemente riconosciuto la prima accezione è quella di quadro di insieme del debito tributario, tale da consentire di valutare la congruità della proposta con riferimento alle risorse necessarie a far fronte al complesso dei debiti ed è certamente utile a fronteggiare l'incognita fiscale che normalmente grava sui concordati. Altro e concorrente possibile significato dell'espressione sul quale si è interrogata la dottrina e sul quale la Corte non si è pronunciata ma che per le ragioni che dirò è quello che personalmente più mi convince, è quello secondo cui tale quadro del debito complessivo cristallizzerebbe la pretesa tributaria alla data di presentazione della domanda così come quantificata dall'ufficio con esclusione da una parte della facoltà del medesimo di procedere ad ulteriori accertamenti anche se non sia ancora maturata la decadenza e dall'altra del debitore di contestare pretese anche se non ancora definitive"*.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

essere accertati preliminarmente rendendo inutile l'ulteriore corso".

In conclusione, quindi, è *"l'accertata irrilevanza (nei termini sopra chiariti) del voto dell'ufficio che convince della facoltatività del ricorso alla transazione fiscale"*²⁹.

3. Presupposto oggettivo e presupposto soggettivo

L'art. 182 *ter* l. f. prevede che *"con il piano di cui all'art. 160" o "nell'ambito delle trattative che precedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182 bis"*, il "debitore" può proporre una transazione fiscale.

Come anticipato nel paragrafo precedente, risulta quindi innanzitutto pacifico che l'ambito di applicazione della transazione fiscale debba essere ricondotto al concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione, mentre il raggiungimento di un eventuale accordo con il Fisco nell'ambito degli altri istituti concorsuali (ad esempio nell'ambito del concordato fallimentare) sarà possibile esclusivamente utilizzando i consueti mezzi di definizione dei rapporti tributari, quali ad esempio l'accertamento con adesione, la conciliazione giudiziale, la definizione agevolata delle sanzioni, la rateizzazione della riscossione³⁰.

In secondo luogo, dalla lettera dell'art. 182 *ter* l. f. si evince che il soggetto che può accedere al beneficio della transazione fiscale è il "debitore", figura questa che viene concordemente identificata nell'imprenditore commerciale non piccolo che abbia i

²⁹ La Cassazione confuta la tesi che vorrebbe l'obbligatorietà della transazione fiscale in ragione del principio dell'indisponibilità del credito tributario: *"né vale, infine, il richiamo al principio dell'indisponibilità del credito tributario dal momento che tale indisponibilità esiste nella misura in cui la legge non vi deroghi e non sono certo estranei all'ordinamento ipotesi di rinuncia dell'Amministrazione all'accertamento (condoni c.d. tombali) o alla completa esazione dell'accertato in vista di finalità particolari, fermo restando che la richiamata carenza di interesse alla particolare modalità procedimentale di cui all'art. 182 ter, esclude la necessaria connessione tra detta modalità e la falciatura"*.

³⁰ Rileva criticamente STASI, *La transazione fiscale*, in *Il nuovo diritto fallimentare - novità ed esperienza applicative a cinque anni dalla riforma*, commentario sistematico diretto da A. JORIO e M. FABIANI, Zanichelli, 2010, 1186-1187 che *"la scelta di escludere dalla transazione fiscale, oltre alle procedure di fallimento, concordato preventivo e liquidazione coatta amministrativa, anche una procedura tipicamente conservativa come l'amministrazione straordinaria appare scarsamente comprensibile e foriera di un'ingiustificata disparità di trattamento, tanto più quando il piano commissariale di recupero dell'impresa preveda il ricorso alla procedura di concordato (artt. 78. d.lgs. 270/1999 e 4 bis, d.l. 347/2003). Il che potrebbe, prestare il fianco a censure di illegittimità incostituzionale sotto il profilo della violazione del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost."*.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

requisiti previsti dall'art. 1 l. f.³¹.

Si ritiene che si tratti quindi dello stesso soggetto al quale è concesso di proporre un concordato preventivo o un accordo di ristrutturazione.

Analogamente, per quanto riguarda il requisito oggettivo, lo stesso viene individuato nel medesimo "stato di crisi" che, ai sensi degli artt. 160 e 182 *bis* l. f., permette di presentare una domanda di concordato preventivo o un accordo di ristrutturazione³².

³¹ In questo senso STASI, *Profili istituzionali della transazione fiscale*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*. Commentario sistematico diretto da Jorio e Fabiani, ed. Zanichelli 2010, 1187; PALUCHOWSKI, *Commento all'art. 182 ter l. f.*, in Pajardi, *Codice del Fallimento*, a cura di Bocchiola e Paluchowski, ed. Giuffrè 2009, 1792; LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento, Disciplina comunitaria e transfrontaliera. Disciplina tributaria*. Diretto da Lo Cascio, ed. Ipsoa 2008, 1630; DEL FEDERICO (*Commento ex art. 182 ter l. f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, Zanichelli ed. 2007, 2565-2578), il quale precisa che la proposta di transazione fiscale, al contrario di quanto avveniva con l'abrogata transazione esattoriale, non può essere avanzata dagli uffici finanziari; secondo PISELLI (*Concordato e transazione fiscale*, in *www.ilcaso.it*, 14 marzo 2009, Sezione II - Dottrina, opinioni e interventi, documento n. 143) il fatto che la transazione fiscale sia riservata agli imprenditori commerciali non piccoli (con esclusione quindi dei professionisti, degli enti pubblici e delle persone fisiche non imprenditrici) è da considerarsi una limitazione notevole; anche secondo MINNITI (*La transazione fiscale: ultime novità e proposte per un rilancio*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti* 1/2009) "la delimitazione della platea dei soggetti che possono beneficiare dello strumento transattivo ha suscitato forti perplessità tra i commentatori, non essendo agevole giustificare perché la transazione fiscale non possa essere utilizzata dalle grandi imprese in crisi o dai piccoli imprenditori commerciali non fallibili. Una volta venuto meno il tabù dell'indisponibilità dell'obbligazione tributaria, appare, infatti, del tutto irragionevole restringere il campo della 'transabilità' del debito fiscale, obbligando gli esclusi, pur se insolventi, a far fronte integralmente ai propri debiti verso l'Erario"; partendo da tali premesse, GROSSI (*La riforma della legge fallimentare. Commento e formule della nuova disciplina delle procedure concorsuali e dell'amministrazione straordinaria*. Ed. Giuffrè 2006, 2284) e FERRO-ROVERONI (*Commento sub art. 182 ter l. f.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, ed. Cedam 2007, 1455) sollevano dubbi di incostituzionalità con riferimento all'art. 3 Cost., in quanto l'art. 182 *ter* l. f. concederebbe un beneficio agli imprenditori ai sensi dell'art. 1 l. f., in tal modo ingiustamente discriminando i contribuenti non imprenditori e i contribuenti imprenditori che non rispettino i requisiti previsti dall'art. 1 l. f..

³² DEL FEDERICO (*Commento ex art. 182 ter l. f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare, Commentario* diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, Zanichelli ed. 2007, 2565) precisa che, quindi, anche un semplice "stato di crisi" - e non necessariamente uno stato di insolvenza - comporta l'applicabilità dell'istituto della transazione fiscale. Secondo MATTEI (*La transazione*

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Evidentemente tale identità di presupposti - sia sul piano soggettivo, sia su quello oggettivo - è stata pensata al fine di non creare problematiche di disomogeneità nell'accesso alle varie procedure e soprattutto tra la transazione fiscale e le due "procedure" (concordato preventivo e accordi di ristrutturazione) nelle quali la stessa transazione fiscale - istituto che, come abbiamo visto, non ha carattere autonomo - si inserisce, diventandone parte.

3.1. Il contenuto della transazione fiscale

La proposta transattiva, inserita nel piano allegato alla domanda di concordato, può avere contenuto vario, prevedendo il sacrificio parziale di determinati crediti erariali. Tuttavia il pagamento in percentuale dei tributi amministrati alle agenzie fiscali, è subordinato alle seguenti condizioni, modulate in relazione alla natura del credito:

- se i crediti tributari sono assistiti 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;

- se i crediti tributari sono chirografari, è previsto che il trattamento non possa essere differenziato rispetto a quello di altri creditori similmente chirografari.

In ogni caso ed indipendentemente dalla natura del credito, le parti possono convenire una dilazione temporale nel pagamento.

La transazione fiscale (che non è obbligatoria per il debitore, essendo un sub-procedimento eventuale contemplato all'interno della procedura di concordato preventivo) si articola in tre momenti distinti:

fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti, in Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi, a cura di Vietti-Marotta-Di Marzio, Itaedizioni 2008, 287) "lo stato di crisi deve essere inteso come concetto di genere nel quale rientrano sia lo stato di insolvenza sia il c.d. pericolo di insolvenza (o insolvenza imminente)". In senso parzialmente contrario si è espresso FICARI (Prime impressioni su 'transazione' fiscale e 'ristrutturazione' dei debiti fiscali, in Profili della nuova legge fallimentare, a cura di Carlo Ibba, ed, Giappichelli 2009, 141), secondo il quale "la transazione fiscale presuppone uno 'stato di crisi' che non coincide con lo stato di insolvenza fallimentare e che ricorre ogniqualvolta il contribuente non sia stato in grado di assolvere al tempestivo adempimento delle obbligazioni (anche) tributarie ed il suo patrimonio non possa costituire oggetto di fruttuosa aggressione, ma conservi, invece, capacità produttiva tale da far sopravvivere l'impresa laddove l'esposizione venisse ristrutturata; la transazione ha, quindi, un molo di risanamento".

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 15/2016

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

1. il debitore, "contestualmente" al deposito del piano in tribunale, deve consegnare domanda di transazione sia al competente Concessionario per la riscossione, sia all'Agenzia fiscale competente; la domanda di transazione deve essere corredata dalla documentazione prevista dalla norma in commento al fine di *consentire* in consolidamento del debito fiscale e di consentire al Concessionario ed al dirigente dell'ufficio la valutazione del rispetto della regola di trattamento non deteriore prevista dall'art. 182 *bis*;

2. al fine della quantificazione e del consolidamento dei crediti delle agenzie fiscali, non oltre trenta giorni dalla data della presentazione, il Concessionario deve trasmettere al debitore una certificazione attestante l'entità del debito iscritto a ruolo scaduto o sospeso, mentre l'ufficio deve procedere alla liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni, notificando i relativi avvisi di irregolarità. Dopo l'emissione del decreto di apertura della procedura di concordato preventivo, copia dell'avviso di irregolarità e delle certificazioni devono essere trasmessi al commissario giudiziale per la verifica degli importi e la rettifica degli elenchi depositati con la domanda;

3. l'adesione o il diniego alla proposta di concordato varia a seconda dell'iscrizione, o meno, a ruolo dei tributi:

- per i tributi non ancora iscritti a ruolo, ovvero non ancora consegnati al Concessionario, l'adesione o il diniego alla proposta di concordato è approvata con atto del direttore dell'ufficio fiscale, previo analogo parere della competente direzione regionale e deve essere espresso mediante voto in sede di adunanza dei creditori;

- per i tributi iscritti a ruolo e già consegnati al Concessionario, quest'ultimo provvede ad esprimere il voto in sede di adunanza dei creditori, su indicazione del direttore dell'ufficio, previo conforme parere della competente direzione regionale.

L'espressione del voto non comporta rinuncia ai diritti di prelazione derivanti da privilegio, pegno o ipoteca.

4. I tributi oggetto di transazione

E' pacifico che l'accordo con il Fisco e con gli Enti di gestione di forme di previdenza ed assistenza obbligatorie possa avere **contenuto** remissorio e/o dilatorio; in questo senso, infatti, il nuovo d. l. n. 185/2008 ha espressamente specificato che il pagamento può essere "*parziale o anche dilazionato*".

In sostanza, il Fisco deve di volta in volta valutare se transigere e, in caso di risposta affermativa, a quali condizioni; in altre parole, l'Ufficio potrà accettare l'istanza

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

nei tempi e nel *quantum* proposti dall'imprenditore in crisi, oppure potrà controproporre delle modifiche ai termini e/o all'ammontare o, ancora, condizionare la propria accettazione alla prestazione di una garanzia da parte del debitore³³.

L'art. 182 *ter* l. f., nella versione vigente, prevede che possono formare oggetto di transazione fiscale, mediante la proposta di pagamento, parziale o dilazionato, i tributi amministrati dalle agenzie fiscali ed i relativi accessori, nonché i contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie ed i relativi accessori, ad eccezione dei tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea.

Si ritiene che possano formare oggetto di transazione i tributi gestiti³⁴ dalle Agenzie fiscali facenti capo al Ministero dell'Economia (*i.e.* Agenzia delle Entrate, Agenzia delle Dogane, Agenzia del Territorio, Agenzia del Demanio), con esclusione quindi dei tributi regionali e locali (imposta comunale sugli immobili, tassa per

³³ Secondo ROCCO (*I privilegi tributari e il riparto dell'insolvenza, tra interpretazione estensiva, eccesso di delega e transazione fiscale*, in *Dir. e prat. tribut.* n. 3/2010, 511) "*ci si è posti il problema se la transazione debba riguardare globalmente tutti i debiti fiscali ammissibili oppure se possa essere circoscritta a quei debiti che sia l'Agenzia sia il contribuente ritengono opportuno definire. A tal fine si ritiene che sarà il debitore a stabilire il campo d'azione; potrà dunque decidere di includere taluni debiti e di escluderne altri. Ciò ovviamente non comporta il dissolvimento del debito escluso, ma soltanto scatteranno le normali regole della l. fall.. Più precisamente il 6° comma dell'art. 180 l. fall., prevede per i debiti contestati, in relazione all'importo o alla garanzia, un obbligo di accantonamento di somme secondo le condizioni stabilite dal tribunale. E' ovvio che tale obbligo di accantonamento inciderà sull'attivo disponibile per il concordato, ma può verificarsi anche l'ipotesi inversa per cui può accadere che eventuali pagamenti provvisori effettuati in pendenza del giudizio fiscale debbano essere poi restituiti al contribuente nel caso di esito favorevole del contenzioso. Quindi un tributo può essere iscritto tanto nell'attivo concordatario disponibile o 'recuperabile' tanto nel passivo per la parte non ancora pagata, scattando nel caso di 'sopravvenienza' di crediti, l'istituto della compensazione ex art. 56 l. fall., che favorirebbe l'Amministrazione, salvo patto contrario*".

³⁴ PALUCHOWSKI (*Commento all'art. 182 ter l. f.*, in Pajardi, *Codice del Fallimento*, a cura di Bocchiola e Paluchowski, ed. Giuffrè 2009,1796), al riguardo precisa che "*la nozione di amministrazione dei tributi fa riferimento alla competenza amministrativa a gestire il tributo, a nulla rilevando né la spettanza del gettito, né la potestà impositiva. (...) Per effetto di ciò sono ricompresi nei tributi transigibili quelli amministrati dall'Agenzia delle Entrate, che pur danno luogo ad un gettito non erariale (quali Irap, tasse automobilistiche, addizionali regionali e comunali), mentre restano esclusi i tributi propri degli enti locali (Ici, Tosap, Tarsu), imposta comunale sulla pubblicità e diritto sulle pubbliche affissioni*".

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

l'occupazione di spazi ed aree pubbliche, tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, imposta comunale di pubblicità e diritto sulle pubbliche affissioni)³⁵ e di quelle entrate pubbliche che, pur gestite dalle Agenzie fiscali, non hanno tuttavia natura tributaria³⁶.

L'art. 182 *ter* l. f. esclude altresì espressamente i tributi costituenti risorse proprie della Comunità Europea³⁷, quali ad esempio i dazi doganali di fonte comunitaria ed i prelievi agricoli.

L'Agenzia delle Entrate³⁸ ha escluso dalla transazione fiscale anche i crediti relativi a recuperi di aiuti di Stato dichiarati incompatibili con il mercato comune.

³⁵ In questo senso, DI TANNO, Le modalità di negoziazione della transazione sui debiti fiscali, contributivi e previdenziali: l'intervento del d.l. n. 185/2008, ed. Paradigma, Milano 17 giugno 2009; LO CASCIO, Codice commentato del fallimento, Disciplina comunitaria e transfrontaliera. Disciplina tributaria. Diretto da Lo Cascio, ed Ipsoa 2008, 1631; DEMARCHI - GIACOMAZZI, Le procedure concorsuali. Guida operativa interdisciplinare. Ed. Giuffrè 2008, 486; MATTEI, La transazione fiscale nel *concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi*, a cura di Vietti-Marotta-Di Marzio, Itaedizioni 2008, 300; FERRO-ROVERONI, *Commento sub art. 182 ter l. f.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, ed. Cedam 2007, 1445.

³⁶ Secondo DEL FEDERICO (*Commento ex art. 182 ter l. f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, Zanichelli ed. 2007, 2567) un caso emblematico al riguardo è rappresentato dai canoni demaniali che, seppur amministrati dall'Agenzia del Demanio, hanno tuttavia natura patrimoniale e non tributaria e, quindi, sono esclusi dalla transazione fiscale.

Anche secondo l'Agenzia delle Entrate (circolare n. 40/E del 18 aprile 2008) "*rientrano nella transazione fiscale unicamente i crediti tributari, con esclusione, quindi, delle altre entrate di natura non tributaria (...). Nelle ipotesi, peraltro, che il piano di concordato preventivo o la proposta di accordo di ristrutturazione preveda una falcidia dei crediti non tributari, è necessario che gli Uffici valutino attentamente la natura del credito, al fine di verificare l'effettiva sussistenza del potere di disporre la remissione parziale del credito stesso. E' da ritenere inammissibile, ad esempio, una riduzione del credito avente ad oggetto somme dovute a seguito di una sentenza di condanna per danno erariale*".

³⁷ Tali tributi sono identificati dall'art. 2, decisione Consiglio 2000/597/CEE Euratom del 29 settembre 2000. Si tratta di dazi doganali, prelievi agricoli, CECA e altri diritti sugli scambi, della percentuale dell'Iva e di una quota del Pil degli Stati membri.

³⁸ La circolare n. 40/E del 18 aprile 2008 è arrivata a tale conclusione sulla scorta di quanto previsto dalla Comunicazione della Commissione europea n. 2007/C-207/05 del 15 novembre 2007, la quale, al punto 67, prevede che "*lo Stato membro non può rinunciare parzialmente alla sua richiesta di recupero né può accettare qualsiasi altra soluzione che non porti alla cessazione immediata dell'attività del beneficiario. In assenza di un rimborso integrale e*

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Sulla scorta dell'art 182 *ter* l. f. e alla luce delle esclusioni sopra menzionate, si ritiene³⁹ quindi che rientrino tra i tributi assoggettabili a transazione fiscale: Irpeg, Irpef, Ires, con le relative addizionali ed imposte sostitutive, Irap⁴⁰, Iva⁴¹, imposta di registro, imposte ipotecaria e catastale, imposta di bollo, imposte sulle successioni e donazioni, imposta sugli intrattenimenti, tasse automobilistiche, tasse sui contratti di borsa, canone di abbonamento alla televisione, imposte demaniali⁴², dazi di importazione e di

immediato dell'aiuto illegittimo e incompatibile, le autorità responsabili dell'esecuzione della decisione dovrebbero prendere tutti i provvedimenti disponibili per opporsi all'adozione di un piano di continuazione e dovrebbero insistere sulla cessazione dell'attività del beneficiario entro il termine fissato nella decisione di recupero".

³⁹ LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento, Disciplina comunitaria e transfrontaliera. Disciplina tributaria*. Diretto da Lo Cascio, ed. Ipsoa 2008, 1631; DEMARCHI-GIACOMAZZI, *Le procedure concorsuali. Guida operativa interdisciplinare*. Ed. Giuffrè 2008, 488; MATTEI, *La transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi*, a cura di Vietti-Marotta-Di Marzio, Itaedizioni 2008, 300; GROSSI, *La riforma della legge fallimentare. Commento e formule della nuova disciplina delle procedure concorsuali e dell'amministrazione straordinaria*. Ed. Giuffrè 2006, 2288; FERRO-ROVERONI, *Commento sub art. 182 ter, l. f.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, ed. Cedam 2007, 1445; MAGNANI, *La transazione fiscale*, in *Il diritto fallimentare riformato*, Commentario sistematico a cura di Schiano Di Pepe, ed. Cedam 2007, 682.

⁴⁰ Riguardo all'Irap, PISELLI (*Concordato e transazione fiscale*, in www.ilcaso.it, 14 marzo 2009, Sezione II - Dottrina, opinioni e interventi, documento n. 143) ritiene che il tributo in discorso potrà considerarsi rientrare nell'oggetto della transazione fiscale "anche quando saranno attuate le disposizioni dell'art. 1, commi 43 e ss. della legge finanziaria per il 2008, che dovrebbero portare a configurare l'Irap come un tributo regionale con funzioni di accertamento, liquidazione e riscossione affidate all'Agenzia delle Entrate"; secondo MAFFEI ALBERTI (*Commento all'art. 182ter l. f.*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, ed. Cedam 2009, 1087) "nel nuovo istituto si prescinde dalla tipologia di gettito cosicché può essere annoverata tra i tributi transabili anche l'Irap, in quanto, pur dando luogo ad un gettito non erariale (bensì regionale), è amministrata dall'Agenzia delle Entrate". In giurisprudenza, secondo Tribunale Milano, 16 aprile 2008 (in www.ilcaso.it) "la norma, facendo riferimento ai 'tributi amministrati dalle agenzie fiscali' consente che siano oggetto della transazione non solo i tributi di esclusiva spettanza dello Stato, ma anche quelli, come l'Irap, che pur non essendo di spettanza dello Stato, è da questo amministrata".

⁴¹ L'Iva è transigibile con le limitazioni che verranno approfondite *infra*.

⁴² Non sono tuttavia transigibili i canoni demaniali che non configurino un'obbligazione tributaria, ma un'entrata conseguente alla gestione del patrimonio; in questo senso PALUCHOWSKI, *Commento all'art. 182 ter l. f.*, in Pajardi, *Codice del Fallimento*, a cura di Bocchiola e Paluchowski, ed. Giuffrè 2009, 1796.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

esportazione, imposte di fabbricazione e di consumo, le tasse ipotecarie e l'imposta di bollo di competenza dell'Agenzia del Territorio.

Inoltre si ritiene⁴³ che l'accordo transattivo possa riguardare sia i periodi di imposta ancora accertabili, sia quelli non più accertabili a causa dello spirare dei termini di decadenza per l'esercizio del relativo potere da parte dell'Amministrazione finanziaria.

Con riferimento, poi, agli **accessori dei tributi transigibili**, in generale si ritiene⁴⁴ che possano formare oggetto di transazione fiscale gli interessi, le indennità di mora e le sanzioni pecuniarie non penali.

In particolare, per quanto riguarda gli interessi *nulla quaestio*.

Invece, con specifico riferimento alle indennità di mora, occorre considerare come le stesse siano ora sostituite dalle spese di esecuzione spettanti all'agente della riscossione *ex art. 17 d. lgs n. 112/1999*; in ogni caso, a parte tale precisazione, non sembra possa esservi dubbio⁴⁵ che anch'esse costituiscano un accessorio del tributo e, come tale, rientrino nella transazione fiscale.

In termini più complessi si presenta, al contrario, la questione dell'applicabilità della transazione fiscale alle sanzioni pecuniarie che, molto spesso, sono costituite da importi di notevole entità e, quindi, rappresentano una buona parte dell'esposizione debitoria dell'imprenditore in crisi.

Al riguardo, nonostante qualche voce contraria⁴⁶, generalmente si ritiene che,

⁴³ LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento, Disciplina comunitaria e transfrontaliera. Disciplina tributaria*. Diretto da Lo Cascio, ed Ipsoa 2008, 1631.

⁴⁴ In questo senso si è espressa l'Agenzia delle Entrate con la circolare 40/E del 18 aprile 2008 e la Direzione regionale delle Entrate dell'Emilia Romagna, nota protocollo 6579/2008; in dottrina, DEMARCHI-GIACOMAZZI, *Le procedure concorsuali. Guida operativa interdisciplinare*. Ed. Giuffrè 2008, 487; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, ed. Giuffrè 2008, 973. Pone dei dubbi ZANICHELLI, *La transazione fiscale*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 2/2012, 146 per il quale le sanzioni a rigore non sono accessori al tributo.

⁴⁵ DEL FEDERICO, *La transazione fiscale: l'intervento del D.L. n. 185/2008*, in *Atti del convegno "Il risanamento delle imprese in crisi e la ristrutturazione del debito"*, Milano, 21-22 aprile 2009.

⁴⁶ Nel senso che non rientrerebbero nella transazione fiscale le sanzioni pecuniarie, in quanto aventi carattere afflittivo e quindi non partecipanti della natura del tributo, FERRO-ROVERONI, *Commento sub art. 182 ter l. f.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, ed. Cedam 2007, 1445; MAGNANI, *La transazione fiscale*, in *Il diritto*

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

sebbene alle sanzioni pecuniarie sia comunemente da attribuirsi un'accezione punitiva, le stesse - dato il riferimento ampio e atecnico dell'art. 182 *ter* l. f. alla categoria degli "accessori" - possano essere considerate transigimi⁴⁷.

4.1. I crediti previdenziali

Prima della recente riforma adottata con il d. l. n. 185/2008, i contributi amministrati dagli **enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie** non rientravano espressamente nell'oggetto della transazione.

Si tratta, in particolare, dei crediti per contributi previdenziali ai quali la legge - e, in specie, gli artt. 2753 e 2754 c. c. - attribuisce un privilegio generale sui mobili e la cui causa, in considerazione della quale è accordato il predetto privilegio, "*va individuata nell'interesse pubblico al reperimento ed alla conservazione delle fonti di finanziamento della previdenza sociale, fine che, invece, non sono diretti a tutelare i rapporti di assicurazione privata*"⁴⁸; restano quindi esclusi dal predetto privilegio i contributi, non versati dal datore di lavoro, dovuti non *ex lege*, bensì sulla base della contrattazione collettiva⁴⁹.

fallimentare riformato, Commentario sistematico a cura di Schiano Di Pepe, ed. Cedam 2007, 682.

⁴⁷ In tal senso DEL FEDERICO (*Commento ex art. 182 ter l.f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, Zanichelli ed. 2007, 2568; *La transazione fiscale: l'intervento del D.L. n. 185/2008*, in *Atti del convegno "Il risanamento delle imprese in crisi e la ristrutturazione del debito"*, Milano, 21-22 aprile 2009), secondo il quale "*le sanzioni pecuniarie, soprattutto nell'ottica punitiva che permea l'attuale sistema dell'illecito amministrativo tributario, non possono essere configurate, stricto sensu, come accessori del tributo. Tuttavia, in sintonia con la ratio complessiva della transazione fiscale, parrebbe ragionevole sostenere la portata atecnica - dal punto di vista tributario - della formulazione dell'art. 182 ter, tanto da consentire di concepire il riferimento agli accessori in termini ampi e omnicomprendivi, ispirati più alla logica assorbente delle competenze gestorie delle agenzie fiscali, che non dalla connotazione oggettiva delle pretese*".

⁴⁸ Cass. Civ., 23 dicembre 1998, n. 12821, in *Giust. Civ. mass.* 1998, 2645; nello stesso senso, *ex multis*, Cass. Civ., 11 luglio 2006, n. 15676, in *Giust. Civ. mass.* 2006, 7-8; Tribunale Milano, 24 gennaio 2007, in *Il merito* 2007, 7-8, 48.

⁴⁹ Quali sono, ad esempio, i crediti per contributi previdenziali ed assicurativi dovuti alle Casse Edili e al Fondo Mario Negri. Dubbi peraltro sussistono [in senso favorevole all'inclusione, Tribunale Milano, 20 gennaio 2009 (Fondo Mario Negri c. Fall. Starlink Italia S.p.A., inedita); Tribunale Milano, 23 ottobre 2003, in *Fallimento* 2004, 454. *Contra*, Tribunale Milano, 20 gennaio 2009 (Fondo Mario Negri c. Fall. Bei Beni Immobili Italia S.r.l., inedita); Tribunale Milano, 14 ottobre 2008 (Fondo Negri c. Fall. Selecta Contract S.r.l., inedita)] in merito

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 15/2016

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

L'art. 2753 c.c. stabilisce che hanno privilegio generale - che l'art. 2778 n. 1) c.c. colloca al primo grado e ai quali l'art. 2776, comma secondo c.c. attribuisce collocazione sussidiaria sul prezzo degli immobili -, sui mobili del datore di lavoro, i crediti derivanti dal mancato versamento dei contributi a istituti, enti o fondi speciali, compresi quelli sostitutivi o integrativi, che gestiscono forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti.

L'art. 2754 c.c. attribuisce il medesimo privilegio generale - che l'art. 2778 n. 8) c.c. colloca al grado ottavo -, sui mobili del datore di lavoro, ai crediti per i contributi dovuti a istituti ed enti per forme di tutela previdenziale e assistenziale diverse da quelle indicate nell'art. 2753 c.c., nonché agli accessori, limitatamente al 50% del loro ammontare, relativi sia a tali crediti che a quelli indicati nell'art. 2753 c.c..

Tra gli accessori dei contributi previdenziali rientrano sicuramente le sanzioni, dovute dai soggetti che non provvedono, entro il termine stabilito, al pagamento di detti contributi, ovvero vi provvedono in ritardo o in misura inferiore a quella dovuta, nonché gli interessi⁵⁰; sono invece escluse dalla prelazione le spese incontrate dagli enti per ottenere il titolo esecutivo, che non sono assistite da alcun privilegio, mentre le spese giudiziali per l'intervento nel processo di esecuzione, ai sensi dell'art. 2749 c.c., godono del privilegio *ex art. 2754 c.c.*, e le spese di giustizia maturate nell'interesse comune dei creditori godono del privilegio *ex art. 2755 c.c.*

I soggetti passivi dei predetti privilegi sono pacificamente i datori di lavoro per i crediti nascenti dall'omissione dei contributi dovuti per i propri dipendenti; tale legittimazione passiva è stata estesa dalla giurisprudenza a tutti i soggetti tenuti al versamento dei contributi previdenziali obbligatori, senza alcuna distinzione in base alla natura subordinata o autonoma del rapporto di lavoro⁵¹.

all'inclusione tra gli enti titolari dei crediti, *ex art. 2753 c.c.* del Fondo Mario Negri, ossia dell'ente che eroga i trattamenti previdenziali complementari alle assicurazioni sociali obbligatorie in favore dei dirigenti dipendenti dalle aziende commerciali di spedizione e trasporto.

⁵⁰ Gli interessi rientrano negli accessori dei crediti previdenziali *ex art. 2754 c.c.* in virtù dell'applicabilità dell'art. 2749 c.c., che estende il privilegio accordato al credito agli interessi dovuti per l'anno in corso e per quello precedente, come statuito dalla sentenza della Corte Costituzionale, 28 maggio 2001 n. 162, in *Giur. cost.* 2001, 3.

⁵¹ In questo senso, *ex multis*, Corte Cost., 28 novembre 1990, n. 526, in *Giust. Civ.* 1991, I, 3, 2235; Cass. Civ., 23 dicembre 1994 n. 11115, in *Giust. Civ. mass.* 1994, 12; Cass. Civ., 5 febbraio 1993 n. 1435, in *Giust. Civ. mass.* 1993, 244.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Destinatari dei privilegi in esame sono gli enti che gestiscono l'assicurazione e non, invece, i lavoratori, che vengono già tutelati dall'art. 2751 *bis* n. 1 c.c. per i danni conseguenti alla mancata corresponsione, da parte del datore di lavoro, dei contributi previdenziali e assicurativi obbligatori.

Sicuramente tra gli enti gestori titolari dei crediti privilegiati *ex art.* 2753 c.c. rientra l'Inps, che normalmente gestisce i crediti per contributi dovuti per l'assicurazione obbligatoria per invalidità, inabilità, vecchiaia e superstiti; mentre tra quelli titolari dei crediti *ex art.* 2754 c.c.⁵² si annovera l'Inail, che gestisce l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e per malattie professionali.

Tra gli enti titolari dei crediti privilegiati *ex art.* 2754 c.c. rientrano tutti quelli che gestiscono forme di previdenza e assistenza obbligatorie che trovano la loro causa nei contributi dovuti per le varie forme di assicurazioni sociali diverse da quelle indicate nell'art. 2753 c.c. e, quindi, quelle relative alle malattie, alla tubercolosi, alla disoccupazione involontaria, alla maternità, alla cassa integrazione guadagni, alla cassa per il trattamento di richiamo alle armi degli impiegati privati, al fondo integrazione per le assicurazioni sociali, al fondo di solidarietà civile, alla cassa unica per gli assegni familiari, gestite dall'Inps o affidate ad altri enti, quali l'Inadel, l'Enaoli, la Cnaiaf, l'Enasarco, l'Enpals, etc...

Da più parti era stato auspicato che i contributi previdenziali ed assistenziali in esame venissero inclusi nella transazione fiscale, anche sulla base della considerazione che, sovente, i crediti degli Enti pubblici previdenziali costituiscono una buona parte dell'esposizione debitoria dell'imprenditore in stato di crisi⁵³.

Aderendo proprio a tali istanze, l'art. 32, comma 5 lettera a) del d. l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n.

⁵² Tuttavia occorre considerare che l'art. 4 n. 3 del d.l. 9 ottobre 1989, n. 338 (convertito dalla legge 7 dicembre 1989, n. 389) ha disposto che "*i crediti per premi dovuti all'Inail di cui al n. 8 del comma 1 dell'art. 2778 c.c. sono collocati, per l'intero ammontare, tra quelli indicati al n. 1 del comma 1 del predetto articolo*". A tali crediti non viene invece attribuita la collocazione sussidiaria sui beni immobili *ex art.* 2776, secondo comma c.c..

⁵³ Prima della recente riforma, FERRO-ROVERONI (in *Commento sub art. 182 ter l. f. in La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, ed. Cedam 2007, 1445) ritenevano invece espressamente di escludere dalla transazione fiscale "*i debiti per contributi previdenziali ed assistenziali, amministrati dagli istituti di tutela previdenziale e per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e pur tuttavia consegnati al concessionario per la riscossione*".

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

2, ha introdotto nell'art. 182 *ter* l. f., con effetto dal 29 novembre 2008, l'inciso "*nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e dei relativi accessori*", con ciò espressamente permettendo anche agli Enti di previdenza e assistenza obbligatorie di accedere alla transazione fiscale.

Al riguardo va precisato che, mentre *l'iter* per raggiungere l'accordo con l'Erario viene disciplinato dall'art. 182 *ter* l. f., per gli Enti di previdenza e assistenza l'art. 32 d. l. 185/2008 rinviava ad un procedimento da adottarsi con un regolamento interministeriale.

Con il decreto del 4 agosto 2009, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 251 del 28 ottobre 2009, il Ministro del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, ha difatto dato attuazione alla disposizione contenuta nel citato art 32 d. l. 185/2008.

Diversamente dalle previsioni, detto decreto non stabilisce *l'iter* per raggiungere l'accordo relativamente ai crediti contributivi, sebbene prescriva tuttavia una serie di elementi applicativi, utili per determinare l'oggetto della proposta e le modalità di trattamento dei crediti degli Enti gestori. - In particolare all'art. 3 del DM vengono previste le seguenti limitazioni: "*1. La proposta di pagamento parziale per i crediti privilegiati di cui al n. 1) del primo comma dell'art. 2778 c.c. e per i crediti per premi non può essere inferiore al cento per cento e per i crediti privilegiati di cui al n. 8) del primo comma dell'art. 2778 c.c. non può essere inferiore al quaranta per cento. 2. La proposta di pagamento parziale per i crediti di natura chirografaria non può essere inferiore al trenta per cento. 3. La proposta di pagamento dilazionato non può essere superiore a sessanta rate mensili con applicazione degli interessi al tasso legale, nel tempo, vigente*"⁵⁴.

⁵⁴ Secondo ZANICHELLI, *La Transazione fiscale*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* n. 2/2012, 159, le limitazioni previste dal DM all'art. 3 risultano sorprendenti: afferma infatti che "*prescindendo dai possibili rilievi sulla legittimità di tali limiti (...) ciò che emerge con evidenza è non solo la ritrosia dell'Amministrazione ad adeguarsi alla ratio che ha dettato l'intervento legislativo, essendo indubbia la scarsa appetibilità della transazione contributiva, tenuto conto che ben pochi sono i crediti non soggetti a limitazione, ma soprattutto il trattamento più severo riservato a tali crediti rispetto a quelli tributari per i quali (con l'eccezione dell'IVA e dei tributi consistenti in risorse proprie della comunità europea) non sono dettate limitazioni che non siano connesse al trattamento degli altri crediti. Ma un'ulteriore e grave conseguenza comporta la disciplina in esame in quanto trascina verso l'alto il trattamento dei crediti tributari che, come detto, non può essere inferiore a determinati parametri se paragonato a quello dei crediti ordinari allorquando vi sia la divisione dei*

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

In particolare, per quanto riguarda l'oggetto della proposta da rivolgersi a detti Enti, il decreto interministeriale stabilisce che i crediti per contributi, premi ed accessori di legge che possono essere ricompresi nella proposta di accordo *ex art. 182 ter l. f.* sono i crediti privilegiati, i crediti chirografari ed i crediti iscritti a ruolo e quelli non ancora iscritti a ruolo⁵⁵.

Sono invece esclusi i crediti oggetto di cartolarizzazione *ex art. 13 l. 448/1998* (si tratta di determinati crediti Inps ceduti a società per azioni aventi per oggetto esclusivo l'acquisto e la cartolarizzazione di tali crediti) ed i crediti dovuti in esecuzione delle decisioni assunte dagli organi comunitari in materia di aiuti di Stato⁵⁶.

Il decreto interministeriale in esame stabilisce anche le modalità di trattamento dei crediti previdenziali ed assistenziali ed i criteri specifici ai quali gli enti stessi si devono attenere nel valutare la proposta; modalità e criteri, questi, che verranno esaminati *infra*, insieme con le modalità di trattamento e con i criteri di valutazione relativi ai crediti tributari.

4.2 La questione dell'imposta sul valore aggiunto

Fino al recente intervento normativo adottato con il d. l. n. 185/2008, erano sorti numerosi dubbi in ordine all'assoggettabilità o meno a transazione dell'imposta sul

*creditori in classi: basti pensare ai crediti fiscali chirografari per i quali, in presenza di crediti contributivi di pari qualifica necessariamente soddisfatti nella percentuale non minore del trenta per cento, la proposta non potrà riservare un trattamento peggiore". L'Autore peraltro paventa la possibile illegittimità dell'atto regolamentare amministrativo per l'esorbitanza dalla delega con conseguente eventuale disapplicazione ad opera del giudice ordinario. Dello stesso parere anche DEL FEDERICO, *La Corte di Cassazione inquadra la transazione fiscale nel sistema delle procedure concorsuali*, in *Rivista del diritto tributario*, 2012, 1, pt. II, 46, secondo cui "sono molteplici le disposizioni contra legem del DM. che, tra l'altro si spinge a porre limiti particolarmente elevati, ed inderogabili, non solo per i crediti previdenziali privilegiati, ma anche per quelli chirografari, vietando dilazioni superiori a sessanta rate mensili, imponendo tasso legale ecc. (art. 3)".*

⁵⁵ Per quanto riguarda i crediti nei confronti dell'Inail, quest'ultima (Circolare Inail - Direzione Generale - Direzione Centrale Rischi n. 8 del 26 febbraio 2010) ha precisato che "oggetto della proposta di accordo possono essere i crediti per premi assicurativi ed accessori, intendendosi con tale termine le sanzioni civili e gli interessi".

⁵⁶ L'Inail (Circolare Inail - Direzione Generale - Direzione Centrale Rischi n. 8 del 26 febbraio 2010) ha precisato che "per quanto riguarda l'Inail, i crediti 'cartolarizzati' possono essere compresi nella proposta, in quanto a seguito della chiusura dell'operazione di cartolarizzazione di cui alla legge 23 dicembre 1999, n. 488, i crediti sono stati retrocessi all'Istituto".

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

valore aggiunto.

Le incertezze nascevano dal fatto che, siccome una quota dell'Iva riscossa da ogni Stato membro deve essere versata all'Unione europea, tale circostanza sembrava contrastare con la previsione dell'art. 182 *ter* l. f. che, come si è visto, esclude dalla transazione fiscale i tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea⁵⁷.

Al riguardo, già prima del recente intervento legislativo, sia la dottrina dominante⁵⁸ che la giurisprudenza maggioritaria⁵⁹ si erano schierate per la transigibilità

⁵⁷ Analogo discorso può essere fatto con riferimento al contributo imposto ai singoli Stati in percentuale del Prodotto Nazionale Lordo da versarsi a favore dell'Unione Europea.

⁵⁸ DEMARCHI - GIACOMAZZI, *Le procedure concorsuali. Guida operativa interdisciplinare*, ed. Giuffrè, 2008, 487; FERRO - ROVERONI, *Commento sub art. 182 ter l. f.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico - pratico*, a cura di Ferro, ed Cedam, 2007, 1444; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, ed. Giuffrè, 2008, 973; DEL FEDERICO, *La nuova transazione fiscale secondo il Tribunale di Milano: dal particolarismo tributario alla collocazione endoconcorsuale*, in *Fallimento* n. 3/2008, 343; MATTEI, *La transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi* a cura di Vietti - Marotta - Di Marzio, Itaedizioni, 2008, 300; MAGNANI, *La transazione fiscale*, in *Il diritto fallimentare riformato. Commentario sistematico* a cura di Schiano Di Pepe, ed. Cedam, 2007, 682.

⁵⁹ CA Brescia, 7 ottobre 2009 (in www.ilcaso.it), che, pur essendosi pronunciata quando l'attuale testo dell'art. 182 *ter* era già in vigore, decidendo sulla base della previgente formulazione, essendo il d. l. n. 185/2008, convertito con l. 2/2009, entrato in vigore successivamente all'adunanza dei creditori, ritiene che l'Iva non può qualificarsi quale tributo costituente risorsa propria della UE; Tribunale Pescara, 2 dicembre 2008, in www.ilcaso.it; Tribunale Pavia, 8 ottobre 2008, in www.ilcaso.it, secondo cui "l'Iva comunitaria non è calcolata sul riscosso Iva nazionale così che la rinuncia della riscossione di parte dell'imposta sul valore aggiunto è rinuncia propria dello Stato italiano senza nessuna incidenza diretta o indiretta sul sistema di finanziamento comunitario"; Tribunale Milano, 16 aprile 2008, in www.ilcaso.it; Tribunale Milano, 25 ottobre - 13 dicembre 2007, n. 13728, in *Fallimento* n. 3/2008, 333, secondo cui "l'imponibile Iva di uno Stato membro della Comunità Europea è solo il parametro cui applicare un'aliquota concordata da tutti i paesi membri ... (parametro) che prescinde dalla riscossione dell'imposta dovuta dal singolo contribuente italiano e, quindi, qualunque sia la percentuale di pagamento del credito Iva proposta dal ricorrente nella transazione fiscale ex art. 182 *ter* l. f., essa non modificherà mai l'imponibile nazionale su cui calcolare la risorsa spettante alla Cee. Conseguentemente l'Iva, quale imposta nazionale amministrata dalle Agenzie Fiscali, non rientra tra le risorse proprie dell'Unione Europea; da ciò discende che l'Iva può essere oggetto di transazione fiscale ex art. 182 *ter* e, quindi, di pattizia previsione di pagamento percentuale"; *contra*, Tribunale Piacenza, 1° luglio 2008, in www.ilcaso.it, secondo cui "devono escludersi dalle ipotesi di transazione fiscale anche le somme dovute all'erario a titolo di Iva, in quanto l'ottavo considerando della Direttiva Cee del 28 novembre 2006, n. 112

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

dell'Iva, sulla base del presupposto che all'Unione europea non spetta l'Iva in sé e per sé considerata, bensì un'aliquota - uguale per tutti i Paesi membri - calcolata sulla base imponibile, ma che prescinde dall'imposta in concreto versata dal singolo contribuente.

Nello stesso senso, anche il Parlamento Europeo⁶⁰ aveva espressamente sottolineato che *"un sistema nel quale il 70% circa delle entrate dell'Unione non deriva da risorse proprie, ma proviene direttamente da bilanci nazionali attraverso la risorsa RNL e in misura del 15% da una risorsa come la percentuale sull'aliquota Iva che, viste le sue modalità di determinazione non può considerarsi a tutti gli effetti una risorsa propria dell'Unione, diverge dallo spirito e la lettera del trattato di Roma"*.

L'Amministrazione finanziaria⁶¹ aveva invece prudenzialmente esortato gli Uffici ad escludere l'Iva dai crediti transigibili (*"fino a nuove disposizioni"*), sulla base di quanto previsto dalla Direttiva CEE del 28 novembre 2006 n. 112⁶² e in considerazione della mancanza di uniformità di opinioni sull'argomento in giurisprudenza.

Il d. l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009 n. 2, è intervenuto a risolvere la questione e, eliminando qualsiasi

("Direttiva CE del Consiglio relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto") afferma che 'in applicazione della decisione 2000/597/CE Euratom del Consiglio del 29 settembre 2000, relativa al sistema delle risorse proprie delle Comunità europee, il bilancio delle Comunità europee, salvo altre entrate, è integralmente finanziato da risorse proprie della Comunità. Dette risorse comprendono, tra l'altro, quelle provenienti dall'Iva' "

⁶⁰ Risoluzione del Parlamento Europeo del 29 marzo 2007 sul futuro delle risorse proprie dell'Unione Europea. Inoltre, nella conclusione, al n. 21, la medesima Risoluzione prende atto *"della proposta, avanzata dalla Finlandia nell'aprile 2004, di sostituire l'attuale sistema di finanziamento dell'Unione Europea, pur mantenendo le risorse proprie tradizionali, con un sistema basato sul RNL, che prenda le quote del RNL come base dei contributi degli Stati membri alle risorse proprie dell'Unione, abolisca la risorsa Iva nella sua forma attuale, dato che non è altro che una base matematica per il calcolo dei contributi nazionali (...)"*.

⁶¹ Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 40/E del 18 aprile 2008; Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale dell'Emilia Romagna, Prot. 6579/2008 del 7 febbraio 2008.

⁶² Come rilevato anche dalla citata decisione del Tribunale Piacenza, 1° luglio 2008, in www.ilcaso.it, l'ottavo considerando della Direttiva CEE n. 112/2006 infatti prevede che *"in applicazione della decisione 2000/597/CE, Euratom del Consiglio, del 29 settembre 2000, relativa al sistema delle risorse proprie delle Comunità europee, il bilancio delle Comunità europee, salvo altre entrate, è integralmente finanziato da risorse proprie delle Comunità. Dette risorse comprendono, tra l'altro, quelle provenienti dall'Iva, ottenute applicando un'aliquota comune ad una base imponibile determinata in modo uniforme e secondo regole comunitarie"*.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 15/2016

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

incertezza sul punto, ha aggiunto all'art. 182 *ter* l. f. l'inciso secondo il quale, "*con riguardo all'imposta sul valore aggiunto, la proposta può prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento*", escludendo in tal modo la possibilità di concedere una riduzione dei crediti Iva⁶³.

Il Tribunale di Verona, con ordinanza 10 aprile 2013, ha sollevato questioni di costituzionalità ritenendo che il disposto degli artt. 160 e 182 *ter* l. f. si ponga in contrasto: 1) con l'art. 97 Cost., "*poiché, conducendo alla declaratoria de plano di inammissibilità della proposta di concordato contenente una transazione fiscale che non preveda l'integrale pagamento dell'Iva, non consentirebbe all'A. F. di valutare, in concreto, la convenienza del piano che prospetta un grado di soddisfazione del credito tributario in misura pari al valore delle attività del debitore e non inferiore a quanto ricavabile dalla vendita in sede di liquidazione fallimentare, così ledendo il principio costituzionale del buon andamento della P. A. che obbliga la stessa a seguire criteri di economicità e di massimazione delle risorse*"; 2) con l'art. 3 Cost., deducendo che gli artt. 160 e 182 *ter* l. f. riserverebbero all'A. F. un trattamento deteriore rispetto agli altri creditori, non consentendole di poter accettare, in relazione al credito Iva, un pagamento inferiore all'importo del tributo, ma superiore a quanto ricavabile dalla liquidazione del patrimonio del debitore.

La Corte Costituzionale, con sentenza 25 luglio 2014, n. 2025, ha ritenuto infondate tali censure essendo non irragionevole, in base alle direttive comunitarie, la

⁶³ Al riguardo è interessante un provvedimento reso dal Tribunale di Roma (provvedimento di rigetto di opposizione nell'ambito di un procedimento di omologa, depositato il 23 marzo 2009, inedito) che prende ad esame un caso di *ius superveniens*, ponendo la questione dell'applicabilità del d. l. 29 novembre 2008, n. 185 ad una domanda di concordato preventivo contenente una richiesta di transazione fiscale, depositata il 21 aprile 2008. Sul punto il Tribunale ha concluso per l'inapplicabilità della nuova legge, stabilendo che "*se la proposta di transazione fiscale era invero ammissibile in base alla precedente disciplina non può essere sanzionata da profili di inammissibilità per l'entrata in vigore di una legge successiva sia alla presentazione del ricorso, sia alla presentazione della transazione fiscale, sia infine alla manifestazione di volontà dei creditori mediante l'espressione di voto: questo sembra un dato realmente insuperabile. Ragionando al contrario è evidente la lesione delle legittime aspettative del debitore, che pur rispettando la legge nelle modalità di presentazione della domanda di transazione fiscale, contestuale al ricorso per concordato, vede sanzionata la propria attività processuale da una norma inesistente al momento del deposito. (...) Trattasi, infatti, di norma innovativa e non interpretativa (...). Trattasi di norma a contenuto processuale, come sostenuto dall'Agenzia, rectius procedimentale, se pure con effetti sostanziali e, per questo, non retroattiva*".

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

norma che prevede il pagamento integrale del debito per IVA, dal momento che questo tributo è una norma propria della Comunità Europea, alla luce delle sentenze della Corte di Giustizia UE, emesse il 28 settembre 2006, l'11 dicembre 2008 e 17 novembre 2008.

La Corte così motiva la sua decisione: *(omissis)* «1.2.- Va premesso, altresì, che l'art. 182 ter, comma 1, della legge fallimentare - inserito dall'art. 146, comma 1, del d. lgs. n. 5 del 2006, sostituito dall'art. 32, comma 5, lettera a), del d. l. n. 185 del 2008, e, successivamente, modificato dall'art. 29, comma 2, lettera a), del d.l. n. 78 del 2010 - prevede, in base alla natura ed alle garanzie che assistono i crediti tributari e contributivi, una triplice delimitazione legale del contenuto della transazione fiscale.

In particolare: 1) i crediti tributari (o contributivi), "limitatamente alla quota di debito avente natura chirografaria", possono costituire oggetto di transazione fiscale remissoria (pagamento parziale) o dilatoria (pagamento dilazionato), con l'eccezione (prevista sin dalla prima introduzione dell'istituto) dei tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea, e purché il trattamento non sia 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; 2) per i crediti tributari (o contributivi) assistiti 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 e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie"; 3) con riguardo all'imposta sul valore aggiunto (ed alle ritenute operate e non versate) la proposta di transazione fiscale "può prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento".

(omissis) 3.1.- In tale quadro si colloca la novellata formulazione dell'art. 182 ter della legge fallimentare in materia di transazione fiscale, che, nel troncamento ogni dubbio sulla falcidiabilità del credito erariale per l'IVA, ha espressamente chiarito - come emerge dalla Relazione illustrativa al disegno di legge di conversione del d.l. n. 185 del 2008 - che la disposizione volta ad escludere il pagamento parziale dell'IVA in sede di concordato preventivo è scaturita dalla necessità di non contravvenire alla "normativa comunitaria che vieta allo Stato membro di disporre una rinuncia generale, indiscriminata e preventiva al diritto di procedere ad accertamento e verifica". Dai medesimi lavori preparatori si evince che il riferimento è ai principi contenuti nella direttiva del Consiglio 28 novembre 2006, 2006/112/CE, che ha operato la rifusione delle norme che costituiscono il sistema comune d'imposta sul valore aggiunto,

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

sostituendo, dal 1° gennaio 2007, gli artt. 2 e 22 della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 1977/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra d'affari.

(omissis) 6. Venendo all'esame delle singole censure, con la prima di esse viene affermato che il disposto degli artt. 160 e 182 ter della legge fallimentare si porrebbe in contrasto con l'art. 97, Cost., poiché, conducendo alla declaratoria de plano di inammissibilità della proposta di concordato contenente una transazione fiscale che non preveda l'integrale pagamento dell'IVA, non consentirebbe all'amministrazione finanziaria di valutare, in concreto, la convenienza del piano che prospetti un grado di soddisfazione del credito tributario in misura pari al valore delle attività del debitore e non inferiore a quanto ricavabile dalla vendita in sede di liquidazione fallimentare, così ledendo il principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione che obbliga la stessa a seguire criteri di economicità e di massimizzazione delle risorse.

Con la seconda censura, il rimettente lamenta la violazione dell'art. 3 Cost., deducendo che la disciplina impugnata riserverebbe all'amministrazione finanziaria un trattamento deteriore rispetto agli altri creditori privilegiati, non consentendole di poter accettare, in relazione al credito IVA, un pagamento inferiore all'importo del tributo ma superiore a quanto ricavabile dalla liquidazione del patrimonio del debitore.

6.1. (omissis) E' la natura dell'IVA quale "risorsa propria" dell'Unione europea a spiegare i vincoli per gli Stati membri nella gestione e riscossione dell'imposta, come pure l'inderogabilità della disciplina interna del tributo e, nella specie, la formulazione dell'art. 182 ter della legge fallimentare, che, in ossequio al principio dell'indisponibilità della pretesa tributaria all'infuori di specifica previsione normativa che ne preveda la rideterminazione, ha escluso la falcidiabilità del credito IVA in sede di transazione fiscale, consentendone soltanto la dilazione del pagamento.

(omissis) 6.2.- Tanto evidenziato, la questione riferita all'art. 97 Cost. non è fondata, non essendo, in relazione a tale parametro, ipotizzabile il contrasto con la disciplina della transazione fiscale, dedotto dal rimettente in base al presupposto che dall'inammissibilità de plano della proposta di concordato che preveda il pagamento parziale dell'IVA deriverebbe nocimento al buon andamento dell'attività dell'amministrazione finanziaria.

Infatti, la previsione legislativa della sola modalità dilatoria in riferimento alla transazione fiscale avente ad oggetto il credito IVA deve essere intesa come il limite massimo di espansione della procedura transattiva compatibile con il principio di

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

indisponibilità del tributo. E' pacifico, altresì, che la disciplina censurata ha formalizzato la soluzione accolta dalla giurisprudenza di legittimità e dalla normativa secondaria di settore già nel vigore della precedente formulazione dell'art. 182 ter della legge fallimentare, che escludeva dall'oggetto dell'accordo fiscale i tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea.

Giova infine sottolineare come il vulnus per i "criteri di economicità" e di massimizzazione "delle risorse" - che il giudice a quo pone in relazione all'impossibilità per l'amministrazione finanziaria di valutare, in concreto, la convenienza di un pagamento parziale dell'IVA che realizzi un grado di soddisfacimento del credito in misura non inferiore al valore della liquidazione fallimentare - sia smentito dalla ratio della vigente disciplina della transazione fiscale. La previsione di una deroga al principio di indisponibilità della pretesa tributaria normativamente circoscritta alla sola dilazione di pagamento dell'IVA non è irragionevole e si giustifica - sul piano prognostico - proprio per il persistere, in capo all'amministrazione finanziaria, della possibilità di riscuotere il tributo in futuro, con la contestuale approvazione di un piano di concordato idoneo a consentire il graduale superamento dello stato di crisi dell'impresa.

A nessuna delle tradizionali categorie di crediti privilegiati e chirografari è riconducibile il credito IVA, per il quale esiste una disciplina eccezionale attribuita di un "trattamento peculiare e inderogabile" (Corte di Cassazione, sez. civ., n. 22931 del 2011), che consentendo esclusivamente la transazione dilatoria è tesa ad assicurare il pagamento integrale di un'imposta assistita da un privilegio di grado postergato (qual'è appunto l'IVA), in deroga al principio dell'ordine legale delle cause di prelazione.

7.1. La questione, pertanto, non è fondata, non essendovi profili di intrinseca irragionevolezza nella disciplina dettata dal disposto degli artt. 160 e 182 ter della legge fallimentare, la quale, ai fini dell'ammissibilità del piano di concordato contenente una proposta di transazione fiscale, regola diversamente il credito erariale IVA, riservando ad esso un trattamento necessariamente differenziato non solo rispetto ai crediti privilegiati in generale, ma anche nei confronti degli altri crediti tributari assistiti da privilegio».

Decisione e motivazione sono condivise da App. Catanzaro sez. II, decr. 15 settembre 2014 (in Boll. Trib. n. 3, 2015, p. 213) che così ha statuito: "la natura dell'IVA quale risorsa propria dell'Unione europea spiega i vincoli esistenti per gli Stati membri nella gestione e riscossione di tale imposta, come pure l'inderogabilità della

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

disciplina interna del tributo e la formulazione dell'art. 182 ter del R. D. 16 marzo 1942, n. 267 (c.d. legge fallimentare), che, in ossequio al principio dell'indisponibilità della pretesa tributaria all'infuori di una specifica previsione normativa che ne preveda la rideterminazione, esclude la falcidiabilità del credito IVA in sede di transazione fiscale, consentendone soltanto la dilazione del pagamento, di modo che la previsione legislativa della sola modalità dilatoria in riferimento alla transazione fiscale avente ad oggetto il credito IVA deve essere intesa come il limite massimo di espansione della procedura transattiva compatibile con il principio di indisponibilità del tributo.

A nessuna delle tradizionali categorie di crediti privilegiati e chirografari è riconducibile il credito IVA, per il quale esiste una disciplina eccezionale attribuita di un trattamento peculiare e inderogabile, che consentendo esclusivamente la transazione dilatoria è tesa ad assicurare il pagamento integrale di un'imposta assistita da un privilegio di grado postergato, qual è appunto l'IVA, in deroga al principio dell'ordine legale delle cause di prelazione".

La pronuncia della Corte Cost. è però annotata criticamente dal prof. G. Andreani (in *Il Fisco*, n. 34/2014, p. 3398 e ss.) il quale ritiene che: "*a) i principi statuiti in tal sentenza non sembrano applicabili alla fattispecie in esame e sussistono comunque valide ragioni per derogare ad essi in merito alla riscossione dell'IVA nell'ambito di una procedura di concordato preventivo*".

Ad avviso dell'illustre Autore: "*una cosa è, infatti, la rinuncia dello Stato a far osservare gli obblighi in materia di Iva e ad accertarne e contestarne le violazioni della generalità dei contribuenti; altro è, invece, verificare, caso per caso, contribuente per contribuente, e cioè in base a un'analisi "mirata", condotta con riguardo a singoli casi concreti, la sussistenza dei presupposti per definire una particolare controversia o definire uno specifico rapporto creditorio, accettando il pagamento di un importo inferiore a quello dovuto dal contribuente in dipendenza dell'applicazione delle ordinarie disposizioni di legge, in considerazione dell'incertezza circa la debenza dell'imposta richiestagli in pagamento ovvero delle reali possibilità di recupero della stessa indipendentemente dalla sua debenza*".

(omissis) "In altri termini i principi comunitari richiamati dalla Corte Costituzionale possono essere bilanciati (proporzionati) con altri interessi e valori meritevoli di tutela alla luce dello stesso ordinamento comunitario (quale, ad esempio, il diritto alla ragionevole durata del processo stabilito dall'art. 6 della CEDU). Con riguardo, in particolare, alle procedure concorsuali, tale bilanciamento può avere

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

luogo considerando i benefici traibili dall'attuazione di una procedura (il concordato) in luogo di quelle altrimenti adottabili (principalmente il fallimento), facendo leva sia sulla possibilità di prosecuzione dell'attività d'impresa (da cui derivano in genere benefici diretti per il Fisco e indiretti per tutta la collettività), sia sulla tutela delle ragioni creditorie dell'Erario (che mediante un tipo di procedura può recuperare una quota del proprio credito maggiore di quella recuperabile grazie a una procedura alternativa). Essa può trovare inoltre giustificazione sempre nella CEDU (in virtù del principio che tutela il diritto di proprietà). Pertanto il bilanciamento tra l'interesse comunitario all'integrale accertamento e riscossione del credito Iva e la tutela di altri valori costituzionali e comunitari giustifica in via di principio che, all'interno di una procedura concorsuale, il legislatore nazionale ammetta la falcidia del credito Iva. Ciò perché essa può risultare strumentale alla tutela degli interessi dei creditori, da una parte, e della collettività, dall'altra, più di quanto lo sia la mera applicazione delle regole ordinarie.

Stabilita, per tali motivi, la compatibilità della falcidiabilità dell'Iva - nel concordato preventivo privo di transazione fiscale - con i principi comunitari, delle due l'una. O si ritiene, come la Corte di Cassazione, che l'art. 182 ter L. Fall. impone in ogni caso il pagamento integrale di tale tributo, e allora è difficile negare la violazione al tempo stesso: i) del principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione di cui all'art. 97 Cost., posto che ne discenderebbe l'impossibilità dell'Amministrazione finanziaria di valutare, in relazione al soddisfacimento dell'Iva, la convenienza della proposta formulata ogni qualvolta essa non preveda l'integrale pagamento di tale tributo; ii) dell'art. 3 Cost., in quanto tale disciplina riserverebbe al Fisco un trattamento deteriore rispetto a quello aperto agli altri creditori privilegiati, i quali, a differenza di quanto risulterebbe imposto all'Erario, possono approvare la proposta di concordato quando sia loro attribuito un grado di soddisfazione, seppure non integrale, superiore a quello realizzabile in sede liquidatoria; oppure si deve alternativamente escludere un conflitto tra gli artt. 160 e 182 ter L. Fall., da un lato e gli artt. 97 e 3 Cost., dall'altro, in virtù dell'adozione di un'interpretazione costituzionalmente orientata di tali norme (o interpretazione adeguatrice), cioè attraverso quella interpretazione che risulta maggiormente conforme ai principi costituzionali, risultato, questo, che si consegue, nel caso di specie, ritenendo che le disposizioni di cui all'art. 182 ter L. Fall. concernenti la intangibilità del credito Iva non trovano applicazione nel concordato preventivo in assenza di transazione fiscale. Infatti, grazie a siffatta

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

interpretazione, nella situazione sopra rappresentata la Pubblica Amministrazione (nella veste dell'Agenzia delle Entrate) può valutare in concreto la convenienza della proposta concordataria, senza essere costretta a respingerla, anche quando questa sia per essa chiaramente conveniente, solo perché tale proposta non preveda l'integrale soddisfacimento dei crediti erariali relativi all'Iva.

Questa seconda soluzione è, ad avviso di chi scrive, quella più corretta, anche per ulteriori motivi sui quali non è peraltro il caso di soffermarsi in questa sede".

Nello stesso solco si pone M. Fasola (*op. cit.*) il quale rileva che nel caso esaminato dalla Corte Costituzionale, l'A.F., aderendo alla proposta concordataria - che prevedeva la soddisfazione del credito IVA nella misura del 41,12% - non avrebbe rinunciato a nulla, anzi avrebbe ottenuto importi maggiori di quelli conseguibili per effetto della liquidazione fallimentare (il 10% del credito, come evidenziato dal giudice *a quo* sulla base della relazione giurata *ex art.* 160 della legge fallimentare). Inoltre, come precisato dall'ordinanza di rimessione, l'unica alternativa al concordato preventivo sarebbe stata la dichiarazione di fallimento della società: poteva dunque escludersi che l'Erario trovasse maggior soddisfazione nel patrimonio futuro della debitrice.

In ultima analisi, sembra evidente che una proposta di concordato preventivo, che contempri il pagamento parziale dell'IVA, assicurando però un grado, di soddisfazione dell'Erario maggiore di quello ottenibile in sede fallimentare, sia del tutto estranea alle ipotesi di disposizione del credito, qualora si accerti che l'unica alternativa concreta al concordato sia la dichiarazione di fallimento.

Una simile proposta è dunque perfettamente compatibile sia con il principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria, sia con il principio di intangibilità dell'IVA.

Analoghe considerazioni svolge M. Allena (*La transazione fiscale, in Trattato di diritto fallimentare, vol. IV, Torino, 2014, p. 599 e ss.*) il quale rileva che "*l'indisponibilità (dell'obbligazione tributaria) non va intesa come indisponibilità assoluta dell'esistenza e della misura del debito (tributario): in tal senso, essa non esiste più nell'ordinamento, perché le limitazioni alla stessa misura non si contano più*".

(omissis) "Il fenomeno della rinuncia parziale per legge a parte del credito fiscale, non è nuovo e tocca regole note (ad ese. condono, accertamento con adesione, conciliazione tributaria). In ogni caso, non vi è una disponibilità ad nutum dell'amministrazione. Si tratta di vedere, di volta in volta, le ragioni politiche di rango costituzionale alle quali la legge subordina la riduzione del debito".

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

E proprio alla luce di tali considerazioni la Corte in passato ha superato i sospetti di illegittimità legati al rispetto assoluto dell'art. 53 Cost.. *"Siamo, in altre parole, in presenza di una sorta di "disponibilità controllata": la legittimazione per legge dell'amministrazione finanziaria a trattare l'entità dell'obbligazione tributaria. Vi è dunque una gestione, da parte dell'amministrazione finanziaria, dell'obbligazione erariale che, da un lato, la consideri modificabile solo in casi estremi, ma, dall'altro, in tali circostanze, contempra la rivedibilità dei debiti fiscali in un'attenta operazione di bilanciamento degli interessi coinvolti."*

"Altri ordinamenti a noi vicini hanno affrontato e superato da tempo il problema.

Basti citare il caso tedesco. Sin dagli anni '70 nella giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht si legge che «l'attività di indagine degli uffici finanziari è certamente retta dal principio di legalità ma tale principio può e deve subire una limitazione in base a considerazioni di opportunità svolte dalla Finanza. L'autorità competente dovrà chiedersi di volta in volta se l'accertamento richiede un dispendio di tempo e di mezzi non sostenibile, paragonare tale dispendio al prevedibile risultato in termini di gettito e considerare le probabilità di vittoria nel caso venga istaurato un procedimento contenzioso» (Ord. 20 giugno 1973 del Bundesverfassungsgericht)".

"La considerazione per cui l'amministrazione finanziaria debba, nelle procedure concorsuali, disporre in via controllata dell'obbligazione tributaria, trova copertura costituzionale".

"Innanzitutto, evidentemente, in caso di insolvenza, è inutile che l'amministrazione ostinatamente esiga l'integrale pagamento dei debiti, quando, in violazione dell'art. 53 Cost., il contribuente non ha sufficienti capacità e, quindi, nemmeno quella contributiva".

"In secondo luogo, nell'ottica di una «accertata maggiore economicità e proficuità rispetto alle attività di riscossione coattiva», l'amministrazione, rifiutando un parziale, ma certo, pagamento del debito, violerebbe il principio di buon andamento dell'art. 97 Cost., che impone di recuperare minori somme realizzabili, piuttosto che esigerle integralmente senza possibilità di successo".

"Ed è proprio alla luce di tali considerazioni che in dottrina si sono superati i sospetti di illegittimità costituzionale legati all'indisponibilità dell'obbligazione tributaria. Sviluppando proprio l'idea della già citata "disponibilità controllata": una gestione, da parte dell'amministrazione finanziaria, dell'obbligazione tributaria che, da

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

un lato, la consideri modificabile solo in casi estremi, ma, dall'altro, in tali circostanze, contempra la rivedibilità dei debiti fiscali in un'attenta operazione di bilanciamento degli interessi coinvolti".

"In altre parole, è in funzione di una corretta applicazione del principio di capacità contributiva (inteso anche come strumento per assicurare allo Stato le entrate) che l'amministrazione compie una necessaria valutazione preordinata all'acquisizione di parte dell'obbligazione tributaria (anziché esigere l'intero, quando il contribuente non sia in grado di farvi fronte)".

"Alla luce di quanto detto, attribuire all'amministrazione, finanziaria la facoltà di avvalersi della transazione fiscale per recuperare i propri crediti, seppur in misura ridotta, non equivale a violare il principio contenuto nell'art. 53 Cost.. Infatti una cosa è mettere in discussione che il contribuente è tenuto a concorrere alla spesa pubblica in base alla propria capacità contributiva, altra è accettarne il pagamento ridotto delle imposte quando, per le circostanze del caso, questa risulta essere la scelta maggiormente proficua".

(omissis)

"In punto di transazione fiscale, la legge non stabilisce in maniera tassativa i criteri per una determinazione precisa della riduzione del credito tributario da accordare al debitore in difficoltà; si può però affermare che l'articolazione procedimentale prevista dall'art. 182 ter possa soddisfare quei requisiti minimi voluti dall'art. 23 Cost., secondo l'interpretazione datane dalla Corte."

(omissis)

"Ora, nella giurisprudenza della Corte costituzionale viene più volte affermato che la previsione di un certo tipo di procedimento può essere un valido limite alla discrezionalità dell'amministrazione nella determinazione della misura dell'imposizione, al pari dei criteri sostanziali che la legge può prevedere in tal senso. In altre parole, secondo la Corte, la misura dell'imposta è costituzionalmente legittima quando siano previsti criteri idonei a delimitare la discrezionalità: e la corretta individuazione di un determinato procedimento risponde in pieno a tale scopo".

"E' evidente quindi che il rigoroso rispetto del procedimento previsto dall'art. 182 ter è la migliore garanzia della conformità dell'istituto al principio di legalità. E l'amministrazione, nella circolare n. 40/E citata, sia pur non espressamente, coglie in pieno tale significato, proprio laddove enfatizza il ruolo del procedimento".

L'opinione della giurisprudenza di merito e della dottrina surriportata è stata

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

accolta dalla Corte di Giustizia UE, Sez. II, con la sentenza 7 aprile 2016, statuendo che: *"L'articolo 4, paragrafo 3, TUE nonché gli articoli 2, 250, paragrafo 1, e 273 della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, interpretata nel senso che un imprenditore in stato di insolvenza può presentare a un giudice una domanda di apertura di una procedura di concordato preventivo, al fine di saldare i propri debiti mediante la liquidazione del suo patrimonio, con la quale proponga di pagare solo parzialmente un debito dell'imposta sul valore aggiunto attestando, sulla base dell'accertamento di un esperto indipendente, che tale debito non riceverebbe un trattamento migliore nel caso di proprio fallimento"*.

La domanda di pronuncia pregiudiziale verteva sull'interpretazione del diritto dell'Unione in materia di Iva che è un'imposta risorsa propria dell'Unione europea (una percentuale del gettito degli Stati membri è, infatti, trasferito all'Ue). La domanda era stata sollevata nell'ambito di una proposta di concordato preventivo presentata al Tribunale fallimentare di Udine dalla Degano Trasporti S.a.s. di Ferraccio Degano & C., in liquidazione.

Con la sentenza di oggi, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha stabilito la compatibilità, rispetto alla normativa europea sull'Iva, della legge fallimentare, italiana nella parte in cui prevede, secondo una certa interpretazione, la possibilità per l'impresa debitrice di proporre in sede di concordato preventivo il pagamento solo parziale dell'imposta dovuta allo Stato, qualora emerga, per l'appunto, che la liquidazione fallimentare non potrebbe comunque garantire un versamento maggiore.

Tale soluzione - sottolinea la Corte - deve essere il risultato di una valutazione effettuata in concreto dallo Stato, la cui azione non deve essere soltanto volta (astrattamente) alla percezione dell'Iva nella sua integrità quanto, soprattutto, all'efficace ed effettiva riscossione dell'imposta. E' quindi consentita la rinuncia parziale dell'Iva se sussistono le seguenti condizioni: a) non deve emergere che il debitore richiedente abbia deliberatamente nascosto attività o proventi o abbia omesso di dichiarare passività; b) un esperto indipendente deve attestare che il credito dello Stato non avrebbe comunque sorte migliore in caso di fallimento; c) lo Stato, in qualità di creditore, deve comunque riservarsi il diritto di votare contro il concordato qualora ritenga che il proprio credito Iva potrebbe essere maggiormente o meglio soddisfatto.

Quest'ultima condizione, l'espressione del voto contrario da parte dello Stato (nonostante l'attestazione dell'esperto indipendente), anche se non decisiva

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

nell'adunanza dei creditori (che decide a maggioranza del credito totale), permette allo stesso di proporre opposizione in sede di omologazione del concordato.

La Corte così motiva la sua decisione:

(omissis)

"22. *Le risorse proprie dell'Unione comprendono, in particolare, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, della decisione 2007/436/CE, Euratom del Consiglio, del 7 giugno 2007, relativa al sistema delle risorse proprie delle Comunità europee (GU L. 163, pag. 17), le entrate provenienti dall'applicazione di un'aliquota uniforme agli imponibili IVA armonizzati determinati secondo regole dell'Unione. Sussiste quindi un nesso diretto tra la riscossione del gettito dell'IVA nell'osservanza del diritto dell'Unione applicabile e la messa a disposizione del bilancio dell'Unione delle corrispondenti risorse IVA, poiché qualsiasi lacuna nella riscossione del primo determina potenzialmente una riduzione delle seconde (sentenza Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 26 nonché giurisprudenza ivi citata).*

23. *Alla luce di tali elementi occorre esaminare se l'ammissione di un pagamento parziale di un credito IVA, da parte di un imprenditore in stato di insolvenza, nell'ambito di una procedura di concordato preventivo come prevista dalla normativa nazionale di cui al procedimento principale, sia 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.*

24. *Al riguardo occorre constatare che, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi da 38 a 42 delle conclusioni, la procedura di concordato preventivo, come descritta dal giudice del rinvio ed esposta ai punti da 6 a 8 della presente sentenza, è soggetta a presupposti di applicazione rigorosi, allo scopo di offrire garanzie per quanto concerne, in particolare, il recupero dei crediti privilegiati e pertanto dei crediti IVA.*

25. *In tal senso, anzitutto, la procedura di concordato preventivo comporta che l'imprenditore in stato di insolvenza liquidi il suo intero patrimonio per saldare i propri debiti. Se tale patrimonio non è sufficiente a rimborsare tutti i crediti, il pagamento parziale di un credito privilegiato può essere ammesso solo se un esperto indipendente attesta che tale credito non riceverebbe un trattamento migliore nel caso di fallimento del debitore. La procedura di concordato preventivo appare quindi tale da consentire di accertare che, a causa dello stato di insolvenza dell'imprenditore, lo Stato membro interessato non possa recuperare il proprio credito IVA in misura maggiore.*

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

26. Inoltre, dato che la proposta di concordato preventivo è soggetta al voto di tutti i creditori ai quali il debitore non proponga un pagamento integrale del loro credito e che deve essere approvata da tanti creditori che rappresentino la maggioranza del totale dei crediti dei creditori ammessi al voto, la procedura di concordato preventivo offre allo Stato membro interessato la possibilità di votare contro una proposta di pagamento parziale di un credito IVA qualora, in particolare, non concordi con le conclusioni dell'esperto indipendente.

27. Infine, supponendo pure che, nonostante tale voto negativo, detta proposta sia adottata e che, di conseguenza, il concordato preventivo debba essere omologato dal giudice adito, dopo che quest'ultimo abbia eventualmente statuito sulle opposizioni sollevate dai creditori in disaccordo con la proposta di concordato, la procedura di concordato preventivo consente allo Stato membro interessato di contestare ulteriormente, mediante opposizione, un concordato che preveda un pagamento parziale di un credito IVA e a detto giudice di esercitare un controllo.

28. Tenuto conto di tali presupposti, l'ammissione di un pagamento parziale di un credito IVA, da parte di un imprenditore in stato di insolvenza, nell'ambito di una procedura di concordato preventivo che, a differenza delle misure di cui trattasi nelle cause che hanno dato origine alle sentenze Commissione/Italia (C-132/06, EU:C:2008:412) e Commissione/Italia (C-174/07, EU:C:2008:704) cui fa riferimento il giudice del rinvio, non costituisce una rinuncia generale e 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.

29. Di conseguenza occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando che l'articolo 4, paragrafo 3, TUE nonché gli articoli 2, 250, paragrafo 1, e 273 della direttiva IVA non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, interpretata nel senso che un imprenditore in stato di insolvenza può presentare a un giudice una domanda di apertura di una procedura di concordato preventivo, al fine di saldare i propri debiti mediante la liquidazione del suo patrimonio, con la quale proponga di pagare solo parzialmente un debito IVA attestando, sulla base dell'accertamento di un esperto indipendente, che tale debito non riceverebbe un trattamento migliore nel caso di proprio fallimento".

Si ritiene che, in ogni caso - anche quindi successivamente alla recente novella -, nonostante il credito Iva in linea capitale non sia soggetto ad un pagamento parziale, ma

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

solo dilazionato, i relativi accessori possano invece continuare ad essere assoggettati a falcidia⁶⁴.

Inoltre, nel silenzio della legge sul punto, si ritiene⁶⁵ che la dilazione del credito Iva possa essere concordata anche oltre i limiti della normale rateizzazione prevista in ambito esattoriale dall'art. 19 D.P.R. n. 602/1973, che, come è noto, consente la possibilità - nelle ipotesi di temporanea difficoltà del contribuente - di concedere una ripartizione del pagamento delle somme iscritte a ruolo fino ad un massimo di settantadue rate mensili.

Secondo i primi commenti critici⁶⁶ alla recente novella, *"la soluzione alla quale è pervenuto il legislatore riflette l'inevitabile influenza dell'atteggiamento assunto dall'amministrazione finanziaria e delle conclusioni che ne aveva infondatamente tratto, senza considerare che la massa passiva per Iva che generalmente grava sulle imprese in crisi e l'obbligo di adempierla interamente rende estremamente difficoltosa l'esecuzione del piano di risanamento"*.

Ma, a prescindere dalla problematica che una soddisfazione integrale dell'Iva solleva, specialmente laddove il debito Iva sia di rilevante importo, occorre a maggior ragione rilevare che, dovendosi anche rispettare la norma generale di cui all'art. 160, comma secondo l. f., che impedisce l'alterazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione, la proposta che, in ossequio alle nuove disposizioni, preveda il pagamento integrale del debito Iva, dovrà altresì, in ossequio al secondo comma dell'art. 160 l. f.,

⁶⁴ In questo senso DEL FEDERICO, *La transazione fiscale: l'intervento del D.L. n. 185/2008*, in *Atti del convegno "Il risanamento delle imprese in crisi e la ristrutturazione del debito"*, Milano, 21-22 aprile 2009; dubbi al riguardo sono invece stati sollevati da PISELLI (*Concordato e transazione fiscale*, in www.ilcaso.it, 14 marzo 2009, Sezione II - Dottrina, opinioni e interventi, documento n. 143). A risolvere la questione è intervenuta l'Agenzia delle Entrate con la circolare n. 14/E del 10 aprile 2009 che, chiarendo la situazione venutasi a creare successivamente all'entrata in vigore dell'ultimo correttivo, ha espressamente stabilito che è ammessa la falcidia degli accessori relativi al debito Iva.

⁶⁵ DEL FEDERICO, *La transazione fiscale: l'intervento del D.L. n. 185/2008*, in *Atti del convegno "Il risanamento delle imprese in crisi e la ristrutturazione del debito"*, Milano, 21-22 aprile 2009.

⁶⁶ LO CASCIO, *Osservazioni alla modifica dell'art. 182 ter l.f.*, in *Fallimento* 1/2009, 5; secondo MINNITI (*La transazione fiscale: ultime novità e proposte per un rilancio*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti* 1/2009) *"tale previsione ha evidentemente tolto ulteriore appeal all'istituto, avendo fatto venir meno la possibilità di rimediare agli omessi versamenti Iva, che, com'è noto, rappresentano una delle più comuni fonti di finanziamento cui fanno ricorso le imprese in crisi italiane"*.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

prevedere il pagamento integrale di tutti i crediti che sono anteposti al credito Iva nell'ordine dei privilegi; il che, come sopra anticipato, se solo si considera che la legge pone il credito Iva al 19° posto nell'ordine dei privilegi (art. 2778 c.c.), corrisponderebbe al pagamento integrale di quasi tutti i crediti privilegiati.

Ne discende che, in presenza di un credito Iva, la possibilità di pagamento parziale dei crediti privilegiati, prevista sia dall'art 160, secondo comma l. f., sia dall'art. 182 *ter*, primo comma l. f., verrebbe sostanzialmente disattesa⁶⁷.

Una soluzione di tale problematica potrebbe consistere - aderendo alla tesi della facoltatività dell'utilizzo della transazione fiscale - nella mancata proposizione della transazione fiscale in presenza di un debito Iva, di modo che, non applicandosi l'art. 182 *ter* l. f., la proposta possa prevedere il pagamento parziale del credito relativo all'Iva.

In altri termini, ci si chiede se sia possibile continuare a proporre il pagamento ridotto dell'Iva nell'ambito di proposte concordatarie che non prevedano la transazione fiscale⁶⁸, ma solo il pagamento in misura ridotta del debito tributario senza gli effetti propri *ex art.* 182 *ter* l. f..

⁶⁷ Secondo GUIOTTO (*Opportunità della transazione fiscale e disciplina dei crediti privilegiati insoddisfatti*, in *Fallimento* n. 11/2010) "il debitore che intenda proporre una transazione fiscale nell'ambito del concordato preventivo, pertanto, potrà (rectius dovrà) eccezionalmente prevedere un pagamento totale di Iva e ritenute non versate e, quindi, per definizione, un trattamento peggiore (o, comunque, non migliore) per gli altri crediti dotati di un grado di privilegio più elevato, nella consapevolezza che questa è, appunto, un'eccezione giustificata (rectius imposta) dalla specifica norma. Al di fuori, invece, dell'alveo dell'art. 182 *ter* dovrà essere rigorosamente seguito il principio della graduazione dei privilegi previsto dalla legge civile e ribadito dall'art. 160, secondo comma, l. f."

⁶⁸ Oppure, secondo ROCCO (*I privilegi tributari e il riparto dell'insolvenza, tra interpretazione estensiva, eccesso di delega e transazione fiscale*, in *Dir. e prat. tribut.* n. 3/2010, 511) la problematica sarebbe risolvibile ammettendo la possibilità di una transazione fiscale parziale, che cioè comprenda solo una parte dei tributi a debito del contribuente ammesso alla procedura concordataria; "l'effetto sarà che l'amministrazione se accetterà la proposta parziale non pregiudica certamente la restante parte del suo credito; pertanto potrà esprimere un voto favorevole per quella parte di credito che è stata oggetto di 'consolidamento' e negare il voto per la restante parte". Secondo l'Autore in commento, questa "è l'unica soluzione possibile dinanzi all'obbligo di pagare integralmente il debito iva nonostante tale debito sia assistito dal penultimo grado di privilegio ovvero al 19° grado, ai sensi dell'art. 2778 c.c., con collocazione sussidiaria sugli immobili".

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Al riguardo è stata data risposta negativa da chi⁶⁹ sostiene che, dal combinato disposto della circolare n. 40/E-2008 e del d. l. n. 185/2008, si debba desumere il principio della preclusione di qualsiasi rinuncia alla potestà impositiva in materia di Iva al di fuori dei casi in cui tale rinuncia sia compiuta in relazione a pretese tributarie non definitive, per le quali esiste o possa esistere un contenzioso.

Al contrario, è stato rilevato⁷⁰ che il fatto di considerare obbligatorio l'utilizzo della transazione *ex art. 182 ter l. f.* al fine di addivenire ad un pagamento falcidiato dei crediti tributari *"appare oggi ancor più arduo dopo la modifica introdotta dal D. L. n. 185/2008 convertito in L. 2/2009 che impone, con riguardo all'imposta sul valore aggiunto, una proposta di pagamento integrale, potendosi al più prevedere la dilazione del pagamento di tale tributo"*. La pronuncia in commento rileva infatti che, ove si ritenesse di attribuire alla proposta di transazione fiscale carattere di obbligatorietà nel senso anzidetto, dovrà anche pretendersi, nel rispetto della norma generale di cui all'art. 160, co 2° l. fall. che impedisce l'alterazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione, che la proposta preveda anche il pagamento integrale di tutti i crediti che sono anteposti al credito Iva nell'ordine dei privilegi e, dunque, quasi tutti i crediti privilegiati; ciò porrebbe *"in serio rischio la concreta praticabilità dell'istituto del concordato preventivo come riformato a partire dalla novella introdotta con D.L. 35/2005 e poi con il D. Lvo 169/2007, certamente concepito dal legislatore come strumento di definizione concordata della crisi d'impresa, meritevole di essere largamente incentivato in funzione del salvataggio di unità produttive ancora vitali"*.

Al fine di superare le problematiche che il d.l. 29 novembre 2008, n. 185 potrebbe comportare in relazione alla convenienza stessa dell'istituto concordatario, è

⁶⁹ PISELLI, *Concordato e transazione fiscale*, in www.ilcaso.it, 14 marzo 2009, Sezione II - Dottrina, opinioni e interventi, documento n. 143.

⁷⁰ Tribunale di La Spezia, 2 luglio 2009, in www.ilcaso.it. Anche la Corte d'Appello di Genova, 19 dicembre 2009, in www.ilcaso.it, ha rilevato che *"se dunque si dovesse ritenere la transazione fiscale una fase necessaria del concordato in presenza di debiti con il fisco, il risultato sarebbe che l'esistenza di debiti Iva pregiudicherebbe la possibilità di pervenire a un concordato in quanto, non potendo essi subire decurtazioni, e non potendo essere al contempo 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. (...) Si deve pervenire alla conclusione che la transazione fiscale non è l'iter procedimentale che disciplina la presentazione della proposta di concordato al fisco ma è una semplice facoltà accordata al debitore che vi farà ricorso se intenda raggiungere il risultato di rendere incontestabile il suo debito col fisco"*.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

stato rilevato⁷¹ che, se è vero che, alla luce della recente novella, il credito Iva non è falcidiabile volontariamente, è tuttavia pacifico che lo sia per effetto dell'assenza dei beni che lo garantiscono; infatti, la modifica legislativa apportata dal d.l. n. 185/2008 "non impedisce, peraltro, secondo la regola generale espressa dall'art. 160, che il fisco come titolare del credito Iva, in assenza di beni che per legge fungono da garanzia al credito stesso, all'interno del patrimonio dell'imprenditore concordatario in crisi, debba accontentarsi di quanto offre il medesimo imprenditore se è di più di quanto riceverebbe nell'esecuzione ordinaria e se il suo trattamento non è peggiore di quello di creditori privilegiati di grado uguale o inferiore"⁷².

Sul punto, la giurisprudenza di merito ha assunto posizioni discordanti: alcuni Tribunali hanno avallato la tesi del pagamento parziale del credito iva⁷³ mentre altri l'hanno respinta⁷⁴.

⁷¹ PALUCHOWSKI, *Commento all'art. 182 ter l.f.*, in Pajardi, *Codice del Fallimento*, a cura di Bocchiola e Paluchowski, ed. Giuffrè 2009, 1793; l'Aurice aggiunge che "in altre parole, l'assenza dei beni il cui ricavato è per legge destinato a garantire l'incasso dei crediti Iva non può essere surrogata da una norma di legge nazionale (come il d.l. 185 del 2008) o comunitaria; diversamente opinando, infatti sembrerebbe lecito espropriare altri creditori delle loro garanzie legali, magari poziori, al solo scopo di non lasciare privo di soddisfazione in sede concorsuale un credito Iva che in sede di esecuzione ordinaria sarebbe restato incapiente. La palese violazione del principio di uguaglianza e di legalità che si verificherebbe porta a escludere che l'interpretazione che si può dare alla norma debba essere quella della non falcidiabilità sempre e comunque del credito Iva".

⁷² Così, testualmente, PALUCHOWSKI, *Commento all'art. 182 ter l.f.*, in Pajardi, *Codice del Fallimento*, a cura di Bocchiola e Paluchowski, ed. Giuffrè 2009, 1793.

⁷³ Tribunale di Milano, Decreto di ammissione dell'8 ottobre 2009, depositato il 12 ottobre 2009, Presidente dottor Lamanna, inedito, ha ammesso alla procedura concordataria una proposta che ha previsto il pagamento parziale del credito relativo all'Iva facendo leva sul mancato coordinamento tra il d. lgs. n. 185/2008 e la disciplina relativa al fallimento. In particolare, la società proponente ha rilevato che, nell'ipotesi di fallimento, il debito Iva è assoggettato alle cause legittime di prelazione previsto dal codice civile, ricevendo di conseguenza la soddisfazione parziale che l'attivo fallimentare permette di attribuirgli; nell'ipotesi di concordato preventivo, invece, a causa della modifica apportata all'art. 182 *ter* l. f. dal d. lgs. n. 185/2008, l'ordine delle cause, legittime di prelazione viene sovvertito, a meno di non voler rendere inapplicabile il disposto dell'art. 160 l. f. e dell'art. 182 *ter* l. f. che prevede la possibilità di pagamento parziale dei creditori privilegiati. - In senso contrario, invece.

⁷⁴ Tribunale Roma 16 dicembre 2009 (in www.ilcaso.it, documento n. 1949/2010, pubblicato l'11 gennaio 2010), ha dichiarato inammissibile una proposta concordataria che prevedeva il pagamento in percentuale del credito Iva partendo dalla considerazione che "nel caso di specie, la proposta viola la norma imperativa secondo cui il credito Iva deve essere pagato per intero,

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

potendo essere assoggettato esclusivamente a dilazione"; in particolare, il Tribunale ha evidenziato che "la regola sul credito Iva (e sui tributi costituenti risorse proprie della Unione Europea) rappresentano eccezioni alle regole generali sul trattamento dei creditori nelle procedure concorsuali. Poiché si tratta di regole eccezionali non sono ovviamente integrabili dalle regole generali. In particolare, mentre la regola codicistica prevede un preciso ordine dei privilegi il quale, per come ribadito dalla legge fallimentare, non può essere derogato nel concordato preventivo, invece l'art. 182 ter l. f. prevede una eccezione, che, come tale, si colloca non all'interno della regola generale ma accanto alla stessa. (...) L'eccezione stabilita per i crediti in esame non spiega nessun effetto sulla graduabilità delle cause di prelazione e sul trattamento da riservare, conseguentemente, ai creditori garantiti. Ne discende che la preoccupazione sulla infattibilità dei concordati preventivi in seguito alla applicazione delle regole sul trattamento del credito Iva è infondata, per essere frutto di una errata lettura del sistema legale. (...) Un trattamento di particolare favore riservato al credito tributario si mostra, sotto questo angolo visuale, assolutamente in linea con i valori costituzionali dando attuazione nella legge ordinaria alla copertura stabilita nell'art. 53 Cost.". Il Tribunale ha raggiunto tali conclusioni sulla base della seguente motivazione: "in via logicamente preliminare, occorre ribadire un assunto - in verità di elementare evidenza e tuttavia di difficile penetrazione nella prassi - già sottolineato in una precedente pronuncia di questo Tribunale (decr. 16.4.2008, in www.ilcaso.it, documento 1185/2008): poiché il concordato preventivo consiste in un procedimento giurisdizionale avviato da un ricorso, il vaglio di ammissibilità della domanda concerne anzitutto lo spazio classico, tradizionale e generale, riservato a tale genere di verifiche; inoltre si specifica nell'accertamento delle particolari condizioni dettate negli artt. 160 e 161 l. f. per il procedimento di concordato preventivo. Cosicché, e per eliminare ad uno gli esempi, la domanda di concordato preventivo che non soddisfi la procedura di formazione ed esternazione della volontà sociale (cfr. art. 152 l. f.) è inammissibile; e ciò ancorché detta domanda possa essere del tutto conforme al dettato degli artt. 160 ss. l. f.. Con particolare riguardo all'articolo 182 ter l. f., è agevole notare come esso fissi le regole imperative del trattamento dei crediti fiscali previdenziali ed assistenziali: negli accordi di ristrutturazione dei debiti e nei concordati. La disposizione stabilisce infatti sia le condizioni che possono essere offerte per detti crediti sia la procedura di transazione da seguire per raggiungere il previo accordo su tale trattamento sia la regola fondamentale e finale secondo cui all'esito della transazione fiscale (e contributiva) il creditore fa valere in concordato le proprie determinazioni tramite l'esercizio del voto. Di modo che la transazione si pone come momento procedurale costitutivo della più ampia procedura di concordato. Sotto tale profilo, il creditore interessato potrà concludere o meno una transazione fiscale e conseguentemente partecipare al voto concordatario esprimendo il proprio consenso se la transazione è stata raggiunta ed il proprio dissenso in caso contrario. Circa le condizioni dell'offerta concordataria, il primo comma dell'art 182 ter l. f. stabilisce i limiti di autonomia negoziale con riguardo al trattamento del credito fiscale, previdenziale e assistenziale. Tali limiti concernono, innanzitutto, l'offerta concordataria; ma riguardano, in secondo luogo, lo spazio determinativo della p.a., che mai potrebbe acconsentire a proposte irrispettose dei limiti conformativi dei crediti in esame, limiti stabiliti nell'art. 182 ter l.f. Per una prima regola, può

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 15/2016

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Sul punto è intervenuta da ultimo la Corte di Cassazione la quale, con le due recenti sentenze (già oggetto di commento *supra*) nn. 22931 e 22932 del 12 ottobre 2011 depositate il 4 novembre 2011, ha ritenuto che, l'intangibilità dell'imposta sul valore aggiunto sussista anche nel caso in cui non venga perseguita la transazione fiscale^{75 76}.

essere proposto un pagamento in percentuale del credito chirografario purché in misura non inferiore a quella riconosciuta agli altri creditori chirografari o ai creditori appartenenti alla classe trattata con maggior favore. Per una seconda regola, se il credito è assistito da privilegio lo stesso può essere pagato anche in percentuale ma in misura non inferiore a quella offerta ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o comunque posizione giuridica ed interessi economici omogenei. Per una terza regola, i tributi costituenti risorse proprie della Unione Europea debbono essere pagati per l'intero; il pagamento integrale del credito Iva può tuttavia essere dilazionato. Queste tre regole speciali costituiscono integrazione delle regole generali sul trattamento dei creditori garantiti e dei creditori chirografari stabilite nell'art. 160 l. f., ovviamente a pena di inammissibilità della proposta. E' opportuno adesso ribadire che, trattandosi di regole imperative, sono sottratte a qualsiasi possibilità determinativa del proponente: il quale non può decidere di articolare la propria domanda indipendentemente o diversamente da tali regole poiché una simile condotta integrerebbe non deroga alla legge ma violazione della legge. Benché sussista più di una incertezza nella prassi, e benché tale incertezza coinvolga anche parte della giurisprudenza di merito, è evidente, come l'insuperabilità di queste regole determini anche l'impraticabilità della soluzione secondo cui il creditore garantito o comunque protetto da norme di legge possa subire un trattamento peggiore rispetto a quello previsto come ammissibile purché gli sia riconosciuto il diritto di voto. Infatti, il diritto di voto non può essere attribuito al creditore né dal proponente né dal giudice in surroga di una protezione legale invece negata nel caso concreto. Anche qui basterà riflettere, icasticamente, che se la legge prevede che al creditore garantito non possa essere offerto un trattamento inferiore a quello corrispondente al valore di mercato dell'oggetto della garanzia (cfr. art. 160, comma 2, l. f.), la domanda violativa della prescrizione non assurge a legalità attribuendosi al creditore garantito un improbabile diritto di voto. In tal modo, infatti, anziché sanare l'illegalità, ci si limiterebbe a violare altra e diversa norma: quella secondo cui il creditore garantito non ha diritto di voto nei limiti del valore di realizzo della garanzia (cfr. art. 177, comma 2, l. f.). Dunque, emergerebbe una seconda causa di inammissibilità: non spettando le regole sull'attribuzione del voto al proponente e nemmeno al giudice, e costituendo invece esse previsioni imperative di legge. Per queste ragioni, una domanda di concordato preventivo che violi le norme imperative sul trattamento dei creditori, e anche del creditore fisco, è inammissibile".

⁷⁵ Con le medesime decisioni la Corte di Cassazione aveva infatti altresì affermato la facoltatività del ricorso alla procedura della transazione fiscale: cfr. *supra*.

⁷⁶ Nelle decisioni viene tuttavia precisato che possono essere oggetto di definizione le liti fiscali aventi ad oggetto l'Iva, poiché "è solo l'imposta definitivamente accertata che è soggetta al vincolo richiamato" cfr. *infra*.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Secondo la Suprema Corte: *«innanzitutto può osservarsi, in linea generale, che non avrebbe alcuna giustificazione logica e che quindi non sia credibile che il legislatore, abbia inteso lasciare alla scelta discrezionale del debitore assoggettarsi all'onere dell'integrale pagamento dell'IVA, imposta armonizzata a livello comunitario sulla cui gestione, si ribadisce, gli Stati non sono esenti da vincoli (si veda Corte giustizia CE. sez. 5', 11/12/2008, n. 174), optando per la transazione fiscale oppure avvalersi della possibilità di proporre un pagamento parziale decidendo per il concordato senza transazione e quindi rimanendo vincolato solo all'obbligo di pagare integralmente il debito nei limiti del valore dei beni sui quali grava la garanzia, peraltro spesso insussistenti come nel caso di imposta gravante sul valore della prestazione di servizi.*

A parte tale considerazione, ciò che convince dell'inderogabilità della disposizione qualunque sia l'opzione del creditore è la natura della stessa in quanto non si tratta di norma processuale come tale connessa allo specifico procedimento di transazione fiscale ma di norma sostanziale in quanto attiene al trattamento dei crediti nell'ambito dell'esecuzione concorsuale dettata da motivazioni che attengono alla peculiarità del credito e prescindono dalle particolari modalità con cui si svolge la procedura di crisi».

La Cassazione esclude peraltro che la necessità dell'integrale pagamento dell'IVA comporti quella dell'integrale pagamento di tutti i crediti privilegiati con grado anteriore in ossequio al principio espresso dall'art. 160 l. f, secondo cui *"il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione"*. Ad avviso della Corte infatti, *«la disposizione, che sostanzialmente esclude il credito IVA da quelli che possono formare oggetto di transazione, quanto meno in ordine all'ammontare del pagamento, è una disposizione eccezionale che, come si è osservato, attribuisce al credito in questione un trattamento peculiare e inderogabile. La norma invocata dalla Corte d'appello (art 160, comma 2) attiene, per contro, unicamente al trattamento aggiuntivo rispetto a quello imposto ex lege (ancorato al valore dei beni oggetto della garanzia) che viene deciso discrezionalmente dal debitore ma che trova appunto un limite nel rispetto del grado di rilevanza attribuito dal legislatore ai diversi crediti in ragione del valore sociale della loro causa. Il vincolo, per contro, non astringe il legislatore che può, come nella fattispecie e per cause discrezionalmente individuate, attribuire un trattamento particolare a determinati crediti come avviene per la prededuzione, senza che ciò*

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

incida automaticamente sul trattamento degli altri. Diversamente opinando, tra l'altro, si dovrebbe attribuire al legislatore se non l'intento quantomeno l'accettazione del rischio di rendere in molti casi sostanzialmente inattuabile il percorso concordatario in quanto, tenuto conto del basso grado di privilegio dell'IVA, la necessità di proporre l'integrale pagamento comporterebbe l'analogha necessità per tutti i crediti privilegiati, anche non tributari, rendendo oltretutto priva di contenuto la stessa transazione fiscale»⁷⁷.

Da ultimo, sempre in tema di imposta sul valore aggiunto, è opportuno segnalare che, il D.L. 31 maggio 2010 n. 78 (*"Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica"*, pubblicato in G.U. n. 125 del 31 maggio 2010, Suppl. ordinario n. 114), all'art. 29, secondo comma, prevede che all'art. 182 *ter* l. f., al primo comma, dopo le parole *"con riguardo all'imposta sul valore aggiunto"*, sono inserite le seguenti *"ed alle ritenute operate e non versate"*.

Quindi, con riferimento all'Iva, la proposta di transazione fiscale dovrà prevedere la dilazione di pagamento non solo con riguardo all'imposta stessa, ma altresì in relazione alle ritenute operate e non versate.

La Relazione di accompagnamento al d. l. n. 78/2010 precisa al riguardo che tale previsione trova fondamento nel fatto che anche le ritenute operate dal sostituto di

⁷⁷ La Cassazione quindi risolve l'apparente contrasto tra gli articoli 160 e 182 *ter* l. f. ritenendo la seconda disposizione una generale deroga alla prima, configurandosi l'art. 182 *ter* come norma eccezionale (nello stesso senso, Corte Cost., 25 luglio 2014, n. 225 ed App. Catanzaro, decr. 15 settembre 2014 sopra riportate). Critico con la soluzione indicata dalla Cassazione è ANDREANI, *Fattispecie fiscali tipiche del concordato preventivo, del concordato fallimentare e degli accordi, di ristrutturazione del debito ex art. 182 bis legge fallimentare*, in ANDREANI - TRON, *Crisi d'impresa e ristrutturazione del debito, Gruppo24Ore*, 2012, 208-210, secondo cui la conclusione cui è giunta la Suprema Corte rappresenterebbe un'evidente soluzione di compromesso. Per un commento delle citate sentenze, sul punto, vedasi anche ZANICHELLI, *La Transazione fiscale*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* n. 2/2012, 151 e ss.. Evidenza delle perplessità anche M. CARDILLO, *La Transazione fiscale: problemi e possibili soluzioni*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2012, fasc. 5, 1155, in merito alla posizione super-privilegiata riconosciuta al credito iva nell'ambito del concordato preventivo: secondo l'autore la possibilità di falcidiare i crediti privilegiati aventi grado superiore rispetto al credito iva appare una netta violazione non solo dell'art. 160 l. fall., quando piuttosto dell'art. 2741 c.c., ponendo problemi di coerenza complessiva del sistema. L'autore si chiede se non sia preferibile «ritenere la disposizione in materia di infalcidiabilità dell'imposta sul valore aggiunto, di natura sostanziale ma pur sempre eccezionale, debba trovare applicazione esclusivamente nell'ambito della transazione fiscale».

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

imposta sono poi utilizzate dal sostituto in diminuzione del proprio debito tributario; inoltre anche le ritenute d'acconto sono somme di terzi che il sostituto trattiene per poi riversarle all'erario, per cui le analogie con l'Iva non giustificano un diverso trattamento tra l'una e l'altra imposta⁷⁸.

In conclusione, allo stato attuale della giurisprudenza, la transazione fiscale può essere proposta subordinatamente al pagamento:

- integrale del debito IVA;
- integrale del debito per ritenute;
- integrale dei crediti, per contributi e premi obbligatori I.N.P.S. ed I.N.A.I.L.

(privilegiati *ex art. 2778, n. 1, c.c.*);

- non inferiore al 40% delle sanzioni su contributi I.N.P.S. e premi I.N.A.I.L. (privilegiati al 50% *ex art. 2278, n. 8, c.c.*) e non inferiore al 30% del restante 50% delle sanzioni di natura chirografaria;

ove i primi due limiti scaturiscono *ex lege*, mentre gli altri sono individuati dal D.M. 4 agosto 2009 del Ministero del lavoro.

Alla luce di quanto esposto le possibilità oggi offerte al debitore sono fondamentalmente due:

- trattare il debito erariale/previdenziale con le regole del concorso senza ausilio della (facoltativa) transazione fiscale ove, anche se sembra non si possa incidere sul privilegio di I.V.A. e probabilmente delle ritenute, si potrà incidere sul trattamento dei contributi previdenziali ed assistenziali obbligatori (posti in evidente contrasto con le regole del concorso, poiché con il D.M. 4 ottobre 2009 si statuisce che gli Enti possono aderire alla transazione solo se per i crediti con privilegio *ex art. 2778, comma 1, n. 1, il relativo pagamento non risulti inferiore al 100%*). Con tale opzione la volontà della

⁷⁸ Il rilievo è di STASI, *Osservatorio tributario*, in *Fallimento* n. 8/2010, 1000. Anche secondo CERADINI (*Finanziamenti e transazione fiscale: così il sostegno alle imprese in crisi*, in *IlSole24Ore-Guida alle novità fiscali*, agosto 2010, 59) "la ratio della modifica, così come proposta nella relazione, è quella di rendere omogeneo il trattamento di fattispecie simili. Le ritenute operate dal sostituto d'imposta a titolo di acconto sono somme, come l'Iva, che verranno utilizzate in detrazione dal sostituto in riduzione del relativo debito tributario. Inoltre, l'Iva come le ritenute operate sono entrambe somme di terzi. Tali analogie non consentirebbero un diverso trattamento, con sicuro beneficio per le casse erariali e altrettanto certa riduzione dei margini di operatività di un istituto che per complessità operativa fatica ancora a decollare".

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

maggioranza dei creditori può potenzialmente condizionare la volontà (contraria) degli Enti pubblici, ove sia rispettato rigorosamente il principio della graduazione dei privilegi e solo ove la convenienza del concordato, se la classe in cui sono collocati i crediti erariali/previdenziali dovesse fornire un diniego, sia accertata dal tribunale nell'esercizio del proprio potere di *cram down* dei dissenzienti. In tal caso alla falcidia del credito di natura tributaria/previdenziale non corrisponderà alcun effetto consolidativo della relativa pretesa;

- trattare il debito erariale/previdenziale utilizzando le regole dell'istituto dell'art. 182 l.f.. Con questa seconda opzione, ove il consenso dell'Agenzia delle Entrate/Ente previdenziale - assistenziale è indispensabile affinché la transazione possa esplicare la sua efficacia nell'ambito di un piano concordatario, appare possibile definire anche gli eventuali contenziosi in essere, compresi quelli non transigibili con la conciliazione giudiziale, ma non falcidiare i tributi/contributi che ne sono esclusi in forza di legge o di disposizioni ministeriali.

La proposta transattiva, inserita nel piano allegato alla domanda di concordato, può avere contenuto vario, prevedendo il sacrificio parziale di determinati crediti erariali. Tuttavia il pagamento in percentuale dei tributi amministrati alle agenzie fiscali, è subordinato alle seguenti condizioni, modulate in relazione alla natura del credito;

- se i crediti tributari sono assistiti 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;

- se i crediti tributari sono chirografari, è previsto che il trattamento non possa essere differenziato rispetto a quello di altri creditori similmente chirografari.

In ogni caso ed indipendentemente dalla natura del credito, le parti possono convenire una dilazione temporale nel pagamento.

Si ritiene che, in ogni caso - anche, quindi, successivamente alla recente novella -, nonostante il credito Iva in linea capitale non sia soggetto ad un pagamento parziale, ma solo dilazionato, i relativi accessori possano invece continuare ad essere assoggettati a falcidia (Circolare n. 14/E del 10 aprile 2009 dell'Agenzia delle Entrate).

Inoltre, nel silenzio della legge sul punto, si ritiene che la dilazione del credito Iva possa essere concordata anche oltre i limiti della normale rateizzazione prevista in ambito esattoriale dall'art. 19, d.p.r. 602/1973, che, come è noto, consente la possibilità -

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

nelle ipotesi di temporanea difficoltà del contribuente - di concedere una ripartizione del pagamento delle somme iscritte a ruolo fino ad un massimo di 120 rate mensili.

La fattispecie descritta dall'art. 19, d.p.r. 602/1973, ai fini dell'astratta applicabilità dell'istituto della rateazione, richiede solamente che le somme di cui si vuole ottenere il pagamento dilazionato siano state iscritte a ruolo.

A seguito dell'introduzione nel nostro ordinamento degli avvisi di accertamento esecutivi operata dal d.l. 78/2010, il requisito dell'iscrizione a ruolo deve interpretarsi come l'affidamento in carico delle somme dovute all'Agente della riscossione, come prevede esplicitamente, peraltro, l'art. 29, co. 1, lett. g), d.l. 78/2010, che afferma che «*i riferimenti alle somme iscritte a ruolo si intendono effettuati alle somme affidate agli Agenti della riscossione*».

Con il provvedimento menzionato, l'Agente della riscossione valuta la sussistenza dei requisiti richiesti dall'art. 19, d.p.r. 602/1973, e provvede a concedere la dilazione o a negarla.

4.3 La rateazione dei debiti tributari ed, in particolare, del debito IVA

A norma dell'art. 19, d.p.r. 602/1973, l'Agente della riscossione, su richiesta del contribuente, può concedere, nelle ipotesi di temporanea situazione di obiettiva difficoltà dello stesso; la ripartizione del pagamento delle somme iscritte a ruolo fino ad un massimo di 72 rate mensili.

A differenza delle altre ipotesi di dilazione di pagamento descritte, quella in esame non si applica in funzione dell'atto in base a cui le somme sono dovute, ma in funzione della specifica fase del rapporto d'imposta (la fase di riscossione).

A) I presupposti

Al fine della concessione della rateazione richiesta, l'Agente della riscossione deve valutare la sussistenza, in capo al contribuente, dei requisiti richiesti dall'art. 19, d.p.r. 602/1973. Si tratta, come si esprime la norma, di una «*temporanea situazione di obiettiva difficoltà*».

E' stato evidenziato che la giurisprudenza e la prassi tendono a riscontrare tale presupposto in alcune situazioni così tipizzabili:

- a) carenza temporanea di liquidità finanziaria;

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

b) stato di crisi aziendale dovuto ad eventi di carattere transitorio, quali situazioni temporanee del mercato, crisi economiche settoriali o locali, processi di riorganizzazione, ristrutturazione e riconversione aziendale.

Al fine di rendere omogenee le valutazioni delle richieste dei contribuenti, Equitalia ha emesso una serie di direttive in cui si forniscono chiarimenti sulla valutazione della sussistenza del presupposto di «*temporanea situazione di obiettiva difficoltà*» in capo al contribuente.

Il sistema che emerge dall'analisi dei documenti citati è il seguente. Se l'importo da rateizzare non è superiore a 50.000 euro, il contribuente deve semplicemente presentare una richiesta motivata di dilazione: l'Agente della riscossione, sulla base di tale richiesta, concederà la rateizzazione delle somme dovute.

Al di sotto della soglia di 50.000 euro, dunque, l'Agente della riscossione accetta una semplice richiesta motivata e non si spinge a verificare l'effettiva sussistenza del presupposto.

Se l'importo di cui è richiesta la rateizzazione è superiore a 50.000 euro, l'Agente della riscossione valuta la sussistenza del presupposto in relazione agli indici economici richiamati nel decreto 6 novembre 2013 del MEF.

Per effetto del nuovo art. 19, co. 1 - *quinquies* d.p.r. 602/1973 (inserito dall'art. 52, co. 1, lett. a, n. 1, d.l. 69/2013) è inoltre previsto che, ove il debitore si trovi, per ragioni estranee alla sua responsabilità in una comprovata e grave situazione di difficoltà legata alla congiuntura economica, la rateazione può essere concessa fino a 120 rate mensili.

Chiarisce la legge che tale situazione è quella in cui ricorrono *congiuntamente* le seguenti condizioni:

a) accertata impossibilità per il contribuente di eseguire il pagamento del credito tributario scaduto secondo un piano di rateazione ordinario;

b) solvibilità del contribuente, valutata in relazione al piano di rateazione, fino a 120 rate.

Con d.m. 6 novembre 2013, il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha precisato le condizioni in presenza delle quali il contribuente può beneficiare della proroga della rateizzazione straordinaria fino a 120 rate mensili, di cui all'art. 19, co. 1 *quinquies*, d.p.r. 602/1973.

Il citato decreto, agli artt. 1 e 2, ha innanzitutto distinto fra di loro le seguenti fattispecie:

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

a) «piano di rateazione ordinario», che consiste nel piano di cui all'art. 19, co. 1, d.p.r. 602/1973, ed ha una durata massima di 72 rate mensili. Il debitore può richiedere di accedere a un piano di rateazione ordinario quando si trova nell'impossibilità di pagare in un'unica soluzione il debito iscritto a ruolo, ma è in grado di far fronte all'onere finanziario derivante dalla ripartizione del debito in un numero di rate congruo rispetto alle sue condizioni patrimoniali. Per debiti **FINO A 50 MILA EURO** si può ottenere la rateizzazione con domanda semplice, senza la necessità di dover allegare alcuna documentazione comprovante la situazione di difficoltà economica. Per debiti **OLTRE 50 MILA EURO** la concessione della rateazione è subordinata alla verifica della situazione di difficoltà economica. L'agente della riscossione analizza l'importo del debito e la documentazione idonea a rappresentare LA situazione economico - finanziaria del contribuente. È possibile chiedere un piano di dilazione a rate variabili e crescenti, anziché a rate costanti, in modo da poter pagare meno all'inizio nella prospettiva di un miglioramento delle condizioni economiche.

b) «piano di rateazione in proroga ordinario», che consiste nel piano di cui all'art. 19, co. 1 *bis*, d.p.r. 602/1973, e può essere concesso dall'Agente della riscossione una sola volta, per un tetto massimo di ulteriori 72 rate mensili, a condizione che non sia intervenuta decadenza ai sensi dell'art. 19, co. 3, d.p.r. 602/1973;

c) «piano di rateazione straordinario», che consiste nel piano di cui all'art. 19, co. 1 *quinquies* d.p.r. 602/1973, che può essere concesso, ricorrendo i presupposti ivi indicati, ed ha una durata massima di 120 rate mensili. Il debitore può richiedere di accedere ad un piano di rateazione straordinario quando versa in una situazione di grave e comprovata difficoltà economica legata alla congiuntura economica, per ragioni estranee alla propria responsabilità. Pertanto, possono richiedere una dilazione straordinaria i contribuenti non in grado di pagare il debito secondo la rateazione ordinaria, ma che, comunque, risultano solvibili in relazione alla rateazione concedibile.

Si accede a un piano di rateazione straordinario fino a un massimo di 120 rate in presenza delle seguenti condizioni:

- per le persone fisiche e le ditte individuali con regimi fiscali privilegiati, quando l'importo della singola rata è superiore al 20% del reddito mensile del nucleo familiare dei richiedente, risultante dall'Indicatore della Situazione Reddittuale (ISR) indicato nel modello Isee;

- per gli altri soggetti, quando la rata è superiore al 10% del valore della produzione mensile. Inoltre l'indice di liquidità, ricavato dai dati di bilancio, deve essere

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

compreso tra 0,5 e 1.

In caso di mancato accoglimento della richiesta di rateazione straordinaria, il debitore può comunque chiedere ed ottenere quella ordinaria.

d) «piano di rateazione straordinario in proroga», che consiste nel piano risultante dal combinato disposto dell'art. 19, co. 1 *bis*, d.p.r. 602/1973, e dell'art. 19, co. 1 *quinquies*, d.p.r. 602/1973, e che in base alle previsioni contenute in tali norme può essere concesso dall'Agente della riscossione una sola volta, per un tetto massimo di ulteriori 120 rate, a condizione che non sia intervenuta decadenza, ai sensi dell'art. 19, co. 3, d.p.r. 602/1973.

La presentazione della domanda di dilazione del pagamento, in attesa dell'espletamento dell'esame della richiesta da parte dell'agente della riscossione, non determina la revoca delle misure cautelari (fermo amministrativo, ipoteca) precedentemente adottate, non inibisce la predisposizione di nuove procedure cautelari; preclude l'adozione di nuove procedure esecutive e sospende la prosecuzione di quelle già avviate ed infine non fa venir meno, per il tempo necessario all'esame dell'istanza di dilazione presentata, la qualità di «soggetto inadempiente» ai fini dell'art. 48 *bis* del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 e del D.M. 18 gennaio 2008, n. 40 (Disposizioni sui pagamenti delle Pubbliche Amministrazioni).

Al pagamento della prima rata consegue che l'agente della riscossione dovrà rinunciare ad eventuali procedure esecutive iniziate in precedenza e revocare il fermo amministrativo eventualmente iscritto, venendo anche meno, in capo al debitore moroso, la qualità di soggetto inadempiente ai fini del precitato art. 48 *bis* del D.P.R. 602/73.

Da ultimo resta da chiarire che il procedimento avviato con la richiesta di rateazione deve essere concluso con un provvedimento espresso, sia esso di accoglimento che di rigetto.

Il provvedimento deve essere notificato al contribuente entro il termine di 90 giorni dalla data di presentazione dell'istanza da parte del contribuente, in ossequio a quanto disposto dall'art. 2, comma 3, della Legge 241/1990.

A fronte di un'istanza accolta, al relativo provvedimento viene allegato il piano di ammortamento, e nel provvedimento di rateazione, la data di scadenza della 1° rata viene fissato in modo tale da consentire al debitore di disporre di almeno 8 giorni lavorativi per effettuare il pagamento.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Nel provvedimento di rateazione è esposto l'importo delle somme dovute, compresi gli eventuali interessi di mora, aggi di iscrizione, spese esecutive e diritti di notifica sulla cartella che inizialmente dovevano essere corrisposti unitamente al pagamento della prima rata.

La rateizzazione dei pagamenti non è applicabile ad ogni fattispecie di iscrizioni a ruolo e di tributi. Sono intatti esclusi dal predetto beneficio:

- le cartelle emesse sin dall'origine in più rate (da Enti locali e I.N.P.S.);
- il recupero di agevolazioni dichiarate illegittime dall'Unione Europea (tipi modello tributi con tipo imposta uguale a «RA» - tipo modello RAS e RAT e «CO»);
- le sanzioni in materia penale (ruoli emessi da uffici del Ministero della Giustizia) per le quali è il giudice che dispone l'eventuale pagamento rateale nella sentenza;
- le cartelle che avevano beneficiato di precedente rateazione le cui modalità non erano state rispettate.

L'eventuale rigetto dell'istanza trova espressione nell'emissione del provvedimento di diniego, preceduto da una comunicazione, inoltrata al contribuente ai sensi dell'art. 10 *bis* della Legge 241/1990, contenente l'indicazione dei motivi alla base del diniego, che interrompe termini del procedimento che comunque tornano a decorrere nuovamente dal giorno in cui l'istante presenta eventuali osservazioni.

Per quanto concerne l'I.N.P.S., la nuova normativa in materia di dilazioni per somme iscritte a ruolo, si va ad aggiungere alle disposizioni che già disciplinano la materia in esame.

Con nota del 14 marzo 2008, l'I.N.P.S. ha chiarito che le somme da esso iscritte a ruolo sono rateizzabili sia dagli agenti della riscossione, in un numero massimo di 72 rate, che dai propri uffici, ai sensi dell'art. 3 della Legge 8 agosto 2002, n. 178, ma in un numero massimo di 60 rate: il contribuente si trova, così, di fronte ad una sorta di «doppio binario» per il medesimo debito contribuivo, iscritto a ruolo.

Si è posta di recente la questione su quale sia il Giudice cui richiedere tutela avverso il diniego di rateazione dei tributi da parte dell'Agente della riscossione.

Inizialmente, si era ritenuto che il provvedimento di diniego fosse un atto impugnabile dinanzi al Giudice amministrativo.

Di contrario avviso, però, è stata la Corte di Cassazione, che ha stabilito che la causa contro il provvedimento di rigetto dell'istanza di rateazione di un debito avente natura tributaria rientra nella giurisdizione delle Commissioni Tributarie, a nulla

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

rilevando che la decisione su tale istanza debba essere assunta in base a considerazioni estranee alle specifiche imposte o tasse (Cass. civ., Sez. Un., 1° luglio 2010, n. 15647, in *Diritto & Giustizia*, 2010).

Allo stato, dunque, almeno in base all'orientamento della giurisprudenza di legittimità, il diniego di rateazione è atto impugnabile dinanzi alla giurisdizione tributaria.

B) Proroga e decadenza

Ai sensi dell'art. 19, co. 4, d.p.r. 602/1973, le rate mensili nelle quali il pagamento è stato dilazionato ai sensi del primo comma scadono nel giorno di ciascun mese indicato nell'atto di accoglimento dell'istanza di dilazione.

Se il contribuente che ha ottenuto la rateazione omette di effettuare nei termini i pagamenti dovuti, rischia di incorrere in decadenza dal beneficio.

L'art. 19, co. 3, d.p.r. 602/1973, come recentemente modificato dal d.l. 69/2013 convertito in l. 98/2013, detta la disciplina della decadenza dal beneficio, stabilendo che in caso di mancato pagamento, nel corso del periodo di rateazione, di 8 rate, anche non consecutive:

- a) il debitore decade automaticamente dal beneficio della rateazione;
- b) l'intero importo iscritto a ruolo ancora dovuto è immediatamente ed automaticamente riscuotibile in unica soluzione;
- c) il carico non può più essere rateizzato.

La disciplina della decadenza è stata recentemente modificata in senso restrittivo. L'art. 19, co. 3, primo alinea, d.p.r. 602/1973, infatti stabiliva che il debitore vi incorresse «*in caso di mancato pagamento della prima rata o, successivamente, di due rate consecutive*».

Oggi, per effetto dell'abrogazione apportata dall'art. 1, co. 2, lett. c), d.l. 16/2012, la prima rata è equiparata a tutte le altre ed il suo mancato pagamento nel termine previsto non comporta l'immediata decadenza del contribuente dal beneficio della rateazione; in essa si incorre solo in caso di mancato pagamento di due rate consecutive.

Non cambiano, invece, le conseguenze della decadenza: l'intero importo iscritto a ruolo ancora dovuto è immediatamente ed automaticamente riscuotibile in unica soluzione ed il carico non può più essere rateizzato.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Quanto alla proroga della rateazione - che, si ricorda, a norma dell'art. 19, co. 1, d.p.r. 602/1973, non potrebbe eccedere le 72 rate mensili - il legislatore è recentemente intervenuto, prevedendo la possibilità che questa sia concessa.

L'art. 10, co. 13 *bis*, d.l. 201/2011, infatti, ha introdotto un nuovo comma nell'art. 19, d.p.r. 602/1973. In base all'art. 19, co. 1 *bis*, d.p.r. 602/1973, dunque, in caso di comprovato peggioramento della temporanea situazione di obiettiva difficoltà del contribuente, la dilazione concessa può essere prorogata una sola volta, per un ulteriore periodo e fino a 72 mesi, a condizione che non sia intervenuta decadenza.

Anche per il piano di rateazione in proroga, il debitore, ai sensi dell'art. 19, co. 1 *ter*, d.p.r. 602/1973, può chiedere che esso preveda, in luogo di rate costanti, rate variabili di importo crescente per ciascun anno.

Da ultimo, sempre in tema di imposta sul valore aggiunto, è opportuno segnalare che, il d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*, pubblicato in G.U. n. 125 del 31 maggio 2010, Suppl. ordinario n. 114), all'art. 29, co. 2, prevede che all'art. 182 *ter*, co. 1, l. fall., dopo le parole «*con riguardo all'imposta sul valore aggiunto*», sono inserite le seguenti «*ed alle ritenute operate e non versate*».

Quindi, con riferimento all'Iva, la proposta di transazione fiscale dovrà prevedere la dilazione di pagamento, non solo con riguardo all'imposta stessa, ma altresì in relazione alle ritenute operate e non versate.

La Relazione di accompagnamento al d.l. n. 78/2010 precisa al riguardo che tale previsione trova fondamento nel fatto che anche le ritenute operate dal sostituto di imposta sono poi utilizzate dal sostituto di diminuzione del proprio debito tributario; inoltre anche le ritenute d'acconto sono somme di terzi che il sostituto trattiene per poi riversarle all'erario, per cui le analogie con l'Iva non giustificano un diverso trattamento tra l'una e l'altra imposta.

Con riferimento, poi, agli accessori degli tributi transigibili, in generale si ritiene che possono formare oggetto di transazione fiscale gli interessi, le indennità di mora e le sanzioni pecuniarie non penali.

In particolare, per quanto riguarda gli interessi *nulla quaestio*.

Invece, con specifico riferimento alle indennità di mora, occorre considerare come le stesse siano ora sostituite dalle spese di esecuzione spettanti all'agente della riscossione *ex art. 17, d. lgs. n. 112/1999*; in ogni caso, a parte tale precisazione non sembra possa esservi dubbio che anch'esse costituiscano un accessorio del tributo e,

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

come tale, rientrano nella transazione fiscale.

In termini più complessi si presenta, al contrario, la questione dell'applicabilità della transazione fiscale alle sanzioni pecuniarie che, molto spesso, sono costituite da importi di notevole entità e, quindi, rappresentano una buona parte dell'esposizione debitoria dell'imprenditore in crisi.

Al riguardo, nonostante qualche voce contraria, generalmente si ritiene che sebbene alle sanzioni pecuniarie sia comunemente da attribuire un'accezione punitiva, le stesse - dato il riferimento ampio e a tecnico dell'art. 182 *ter* l. fall. alla categoria degli "accessori" - possano essere considerate transigibili.

4.3 I crediti privilegiati tributari

La problematica relativa alla possibilità di sottoporre a falcidia i crediti privilegiati *tout court* considerati (tributari e non) è stata oggetto di numerosi approfondimenti nel corso degli anni, generati anche dalle modifiche legislative che si sono susseguite nel tempo in materia.

Al riguardo, la riforma del 2005 ha fatto un primo passo in avanti, introducendo nuovi spunti a favore del pagamento parziale dei creditori privilegiati, con la modifica dell'art. 124 l. f. in materia di concordato fallimentare e con l'introduzione - per l'appunto - dell'art. 182 *ter* l. f. qui in esame.

Infatti, con la prima modifica era stata prevista la possibilità di pagare non integralmente i creditori muniti di diritto di prelazione, purché il piano ne prevedesse la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile sul ricavato in caso di vendita del bene, avuto riguardo al valore di mercato indicato nella relazione giurata di un esperto.

Con l'introduzione dell'istituto della transazione fiscale, poi, era stata prevista l'eventualità che anche un creditore privilegiato come l'Erario potesse subire una falcidia, a patto che il relativo trattamento non fosse inferiore a quello di creditori con posizione giuridica ed interessi economici omogenei.

Il decreto correttivo, con l'introduzione del secondo comma dell'art. 160 l. f. e con la modifica del secondo e terzo comma dell'art. 177 l. f., ha definitivamente risolto ogni dubbio in merito alla possibilità di pagamento parziale dei creditori privilegiati anche nell'ambito del concordato preventivo.

Con particolare riferimento alla possibilità di pagamento parziale dei crediti privilegiati dell'Erario in sede di transazione fiscale, occorre in primo luogo considerare

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

che la locuzione "*limitatamente alla quota di debito avente natura chirografaria*", contenuta nell'art. 182 *ter*, primo comma l. f., aveva ingenerato una certa confusione, facendo sorgere non pochi interrogativi in ordine alla possibilità di sottoporre a transazione i crediti privilegiati.

Sebbene in passato, prima della modifica dell'art. 160 l. f., fossero insorte diverse posizioni ostative al riguardo, oggi si ritiene⁷⁹ che il citato inciso debba essere

⁷⁹ Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 40/E del 18 aprile 2008; in dottrina, LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento, Disciplina comunitaria e transfrontaliera. Disciplina tributaria*. Diretto da Lo Cascio, ed. Ipsoa 2008, 1633; DEL FEDERICO, *Commento ex art. 182 ter l. f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, Zanichelli ed. 2007, 2570; ROVERONI - FERRO, in *Commento sub art. 182 ter l. f.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, ed. Cedam 2008, 373; PISELLI, *Concordato e transazione fiscale*, in *www.ilcaso.it*, 14 marzo 2009, Sezione II - Dottrina, opinioni e interventi, documento n. 143.

In giurisprudenza, Cass. Civ., 22 marzo 2010, n. 6901 (in *www.eurogroup.biz*), che rappresenta la prima pronuncia di legittimità in relazione alla transazione fiscale e che conclude per la possibilità di pagare in percentuale i crediti privilegiati tributari e contributivi; in particolare, secondo la pronuncia in commento, la procedura che porta all'omologazione del concordato preventivo o, eventualmente, alla dichiarazione di fallimento, non risulta viziata quando il Tribunale non aderisca alla richiesta dell'Agenzia delle Entrate e dell'Ente Nazionale di previdenza e assistenza dei lavoratori dello spettacolo di differire le operazioni di voto dell'adunanza dei creditori, perché l'eventuale mancato uso del potere discrezionale di differire le operazioni non è censurabile in sede di legittimità, e comunque il giudice non è tenuto nell'ambito di tale procedimento a concedere rinvii, anche se finalizzati all'esercizio di un diritto, laddove la legge espressamente non lo preveda; CA Milano, 8-14 maggio 2008 (rif. Decreto 13 dicembre 2007, Tribunale Milano, in *Banca borsa tit. cred.* 2009, 699), secondo cui "*la concludente compresenza nella stessa disposizione (ndr nell'art. 182 ter l. f.) di distinti principi regolativi rispettivamente posti in tema di crediti chirografari e di crediti privilegiati esplicita di per sé, ed attesta con univocità l'intento avutosi dal legislatore di consentire, nella ricorrenza delle enunciate condizioni, un soddisfacimento parziale dei crediti tributari pur assistiti da privilegio, non essendo postulabile che il tassativo parametro legale di compatibilità così imposto circa la percentuale (...) di pagamento e le altre consentite modalità agevolative sia addirittura - che di questo infine si tratterebbe - ritenuto sprovvisto, semplicemente, di alcuna validità ed efficacia, disattendendosi la precisione referenziale di tale dettato*"; Tribunale Milano, 16 aprile 2008, in *www.ilcaso.it*; Tribunale Pescara, 2 dicembre 2008, in *www.ilcaso.it*, che ammette il pagamento percentuale dei crediti tributari privilegiati purché vengano rispettate le regole dettate in generale per il trattamento di tutti i crediti prelatizi ed il pagamento, benché in percentuale, non sia inferiore alla soglia minima di soddisfazione costituita dal valore di liquidazione risultante dalla stima di un esperto e non alteri l'ordine legale delle cause di prelazione; Tribunale Milano, 25 ottobre - 13 dicembre 2007, n. 13728, in

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

interpretato insieme alle parti dell'art. 182 *ter* l. f. che prevedono il pagamento parziale dei crediti tributari privilegiati, con la conseguenza che si deve definitivamente concludere nel senso che possono formare oggetto di falcidia anche i crediti tributari aventi natura privilegiata e anche se non iscritti a ruolo⁸⁰.

A tale ultimo proposito, l'Agenzia delle Entrate⁸¹ ha precisato che la locuzione "*crediti assistiti da privilegio*", contenuta nel primo comma dell'art. 182 *ter* l. f., deve essere intesa in senso atecnico, come comprensiva di tutti i crediti tributari muniti di diritto di prelazione⁸².

Fallimento n. 3/2008, 333, secondo cui "*la transazione ex art. 182 ter può prevedere il pagamento percentuale di crediti tributari privilegiati. Questa conclusione è condivisa dall'unanime dottrina che da essa ha fatto discendere anche la possibilità di prevedere, nel concordato preventivo, ante ultima riforma, il pagamento parziale dei crediti privilegiati, in analogia a quanto testualmente previsto dall'art. 124 l. f. per il concordato fallimentare (questa possibilità è ora espressamente prevista, per il concordato preventivo, dal 2° comma dell'art. 160 come novellato dal d. lgs. n. 169/2007)*"; Tribunale Messina, 4 gennaio 2007, in *Redazione Giuffrè* 2008, secondo cui "*in caso di transazione fiscale il pagamento parziale di crediti tributari assistiti da privilegio è ammissibile purché la percentuale di pagamento non sia inferiore a quella degli altri crediti assistiti da un grado di privilegio inferiore*"; Tribunale Bologna, 26 ottobre 2006, in *Fallimento* n. 5/2007, 579.

⁸⁰ Al riguardo, l'Agenzia delle Entrate, nella circolare n. 40/E del 18 aprile 2008, ha precisato che il corretto significato della locuzione "*limitatamente alla quota di debito avente natura chirografaria anche se non iscritti a ruolo*" deve essere colto sulla base di un'interpretazione sistematica delle norme riportate nell'articolo 182 *ter*, terzo e quarto periodo del primo comma l. f., le quali contemplan l'ipotesi che alla transazione siano ammessi tanto i crediti tributari assistiti da privilegio quanto quelli di natura chirografaria e, di conseguenza "*partendo dall'assunto che anche i crediti tributari privilegiati possono rientrare nell'ambito applicativo della transazione fiscale, la locuzione in esame non può essere interpretata nel suo significato letterale, così che, mentre il credito chirografario può essere oggetto di transazione indipendentemente dalla circostanza che vi sia stata iscrizione a ruolo, l'ammissione alla transazione fiscale del credito assistito da privilegio presupponga l'avvenuta iscrizione a ruolo. (...) Pertanto si deve concludere che nell'ambito di applicazione della transazione fiscale rientrano sia i crediti tributari chirografari sia quelli assistiti da privilegio, indipendentemente dalla circostanza che vi sia stata l'iscrizione a ruolo*".

⁸¹ Circolare n. 40/E del 18 aprile 2008. Infatti, secondo l'Agenzia, una differente interpretazione si porrebbe in contrasto con la *ratio* della transazione fiscale e determinerebbe una illegittima alterazione delle cause di prelazione.

⁸² Al contrario, il Tribunale Piacenza, 1° luglio 2008, in *www.ilcaso.it*, pur ammettendo la possibilità di pagamento parziale dei creditori privilegiati, la limita tuttavia ai soli creditori muniti di privilegio speciale; afferma infatti il Tribunale che "*la proposta concordataria può prevedere che solo i creditori muniti di pegno o ipoteca non vengano pagati integralmente,*

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 15/2016

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Ammessa quindi in generale la possibilità di pagamento parziale dei crediti tributari privilegiati, va precisato che, secondo le regole previste in generale per i creditori privilegiati nell'ambito del concordato preventivo, il creditore erariale privilegiato potrà subire una falcidia sempre che rinunci alla prelazione, partecipando al voto, alla pari di un creditore chirografario, per la quota del credito privilegiato oggetto della falcidia concordataria⁸³.

Si ritiene⁸⁴ inoltre che possa valere anche in sede di transazione fiscale la regola, prevista in generale per il concordato preventivo (cfr. art. 160 l. f.), che permette la

*sempre che 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 del professionista. (...) Del resto se il legislatore avesse voluto prevedere tale possibilità per tutti i crediti privilegiati si sarebbe espresso in tal senso, e non si sarebbe limitato ad indicare nell'art. 12 del d.lgs. n. 169/2007 solo una specifica e limitata categoria (cioè i crediti privilegiati muniti di pegno, ipoteca e privilegio)". Secondo PENTA (Obbligatorietà o facoltatività nel 'classamento' dei creditori e carattere autonomo o dipendente della transazione fiscale, in *Fallimento* n. 2/2010, 243) un "problema di coordinamento tra la disciplina contenuta nell'art. 160 e quella desumibile dall'art. 182 ter si pone a seguito dell'intervento correttivo. Invero, l'art. 12, commi 1 e 2 d. lgs., 12 settembre 2007, n. 169, nell'introdurre nell'ambito del concordato preventivo la possibilità di prevedere una soddisfazione parziale dei crediti privilegiati, si riferisce espressamente ai 'creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca', laddove l'art. 124 dettato in tema di concordato fallimentare richiama genericamente sul punto i 'creditori muniti di diritto di prelazione'. Questa differente formulazione potrebbe indurre a sostenere che solo per i crediti muniti di privilegio speciale possa essere previsto un pagamento percentuale, dovendo il proponente invece soddisfare integralmente quelli assistiti da privilegio generale. Il problema si estende alla transazione fiscale, in quanto la regolamentazione di quest'ultimo istituto nulla prevede a tal riguardo. Tuttavia, a prescindere dalle ripercussioni significative che si avrebbero sull'appetibilità della procedura di concordato (basti pensare alle rilevanti tipologie di creditori indicati nella sezione II, par. 1, del titolo III), sembra che si sia al cospetto di una mera svista del legislatore. Induce a pervenire a tale conclusione la circostanza che, diversamente opinando (vale a dire intendendosi il credito privilegiato non tributario di cui all'art. 182 ter come riferito al credito privilegiato 'speciale'), sarebbe pressoché impossibile individuare i crediti di grado pari o superiore a quello dei crediti contributivi, ma omogenei nel senso inteso in precedenza".*

⁸³ Tribunale Milano, 25 ottobre - 13 dicembre 2007, n. 13728, in *Fallimento* n. 3/2008, 333.

⁸⁴ LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, ed. Giuffrè 2008, 972; in giurisprudenza, Tribunale di Roma (provvedimento di rigetto di opposizione nell'ambito di un procedimento di omologa), depositato il 23 marzo 2009, inedito; CA Milano, 8-14 maggio 2008 (rif. Decreto 13 dicembre 2007 Tribunale Milano, in *Banca borsa tit. cred.* 2009, 699), secondo cui "un tale riaffermato contesto (ndr quello dell'ammissibilità del pagamento parziale dei crediti tributati privilegiati),

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

soddisfazione parziale dei creditori privilegiati nei limiti della misura realizzabile dal ricavato della liquidazione dei beni sui quali insiste la prelazione, avuto riguardo al relativo valore di mercato sulla base di una relazione giurata di un professionista *ex art.* 67, terzo comma lettera d) l. f.

4.4. Il trattamento dei crediti tributari

pertanto, non equivale all'introduzione nella disciplina fallimentare di una generale possibilità qualsivoglia di pagamento parziale dei crediti privilegiati, ma quest'ultimo circoscrive, più essenzialmente subordinandolo all'insufficienza dei beni vincolati al soddisfacimento integrale spettante ai creditori: con la conseguenza che a questo criterio direttivo e di demarcazione dell'ammissibilità in parola l'interprete non poteva e non può sottrarsi: perché oggettive, cogenti ragioni di unità sistematica imponevano ed impongono di coordinare l'istituto della transazione fiscale. (...) Le valutazioni espuestasi importano, in conclusione, che la transazione fiscale prevedente un limitato soddisfacimento dei crediti tributari assistiti da privilegio possa essere quindi legittimamente proposta dal debitore nell'ottemperanza ai requisiti che, fino all'entrata in vigore delle disposizioni integrative e correttive di cui al d. lgs. n. 169 cit., esclusivamente nel concordato fallimentare consentivano la soddisfazione di quelli in misura parziaria, e che oggi (nei medesimi termini sanciti) parimenti lo consentono nel concordato preventivo che sia aperto dopo il 1° gennaio 2008: ovvero, converrà ripetere, attuando una comparazione con quanto ricavabile, in ragione della collocazione preferenziale, dalla liquidazione dei beni/diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile secondo la relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), e nella specie mancata"; a commento di tale decisione, NUZZO (Creditori privilegiati: soddisfatti pienamente ma non pagati integralmente, in Banca borsa tit. cred., 2009, 704) ha precisato che "le conclusioni cui giunge la Corte milanese, dunque, dovrebbero essere arricchite da un'ulteriore considerazione. E' certamente vero che, nella disciplina concorsuale riformata, la possibilità di prevedere una riduzione delle pretese creditorie dei privilegiati incontra il doppio limite del rispetto delle cause legittime di prelazione e della previsione di una soddisfazione almeno pari al valore del bene oggetto di garanzia. Il medesimo limite tuttavia opera oggi dal punto di vista quantitativo e non invece di quello qualitativo. Nell'accentuare l'autonomia del debitore nella scelta degli strumenti di regolazione della crisi (o dell'insolvenza) attraverso i quali articolare il piano concordatario, il legislatore gli ha infatti concesso di prevedere modalità di soddisfazione della pretesa creditoria diverse dal pagamento, che - seppur quantitativamente congrue rispetto al valore del bene oggetto di garanzia ed al divieto di alterazione delle cause legittime di prelazione - costituiscono pur sempre un'alterazione dell'intera posizione creditoria originaria e, pertanto, incidendo sugli interessi dei creditori privilegiati, richiedono una loro espressa dichiarazione di voto". Nello stesso senso della decisione della Corte d'Appello di Milano prima citata, si veda Tribunale Pescara, 2 dicembre 2008, in www.ilcaso.it.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – n. 15/2016

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Quanto al trattamento da riservare al credito tributario, nell'ipotesi di **credito chirografario**, l'art. 182 *ter* l. f. stabilisce che *"il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole"*.

Quest'ultimo inciso è stato aggiunto dal d. l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2.

I primi commenti alla novella hanno criticato tale intervento lamentando che *"se si è in presenza di classi di creditori chirografari, ribadito anche in tale evenienza il principio della corretta formazione delle classi e dell'osservanza della posizione giuridica ed interessi economici omogenei rivestiti, si dovrebbe convenire che il credito tributario non può subire all'interno della classe un trattamento differenziato rispetto agli altri compresi nella stessa classe. Anche in tale evenienza, poiché lo stesso significato si ricava dai principi generali del sistema normativo, quello specifico dell'art. 182 *ter* non dovrebbe perseguire intendimenti diversi da quelli rappresentati"*⁸⁵.

Nell'ipotesi, poi, in cui il credito tributario o contributivo sia assistito da **privilegio**, l'art. 182 *ter* l.f. prescrive che *"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 e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie"*.

Si ritiene⁸⁶ che tale criterio possa dirsi osservato a condizione che risulti rispettato l'ordine di soddisfazione sancito dagli artt. 2777 e ss. c.c..

⁸⁵ LO CASCIO, *Osservazioni alla modifica dell'art. 182 ter l.f.*, in *Fallimento* 1/2009, 6.

⁸⁶ Tribunale Mantova, 26 febbraio 2009, in www.ilcaso.it, secondo cui *"non può affermarsi che i crediti dei lavoratori, privilegiati ex art. 2751 bis c.c. (...), i crediti degli enti previdenziali ex art. 2753 c.c. (...) e i crediti tributari (...) si trovino in 'grado' paritetico"*; e, ancora, nello stesso senso, Tribunale di Mantova, 30 ottobre 2008, in www.ilcaso.it. secondo cui *"non può affermarsi che i crediti dei lavoratori, privilegiati ex art. 2751 bis c.c. (per i quali è offerto il pagamento integrale) e i crediti degli enti previdenziali ex art. 2753 c.c. per la quota capitale (per i quali è offerto nella misura del 25%) si trovino in grado paritetico, atteso che quand'anche tutti i crediti indicati godano del medesimo privilegio generale sui mobili, essi presentano un ordine di soddisfazione diversa, sancito dagli artt. 2777 e ss. c.c., e quindi la loro posizione giuridica - giustificata da un differente rilievo economico-sociale - deve valutarsi non omogenea"*; Tribunale Pavia, 8 ottobre 2008, in www.ilcaso.it, secondo cui *"dal combinato*

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Infatti, in relazione all'ordine del privilegio, in caso di concorso di crediti aventi lo stesso privilegio generale o speciale sul medesimo bene, la legge, all'art. 2777 e ss. c.c., stabilisce una graduatoria ben precisa e particolareggiata.

Tali articoli devono essere quindi letti in coordinamento e ad integrazione degli artt. 160 e 182 ter l. f., nella parte in cui prevedono che, pur potendosi proporre un pagamento parziale ai creditori privilegiati e pur potendosi suddividere i creditori in classi con trattamenti differenziati, non si può in ogni caso alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione, prevedendo per alcuni creditori pagamenti inferiori (o superiori) rispetto ad altri creditori che abbiano un grado di privilegio inferiore (o superiore)⁸⁷.

disposto degli artt. 2751 bis e 2777 e ss. c.c. emerge come i crediti dei lavoratori e quelli dell'erario godano sì della medesima garanzia consistente nel privilegio generale sui mobili ma con grado di soddisfazione diverso. Ritiene il Collegio che anche la sola diversità di grado sia idonea a differenziare la posizione giuridica come richiesto dalla normativa richiamata al fine della predizione di diverse percentuali di pagamento in sede di concordato preventivo. La ratio che sottende la progressività del grado, infatti, presuppone una diversa considerazione da parte del legislatore di crediti che, seppur muniti della stessa garanzia, hanno un substrato giuridico ed economico-sociale diverso tanto da giustificare un diverso trattamento"; di opinione diversa, Tribunale Piacenza, 1° luglio 2008, in www.ilcaso.it, secondo cui "il rispetto del grado del privilegio è qualcosa di diverso dal rispetto dell'ordine di pagamento previsto dagli articoli 2777 e 2778 c.c.; nel caso di specie (...) viene previsto il pagamento in misura diversa rispetto ai crediti dei lavoratori, creditori privilegiati di pari grado (si tratta infatti di crediti aventi il "grado" di privilegio generale ex art. 2751 bis c.c. al pari del credito tributario) con la conseguenza che la proposta di transazione fiscale appare - sotto questo aspetto - inammissibile in quanto effettuata in violazione dei criteri indicati dall'art. 182 ter l. f."

⁸⁷In questo senso, PENTA (*Obbligatorietà o facoltatività nel 'classamento' dei creditori e carattere autonomo o dipendente della transazione fiscale*, in *Fallimento* n. 2/2010, 243) "non sembra revocabile in dubbio che (...) il pagamento dei crediti tributari e contributivi assistiti da privilegio debba essere parametrato (nel senso dell'impossibilità di una soddisfazione pecuniaria deteriore) sia ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore che a quelli che, pur avendo un grado di privilegio pari o superiore, presentano una posizione giuridica ed interessi economici omogenei. Da ciò consegue che, se da un lato, i crediti muniti di privilegio di grado inferiore non possono 'scavalcare' sul piano soddisfattorio quelli di grado superiore dall'altro lato, i crediti tributari e contributivi devono essere pagati in misura non inferiore rispetto a quelli che, pur di grado superiore, siano connotati da omogeneità di posizione giuridica e di interessi economici. Questa inevitabile conclusione si pone in apparente contrasto con la regola evincibile dal secondo comma dell'art. 160, secondo cui, in presenza di una suddivisione in classi, non è possibile alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione e, per l'effetto, il trattamento paritario dei creditori privilegiati di grado diverso è consentito, ma non imposto. Tuttavia, dovendo i creditori omogenei essere inquadrati all'interno di una stessa classe (art. 160, primo comma, lettera c) e non potendosi prevedere per i creditori inseriti in

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 15/2016

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Per quanto attiene poi al trattamento dei creditori privilegiati erariali nell'ambito specifico degli accordi di ristrutturazione, si ritiene⁸⁸ che il rispetto dell'ordine di graduazione delle cause di prelazione, nonché del pagamento analogo per i creditori aventi il medesimo grado di privilegio possano essere derogati; ciò in quanto l'istituto previsto dall'art. 182 bis l. f. offre maggiore disponibilità alle parti di regolare i propri interessi secondo una valutazione di convenienza che può essere anche del tutto discrezionale.

In tema di privilegi per crediti tributari occorre dare conto di una novità normativa intervenuta nel corso del 2011. Il D.L. n. 98 del 6 luglio 2011 convertito con L. n. 111 del 2011 ai commi 37, 38 e 39 dell'art. 23 contiene alcune modifiche agli articoli del codice civile. In particolare è stata riscritta parte del primo comma dell'art. 2752 c.c., è stato abrogato l'art. 2771 c.c. e all'art. 2776 c.c. al terzo comma è stato aggiunto il richiamo ai crediti indicati al primo comma dell'art. 2752 c.c..

L'intervento più rilevante riguarda l'art. 2752 c.c. il cui scopo è quello di ampliare la portata del privilegio attraverso tre modifiche:

- cambiano le imposte che godono del privilegio, adeguandole alla normativa fiscale vigente;

- viene aggiunto il credito per le sanzioni, tra quelli assistiti da privilegio (previsto in passato solo in ambito di iva);

- non è più prevista la condizione per cui i tributi debbano essere stati iscritti nei ruoli esecutivi nell'anno in cui il concessionario procede o interviene e nell'anno precedente.

Ai sensi del comma 40 dell'art. 23 è stabilito che i titolari di crediti privilegiati intervenuti nell'esecuzione o ammessi al passivo anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto possono contestare i crediti che per effetto delle nuove norme sono stati loro anteposti valendosi del rimedio di cui all'art. 512 c.p.c. o proponendo impugnazione ex art. 98, comma 3, l. f.. Questa è la norma che tra gli interpreti suscita maggiore perplessità applicativa. Per quanto riguarda i concordati, l'orientamento del

ciascuna di esse trattamenti (recte, quanto alla transazione fiscale, pagamenti) differenziati (art. 160, primo comma, lettera d), a ben vedere la discrasia non ha ragion d'essere".

⁸⁸ MATTEI, *La transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi*, a cura di Vietti-Marotta-Di Marzio, Itaedizioni 2008, 315.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Tribunale di Milano è il seguente⁸⁹: (a) per quelli in fase di ammissione, occorre, rimettere in termini il ricorrente ex art. 162, co 1, l. f. per valutare l'impatto dell'antergazione al privilegio; (b) per quelli in pendenza dell'approvazione da parte creditori oppure durante il giudizio di omologa, occorre che, il commissario giudiziale e il ricorrente procedano ad aggiornare i conteggi tenendo conto dell'impatto sul fabbisogno. In quest'ultimo caso vengono distinte tre diverse ipotesi: 1. Se il ricalcolo comporta l'azzeramento della soddisfazione del ceto chirografario oppure di almeno una delle classi, ove esistenti, il concordato diviene inammissibile ex art. 173. u. c.. l. f. (salvo pervenga una proposta migliorativa); 2. nel caso in cui lo scostamento per la classe di chirografari sia maggiore del 25% occorre far votare nuovamente i creditori; 3. nel caso in cui lo scostamento sia inferiore al 25% non occorre far votare nuovamente i creditori.

Un'altra novità contenuta nel D.L. 98/2011 è la possibilità, sancita dal comma 43 dell'art. 23, per gli imprenditori agricoli in stato di crisi o di insolvenza di accedere alle procedure di cui agli artt. 182 bis e 182 ter l. f.

Discorso parzialmente diverso va fatto con riferimento al trattamento dei **crediti degli enti gestori di forme di previdenza ed assistenza obbligatorie**, con riferimento ai quali il già citato decreto interministeriale del 4 agosto 2009 (attuativo dell'art. 32 della legge n. 2/2009) prevede che la proposta di pagamento parziale per i crediti privilegiati di cui al n. 1) del primo comma dell'art. 2778 c.c. (ossia, i crediti per contributi ad istituti, enti o fondi speciali - compresi quelli sostitutivi o integrativi - che gestiscono forme di assicurazione obbligatoria per invalidità, la vecchiaia ed i superstiti⁹⁰) e per i crediti per premi non può essere inferiore al 100% e per i crediti privilegiati di cui al n. 8) del primo comma dell'art. 2778 c.c. (ossia, i crediti per contributi dovuti a istituti ed enti per forme di tutela previdenziale e assistenziale diversi da quelli indicati dal n. 1) del medesimo articolo, nonché gli accessori, limitatamente al

⁸⁹ Tali posizioni sono contenute nel verbale riassuntivo del Plenum del Tribunale di Milano - Seconda Sezione Civile, tenutosi in data 28 luglio 2011 ai sensi dell'art. 47 *quater* o.g..

⁹⁰ L'Inail (Circolare Inail-Direzione Generale-Direzione Centrale Rischi n. 8 del 26 febbraio 2010) ha precisato che *"i crediti per premi assicurativi dovuti all'Inail sono infatti collocati al primo posto nell'ordine dei privilegi per il loro intero ammontare, mentre gli accessori dei premi stessi sono collocati per il 50% all'ottavo posto e per il restante 50% costituiscono crediti chirografari"*.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

50% del loro ammontare, relativi sia ai crediti di cui al n. 1) che di quelli di cui al n. 8) dell'art. 2778 c.c.) non può essere inferiore al 40%.

Mentre per i crediti chirografari degli enti gestori di forme di previdenza ed assistenza obbligatorie, il decreto in questione stabilisce che la proposta non può essere inferiore al 30% del loro ammontare.

Infine, il decreto stabilisce che la proposta di pagamento dilazionato dei crediti degli enti gestori di forme di previdenza ed assistenza obbligatorie non può essere superiore a sessanta rate mensili, con applicazione degli interessi al tasso legale.

Con il recente decreto del 4 agosto 2009 viene quindi creata una disparità di trattamento tra i crediti tributari, che soggiacciono solo ai limiti generali meglio descritti *supra* (trattamento sulla base del grado di privilegio e della posizione giuridica e degli interessi economici omogenei) ed i crediti contributivi che, oltre a tali limiti generali, sono soggetti anche ai limiti di percentuale massima specifica sopra indicati⁹¹.

5. Il procedimento

5.1 Il procedimento nell'ipotesi di concordato preventivo

L'iniziativa per la presentazione di una domanda di transazione fiscale spetta esclusivamente al debitore in stato di crisi.

L'iter della transazione fiscale si articola in tre momenti distinti che in via di sintesi si possono così rappresentare:

1. il debitore, "contestualmente" al deposito del piano in tribunale, deve consegnare domanda di transazione sia al competente Concessionario per la riscossione, sia all'Agenzia fiscale competente; la domanda di transazione deve essere corredata dalla documentazione prevista dalla norma in commento al fine di consentire il consolidamento del debito fiscale e di consentire al Concessionario ed al dirigente dell'ufficio la valutazione del rispetto della regola di trattamento non deteriore prevista dall'art. 182 *bis*;

2. al fine della quantificazione e del consolidamento dei crediti delle agenzie

⁹¹ Occorre al riguardo segnalare una recente pronuncia del Tribunale di Monza (decreto di ammissione depositato in data 23 dicembre 2009, Presidente Rel. Paluchowski, Consiglieri Buratti e Fallo, inedito) che ha ammesso al concordato una società che aveva chiesto la disapplicazione del decreto 4.8.2009 del Ministero del lavoro e della salute, domandando di poter eseguire il pagamento dei contributi previdenziali di cui alla posizione dei dipendenti nella misura del 12,51%.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

fiscali, non oltre trenta giorni dalla data della presentazione, il Concessionario deve trasmettere al debitore una certificazione attestante l'entità del debito iscritto a ruolo scaduto o sospeso, mentre l'ufficio deve procedere alla liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni, notificando i relativi avvisi di irregolarità. Dopo l'emissione del decreto di apertura della procedura di concordato preventivo, copia dell'avviso di irregolarità e delle certificazioni devono essere trasmessi al commissario giudiziale per la verifica degli importi e la rettifica degli elenchi depositati con la domanda;

3. l'adesione o il diniego alla proposta di concordato varia a seconda dell'iscrizione, o meno, a ruolo dei tributi:

- per i tributi non ancora iscritti a ruolo, ovvero non ancora consegnati al Concessionario, l'adesione o il diniego alla proposta di concordato è approvata con atto del direttore dell'ufficio fiscale, previo analogo parere della competente direzione regionale e deve essere espresso mediante voto in sede di adunanza dei creditori;

- per i tributi iscritti a ruolo e già consegnati al Concessionario, quest'ultimo provvede ad esprimere il voto in sede di adunanza dei creditori, su indicazione del direttore dell'ufficio, previo conforme parere della competente direzione regionale.

L'espressione del voto non comporta rinuncia ai diritti di prelazione derivanti da privilegio, pegno o ipoteca.

Passiamo ora dalla sintesi all'analisi degli atti in cui si articola l'*iter* di presentazione ed esame della transazione fiscale.

In particolare, l'imprenditore che, accingendosi a depositare una domanda di concordato preventivo, vuole regolare anche la propria esposizione debitoria di natura fiscale, "contestualmente al deposito presso il tribunale", deve presentare copia della domanda di transazione fiscale e della relativa documentazione⁹² al competente⁹³

⁹² Si tratta della documentazione prevista dall'art. 161, secondo e terzo comma l. f..

⁹³ Secondo FERRO-ROVERONI (Commento sub *art. 182 ter l. f.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, ed. Cedam 2007, 1449) tale competenza potrebbe individuarsi con il concessionario del luogo in cui ha sede il tribunale chiamato a trattare il ricorso.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

concessionario del servizio nazionale della riscossione e all'ufficio competente⁹⁴ individuato sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del debitore⁹⁵.

Si ritiene⁹⁶ che la presentazione di copia della domanda debitamente documentata sia al competente agente della riscossione, sia al competente Ufficio dell'Agenzia delle Entrate, costituisca un onere il cui assolvimento rileva come vero e proprio requisito di ammissibilità della transazione fiscale.

Quanto al **contenuto** della domanda di transazione fiscale, l'Agenzia delle Entrate⁹⁷ ritiene che la stessa debba essere redatta nel modo il più possibile analitico ed esauriente e debba contenere quantomeno i seguenti elementi: le indicazioni complete del contribuente; gli elementi identificativi della procedura di concordato preventivo in corso; la completa ed esauriente ricostruzione della posizione fiscale del contribuente con l'indicazione di eventuali contenziosi pendenti; l'illustrazione della proposta di transazione con indicazione dei tempi, delle modalità e delle garanzie prestate per il pagamento; l'indicazione, anche sommaria, del contenuto del piano concordatario; ogni altro elemento che il contribuente riterrà utile all'accoglimento della proposta e che, comunque, ponga l'Ufficio in condizione di effettuare le proprie valutazioni.

Quanto, poi, alla **forma** della domanda, si ritiene sufficiente che la stessa sia redatta su carta semplice e venga presentata agli uffici competenti senza particolari formalità⁹⁸.

⁹⁴ Secondo FERRO-ROVERONI (*Commento sub art. 182 ter l. f., in La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, ed. Cedam 2007, 1449), DEL FEDERICO (*Commento ex art. 182 ter l. f., in Il nuovo diritto fallimentare, Commentario diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, Zanichelli ed. 2007, 2570*), MAGNANI (*La transazione fiscale, in Il diritto fallimentare riformato, Commentario sistematico a cura di Schiano Di Pepe, ed. Cedam 2007, 684*), nel caso di tributi amministrati dall'Agenzia delle dogane, l'ufficio competente è quello che ha notificato al debitore gli atti di accertamento.

⁹⁵ Secondo Tribunale di Roma, 20 aprile 2010 (decr.), in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 3-4. 2011. 297 con nota di Ronco, *Domanda di concordato e poteri del Tribunale*, nel caso in cui la proposta di concordato riguardi crediti per tributi amministrati dalle agenzie fiscali la transazione, fiscale è parte integrante e indefettibile - a pena di inammissibilità - della proposta di concordato. L'intero contenuto della transazione deve essere riversato nel ricorso con cui si propone la domanda di ammissione ovvero in un atto integrativo di esso.

⁹⁶ Agenzia delle Entrate circolare n. 40/E del 18 aprile 2008.

⁹⁷ Circolare n. 40/E del 18 aprile 2008.

⁹⁸ Secondo FERRO-ROVERONI (*Commento sub art. 182 ter l. f., in La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, ed. Cedam 2007, 1449) e MAGNANI (*La transazione fiscale, in Il diritto fallimentare riformato, Commentario sistematico a cura di*

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Quanto alla **tempistica** di presentazione della domanda, con specifico riferimento alla locuzione "*contestualmente al deposito presso il tribunale*", l'Agenzia delle Entrate⁹⁹ ha precisato che la stessa non implica 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.

In linea teorica, quindi, potrebbe essere consentito al debitore di presentare la proposta di transazione fiscale negli stessi termini in cui è possibile modificare o integrare la proposta di concordato e, cioè, fino all'adunanza dei creditori¹⁰⁰; in concreto, tuttavia, tale eventualità deve necessariamente fare i conti con il ristretto termine di trenta giorni entro il quale l'Ufficio dovrà provvedere alla liquidazione dei tributi e alla trasmissione della certificazione¹⁰¹.

Schiano Di Pepe, ed. Cedam 2007, 684) non è necessaria una particolare forma (ad esempio la notifica) per la presentazione della domanda e della documentazione. Secondo *DEL FEDERICO (Commento ex art. 182 ter l. f., in Il nuovo diritto fallimentare, Commentario diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, Zanichelli ed. 2007, 2570)* "*la domanda di transazione è parte del piano di concordato (art. 160) ed è quindi presentata come la domanda di concordato, a norma dell'art. 161*".

⁹⁹ Agenzia delle Entrate risoluzione 5 gennaio 2009, n. 3/E; infatti, al riguardo LA MALFA (*Ancora sui rapporti tra la transazione fiscale e il concordato preventivo, in www.ilcaso.it* documento n. 144/2009), proprio a commento della risoluzione dell'Agenzia delle Entrate prima citata, ha sottolineato che "*è evidente che, dal punto di vista funzionale, la presentazione contemporanea della domanda presso i tre uffici non comporterebbe alcuna concreta utilità né per il tribunale, né per il concessionario, né infine per l'agenzia delle entrate, mentre potrebbe creare notevoli difficoltà per il proponente nell'accedere contemporaneamente presso tre diversi uffici, talora ubicati in luoghi distanti tra loro e con orari di sportello piuttosto ristretti*".

¹⁰⁰ PALUCHOWSKI, *Commento all'art. 182 ter l. f., in Pajardi, Codice del Fallimento, a cura di Bocchiola e Paluchowski, ed. Giuffrè 2009, 1800.*

¹⁰¹ Sebbene sia pacifico che la domanda di concordato possa essere riproposta in senso migliorativo fino all'adunanza dei creditori, si ritiene che lo stesso termine non sia riferibile alla domanda di transazione, in quanto un differimento della relativa presentazione farebbe inevitabilmente slittare anche il termine stringente di trenta giorni funzionale agli adempimenti di competenza del concessionario e dell'ufficio. In questo senso, *DEL FEDERICO (Commento ex art. 182 ter l. f., in Il nuovo diritto fallimentare, Commentario diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, Zanichelli ed. 2007, 2571)*, secondo cui "*si ritiene che la tempistica della transazione fiscale non sia compatibile con la tardività della domanda*"; in senso contrario, *PALUCHOWSKI (Commento all'art. 182 ter l. f., in Pajardi, Codice del Fallimento, a cura di Bocchiola e Paluchowski, ed. Giuffrè 2009, 1800)*, secondo la quale "*la circostanza che ciò (ndr la possibilità di riproporre la domanda di transazione fiscale fino all'adunanza dei creditori)*

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 15/2016

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Si ritiene pertanto che, in concreto, la tempistica del procedimento relativo alla transazione fiscale non permetta al debitore particolari ritardi nella presentazione della proposta.

Un passaggio fondamentale¹⁰² per il raggiungimento della transazione è rappresentato dal c.d. "**consolidamento del debito fiscale**"¹⁰³, ossia da un procedimento che tende ad un riconoscimento definitivo ed incontrovertibile del debito tributario. Ciò al fine di realizzare un assetto certo, trasparente e non più modificabile della procedura.

A tal fine la norma prevede che, per permettere all'Amministrazione di formarsi un quadro preciso ed aggiornato in ordine alla propria posizione creditoria, insieme alla domanda di transazione e alla relativa documentazione, il debitore debba presentare anche una 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.

Oltre alle dichiarazioni fiscali e a quelle integrative, si ritiene opportuno¹⁰⁴ che il debitore presenti altresì i dati relativi ai redditi realizzati nel precedente periodo d'imposta per i quali non sia ancora scaduto il termine di presentazione della dichiarazione, sia i dati relativi ai debiti Iva risultanti dalle liquidazioni periodiche non ancora trasfusi nelle prescritte dichiarazioni annuali.

Non oltre trenta giorni dalla data di presentazione della domanda e della relativa documentazione, il concessionario deve trasmettere al debitore una certificazione attestante l'entità del debito iscritto a ruolo scaduto o sospeso.

comporterebbe lo slittamento dei termini previsti per gli adempimenti dell'ufficio e del concessionario, non risulta decisiva per negare tale facoltà, sia perché esiste previsione normativa per la modificazione del piano concordatario sia perché i termini concessi all'ufficio ed al concessionario non hanno caratteristiche di perentorietà".

¹⁰² Ritenuto talmente importante da indurre qualche commentatore (DEL FEDERICO, *La transazione fiscale: l'intervento del D.L. n. 185/2008*, in *Atti del convegno "Il risanamento delle imprese in crisi e la ristrutturazione del debito"*, Milano, 21-22 aprile 2009) ad affermare che "il nucleo qualificante ed innovativo della transazione fiscale non è tanto la falcidiabilità dei crediti tributari (che già prima della riforma scaturiva quale normale effetto del concordato ex art. 184 l. fall.), quanto piuttosto il meccanismo del consolidamento".

¹⁰³ Con riferimento alla nozione di "consolidamento" cfr. *supra* p. 27.

¹⁰⁴ LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento, Disciplina comunitaria e transfrontaliera. Disciplina tributaria*. Diretto da Lo Cascio, ed. Ipsoa 2008, 1635; PALUCHOWSKI, *Commento all'art. 182 ter l.f.*, in Pajardi, *Codice del Fallimento*, a cura di Bocchiola e Paluchowski, ed. Giuffrè 2009, 1799.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Nel medesimo termine di trenta giorni, l'ufficio deve consolidare l'intero debito tributario, procedendo alla liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni e alla notifica dei relativi avvisi di irregolarità¹⁰⁵, nonché alla certificazione attestante l'entità del debito derivante da atti di accertamento ancorché non definitivi, per la parte non iscritta a ruolo, nonché dai ruoli vistati ma non ancora consegnati al concessionario¹⁰⁶.

All'esito dei controlli¹⁰⁷ insiti nel subprocedimento di consolidamento del debito fiscale potrebbe anche accadere che l'Amministrazione finanziaria arrivi a determinare un maggior debito d'imposta rispetto a quello indicato dal contribuente in sede di proposta, rendendo in tal modo necessaria la modifica dell'intero piano concordatario¹⁰⁸.

L'art. 182 *ter* l. f. non prevede alcuna sanzione nell'ipotesi in cui l'Amministrazione non rispetti il **termine** di trenta giorni o, addirittura, ometta del tutto di fornire le certificazioni e la liquidazione previste dalla norma¹⁰⁹.

¹⁰⁵ DEL FEDERICO (*Commento ex art. 182 ter l.f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, Zanichelli ed. 2007, 2572) ritiene che per "avvisi di irregolarità" il legislatore abbia inteso riferirsi non agli atti di accertamento, ma agli atti liquidatori e, in primo luogo, alla liquidazione delle dichiarazioni, e quindi agli atti intermedi tra accertamento e riscossione.

¹⁰⁶ Secondo DEL FEDERICO (*La transazione fiscale: l'intervento del D.L. n. 185/2008*, in *Atti del convegno "Il risanamento delle imprese in crisi e la ristrutturazione del debito"*, Milano, 21-22 aprile 2009), "stante la chiara lettera dell'art. 182 *ter*, 2° comma, non si potrà tener conto di quelle pretese contenute in atti diversi dagli accertamenti e dagli atti di liquidazione delle dichiarazioni, ovvero, sotto altro profilo, di quelle pretese astrattamente iscrivibili a ruolo, ma per le quali i ruoli non siano stati emessi, salvo il caso dei ruoli vistati ma non ancora consegnati all'esattore (il visto è quindi requisito procedimentale decisivo nella formazione del ruolo)"; a nulla potrebbe quindi rilevare un processo verbale di constatazione o un atto di contestazione delle sanzioni.

¹⁰⁷ Secondo PISELLI (*Concordato e transazione fiscale*, in www.ilcaso.it 14 marzo 2009, Sezione II - Dottrina, opinioni e interventi, documento n. 143) "si ritiene generalmente che l'attività di verifica dell'Amministrazione debba essere limitata, dopo la presentazione della domanda, ai soli controlli effettuabili mediante procedure automatizzate, senza che esista obbligo di attivare controlli sostanziali a carico del contribuente".

¹⁰⁸ MINNITI, *La transazione fiscale: ultime novità e proposte per un rilancio*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti* 1/2009.

¹⁰⁹ Secondo ZANICHELLI, *La Transazione fiscale*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* n. 2/2012. 156, seppur si tratti di un obbligo, la sua violazione non è direttamente sanzionata ma potrebbe dar luogo a responsabilità dell'Amministrazione nel caso in cui potesse essere fornita la prova che proprio l'incertezza sull'ammontare della pretesa fiscale e quindi del fabbisogno concordatario ha comportato l'insuccesso della proposta.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Al riguardo una parte della dottrina ritiene¹¹⁰ che l'Ufficio che non si dovesse pronunciare sulla proposta di transazione fiscale possa integrare e modificare le proprie pretese sino al termine di decadenza e di prescrizione dell'azione di accertamento e riscossione.

Altra parte della dottrina, al contrario, propende per la perentorietà¹¹¹ del termine di trenta giorni e, comunque, per l'obbligatorietà¹¹² dell'attività a carico

¹¹⁰ GROSSI, *La riforma della legge fallimentare. Commento e formule della nuova disciplina delle procedure concorsuali e dell'amministrazione straordinaria*. Ed. Giuffrè 2006, 2291.

¹¹¹ In questo senso DEL FEDERICO (*Commento ex art. 182 ter l. f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare, Commentario* diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, Zanichelli ed. 2007, 2573), secondo il quale "qualche residua perplessità sull'effetto preclusivo del vano decorso del termine in questione sarebbe comunque agevolmente superabile in base al combinato disposto dell'art. 182 ter e delle norme di natura ancor più marcatamente processuale di cui agli artt. 160 161,163 e 171"; DEL FEDERICO, *La transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di Didone, ed. Utet 2009, 2073; e sempre DEL FEDERICO, *La transazione fiscale: l'intervento del D.L. n. 185/2008*, in *Atti del convegno "Il risanamento delle imprese in crisi e la ristrutturazione del debito"*, Milano, 21-22 aprile 2009; secondo FIGARI (*Prime impressioni su 'transazione' fiscale e 'ristrutturazione' dei debiti fiscali*, in *Profili della nuova legge fallimentare*, a cura di Carlo Ibba, ed. Giappichelli 2009, 149) "a favore della perentorietà soccorrono, da un lato, l'art. 2 della legge n. 241/1990 in materia di 'Conclusione del procedimento' amministrativo che impone il termine di trenta giorni e, dall'altro, la logica che vi deve essere nella successione dei momenti rispetto ai quali l'esatta determinazione dell'esposizione debitoria assume un ruolo pregiudicante"; a favore della perentorietà del termine anche ANDREANI *Fattispecie fiscali tipiche del concordato preventivo, del concordato fallimentare e degli accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182 bis legge fallimentare*. in *ANDREANI -TRON Crisi d'impresa e ristrutturazione del debito*. Gruppo24Ore 2012 173, che la fa discendere dalla necessità di non intralciare la procedura concordataria. Contra, PALUCHOWSKI, *Commento all'art. 182 ter l. f.*, in Pajardi, *Codice del Fallimento*, a cura di Bocchiola e Paluchowski, ed. Giuffrè 2009, 1799; MATTEI (*La transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi*, a cura di Vietti-Marotta-Di Marzio, Itaedizioni 2008, 320), secondo il quale "l'avviso espresso in dottrina secondo il quale, con riferimento alla disciplina del terzo comma, il termine in parola dovrebbe considerarsi perentorio, sì che il suo inutile decorso impedirebbe il completamento del procedimento, non ci pare condivisibile, almeno nel caso degli accordi di ristrutturazione, essendo evidentemente incompatibile con la ratio legis, che è quella di favorire la composizione della crisi"; in senso sostanzialmente analogo si è pronunciato anche il Tribunale di Roma (provvedimento di rigetto di opposizione nell'ambito di un procedimento di omologa, depositato il 23 marzo 2009, inedito), secondo cui "se è vero che il termine, non perentorio in quanto non espressamente dichiarato tale dalla legge, non prevede

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

dell'Amministrazione, con la conseguenza che, "*decorso inutilmente il termine di trenta giorni, l'ufficio ed il concessionario non possono partecipare all'adunanza dei creditori*" e, non potendo esprimere voto alcuno, andranno "*a subire gli effetti scaturenti dalla, deliberazione del concordato e dalle successive vicende*"¹¹³.

Infatti, il superamento del termine di trenta giorni causerebbe notevoli problemi di natura pratica: ad esempio, intralchierebbe i compiti del commissario, creerebbe incertezze tra i creditori, impedirebbe un'adeguata ponderazione della proposta e renderebbe difficoltoso il calcolo delle maggioranze.

Dopo l'emissione del decreto di ammissione alla procedura concordataria, copia dell'avviso di irregolarità e delle certificazioni devono essere **trasmessi**¹¹⁴ **al commissario giudiziale** al fine di consentirgli di procedere alla verifica dell'elenco dei creditori e dei debiti, apportando, se del caso, le necessarie rettifiche, nonché al fine di predisporre la relazione *ex art. 172 l. f.*

per il 'consolidamento' dell'esposizione debitoria verso il Fisco 'un tempo ragionevole', causa i ritardi notori degli uffici nella verifica della documentazione consegnata dal proponente, tali ritardi non possono penalizzare l'imprenditore, tenuta presente la ratio della norma, finalizzata a rendere lo strumento transattivo più duttile ed ispirata da criteri di efficienza e speditezza dell'iter"; della stessa opinione anche STASI. La transazione fiscale, in Il nuovo diritto fallimentare - novità ed esperienza applicative a cinque anni dalla riforma, commentario sistematico diretto da A. Jorio e M. Fabiani. Zanichelli. 2010.1204-1205.

¹¹² In questo senso MAFFEI ALBERTI (*Commento all'art. 182 ter l. f.*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, ed. Cedam 2009, 1088); LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento, Disciplina comunitaria e transfrontaliera. Disciplina tributaria*. Diretto da Lo Cascio, ed. Ipsoa 2008, 1636. L'Agenzia delle Entrate (circolare n. 40/E del 18 aprile 2008) ha precisato al riguardo che, in considerazione della particolare celerità del procedimento, è necessario che eventuali richieste motivate di proroga del termine di trenta giorni vengano formulate dagli Uffici agli Organi della procedura solo in casi del tutto eccezionali.

¹¹³ In questo senso, testualmente, DEL FEDERICO, *Commento ex art. 182 ter l. f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare, Commentario* diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, Zanichelli ed. 2007, 2575.

¹¹⁴ Secondo DEL FEDERICO (*Commento ex art. 182 ter l. f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare, Commentario* diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, Zanichelli ed. 2007, 2571), sebbene la norma non chiarisca su chi gravi tale onere, trattandosi di atti provenienti da soggetti creditori, si deve ritenere che siano essi i principali interessati; *contra* LO CASCIO (*Il concordato preventivo*, ed. Giuffrè 2008, 974), il quale invece ritiene che la trasmissione al commissario debba fare carico al debitore, al quale è fatto obbligo di informare tale organo sull'esatta situazione patrimoniale rassegnata.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Sebbene l'art. 182 *ter* l. f. non chiarisca quali siano i **criteri** ai quali l'Amministrazione debba ispirarsi per raggiungere una decisione in merito alla proposta di transazione fiscale, si ritiene¹¹⁵ che la valutazione della domanda debba essere svolta, da un lato, alla luce dei previgenti principi pubblici di economicità e di efficienza dell'azione amministrativa e, dall'altro lato, sulla base dei nuovi parametri relativi alla tutela di tutti gli interessi coinvolti nella crisi dell'impresa, ivi compresi non solo quelli erariali ma anche quelli privati dei lavoratori e comunque della continuità aziendale; il tutto anche in considerazione della probabilità di successo del piano predisposto dal debitore¹¹⁶.

¹¹⁵ LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento, Disciplina comunitaria e transfrontaliera. Disciplina tributaria*. Diretto da Lo Cascio, ed. Ipsoa 2008, 1636. Secondo DEL FEDERICO (*Commento ex art. 182 ter l. f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare, Commentario* diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, Zanichelli ed. 2007, 2575), "*nell'atto concretante la determinazione amministrativa, che poi va espressa mediante voto nell'adunanza dei creditori, resta ineludibile la ponderazione di interessi, basata sui consueti e sempre immanenti parametri della economicità e della proficuità dell'accordo*"; in senso conforme PISELLI (*Concordato e transazione fiscale*, in www.ilcaso.it, 14 marzo 2009, Sezione II - Dottrina, opinioni e interventi, documento n. 143), secondo il quale "*nel silenzio della legge gli interpreti ritengono comunque di desumere dal sistema normativo - e in particolare dagli artt. 53 e 97 Cost. - che nell'ambito della transazione fiscale gli Uffici, al momento della valutazione della proposta del contribuente, siano tenuti a ponderare l'efficacia e l'economicità della procedura di riscossione coattiva rispetto ai risultati conseguibili, per l'appunto, accettando la proposta di transazione, nonché a valutare le conseguenze negative che l'eventuale fallimento potrebbe produrre con riguardo a situazioni collegate ad interessi costituzionalmente tutelari, come l'occupazione e la salvaguardia dei complessi produttivi*".

¹¹⁶ In una recente Circolare (Circolare n. 20/E del 16 aprile 2010 in materia di "prevenzione e contrasto all'evasione"), l'Agenzia delle Entrate ha richiamato "*l'attenzione in ordine all'esigenza di dare adeguata rilevanza all'attività necessaria al fine di addivenire, ove ne ricorrano i presupposti, alle transazioni fiscali ex art. 182 ter della Legge Fallimentare. In presenza di situazioni di crisi aziendale, sia prodromi che alla dichiarazione di fallimento sia evidenziate in una proposta di concordato preventivo, lo strumento transattivo può infatti rivelarsi decisivo per garantire l'effettivo introito di somme dovute all'Erario in misura certamente superiore (ed in tempi ovviamente ben più rapidi) rispetto a quanto potrebbe avvenire, con le ordinarie modalità di riscossione, in caso di fallimento del contribuente. La particolare delicatezza di quest'ultima tematica impone, peraltro, che la trattazione delle istanze di transazione venga affidata a personale con competenze professionali idonee a garantire che l'istituto trovi concreta attuazione, secondo le finalità per le quali è stato introdotto nell'ordinamento (contemperare l'interesse pubblico alla riscossione dei tributi con l'egualmente rilevante interesse alla conservazione delle imprese in grado di rappresentare realtà ancora produttive, salvaguardando nel contempo i livelli occupazionali). Al fine di*

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

In altre parole "gli Uffici dovranno valutare l'eventuale effettiva possibilità di una migliore soddisfazione del credito erariale in sede di accordo transattivo, rispetto all'ipotesi di avvio di una procedura concorsuale di fallimento, tenendo conto dei principi di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa nonché della tutela degli interessi erariali. (...) E' opportuno che gli Uffici, in sede di valutazione dell'accordo, tengano conto anche degli altri interessi coinvolti nella gestione della crisi, quali, ad esempio, la difesa dell'occupazione, la continuità dell'attività produttiva, la complessiva esposizione debitoria dell'impresa, oltre alla sua generale situazione finanziaria e patrimoniale"¹¹⁷.

Nell'ipotesi in cui la proposta di transazione fiscale dovesse avere contenuto dilatorio, l'Agenzia delle Entrate¹¹⁸ ha precisato che, nel valutare tale proposta, l'Ufficio dovrà tenere conto di quanto previsto in generale dal concordato, in quanto dovrà verificare che il trattamento del credito tributario non sia inferiore a quello offerto ai creditori che hanno un diritto di prelazione con grado inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali. Sarà inoltre essenziale che l'Ufficio consideri la prestazione (o meno) di una idonea garanzia da parte del debitore.

Per quanto riguarda, in particolare, i **crediti degli enti gestori di forme di previdenza ed assistenza obbligatorie**, il citato decreto interministeriale del 4 agosto 2009 stabilisce dei criteri specifici ai quali gli enti stessi si devono attenere nel valutare la proposta.

Fermo restando i limiti previsti per la falcidia e la dilazione dei crediti in questione (che, come abbiamo visto *supra*, sono fissati dal medesimo decreto nel 100%, 40%, 30% a seconda della natura del credito e in un massimo di sessanta rate mensili per la proposta contenente una dilazione di pagamento) e salva la valutazione, da parte degli enti, della relazione dell'esperto presentata dal debitore, gli enti gestori di forme di

consentire alla Direzione Regionale di avere una tempestiva cognizione delle istanze di transazione fiscale, le Direzioni Provinciali e gli Uffici locali devono procedere senza indugio alla rilevazione di tali istanze utilizzando l'apposita applicazione informatica. Inoltre, ove la proposta di transazione preveda una falcidia, per i debiti tributari ed accessori, superiore ai 2 milioni di euro, le Direzioni Provinciali e gli Uffici locali devono altresì tempestivamente informare della proposta la competente Direzione Regionale e la Direzione Centrale Accertamento".

¹¹⁷ Agenzia delle Entrate, circolare n. 40/E del 18 aprile 2008.

¹¹⁸ Circolare n. 40/E del 18 aprile 2008.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

previdenza ed assistenza obbligatorie, devono osservare i seguenti criteri nella valutazione della proposta:

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 sull'esistenza ed azionabilità dello stesso;

c) correntezza nel pagamento dei contributi e premi dovuti 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.

Al termine dell'esame della domanda sulla base dei criteri sopra descritti, l'Amministrazione e/o gli Enti dovranno esprimere la decisione raggiunta mediante un **voto** - ovviamente solo per la parte del credito soggetta a falcidia -, e ciò o in sede di adunanza oppure *ex art. 178 l. f.*¹¹⁹, alla pari degli altri creditori, ai sensi e per gli effetti degli artt. 174 e ss. l. f..

Nel primo caso, infatti, l'adesione o il diniego alla domanda sono espressi con un atto del concessionario, su indicazione del direttore dell'ufficio previo conforme parere della competente direzione regionale.

Invece, nell'ipotesi di tributi non iscritti a ruolo, ovvero non ancora consegnati al concessionario del servizio nazionale della riscossione alla data di presentazione della domanda, la decisione viene approvata con un atto del direttore dell'agenzia locale, su conforme parere della competente direzione regionale.

¹¹⁹ Nonostante l'art. 182 *ter* l. f. richiami il primo comma dell'art. 178 l. f., LO CASCIO (*Il concordato preventivo*, ed. Giuffrè 2008, 974) ritiene che il rinvio si debba intendere come una svista del legislatore e che, in realtà, sia riferito al quarto comma del medesimo articolo, così da permettere all'Agenzia fiscale di esprimere il proprio voto anche nei venti giorni successivi all'adunanza; MAGNANI (*La transazione fiscale*, in *Il diritto fallimentare riformato, Commentario sistematico* a cura di Schiano Di Pepe, ed. Cedam 2007, 687) esclude invece che l'Amministrazione possa votare nei venti giorni successivi all'adunanza.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Ovviamente, il voto espresso dall'Amministrazione finanziaria all'esito delle proprie valutazioni potrà essere sia positivo che negativo¹²⁰ oppure l'Amministrazione potrà anche non esprimere alcun voto e, in tale ultimo caso, secondo una corrente di pensiero, il silenzio varrebbe come voto negativo¹²¹.

A tale ultimo proposito, in applicazione dell'orientamento consolidato che considera la transazione fiscale come una fase endoconcorsuale della procedura concordataria, si ritiene che anche in caso di **voto negativo** dell'Amministrazione se, per effetto dell'applicazione della regola del *cram down*, il concordato dovesse essere ugualmente omologato, anche con riferimento ai crediti erariali, si produrrebbero tutti gli effetti sanciti dall'art. 184 l. f.¹²².

¹²⁰ Secondo l'Agenzia delle Entrate, circolare n. 40/E del 18 aprile 2008, "in caso di diniego alla proposta transattiva, l'Ufficio dovrà formulare - sulla base degli elementi in suo possesso e della documentazione comunque acquisita alla procedura - le opportune contestazioni alla soluzione concordataria, tenendo in particolare conto quanto osservato dal Commissario giudiziale nella relazione depositata ai sensi dell'art. 172 della L. F. (...). Le eccezioni dovranno essere formulate già in sede di adunanza, senza attendere la fase dell'opposizione per rappresentare all'organo giudiziario le ragioni alla base del diniego".

¹²¹ In questo senso, Tribunale di Roma (provvedimento di rigetto di opposizione nell'ambito di un procedimento di omologa, depositato il 23 marzo 2009, inedito), secondo cui "il fatto che, ritualmente convocata (ndr l'Agenzia delle Entrate), non si sia presentata all'adunanza non ha rilevanza; negando il proprio consenso alla transazione ha espresso voto contrario alla proposta di concordato, ritenuta non condivisibile la tesi che richiede, ai fini del computo del voto, una manifestazione espressa di dissenso in sede di adunanza: la transazione, infatti, inserita nel piano di cui all'art. 160 l. f., ne diviene parte integrante seguendone così gli effetti e le sorti, partecipando inscindibilmente agli svolgimenti procedurali relativi". In dottrina, si è già visto *supra* che secondo DEL FEDERICO (*Commento ex art. 182 ter l. f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, Zanichelli ed. 2007, 2575), "decorso inutilmente il termine di trenta giorni (ndr per la trasmissione della certificazione del debito e della liquidazione dei tributi), l'ufficio ed il concessionario non possono partecipare all'adunanza dei creditori" e, non potendo esprimere voto alcuno, andranno "a subire gli effetti scaturenti dalla deliberazione del concordato e dalle successive vicende".

¹²² In questo senso, Tribunale Roma, 27 gennaio 2009, in www.ilcaso.it, secondo cui "tanto in caso di voto negativo, quanto in caso di mancato voto (equiparabile al voto negativo), ove il concordato venga omologato, rimane vincolante anche per il fisco, che subisce la falcidia ivi prevista"; secondo CA Milano, 8-14 maggio 2008 (rif. Decreto 13 dicembre 2007 Tribunale Milano, in *Banca borsa tit. cred.* 2009, 699), "era solo iscrivendosi nella specificità di questo spazio regolativo, uniformandosi cioè alle modalità in esso stabilite (ndr mediante la proposta di pagamento in percentuale dei creditori privilegiati tributati nei limiti di quanto ricavabile dalla liquidazione dei beni/diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, avuto riguardo al

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Il sub-procedimento della transazione fiscale **non è un autonomo accordo**, ma costituisce una **fase endoconcorsuale**, che si chiude con l'adesione o il diniego alla proposta di concordato mediante voto espresso nell'adunanza dei creditori, finendo per partecipare a pieno titolo della natura del concordato medesimo, posto che l'accordo si realizza necessariamente nella procedura, con conseguente identificazione degli effetti e dei rimedi per esso stabiliti dalla legge. In altri termini la transazione fiscale confluisce nel concordato preventivo e partecipa a pieno titolo alla natura di esso; l'accordo si realizza nell'ambito del concordato, posto che la normativa prevede la partecipazione del credito alla delibera dei creditori ed all'eventuale decreto di omologazione della

valore di mercato attribuibile secondo la relazione giurata di un professionista), *che in mancanza pur sia dell'adesione delle controparti (ufficio competente e concessionario) la transazione fiscale da queste rifiutata poteva a giusto titolo essere nondimeno reputata far parte integrante e valida della proposta negoziale, come una sua clausola, e così allora consentire l'omologazione forzata, ovvero per autonoma valutazione di sua convenienza da parte del Tribunale: il c.d. cram down power"*; Tribunale Pavia, 8 ottobre 2008, in www.ilcaso.it, secondo cui *"l'Agenzia delle Entrate ed il concessionario resteranno soggetti all'esito della votazione concordataria"*; Tribunale Milano, 25 ottobre / 13 dicembre 2007 n. 13728, in *Fallimento* n. 3/2008, 333, secondo cui *"confluendo nel concordato preventivo, la transazione fiscale finisce per partecipare a pieno titolo della natura di esso, posto che l'accordo si realizza (e non può che realizzarsi) nel concordato preventivo, con conseguente identificazione degli effetti e dei rimedi per esso stabiliti dalla legge. Conseguentemente, l'Agenzia delle Entrate ed il concessionario resteranno soggetti all'esito della votazione concordataria (ancorché contrastante con il proprio voto), poiché altrimenti, non avrebbe senso prevedere comunque la (loro) partecipazione alla delibera dei creditori ed all'eventuale decreto di omologazione del concordato"*; Tribunale Piacenza, 1° luglio 2008, in www.ilcaso.it; Tribunale Venezia, 27 febbraio 2007, in *Fallimento* n. 12/2007, 1464, ritenendo possibile l'inserimento dell'Erario in una apposita classe e la sua ordinaria soccombenza a fronte dei meccanismi della formazione delle maggioranze e del *cram down*, stabilisce che debba essere *"esclusa (...) un'automatica esclusione dell'omologazione ogni qual volta si manifesti, rispetto alla proposta, la contrarietà del Fisco, ciò configurando una sorta di diritto potestativo di veto da parte dell'erario rispetto a proposte che, in legittima adesione all'astratta previsione normativa, disciplinino in concreto una corresponsione unicamente percentuale dei crediti erariali, anche assistiti da privilegio"*; in senso contrario, secondo LA CROCE (*La transazione fiscale nell'intreccio di norme generali, norme speciali e norme costituzionali: è possibile uscire dal labirinto?*), in *Fallimento* n. 12/2008, 1410) *"se si vuole trovare, all'istituto della transazione fiscale dell'art. 182 ter l. f., questo legittimo spazio costituzionale, non possiamo pensare che la disponibilità dei tributi possa intervenire senza il consenso del soggetto che esercita i diritti costituzionali della collettività, e sulla base di una precisa disposizione normativa. (...) All'interno di questa ricostruzione, unica costituzionalmente compatibile, l'adesione del Fisco si evidenzia come necessaria ed indispensabile"*.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 15/2016

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

procedura. Ne consegue che il creditore esprimerà l'adesione o il diniego alla proposta mediante il voto nell'adunanza e che, se la classe in cui sono collocati i crediti erariali dovesse fornire un diniego alla transazione fiscale, il tribunale, valutata la convenienza delle possibilità alternative, potrebbe ugualmente omologare il concordato, applicando, ove sussistano tutte le altre condizioni, il *cram down*.

Tuttavia, fermi gli effetti remissori o dilatori che - in virtù dell'omologazione di un concordato nonostante il voto negativo del Fisco, secondo la regola del *cram down* - discendono dall'applicazione del citato art 184 l. f., in caso di mancata adesione del Fisco alla proposta concordataria (così come nell'ipotesi di mancata proposizione *tout court* della transazione fiscale) non si produrrebbero invece gli effetti costituiti dal consolidamento del debito fiscale e dall'impedimento al successivo esercizio dei poteri accertativi dell'amministrazione finanziaria sui rapporti tributari oggetto di transazione¹²³.

¹²³ "Si tratta di effetti (*ndr* quello del consolidamento del debito fiscale e quello del successivo impedimento dei poteri accertativi dell'Amministrazione) che, pur essendo condizionati all'omologazione del concordato, possono discendere soltanto dall'adesione dell'amministrazione finanziaria alla transazione, espressa attraverso il voto favorevole, laddove invece gli effetti remissori o dilatori (che possono oggi riguardare qualsiasi credito, anche prelatizio) discendono direttamente dall'approvazione e dall'omologazione secondo la disciplina propria del concordato dell'amministrazione finanziaria"; in questo senso si è pronunciato il Tribunale di Pescara, 2 dicembre 2008, in www.ilcaso.it. In dottrina, nello stesso senso, VITIELLO, *L'istituto della transazione fiscale*, in *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, di Ambrosini-Demarchi-Vitiello, ed. Zanichelli 2009, 286. Anche secondo PENTA (*Obbligatorietà o facoltatività nel 'classamento' dei creditori e carattere autonomo o dipendente della transazione fiscale*, in *Fallimento* n. 2/2010, 242) fermo il fatto che l'Agenzia delle Entrate resterà soggetta all'esito finale della votazione, qualunque sia il voto da essa espresso, "pur- tuttavia, alcuni effetti 'tipici' della transazione fiscale (il c.d. consolidamento del debito fiscale ed il divieto di un successivo esercizio dei poteri accertativi da parte dell'amministrazione finanziaria sui rapporti tributari oggetto di transazione, con conseguente cessazione della materia del contendere nelle controversie in corso) possono realizzarsi solo nel caso in cui l'amministrazione finanziaria presti espressa adesione (attraverso il voto favorevole) nei confronti della transazione. La circostanza assumerà particolare rilievo nell'ipotesi in cui la proposta contempra altresì l'imposta sul valore aggiunto, atteso che, a seguito della modifica apportata all'art. 182 ter dal D.L. 29 novembre 2008 n. 185 (secondo cui 'con riguardo all'imposta sul valore aggiunto, la proposta può prevedere esclusivamente la dilazione di pagamento'), se si vorrà conseguire l'assenso dell'Agenzia delle Entrate, si dovrà prevedere un pagamento integrale o, tutt'al più, dilazionato del credito IVA".

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

L'Agenzia delle Entrate va addirittura oltre¹²⁴, affermando che, nonostante l'omologazione della transazione fiscale, sarà sempre possibile per l'Amministrazione finanziaria l'esercizio dei poteri di controllo sui crediti non oggetto di transazione.

Tale netta presa di posizione dell'Amministrazione è stata criticata da chi ritiene che la stessa abbia ulteriormente pregiudicato le già poche *chance* di successo della transazione¹²⁵.

¹²⁴ Circolare n. 40/E del 18 aprile 2008. Anche secondo ATTARDI (*Inammissibilità del concordato preventivo in assenza di transazione fiscale*, in *Il Fisco* 2009, 39, 6440), a prescindere dal voto negativo o positivo dell'Amministrazione, "non è dunque fondato sostenere che la certificazione del debito produca effetti impeditivi rispetto all'esercizio dell'ulteriore attività accertativa. Peraltro, manca nella norma qualsiasi riferimento a tale preclusione rispetto all'esercizio del potere impositivo; preclusione che non può senz'altro essere ricavata dalla regola sulla cessazione della materia del contendere. (...) La cessazione della materia del contendere è un istituto prettamente processuale che opera nelle liti tributarie e che non può riguardare l'attività amministrativa d'accertamento"; al riguardo, secondo MAFFEI ALBERTI (*Commento all'art. 182 ter l. f.*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, ed. Cedam 2009, 1089) "la proposta di transazione non inibisce un'ulteriore attività di controllo da parte dell'amm. fin. Ciò comporta che è sempre possibile per l'amm. fin., ove ne ricorrano le condizioni, l'esercizio dei poteri di controllo, con la conseguente determinazione di un debito tributario, superiore rispetto a quello attestato nella certificazione rilasciata al debitore o altrimenti individuato al termine della procedura di transazione fiscale, che l'Amm. potrà far valere nei confronti dello stesso contribuente che ha ottenuto l'omologazione del conc. nonché degli obbligati in via di regresso". In senso contrario STASI. *La transazione fiscale*, in *Il nuovo diritto fallimentare - novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, commentario sistematico diretto da A. JORIO e M. FABIANI. Zanichelli. 2010, 1208 - 1209 che propende per la consumazione dei poteri di accertamento.

¹²⁵ MINNITI, *La transazione fiscale: ultime novità e proposte per un rilancio*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti* 1/2009; al riguardo PISELLI (*Concordato e transazione fiscale*, in www.ilcaso.it, 14 marzo 2009, Sezione II - Dottrina, opinioni e interventi, documento n. 143) critica l'impostazione dell'Agenzia delle Entrate sostenendo che sia evidente che "il legislatore intendesse dar vita ad un istituto la cui caratteristica precipua è il definitivo accertamento del debito fiscale. Non si spiegherebbe altrimenti la ragione per la quale la legge prevede che il debitore debba compiere attività finalizzate al consolidamento del debito fiscale e non si spiegherebbe altrimenti la ragione per la quale la legge prevede altresì che l'ufficio debba procedere a formare una certificazione relativa all'entità del tributo. Sempre in senso contrario all'interpretazione della legge proposta dalla citata circolare n. 40/E-2008 milita anche la disposizione del penultimo comma dell'art. 182 ter per la quale 'la chiusura della procedura di concordato...determina la cessazione della materia del contendere nelle liti aventi ad oggetto i tributi' compresi nella transazione, circostanza che, chiaramente, presuppone che sia intervenuta una definizione incontestabile dell'ammontare della pretesa tributaria".

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Di contro, laddove il concordato non dovesse essere omologato, la transazione fiscale non spiegherebbe alcun effetto nonostante la sua approvazione¹²⁶.

Analogamente, l'eventuale risoluzione del concordato determinerebbe il ripristino delle preesistenti posizioni creditorie tributarie¹²⁷.

In ogni caso, ai sensi dell'art. 184 l. f., l'omologazione del concordato non pregiudica il diritto dell'Amministrazione fiscale nei confronti dei coobbligati, dei fideiussori del debitore e degli obbligati in via di regresso¹²⁸.

Sempre con riferimento agli effetti dell'omologa del concordato nell'ambito specifico della transazione fiscale, occorre considerare che il comma quinto dell'art. 182 *ter* l. f. stabilisce che la chiusura della procedura di concordato ai sensi dell'art. 181 l. f., determina la **CESSAZIONE DELLA MATERIA DEL CONTENDERE** nelle liti aventi ad oggetto i tributi assoggettati a transazione fiscale¹²⁹. Secondo un orientamento, l'effetto

¹²⁶ In questo senso GROSSI, *La riforma della legge fallimentare. Commento e formule della nuova disciplina delle procedure concorsuali e dell'amministrazione straordinaria*. Ed. Giuffrè 2006, 2294; in giurisprudenza, Tribunale Pavia, 8 ottobre 2008, in www.ilcaso.it, secondo cui "la transazione fiscale, in quanto costituente parte integrante del piano concordatario, produrrà o meno i suoi effetti se la proposta di concordato sarà o meno omologata"; Tribunale Piacenza, 1° luglio 2008, in www.ilcaso.it.

¹²⁷ In questo senso DEL FEDERICO, *Commento ex art. 182 ter l. f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare, Commentario* diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, Zanichelli ed., 2007, 2578.

Riguardo alla risoluzione di una transazione fiscale è stata emessa una recente sentenza (Tribunale Messina, 2 luglio 2009, pubblicata sul sito www.ilcaso.it), con la quale il Tribunale di Messina ha affermato che la transazione fiscale conclusa prima della dichiarazione di fallimento, con la quale l'ente titolare del credito ha acconsentito alla riduzione dello stesso ed al suo pagamento rateale, è un rapporto compiutamente eseguito *ex latere creditoris* e non rientra, pertanto, tra i rapporti pendenti regolati dall'art. 72 l. f., i quali presuppongono la mancata esecuzione da parte di entrambi i contraenti.

Per quanto riguarda l'accordo concluso con gli enti gestori di forme di previdenza ed assistenza obbligatorie, il decreto interministeriale del 4 agosto 2009 precisa che il mancato rispetto degli obblighi previsti nell'accordo *ex art. 182 ter l. f.* comporta la revoca dell'accordo medesimo.

¹²⁸ ROVERONI - FERRO, in *Commento sub art. 182 ter l. f.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico - pratico*, a cura di Ferro, ed. Cedam, 2008, 375.

¹²⁹ Il Tribunale Venezia (decisione del 27 febbraio 2007, in *Fallimento* n. 12/2007, 1464) ha precisato che "gli ulteriori effetti di cessazione della materia del contendere nelle liti aventi ad oggetto i tributi considerati nella proposta derivino anch'essi non già da un separato quanto privato accordo debitore-erario, ma come effetto legale dell'omologazione dell'intero concordato".

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

abbraccerebbe anche le liti fiscali aventi ad oggetto l'Iva e le ritenute alla fonte operate e non versate¹³⁰.

Si tratta di una conseguenza automatica, i cui effetti originali sono stati¹³¹ così identificati: *"il primo è che, a differenza che per tutti gli altri rapporti obbligatori connessi nella procedura, il giudizio di cognizione ordinario cessa¹³². Come è noto invece, poiché nel concordato preventivo è esclusa una fase di verifica dei crediti assimilabile a quella fallimentare, ogni vertenza relativa all'an e al quantum debeatur è affidata a normali azioni di cognizione. Il secondo effetto originale è che la proposta di transazione fiscale e la sua accettazione da parte dell'ufficio, comportano un effetto pari al riconoscimento di debito, sottraendo alla fase dell'esecuzione del concordato post-omologazione ad ogni potere in ordine ad una diversa quantificazione del credito erariale"*.

Si ritiene¹³³ che ciò presupponga che la pretesa tributaria sia accolta nell'elenco dei crediti e che¹³⁴, nell'ipotesi in cui il concordato venga successivamente annullato o risolto, i giudizi dovranno di conseguenza essere nuovamente incardinati¹³⁵.

¹³⁰ In questo senso ANDREANI. *Fattispecie fiscali tipiche del concordato preventivo, del concordato fallimentare e degli accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182 bis legge fallimentare*, in G. ANDREANI - A. TRON, *Crisi d'impresa e ristrutturazione del debito, Gruppo24Ore*, 2012,189. La tesi sarebbe confermata anche dalla Cassazione la quale con le sentenze, già citate *supra*. nn. 22931 e 22932 del 12 ottobre 2011 depositate il 4 novembre 2011 ha affermato che *«l'obbligo dell'integrale (anche se dilazionato) pagamento dell'Iva non comporta l'inderogabile accoglimento della pretesa fiscale in quanto nell'ambito del concordato senza transazione fiscale resta ferma la facoltà del contribuente di opporsi alla stessa, così che è solo l'imposta definitivamente accertata che è soggetta al vincolo richiamato»*.

¹³¹ PALUCHOWSKI, *Commento all'art. 182 ter l. f.*, in Pajardi, *Codice del Fallimento*, a cura di Bocchiola e Paluchowski, ed. Giuffrè, 2009,1802.

¹³² Sottolinea l'originalità di questa disposizione DEL. FEDERICO, *La Corte di cassazione inquadra la transazione fiscale nel sistema delle procedure concorsuali*, in *Rivista del diritto tributario*, 2012, 1, pt. II, 39. secondo cui *«si tratta di un profilo di riemersione delle connotazioni transattive dell'accordo assolutamente originale rispetto alle normali vicende degli altri rapporti obbligatori interessati dalla procedura di concordato, per i quali i giudizi di cognizione proseguono per via del tutto ordinaria (art. 168). Ciò in quanto - come è noto - nel concordato preventivo non esiste una procedura di vera e propria verifica dei crediti, per cui le questioni relative all'esistenza ed all'ammontare degli stessi non possono che essere risolte mediante le normali azioni di cognizione»*.

¹³³ FERRO-ROVERONI, *Commento sub art. 182 ter l. f.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, ed. Cedam, 2007,1453.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Per chi¹³⁶ sostiene la tesi della natura transattiva attenuata dell'istituto in esame, la cessazione della materia del contendere rappresenta un profilo di riemersione delle connotazioni transattive dell'accordo, assolutamente originale rispetto alle normali vicende dei rapporti obbligatori interessati dalla procedura di concordato, per i quali - non esistendo nel concordato preventivo una vera e propria verifica dei crediti - i giudizi di cognizione relativi all'esistenza e all'ammontare dei crediti proseguono in via ordinaria.

La *ratio* di tale peculiarità nell'ambito specifico della transazione fiscale viene chiarita con il fatto che solo con riferimento a tale subprocedimento, a differenza che nella procedura concordataria vera e propria, sussiste una rigorosa fase di quantificazione e consolidamento del debito.

E' dubbio se il debitore abbia a disposizione dei rimedi (e quali) nei confronti degli atti con i quali si formalizza il consolidamento del debito tributario; al riguardo

¹³⁴ MATTEI, *La transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi*, a cura di Vietti-Marotta-Di Marzio, Itaedizioni, 2008, 319; secondo DEL FEDERICO (*La nuova transazione fiscale secondo il Tribunale di Milano: dal particolarismo tributario alla collocazione endoconcorsuale*, in *Fallimento* n. 3/2008, 343) "la cessazione dalla materia del contendere è la conseguenza dell'accordo perfezionatosi nell'ambito del concordato, ma una volta venuto meno lo stesso concordato, non possono che consolidarsi le pretese incartate negli atti impositivi e cristallizzate nelle certificazioni emesse dall'ufficio finanziario e dal concessionario della riscossione nell'ambito della procedura di transazione fiscale"; secondo l'Agenzia delle Entrate (circolare n. 40/E del 18 aprile 2008) "nei casi in cui il concordato sia successivamente annullato o risolto ai sensi dell'art. 186 della L.F., poiché la cessazione della materia del contendere è conseguenza dell'intervenuto accordo fra le parti, il venir meno di quest'ultimo determina la ripresa del contenzioso".

¹³⁵ DEL FEDERICO, *La Corte di cassazione inquadra la transazione fiscale nel sistema delle procedure concorsuali*, in *Rivista del diritto tributario*, 2012,1, pt. II, 39 afferma che "in relazione alla pregressa disciplina della transazione sui ruoli la prassi si era orientata nel ritenere che la risoluzione per inadempimento comportava il ripristino delle, preesistenti posizioni creditorie ex art. 1976 c.c. Oggi si dovrebbe giungere ad analoghe conclusioni: la cessazione della materia del contendere è la conseguenza dell'accordo perfezionatosi nell'ambito del concordato, ma una volta venuto meno stesso concordato, non possono che considerarsi le pretese incartate negli atti impositivi e cristallizzate nelle certificazioni emesse dall'ufficio finanziario e dall'esattore".

¹³⁶ DEL FEDERICO, *Commento ex art. 182 ter l. f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare, Commentario* diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, Zanichelli ed. 2007, 2577.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

alcuni autori¹³⁷ distinguono tra gli avvisi di irregolarità e la certificazione dell'ufficio relativa ai ruoli non ancora consegnati, ritenendoli impugnabili per vizi formali e sostanziali davanti alle Commissioni tributarie e la certificazione del concessionario e quella dell'ufficio relativa agli accertamenti, le quali non dovrebbero essere impugnabili, in quanto consistono nella attestazione di debiti documentati da atti autonomamente impugnabili, in quanto consistono nella attestazione di debiti documentati da atti autonomamente impugnabili già notificati al debitore.

Analoghe incertezze sussistono con riferimento ai rimedi a disposizione del debitore avverso la decisione negativa dell'Amministrazione, laddove la stessa sia stata determinante per l'esito del concordato¹³⁸.

In materia, da una parte si ritiene che, trattandosi di atto discrezionale dell'Amministrazione, esso non potrebbe essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale¹³⁹; altri¹⁴⁰ invece ammettono tale possibilità - in quanto si

¹³⁷ MAGNANI, *La transazione fiscale*, in *Il diritto fallimentare riformato, Commentario sistematico* a cura di Schiano Di Pepe, ed. Cedam, 2007, 687; secondo PALUCHOWSKI (*Commento all'art. 182 ter l. f.*, in Pajardi, *Codice del Fallimento*, a cura di Bocchiola e Paluchowski, ed. Giuffrè, 2009, 1801) l'orientamento che ritiene competente il giudice tributario è preferibile "anche in considerazione della circostanza che l'art. 19, comma 1, lettera 4 d. lgs 546/92, attribuisce al processo tributario l'impugnazione del rigetto di domande di definizione agevolata del rapporto tributario".

¹³⁸ Secondo FICARI (*Prime impressioni su 'transazione' fiscale e 'ristrutturazione' dei debiti fiscali*, in *Profili della nuova legge fallimentare*, a cura di Carlo Ibba, ed. Giappichelli, 2009, 153), a prescindere dal rimedio utilizzabile (amministrativo o tributario) contro il diniego dell'Ufficio, "resta, ovviamente, salva l'azione di responsabilità ex art. 2043 c.c. laddove il rifiuto a transigere abbia avuto come conseguenze la sottoposizione ad una procedura fallimentare i cui pesanti risvolti economici e personali sarebbero stati altrimenti evitabili".

¹³⁹ Il Tribunale Amministrativo Regionale Lombardia (sentenza del 7 febbraio 2007, n. 191, in *Foro amm. Tar* 2007, 2, 400) ha ritenuto il proprio difetto di giurisdizione in merito ad un ricorso avverso un diniego espresso dall'Agenzia delle Entrate in ordine ad una proposta di transazione fiscale, propendendo per la competenza delle Commissioni tributarie; secondo FICARI (*Prime impressioni su 'transazione' fiscale e 'ristrutturazione' dei debiti fiscali*, in *Profili della nuova legge fallimentare*, a cura di Carlo Ibba, ed. Giappichelli 2009, 151) "la giurisdizione tributaria potrebbe essere affermata a condizione, però, di superare in via interpretativa il dato letterale dell'elenco. Il superamento sarebbe possibile solo riconoscendo identica natura agli effetti della transazione ed a quelli delle 'domande di definizione agevolata di rapporti tributari' di cui all'art. 19, comma 1, lettera h) e, quindi, negando che la mancata transazione esprima un potere discrezionale in senso proprio configurandosi, di converso, in capo all'ufficio un dovere di esercizio della funzione. (...) La strada della commissione

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

tributaria sarebbe ipotizzabile, allora, attraverso un'assimilazione del diniego di transazione al diniego di autotutela, apprezzando un carattere confirmatorio di entrambi gli atti". A favore della giurisdizione amministrativa anche M. CARDILLO. *La transazione fiscale: problemi e possibili soluzioni*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2012, fasc. 5. 1158. secondo cui «la vera difficoltà che porta a negare fermamente la giurisdizione alla commissioni, è non solo da individuare nel rapporto giuridico d'imposta, bensì nella posizione soggettiva del contribuente che (...) è di interesse legittimo e non di diritto soggettivo». L'autore dà conto anche di un'interpretazione che vuole la giurisdizione ordinaria, in virtù della visione privatistica della transazione.

¹⁴⁰ GROSSI, *La riforma della legge fallimentare. Commento e formule della nuova disciplina delle procedure concorsuali e dell'amministrazione straordinaria*. Ed. Giuffrè 2006, 2289; MAGNANI (*La transazione fiscale*, in *Il diritto fallimentare riformato, Commentario sistematico* a cura di Schiano Di Pepe, ed. Cedam 2007, 689) ritiene che l'unica forma di tutela azionabile nei confronti dell'atto di diniego dell'Amministrazione sia il ricorso davanti al Giudice amministrativo, in quanto, a differenza degli atti nei quali si formalizza il "consolidamento" del debito tributario, non ha natura tributaria; secondo FICARI (*Prime impressioni su 'transazione' fiscale e 'ristrutturazione' dei debiti fiscali*, in *Profili della nuova legge fallimentare*, a cura di Carlo Ibba, ed. Giappichelli, 2009, 151) "la propensione verso la giurisdizione amministrativa è spinta da due diversi elementi: la natura discrezionale del potere al cui esito la transazione fiscale può o meno perfezionarsi e la mancata inclusione dell'atto fra quelli espressamente impugnabili ex art. 19 del d. lgs. n. 546/1992. Se si muove dall'assunto che l'ufficio non ha un dovere di transigere e, quindi, se ciò che si denuncia è un eccesso di potere cioè un vizio funzionale (aver male valutato gli interessi soggettivi coinvolti non percependo l'interesse a transigere rispetto a quello a persistere nel recupero per intero della pretesa senza obiettive garanzie reali), solo il giudice amministrativo parrebbe in condizione di sindacare il mal esercizio del potere di transigere o meno, non essendovi alcuna questione sull'esistenza o meno dell'obbligazione nel suo complesso dovuto e di cui si intende raggiungere una riduzione del quantum debeatur". Secondo ANDREANI, *Fattispecie fiscali tipiche del concordato preventivo, del concordato fallimentare e degli accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182 bis legge fallimentare*, in G. ANDREANI - A. TRON, *Crisi d'impresa e ristrutturazione del debito*, Gruppo24Ore, 2012, 178-179, l'atto sarebbe impugnabile avanti alla Commissione Tributaria in ragione del fatto che con l'art. 2 d. lgs. 546/1992 «la giurisdizione tributaria è venuta ad assumere un carattere "generale" investendo tutte le controversie aventi ad oggetto tributi». L'Autore stesso tuttavia dà conto di una recente sentenza della Commissione Tributaria di La Spezia (n. 202 del 9 novembre 2011) con cui è stato dichiarato inammissibile il ricorso presentato da una società avverso il diniego espresso dall'Agenzia delle entrate nei riguardi della proposta di transazione fiscale da questa formulata nell'ambito di una procedura di concordato preventivo. Se la suddetta interpretazione, dovesse consolidarsi, conclude l'Autore, la giurisdizione non potrebbe essere che quella amministrativa. A favore della giurisdizione delle Commissioni Tributarie anche DEL FEDERICO, *Profili evolutivi della transazione fiscale*, in *Il nuovo diritto fallimentare - novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma, commentario sistematico* diretto da A. JORIO e M. FABIANI. Zanichelli. 2010, 1227.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 15/2016

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

tratterebbe di tutelare un interesse legittimo del contribuente - ma solo per vizi procedurali.

Al contrario, nell'ipotesi di voto favorevole dell'Amministrazione, si ritiene¹⁴¹ che quest'ultima, onde tutelarsi da eventuali inadempimenti del debitore, possa all'uopo inserire nell'accordo transattivo delle clausole risolutive che, in caso di inadempimento, facciano rivivere integralmente l'originario credito tributario.

Si ritiene¹⁴² in ogni caso esperibile, da parte del debitore, sussistendone i presupposti, un'azione di risarcimento dei danni nei confronti dell'Amministrazione e anche, da parte dell'Amministrazione medesima, un'azione per far accertare la responsabilità del funzionario dell'Ufficio per eventuali negligenze nell'istruttoria della pratica.

5.2 Il procedimento nell'ipotesi di accordi di ristrutturazione

L'art. 182 *ter* l. f. nella versione previgente al decreto correttivo escludeva espressamente gli accordi di ristrutturazione dall'ambito di applicazione della transazione fiscale.

¹⁴¹ Secondo MATTEI (*La transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi*, a cura di Vietti-Marotta-Di Marzio, Itaedizioni, 2008, 311) "nulla vieta che l'Agenzia e il concessionario inseriscano nell'atto di transazione una clausola ex art. 1976 c.c., clausola risolutiva che risulterà tanto più necessaria in presenza di crediti erariali derivanti da iscrizioni a ruolo divenuti esecutivi".

Secondo il Tribunale di Messina (Tribunale Messina, 2 luglio 2009, pubblicata sul sito www.ilcaso.it), in caso di dichiarazione di fallimento dopo il raggiungimento di una transazione fiscale, dal momento che "le reciproche concessioni che connotano la causa della transazione sono consistite, da parte della Regione Siciliana, unicamente nella riduzione del credito e nella concessione di un termine rateale per l'adempimento" e "trattandosi, sotto entrambi i profili, di meri effetti giuridici che non necessitano di una successiva fase esecutiva, la transazione in esame risulta interamente eseguita ex latere creditoris istantaneamente, col solo scambio del consenso"; ne consegue che, consistendo la transazione fiscale in un contratto eseguito ex latere creditoris, non si applica il sesto comma dell'art. 72 l. f., a mente del quale 'sono inefficaci le clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento', applicandosi tale disposizione ai soli contratti bilateralmente ineseguiti.

¹⁴² LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento, Disciplina comunitaria e transfrontaliera. Disciplina tributaria*. Diretto da Lo Cascio, ed. Ipsoa, 2008, 1637.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Al fine di "eliminare uno dei maggiori ostacoli all'utilizzo degli accordi stragiudiziali"¹⁴³, il decreto correttivo del 2007 ha abrogato tale disposizione, aggiungendo all'art. 182 *ter* l. f. un nuovo ultimo comma che prevede esplicitamente la possibilità che la transazione fiscale possa essere avanzata, oltre che nell'ambito di una proposta concordataria anche nell'ambito delle trattative che precedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione *EX* art. 182 *bis* l. f.¹⁴⁴.

Sono sorti dei dubbi in merito al significato da attribuire alla locuzione "trattative che precedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione"; non sembra che l'instaurazione di tali trattative possa comportare un blocco a tutela del patrimonio del debitore, né sembra implicare la prova della loro sussistenza come condizione di procedibilità della proposta di transazione fiscale¹⁴⁵, tuttavia, la locuzione legislativa in discorso potrebbe implicare che l'Amministrazione possa rifiutarsi di esprimere il proprio assenso alla proposta di transazione fiscale in mancanza di un vero e proprio piano di ristrutturazione complessivo¹⁴⁶.

In sostanza, gli adempimenti a carico del debitore e lo svolgimento della procedura sono del tutto simili a quelli previsti per la proposta di transazione fiscale da presentare nell'ambito di un concordato preventivo.

¹⁴³ In questo senso si è espressa la Relazione Illustrativa al decreto correttivo.

¹⁴⁴ Il Tribunale di Ancona (12 novembre 2008, in www.ilcaso.it) ha omologato il primo accordo di ristrutturazione dei debiti con transazione fiscale stipulato in Italia.

¹⁴⁵ Secondo PALUCHOWSKI (*Commento all'art. 182 ter l. f.*, in Pajardi, *Codice del Fallimento*, a cura di Bocchiola e Paluchowski, ed. Giuffrè 2009, 1803) "un aspetto procedurale distintivo tra le transazioni fiscali in ambito concordatario e quelle nell'ambito degli accordi di ristrutturazione è che nel primo caso la proposta di transazione è contestuale alla presentazione della domanda di ammissione alla procedura, nel secondo caso invece la proposta di transazione viene sviluppata nell'ambito delle trattative che precedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione. Nel primo caso la tutela del debitore e degli altri creditori nei confronti di atti esecutivi posti in essere dall'Erario avviene per legge in forza dell'art. 168 l.f. nel secondo caso tale tutela non sussiste, in quanto, il divieto di azioni cautelari ed esecutive sul patrimonio del debitore decorre, per il limitato periodo di sessanta giorni, dalla data di pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese. Anche in assenza di una norma espressa è ragionevole pensare che l'ente deputato alla riscossione sospenda le proprie attività esecutive per il tempo necessario all'ufficio per pervenire alle proprie determinazioni".

¹⁴⁶ In questo senso ROVERONI-FERRO, in *Commento sub art. 182 ter l. f.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, ed. Cedam 2008, 375.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Il debitore dovrà quindi aprire due tavoli di trattative: uno con l'Erario ai sensi dell'art. 182 *ter l. f.* e l'altro, ai sensi dell'art. 182 *bis l. f.*, con i creditori non tributari.

L'unica precisazione che, rispetto a quanto previsto dall'ART. 182 *TER L. F.* per il concordato preventivo la norma effettua nel caso degli accordi di ristrutturazione, è che l'assenso espresso dall'Amministrazione alla proposta di transazione fiscale equivale a sottoscrizione dell'accordo di ristrutturazione¹⁴⁷; tale precisazione era d'obbligo, mancando negli accordi di ristrutturazione una sede giudiziale per l'espressione del voto dei creditori, come è invece l'adunanza dei creditori nel concordato preventivo. Un caso particolare si verifica quando l'assenso dell'Agenzia delle Entrate sia subordinato all'inserimento nella proposta di alcune modifiche: in questa situazione il ricorrente deve necessariamente modificare la proposta contenuta nella domanda di omologazione allegando anche le integrazioni apportate¹⁴⁸.

Per il resto, la transazione fiscale inserita in un accordo di ristrutturazione parteciperà degli aspetti procedurali¹⁴⁹ e degli effetti propri di tale ultimo istituto; quindi, ad esempio, la transazione fiscale acquisterà efficacia dal giorno della pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese e l'omologazione dell'accordo produrrà l'effetto di far cessare la materia del contendere nelle liti aventi ad oggetto i tributi transatti¹⁵⁰.

¹⁴⁷ ROVERONI-FERRO (*Commento sub art. 182 ter l. f.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, ed. Cedam 2008, 375) precisano che dell'accordo concluso farà fondatamente prova un verbale, sottoscritto dalle parti, contenente i termini della transazione, l'indicazione degli elementi e delle motivazioni dell'adesione, nonché imposte, sanzioni e interessi dovuti a seguito della definizione transattiva.

¹⁴⁸ ANDREANI *Fattispecie fiscali tipiche del concordato preventivo, del concordato fallimentare e degli accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182 bis legge fallimentare*, in ANDREANI - TRON. *Crisi d'impresa e ristrutturazione del debito*, Gruppo24Ore, 2012. 212.

¹⁴⁹ Invece, secondo FICARI (*Prime impressioni su 'transazione' fiscale e 'ristrutturazione' dei debiti fiscali*, in *Profili della nuova legge fallimentare*, a cura di Carlo Ibba, ed. Giappichelli 2009, 141) "*la pubblicazione nel registro non pare necessaria nel caso in cui l'unico creditore (per il 100% dei debiti, quindi) sia il Fisco per tributi transigibili, in quanto la normativa sembra considerare sufficiente, ai fini di tutela, il deposito presso i creditori erariali*".

¹⁵⁰ PALUCHOWSKI, *Commento all'art. 182 ter l. f.*, in Pajardi, *Codice del Fallimento*, a cura di Bocchiola e Paluchowski, ed. Giuffrè 2009, 1803.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Per quanto riguarda l'eventuale contenzioso tributario in essere, sarà il debitore che, dopo la pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, dovrà provvedere a comunicare al giudice la richiesta di sospensione del processo al fine di evitare che, prima del decreto di omologa, i giudizi si chiudano con una sentenza negativa, che minerebbe la possibilità di definire il contenzioso per cessazione della materia del contendere.

Quanto alla specifica questione del trattamento dei creditori fiscali si ritiene che, a differenza che nell'ambito di un concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione la problematica sia di più immediata soluzione; infatti, *"negli accordi di ristrutturazione, in cui non è rilevante la natura privilegiata o chirografaria del credito e sono previste soltanto le categorie dei creditori aderenti e di quelli estranei, non dovrebbero emergere i dubbi sollevati nel concordato preventivo. La transazione sui crediti indisponibili dovrebbe, quindi, tradursi in una mera adesione dell'amministrazione finanziaria e degli enti previdenziali alla convenzione di ristrutturazione dei debiti; anche in questo caso l'istituto assolverebbe al consolidamento dell'intera posizione obbligatoria ed alla cessazione del contenzioso"*¹⁵¹.

Tuttavia non sono mancate voci parzialmente contrarie¹⁵², secondo le quali *"il principio generalmente condiviso in forza del quale l'accordo di ristrutturazione dei debiti possa derogare al rispetto della graduazione delle cause di prelazione ed al pagamento differenziato di creditori aventi il medesimo grado di privilegio, risulta trovare eccezione per i creditori tributari"*.

- - -

Il recente D.L. 31 maggio 2010 n. 78 (*"Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica"*, pubblicato in *G.U.* N. 125 del 31 maggio 2010, Suppl. ordinario n. 114), all'art. 29, secondo comma, introducendo espresse modifiche al secondo periodo del sesto comma dell'art. 182 *ter* l. f. ha precisato che la proposta di transazione fiscale *"nell'ambito delle trattative che precedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182 bis"* deve essere depositata *"unitamente con la documentazione di cui all'articolo 161"*, al Tribunale competente per

¹⁵¹ LO CASCIO, *Osservazioni alla modifica dell'art. 182 ter l. f.*, in *Fallimento* 1/2009, 6.

¹⁵² PALUCHOWSKI, *Commento all'art. 182 ter l. f.*, in Pajardi, *Codice del Fallimento*, a cura di Bocchiola e Paluchowski, ed. Giuffrè 2009, 1803.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

territorio e trasmessa al competente concessionario della riscossione ed all'ufficio fiscale competente in relazione all'ultimo domicilio del contribuente.

La recente novella ha poi aggiunto, prevedendo un'ulteriore modifica al testo dell'art. 182 *ter*, ultimo comma l. f., che *"alla proposta di transazione deve altresì essere allegata la dichiarazione sostitutiva, resa dal debitore o dal suo legale rappresentante ai sensi dell'articolo 47¹⁵³ del D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, che la documentazione di cui al periodo che precede rappresenta fedelmente ed integralmente la situazione dell'impresa, con particolare riguardo alle poste attive del patrimonio"*¹⁵⁴.

Inoltre, il medesimo intervento legislativo ha aggiunto un settimo comma all'art. 182 *ter* l.f. del seguente tenore letterale *"la transazione fiscale conclusa nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182 bis è 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"*¹⁵⁵.

¹⁵³ Per completezza si riporta il testo dell'art. 47 del D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445 (*"Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa"*): *"1. L'atto di notorietà concernente stati, qualità personali o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato è sostituito da dichiarazione resa e sottoscritta dal medesimo con la osservanza delle modalità di cui all'art. 38. 2. La dichiarazione resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza. 3. Fatte salve le eccezioni espressamente previste per legge, nei rapporti con la pubblica amministrazione e con i concessionari di pubblici servizi, tutti gli stati, le qualità personali e i fatti non espressamente indicati nell'art. 46 sono comprovati dall'interessato mediante la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà. 4. Salvo il caso in cui la legge preveda espressamente che la denuncia all'Autorità di Polizia Giudiziaria è presupposto necessario per attivare il procedimento amministrativo di rilascio del duplicato di documenti di riconoscimento o comunque attestanti stati e qualità personali dell'interessato, lo smarrimento dei documenti medesimi è comprovato da chi ne richiede il duplicato mediante dichiarazione sostitutiva"*.

¹⁵⁴ Secondo CERADINI (*Finanziamenti e transazione fiscale: così il sostegno alle imprese in crisi*, in *IlSole24Ore-Guida alle novità fiscali*, agosto 2010, 59) *"tale ulteriore obbligo è ragionevole, non intervenendo nell'accordo di ristrutturazione alcun controllo istituzionale analogo a quanto previsto dagli articoli 171, 172 e 173 della legge fallimentare, ed essendo quindi rimessa ogni valutazione degli uffici a quanto riportato nell'accordo e nei suoi allegati"*.

¹⁵⁵ Secondo CERADINI (*Finanziamenti e transazione fiscale: così il sostegno alle imprese in crisi*, in *IlSole24ore-Guida alle novità fiscali*, agosto 2010, 59) *"lo scopo è di evitare abusi ove il contribuente tenti di sottrarsi ai propri obblighi tributari o contributivi anche dopo l'omologa dell'accordo"*.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

In ultimo, occorre soffermarsi sulle conseguenze possono avere sulla transazione fiscale il mancato raggiungimento della maggioranza del sessanta per cento dei creditori oppure la mancata omologazione dell'accordo. Nel concordato preventivo infatti, l'efficacia della transazione fiscale è espressamente subordinata all'omologazione: una tale disposizione non è prevista nell'accordo di ristrutturazione. Secondo la dottrina «*non acquista efficacia la transazione fiscale correlata a un accordo di ristrutturazione non perfezionato o non omologato ai sensi dell'art. 182 bis*»¹⁵⁶.

Negli accordi di ristrutturazione, in cui non appare rilevante la natura privilegiata o chirografaria del credito e dove sono previste soltanto le "categorie" dei creditori aderenti e di quelli estranei, non dovrebbero emergere i dubbi precedentemente sollevati nella trattazione della transazione fiscale nel concordato preventivo (mancato coordinamento della disciplina della transazione fiscale / contributiva contenuta nell'art. 182 *ter* con il disposto relativo alla formazione delle classi ed al controllo del tribunale di cui agli artt. 160 e 163); l'istituto appare dunque maggiormente realizzabile proprio perché svincolato da limitazioni e "compressioni" connesse a "posizioni giuridiche ed interessi economici omogenei". La transazione sui crediti indisponibili si traduce quindi in un'adesione (o meno) dell'amministrazione finanziaria e degli enti previdenziali alla convenzione di ristrutturazione dei debiti; ed in caso di adesione l'istituto assolve al consolidamento dell'intera posizione obbligatoria ed alla cessazione del contenzioso.

¹⁵⁶ Così ANDREANI, Fattispecie fiscali tipiche del concordato preventivo, del concordato fallimentare e degli accordi di ristrutturazione del debito *ex art. 182 bis* legge fallimentare. in ANDREANI -TRON, Crisi d'impresa e ristrutturazione del debito. Gruppo24Ore. 2012. 212 - 213. Nello stesso senso Cndcec *Osservazioni alla transazione fiscale*, Aprile 2010, 15 - 16 in cui si legge: «*la logica o meglio l'obiettivo sotteso all'istituto della transazione fiscale - vale a dire la volontà di addivenire ad una soluzione della crisi d'impresa attraverso regole concorsuali e non - induce ad affermare che, indipendentemente dal fatto che l'istituto di cui all'art. 182 bis 1. fall. dia o meno origine ad una procedura concorsuale, l'accordo transattivo siglato nell'ambito delle, trattative che precedono la stipula degli accordi di ristrutturazione dei debiti è concluso in funzione, come precisato poc'anzi, di una più ampia sistemazione negoziale della crisi d'impresa e, quindi, del perfezionamento dei suddetti accordi, sicché il mancato raggiungimento dei requisiti di legge ovvero la non omologazione degli accordi medesimi da parte del tribunale finisce inevitabilmente per provocare l'inefficacia della sopra citata transazione fiscale*».

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

5. 3 Il procedimento nell'ipotesi di contributi INAIL

Nella Circolare Inail - Direzione Generale - Direzione Centrale Rischi n. 8 del 26 febbraio 2010, l'Inail ha dettato criteri specifici per la presentazione della proposta di transazione fiscale che abbia ad oggetto crediti nei confronti dell'Istituto medesimo.

In particolare, la proposta andrà presentata all'Agente della riscossione¹⁵⁷ e alla Sede Inail competente per territorio¹⁵⁸.

La proposta d'accordo deve essere sottoscritta dal debitore e, accompagnata dal deposito della documentazione richiesta in generale dalla legge fallimentare, deve contenere:

- a) il codice ditta dell'impresa;
- b) i dati anagrafici dell'impresa, compreso il codice fiscale, e quelli del legale rappresentante;
- c) tutti gli elementi utili a valutare l'essenzialità dell'accordo ai fini della continuità dell'attività dell'impresa e della salvaguardia dei livelli occupazionali, nonché l'importanza dell'impresa nel territorio socio - economico in cui opera;
- d) l'ammontare e la tipologia (premi o accessori) dei debiti oggetto della proposta di accordo con indicazione dei limiti proposti, fermo restando che per i premi deve essere proposto il 100%, nonché il numero delle rate proposte¹⁵⁹;
- e) i tempi di pagamento e le eventuali garanzie che il debitore intende prestare;

¹⁵⁷ La proposta si considera validamente presentata alla Sede Inail, anche se il debitore la trasmette all'Inail tramite l'Agente della riscossione. In tale ipotesi, la decorrenza dei termini di cui all'art. 182 *ter*, 6° comma, avrà inizio dall'effettiva conoscenza dell'istanza da parte dell'Istituto.

¹⁵⁸ La competenza delle Sedi dell'Istituto è stabilita con riferimento alla sede legale dell'impresa; ai sensi dell'art. 10, comma 3, delle vigenti 'Modalità di applicazione delle tariffe dei premi e per il pagamento dei premi assicurativi', all'atto dell'istituzione del rapporto assicurativo, l'Inail comunica al datore di lavoro il Codice Ditta, al quale è riferita l'intera situazione contributiva, comprensiva dei debiti e dei crediti relativi alle posizioni assicurative territoriali (PAT), comunicate per ogni sede di lavoro. Qualora la proposta sia presentata ad una Sede diversa da quella competente in base al Codice Ditta, la documentazione sarà trasmessa immediatamente alla Sede competente.

¹⁵⁹ A tale riguardo, al fine di velocizzare l'istruttoria, è opportuno che il debitore unisca alla proposta una 'Stampa dei titoli' aggiornata, che può essere richiesta a qualsiasi Sede, comprendente anche eventuali crediti non ancora iscritti a ruolo.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

f) la dichiarazione di riconoscimento dei debiti e la rinuncia ad eventuali azioni ed eccezioni.

Una volta ricevuta la proposta, la Sede competente la protocolla e ne controlla la regolarità.

Nel caso in cui la proposta sia regolare e completa¹⁶⁰, la Sede avvia l'istruttoria di merito, effettuando la ricognizione della situazione debitoria (sia dei crediti iscritti a ruolo, sia di quelli non iscritti) sulla base degli atti e delle informazioni esistenti, ivi compreso il controllo delle sanzioni civili collegate ai titoli principali.

La Sede dovrà anche accertare che la proposta non sia inferiore ai limiti previsti dall'art. 3 del decreto interministeriale del 4 agosto 2009 e dovrà verificare lo stato delle procedure di esazione coattiva, richiedendo apposita relazione all'Agente della riscossione.

A conclusione dell'istruttoria, la proposta e la relativa documentazione dovranno essere trasmesse al Direttore Regionale, unitamente ad un'apposita comunicazione, a firma del Dirigente della Sede, nella quale si propone l'accettazione ovvero il diniego, corredata di una relazione sulle risultanze dell'istruttoria svolta.

Il Direttore Regionale, a questo punto, valuterà la convenienza della proposta ed esprimerà, con apposito atto di determinazione motivato, l'accoglimento oppure il diniego della proposta, da trasmettere immediatamente alla Sede competente.

Nell'ambito del concordato preventivo o degli accordi *EX* art. 182 *bis* l. f., poi, tale decisione dovrà essere espressa, rispettivamente, mediante voto (positivo o negativo) o assenso all'accordo (che vale quale sottoscrizione dell'accordo medesimo), dal Direttore della Sede Inail competente, se si tratta di premi ed accessori non iscritti a ruolo e dall'Agente della riscossione, su indicazione della Sede competente, per i crediti iscritti a ruolo.

- - -

¹⁶⁰ Qualora la proposta risulti carente dei dati e delle informazioni necessarie per decidere in ordine all'accordo o manchi uno o più documenti che la legge richiede, la Sede deve richiedere i dati e i documenti mancanti con apposita comunicazione al debitore e per conoscenza all'Agente della riscossione, fissando un termine di 5 giorni per l'integrazione, con l'avvertimento che in mancanza la proposta è da ritenersi inammissibile.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Vi è, infine, da considerare una novità introdotta dall'art. 29, quarto comma del D.L. 31 maggio 2010 n. 78 ("*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*", pubblicato in G.U., n. 125 del 31 maggio 2010, Suppl. ordinario n. 114), rilevante con riferimento all'istituto della transazione fiscale.

Tale disposizione ha infatti modificato l'art. 11 del d. lgs., 10 marzo 2000, n. 74 ("*Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto*, a norma dell'art. 9 della legge 25 giugno 1999 n. 205"), prevedendo, tra l'altro, un nuovo secondo comma del seguente tenore letterale: "*è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni chiunque, al fine di ottenere per sé o per altri un pagamento parziale dei tributi e dei relativi accessori, indica nella documentazione presentata ai fini della procedura di transazione fiscale elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi fittizi per un ammontare complessivo superiore ad euro cinquantamila. Se l'ammontare di cui al periodo precedente è superiore ad euro duecentomila si applica la reclusione da un anno a sei anni*".

Un primo esame della norma recentemente introdotta è stato condotto dal Massimario della Cassazione nella Relazione n. III/09/10 del 3 agosto 2010¹⁶¹.

Secondo il Massimario della Cassazione, sul versante dell'elemento soggettivo, la nuova fattispecie di delitto di falso nella documentazione presentata ai fini delle transazioni fiscali si caratterizza per la necessità del dolo specifico di ottenere per sé o altri il pagamento parziale dei tributi e dei relativi accessori.

Sempre stando alla Relazione del Massimario, il presupposto del reato in questione è l'avvenuta instaurazione di una procedura di transazione fiscale, dovendosi intendere con quest'ultima locuzione il solo istituto di cui all'art. 182 *ter* l. f. e non, invece, le altre procedure conciliative (adesione all'accertamento e conciliazione giudiziale).

Ancora secondo l'interpretazione fornita dal Massimario, l'utilizzo del verbo "indicare" sembrerebbe denotare come il falso incriminato sia solo quello ideologico e non anche quello materiale.

Proseguendo nell'esame della novità legislativa, poi, la Relazione qui in commento fa rilevare un'incongruenza nella formulazione della norma: infatti, "*il tenore della norma appare inequivocabile nel circoscrivere la sua operatività alla sola*

¹⁶¹ Massimario della Cassazione, Relazione n. III/9/10 del 3 agosto 2010, in www.cortedicassazione.it.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

condotta di indicazione di elementi passivi fittizi e non anche a quella di esposizione di elementi attivi, i quali, per perfezionare il fatto tipico, devono risultare semplicemente di ammontare inferiore a quello effettivo". Ciò rilevato, secondo il Massimario "l'incidenza degli elementi attivi e di quelli passivi sulla rappresentazione della situazione fiscale del contribuente è del tutto identica e, pertanto, la scelta di ancorare l'incriminazione del mendacio sull'attivo anche a minimi scostamenti dalla realtà, relegando quello sul passivo alle sole ipotesi segnate dal superamento di una consistente soglia non è di immediata comprensione e sembra trascendere la discrezionalità di cui pure il legislatore è titolare"¹⁶².

- - -

6. Transazione fiscale e concordato fallimentare

E' pacificamente riconosciuto che la transazione fiscale non trovi applicazione nel concordato fallimentare: si evidenzia che la disciplina positiva dell'istituto si riferisce solo al concordato preventivo e che, oltretutto, l'art. 182 *ter* r.d. 267/1942, è norma speciale e, in virtù di tale caratteristica, non suscettibile di applicazione analogica.

Anche l'Agenzia delle Entrate; correttamente, è giunta alla medesima conclusione.

L'inapplicabilità della transazione fiscale al concordato fallimentare è stata criticata, sia sotto il profilo dell'opportunità, sia sotto il profilo della ragionevolezza.

Rebus sic stantibus, in ogni caso, l'ammissibilità di una transazione fiscale all'interno di un concordato fallimentare dev'essere sicuramente esclusa. Occorre interrogarsi, peraltro, sul destino dei crediti tributari - sia chirografari, sia privilegiati - nel contesto di tale procedura.

¹⁶² Anche FALCONE - IORIO (*Maglie strette per il falso nella transazione fiscale*, in *IlSole24Ore*, 6 settembre 2010), commentando la Relazione del Massimario della Cassazione, fanno notare l'illogicità della differenziazione ingenerata dalla norma nel trattamento tra gli elementi passivi (la cui fittizietà per un ammontare superiore a 50mila euro fa scattare il reato) e gli elementi attivi (per i quali non viene indicata una soglia minima): secondo gli Autori citati "una tale differenziazione sarebbe particolarmente illogica in quanto l'incidenza degli elementi attivi e di quelli passivi sulla rappresentazione della situazione fiscale del contribuente è del tutto identica e, pertanto, l'eventuale incriminazione del mendacio sull'attivo anche a minimi scostamenti, relegando invece quello sul passivo al superamento della soglia".

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Ebbene, in caso di concordato fallimentare non è possibile fare ricorso all'istituto della transazione fiscale di cui all'art. 182 *ter*, r.d. 267/1942, ma è comunque possibile ottenere la falcidia dei debiti tributari, sia chirografari, sia privilegiati: lo consente, come si vedrà nel proseguo della trattazione, l'art. 124, r.d. 267/1942.

Si osserva fin da ora che l'art. 29, co. 3, d.l. 78/2010, ha recentemente modificato l'art. 87, d.p.r. 602/1973, inserendo nel corpo di tale norma un nuovo comma 2 *bis*, in base al quale *«l'agente della riscossione cui venga comunicata la proposta di concordato, ai sensi degli articoli 125 o 126 del Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, la trasmette senza ritardo all'Agenzia delle entrate, anche in deroga alle modalità indicate nell'articolo 36 del decreto legislativo 13 aprile 1999, n. 112, e la approva, espressamente od omettendo di esprimere dissenso, solamente in base a formale autorizzazione dell'Agenzia medesima»*.

La norma disciplina il meccanismo di voto del Fisco nell'ambito della procedura di concordato fallimentare: ciò prova inequivocabilmente che, pur non potendosi applicare l'istituto della transazione fiscale a tale procedura, il concordato fallimentare è pienamente ammissibile anche ove preveda la falcidia dei crediti tributari.

La norma surriportata prende in considerazione, per disciplinarlo, un aspetto molto specifico, riguardante l'espressione del voto da parte dell'Agenzia delle Entrate nell'ambito del concordato fallimentare. Essa prevede che, una volta che l'Agente della riscossione sia raggiunto dalla proposta di concordato fallimentare, tale soggetto debba immediatamente comunicare la proposta all'Agenzia delle Entrate; sarà quest'ultima a determinarsi in ordine al voto che l'Agente esprimerà (od ometterà di esprimere) solamente in base ad una formale autorizzazione dell'Agenzia.

Il legislatore, insomma, ha voluto riportare all'Agenzia delle Entrate la competenza ad esprimere il voto nella procedura di concordato fallimentare, sottraendola all'Agente della riscossione.

Poiché ai fini dell'ammissione alla procedura, peraltro, il giudice assegna ai creditori un termine da venti a trenta giorni entro cui esprimere il voto, è stato espresso *«il dubbio che tale brevissimo termine sia sufficiente ai concessionari e agli uffici per effettuare le comunicazioni e rilasciare le approvazioni previste»*.

I profili operativi.

a) L'espressione del voto da parte dell'Agenzia delle Entrate.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Quanto appena esposto consente di affrontare una breve disamina dei profili operativi del concordato fallimentare con falcidia dei crediti tributari.

Si sono già visti il funzionamento del voto dell'Agenzia delle Entrate e le perplessità che esso ha suscitato. Occorre ricordare, a questo punto, che la legge prevede il meccanismo del silenzio-assenso, stabilendo che *«i creditori che non fanno pervenire il loro dissenso nel termine fissato dal giudice delegato si ritengono consenzienti»*.

Se il Fisco, anche a causa dei brevi termini entro cui deve avvenire l'espressione del voto e del complesso meccanismo delineato dall'art. 87, co. 2 bis, d.p.r. 602/1973, omette di esprimere il suo dissenso, sarà comunque vincolato agli effetti del concordato, che è *«obbligatorio per tutti i creditori anteriori all'apertura del fallimento, compresi quelli che non hanno presentato domanda di ammissione al passivo»*.

Né, infine, sembra ipotizzabile il differimento del termine fino al recepimento dell'autorizzazione (o del diniego) dell'Agenzia delle Entrate da parte dell'Agente della riscossione, o l'inversione della regola del silenzio assenso prevista dall'art. 128, r.d. 267/1942: tali soluzioni, infatti, sarebbero palesemente *contra legem*.

b) Il trattamento dell'IVA nel concordato fallimentare.

Da ultimo, si ritiene che i crediti IVA, nel concordato fallimentare, subiscano la falcidia alla pari di tutti gli altri crediti tributari.

Preme qui ricordarlo poiché in materia di transazione fiscale l'art. 182 ter, co. 1, r.d. 267/1942, stabilisce, al contrario, che *«con riguardo all'imposta sul valore aggiunto ed alle ritenute operate e non versate, la proposta può prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento»*.

Detta esclusione; peraltro, non è applicabile al concordato fallimentare. Da un lato, essa è contenuta nella specifica disciplina della transazione fiscale (che, oltretutto, come si è visto, si riferisce al solo concordato preventivo) ed è quindi riferibile solo a tale istituto. Dall'altro, si deve ricordare la *ratio* di questa esclusione, consistente nella circostanza che il concordato preventivo, cui si riferisce la transazione fiscale, riguarda un'impresa ancora in grado di operare nel mercato, la quale, quindi, per effetto della composizione concordata della crisi, potrebbe beneficiare di soluzioni in grado di alterare la concorrenza anche a livello comunitario, com'è ovvio, tale problematica non si pone per il concordato fallimentare che riguarda invece imprese già fallite e, pertanto, fuori dal mercato.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

7. La transazione fiscale nella procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento

I presupposti di ammissibilità alla procedura: brevi cenni

L'art. 6, 1° comma del DL 179/2012 indica i soggetti che possono accedere alla procedura in oggetto.

Il 9° comma, fissa il presupposto oggettivo.

Esaminiamoli distintamente.

I soggetti

Possono accedere alla procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento:

1. i debitori non assoggettabili alle procedure concorsuali previste e disciplinate dal RD 16/03/1942 n° 247 e successive modifiche;
2. gli imprenditori agricoli e gli artigiani;
3. il consumatore

che nei 5 anni anteriori al deposito della proposta:

- a) non sia stato assoggettato ad una procedura di composizione della crisi da indebitamento
- b) non ha subito, per cause a lui imputabili, uno dei provvedimenti previsti dagli artt. 14 e 14 *bis*
- c) ha depositato documentazione che non consente di ricostruire completamente la sua situazione economica e patrimoniale.

I debitori sub 1) sono quelli non assoggettabili al fallimento, per non aver superato, nei tre esercizi precedenti al deposito della proposta di composizione della crisi da sovraindebitamento, alcuno dei limiti dimensionali fissati dal novellato art 1 L.F. e cioè:

- un attivo patrimoniale di € 300.000,00
- ricavi lordi di € 200.000,00

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

- indebitamento complessivo di € 500.000,00

Va opportunamente evidenziato che, ai fini dell'art. 1 L.F., non ha alcun rilievo la veste giuridica assunta per l'esercizio dell'attività di impresa, né la finalità (lucrativa o non) perseguita, né la tipologia dell'attività, potendo accedere alla procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento, anche gli imprenditori agricoli e il consumatore, nell'accezione che vedremo.

In aggiunta agli imprenditori (individuali o collettivi) privi dei suddetti requisiti dimensionali, possono altresì ritenersi "debitori" ammessi ad avvalersi dello speciale accordo di ristrutturazione dei debiti da sovraindebitamento:

- gli imprenditori che, pur essendo in possesso di tutti i suddetti requisiti dimensionali, evidenzino un ammontare complessivo di debiti scaduti e non pagati inferiore alla soglia di euro 30.000,00 di cui all'art. 15, comma 9, L. Fall.;

- gli imprenditori individuali che, pur rientrando astrattamente nella categoria dei soggetti fallibili, intendano sottoporre alla speciale procedura in esame debiti estranei all'esercizio dell'attività d'impresa;

- gli enti pubblici, in tale categoria comprendendosi le c.d. imprese organo (ad es., la società di capitale in cui vi sia stato il trasferimento dell'esercizio di una pubblica funzione, di modo che la medesima va a rivestire la qualifica di organo indiretto della P.A. e gli enti pubblici economici, ma non le c.d. società in mano pubblica, cioè quelle partecipate in via totalitaria o maggioritaria dallo Stato o da altri enti pubblici, anche territoriali).

L'art. 6, 2° comma lett. b) della legge in commento qualifica "consumatore" la "persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta".

Sulla scorta dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in materia, si può quindi ritenere che possa accedere alla nuova procedura la sola persona fisica - consumatore, con esclusione invece delle persone giuridiche, per le quali non è nemmeno concepibile un'attività extraprofessionale, essendo vincolate al necessario proseguimento degli scopi indicati nell'atto costitutivo e dallo statuto (si veda per tutti ALPA, CHINÉ, "Consumatore (protezione del) nel diritto civile", in "Digesto, disc. Priv. Sez. civ.", XV, Torino, 1997, 547), in questa direzione si sono del resto orientate non solo la Corte di Giustizia (Corte di Giustizia Ce, 22 novembre 2001, cause riunite C -541/99, in "corriere giuridico", 2002, 445), ma anche la Cassazione

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

(Cassazione, 8 giugno 2007, n° 13377, in "*Giustizia civile*", 2008, I, 996) e il nostro giudice delle leggi (v. ente cost. 22/11/2002 n° 469).

A) *Il presupposto oggettivo: il sovraindebitamento*

Il precedente 2° comma dell'art. 6 definiva il sovraindebitamento come una situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio liquidabile per farvi fronte, nonché la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni.

Il novellato 2° comma oggi dispone:

Ai fini del presente capo, si intende

a) per "sovraindebitamento", la situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte ed il patrimonio liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni ovvero la definitiva incapacità ad adempierle regolarmente.

Il sovraindebitamento è dunque uno *status* di perdurante squilibrio, costituito da un'eccedenza "perdurante" (e cioè non momentanea né occasionale od episodica) tra le obbligazioni assunte (a titolo contrattuale ed extracontrattuale), cioè tra il totale delle passività che il debitore deve estinguere ed il patrimonio prontamente liquidabile, ossia tutti i beni di proprietà del debitore, realizzabili in tempo breve.

La "prontezza" della liquidazione è una dimensione "relativa" che va diversamente determinata in relazione al "tipo" di cespite facente parte del passivo del debitore, al suo valore, alla sua appetibilità da parte di una cerchia ampia o ristretta di possibili acquirenti ed, infine, in base alle attuali condizioni del mercato.

Se è agevole liquidare, nel breve volgere di qualche settimana, beni cedibili di non rilevante valore, più tempo, normalmente da sei a dodici mesi, occorre per alienare, senza eccessiva svalutazione, un bene immobile o una partecipazione societaria maggioritaria o di controllo; mentre occorrerà un tempo più breve per alienare partecipazioni molto minoritarie, specialmente se relative a società familiari.

In conclusione, la prontezza della liquidazione può essere collocata in un "*range*" temporale variabile, normalmente compreso tra due e dodici mesi, salvo casi particolari.

La situazione di "perdurante squilibrio" deve determinare:

a) la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni (ossia una crisi

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

finanziaria, nell'accezione dell'art. 160 l. f.)

b) ovvero la definitiva incapacità ad adempierle regolarmente (che, a mio avviso, coincide esattamente con "lo stato di insolvenza" fissato dall'art. 5 l. f.).

B) I presupposti di ammissibilità alla procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento (art. 7)

Il precedente art. 7 stabiliva:

"il debitore che si trova nello stato da sovraindebitamento può proporre ai creditori un accordo di ristrutturazione dei debiti sulla base di un piano che assicuri il regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo stesso, compreso l'integrale pagamento dei titolari di crediti privilegiati ai quali gli stessi non abbiano rinunciato, anche parzialmente. L'accordo è proposto con l'ausilio di un organismo di composizione della crisi che viene scelto dal debitore tra quelli con sede nella circoscrizione del Tribunale in cui egli ha la sede o la residenza".

Il novellato art. 7 non stabilisce più che la proposta di accordo debba prevedere il regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo, *"compreso l'integrale pagamento dei titolari di crediti privilegiati ai quali gli stessi non abbiano rinunciato, anche parzialmente, salvo quanto previsto dall'art. 8, comma 4"*, ma espunge dal testo ogni riferimento ai creditori estranei all'accordo (il cui pagamento doveva essere garantito regolarmente ed integralmente, nel caso fossero titolari di crediti privilegiati) e dispone invece che deve essere garantito soltanto il regolare pagamento dei titolari di crediti impignorabili ai sensi dell'articolo 545 c.p.c. (crediti alimentari; crediti aventi per oggetto sussidi di grazia o di sostentamento a persone comprese nell'elenco dei poveri, oppure sussidi dovuti per maternità, malattie o funerali da casse di assicurazione, da enti di assistenza da istituti di beneficenza; somme dovute dai privati a titolo di stipendio, di salario o di altre indennità relative al rapporto di lavoro o di impiego) e di quelli impignorabili in base alle altre disposizioni contenute in leggi speciali.

Il piano deve prevedere scadenze e modalità di pagamento dei creditori e la possibilità che gli stessi siano suddivisi in classi, indicando le eventuali garanzie rilasciate per l'adempimento dei debiti e le modalità per l'eventuale liquidazione dei beni. Con riferimento alle classi, la norma non richiama i criteri della natura giuridica e degli interessi economici omogenei, così come previsto dall'art. 160 l. fall., ma la lacuna deve colmarsi in via interpretativa.

Di maggiore interesse, per la loro novità, ai fini della disciplina in esame sono

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

gli altri periodi che contengono alcune disposizioni peculiari. In estrema sintesi è previsto che:

1. i creditori privilegiati possano non essere soddisfatti integralmente (similmente a quanto previsto in ambito di concordato preventivo dall'art. 160 l. fall.);
2. sia possibile proporre una transazione dei debiti tributari, fatta eccezione per i tributi propri dell'UE, dell'iva e delle ritenute operate e non versate (analogamente a quanto disposto dall'art. 182 *ter* l. fall.);
3. sia possibile affidare il patrimonio del debitore ad un gestore nominato dal giudice.

Quanto al punto 1.) viene recepito anche nella procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento il principio, già previsto in ambito di concordato preventivo, in base al quale i creditori privilegiati possano non essere soddisfatti integralmente. In questo caso è compito dell'Organismo di composizione della crisi verificare (tramite apposita attestazione) che ne sia assicurato il pagamento in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali insiste la causa di prelazione.

Il punto 2.) introduce nell'ambito dell'accordo (o nel piano) di composizione della crisi una deroga al generale principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria. Come nella transazione fiscale *ex art. 182 ter* l. fall., è però prevista l'infalciabilità di iva, ritenute e tributi propri dell'Unione Europea. La norma introduce quindi un mini procedimento di transazione fiscale: il parallelismo con l'istituto di cui all'art. 182 *ter* l. fall., si rinviene anche nell'obbligo, disposto dall'art. 9, comma 1, per l'Organismo di composizione della crisi di presentare la proposta, contestualmente al deposito in tribunale, agli uffici fiscali.

Il mini procedimento di transazione fiscale nella procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento, è così descritto dalla circolare 6 maggio 2015, n. 19/E dell'Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale affari legali e contenzioso: (*omissis*) "*Ad avviso della scrivente, analogamente a quanto richiesto dall'articolo 182 ter per la transazione fiscale proposta nell'ambito del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, l'Ufficio competente in relazione all'ultimo domicilio fiscale dell'interessato è tenuto - nel più breve tempo possibile - alla liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni, alla notifica degli avvisi di irregolarità e degli avvisi di accertamento, nonché a predisporre e trasmettere al debitore una certificazione*

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

attestante il complessivo debito tributario. Come chiarito ai paragrafi 4.2.1 e 5.2 della circolare n. 40/E del 2008, nella certificazione va indicato anche il debito tributario relativo all'IVA, che comunque può essere soltanto oggetto di dilazione e non di falcidia. Le stesse precisazioni valgono per le ritenute operate e non versate.

Ai fini della certificazione dell'Ufficio, vanno escluse le somme iscritte in ruoli già consegnati all'Agente della riscossione ovvero riferite ad avvisi di accertamento emessi ai sensi dell'articolo 29, comma 1 del DL n. 78 del 2010, per i quali la riscossione sia già stata affidata in carico all'Agente, alla data di presentazione della proposta da parte del contribuente.

L'Agente della riscossione è tenuto a trasmettere al debitore una certificazione attestante l'entità del debito iscritto a ruolo scaduto o sospeso ovvero derivante dai predetti avvisi di accertamento, comprensivo di tributo, interessi e sanzioni, nonché degli interessi di cui all'articolo 30 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602.

In relazione ai tributi non iscritti a ruolo ovvero non ancora consegnati all'Agente della riscossione alla data di presentazione della proposta, l'assenso è espresso con atto del Direttore dell'Ufficio.

Per i tributi iscritti a ruolo o accertati ai sensi dell'articolo 29, comma 1 del DL n. 78 del 2010 e già consegnati all'Agente della riscossione alla data di presentazione della proposta, l'assenso è espresso dall'Agente della riscossione su indicazione dell'Ufficio competente".

C) L'oggetto del procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento: tipologia

Il procedimento può avere ad oggetto:

1. un accordo con i creditori
2. un piano elaborato da un "consumatore", omologato dal Tribunale
3. il patrimonio del debitore, se questo ne chiede la liquidazione.

La proposta di accordo ed il piano elaborato dal consumatore con l'ausilio dell'O.C.C. o del professionista nominato dal Tribunale, vanno depositati nel tribunale della residenza o della sede principale del debitore (fori alternativi) e devono:

1. assicurare il regolare pagamento dei crediti impignorabili,

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

2. indicare le scadenze e le modalità di pagamento dei creditori, anche se suddivisi in classi, le eventuali garanzie rilasciate per l'adempimento dei debiti anche da terzi tenuti a sottoscrivere, le modalità per l'eventuale liquidazione dei beni, la cessione di crediti anche futuri,

3. prevedere il pagamento (anche parziale) dei creditori muniti di diritti di prelazione, in misura non inferiore a quella realizzabile in base al valore di mercato dei diritti sui quali insiste la prelazione, quale attestato dall'organismo o dal professionista, con eventuale moratoria fino ad un anno in caso di accordo in continuità di impresa o di piano del consumatore,

4. prevedere il pagamento integrale, con eventuale dilazione, di tributi europei, IVA e ritenute di legge,

5. prevedere l'eventuale affidamento del patrimonio del debitore a un gestore (professionista *ex art. 28 l. fall.*, o notaio), nominato dal giudice, per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato.

Alla proposta di accordo vanno allegati i seguenti documenti:

- l'elenco di tutti i creditori, con l'indicazione delle somme dovute;
- l'elenco di tutti i beni del debitore;
- l'elenco degli eventuali atti di disposizione compiuti negli ultimi 5 anni;
- le dichiarazioni dei redditi degli ultimi 3 anni;
- l'attestazione di fattibilità del piano rilasciata dall'organismo O.C.C. e/o dal professionista o dal notaio;
- l'elenco delle spese correnti necessarie al sostentamento suo e della sua famiglia con certificato dello stato di famiglia;
- (se imprenditore) le scritture contabili degli ultimi 3 esercizi, unitamente a dichiarazione dell'O.C.C. (o del professionista o del notaio) che ne attesta la conformità all'originale.

Nel caso di deposito di un piano del consumatore, bisogna allegare ai suddetti documenti, anche la relazione particolareggiata dell'O.C.C. (o del professionista o del notaio) che deve contenere:

- a) l'indicazione delle cause dell'indebitamento e della diligenza impiegata dal consumatore nell'assumere volontariamente le obbligazioni,
- b) l'esposizione delle ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere le

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

obbligazioni assunte,

- c) il resoconto sulla solvibilità del consumatore negli ultimi 5 anni,
- d) l'indicazione dell'eventuale esistenza di atti del debitore impugnati dai creditori,
- e) il giudizio sulla completezza e attendibilità della documentazione depositata dal consumatore a corredo della proposta, nonché sulla probabile convenienza del piano rispetto all'alternativa liquidatoria.

Il Tribunale, in composizione monocratica, (cioè il giudice designato dal Presidente del Tribunale *ex art. 737 c.p.c.*) può assegnare al debitore un termine di 15 giorni per integrare la proposta o il piano e per produrre nuovi documenti.

D) L'avvio del procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento

Il giudice monocratico, con decreto avente efficacia immediata, (equiparato, *quoad effectum*, a un pignoramento generale e che va comunicato con la proposta almeno trenta giorni prima dell'udienza ai creditori, anche per telegramma o per lettera raccomandata con avviso di ricevimento o per telefax o per posta elettronica certificata), fissa l'udienza (nella quale si verificherà il raggiungimento o meno della maggioranza di legge) ed inoltre dispone:

- a) idonea forma di pubblicità della proposta e del decreto e, se imprenditore iscritto, la pubblicazione nel registro delle imprese,
- b) la trascrizione, a cura dell'organismo o del professionista o del notaio, nei RR.II.;
- c) il divieto di azioni esecutive o cautelari o di acquisti di diritti di prelazione, sotto pena di nullità e salvo che per crediti impignorabili.

Almeno dieci giorni prima dell'udienza i creditori devono far pervenire all'O.C.C. (o al professionista o al notaio nominato dal giudice) il loro consenso alla (o il dissenso dalla) proposta, come eventualmente modificata.

Il silenzio del creditore, vale per legge come "assenso" alla proposta che si deve ritenere approvata quando si registra l'assenso di creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti.

I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca dei quali la proposta prevede

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

l'integrale soddisfacimento, non sono computati fino al raggiungimento della maggioranza e non abbiano diritto di esprimersi sulla proposta, salvo che non rinuncino in tutto o in parte al diritto di prelazione.

Non hanno diritto di esprimersi sulla proposta e non sono computati ai fini del raggiungimento della maggioranza, il coniuge del debitore, i suoi parenti e gli affini entro il quarto grado, i cessionari e gli aggiudicatari dei loro crediti, da meno di un anno prima della proposta.

L'accordo non pregiudica i diritti dei creditori nei confronti dei coobbligati, fideiussori del debitore e obbligati in via di regresso né determina novazione delle obbligazioni, salvo che non sia diversamente stabilito.

C) Omologazione dell'accordo

L'omologazione dell'accordo è il provvedimento conclusivo del seguente procedimento:

1) l'O.C.C. (o il professionista o il notaio) trasmette a tutti i creditori una relazione sui consensi espressi e sul raggiungimento della percentuale, allegando il testo dell'accordo.

2) nei dieci giorni successivi al ricevimento della relazione, i creditori possono sollevare contestazioni che dovranno inviare all'O.C.C. (o al professionista o al notaio).

3) decorsi ulteriori dieci giorni, l'O.C.C. (o il professionista o il notaio) trasmette al giudice la relazione, allegando le contestazioni ricevute, nonché un'attestazione definitiva sulla fattibilità del piano.

4) il giudice quindi, dopo aver risolto le contestazioni verifica:

a) il raggiungimento dell'accordo con la percentuale prescritta,

b) l'idoneità ad assicurare il pagamento dei crediti impignorabili e di quelli aventi causa di prelazione nei limiti del realizzo.

Se da parte di creditori esclusi o non aderenti, si contesta la convenienza dell'accordo, il giudice può omologarlo se ritiene che dal creditore contestante può essere soddisfatto dall'esecuzione dello stesso in misura non inferiore all'alternativa liquidatoria (c.d. *cram down*).

D) Effetti dell'omologazione dell'accordo

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Con l'omologazione:

- l'accordo o il piano diventa obbligatorio per tutti i creditori anteriori al momento in cui è stata eseguita la pubblicità, del decreto prevista dall'art. 10, 2° comma o del piano del consumatore omologato.

- i creditori con causa o titolo posteriore non possono procedere esecutivamente sui beni oggetto del piano (**patrimonio destinato**).

Il procedimento di omologazione del piano del consumatore

Il giudice (monocratico), **depositato il ricorso contenente il piano del consumatore:**

1. verifica la sussistenza dei requisiti soggettivi, dei presupposti di proponibilità dell'istanza e la completezza della documentazione;

2. verifica **sulla base della documentazione in atti, che non sono stati commessi atti in frode;**

Se la verifica è positiva:

3. fissa con decreto l'udienza, non oltre sessanta giorni dal deposito del ricorso, disponendo la comunicazione della proposta e del decreto ai creditori a cura dell'O.C.C. (o del professionista o del notaio) **almeno trenta giorni prima dell'udienza;**

4. **sospende le esecuzioni pregiudizievoli** nelle more del procedimento di omologazione;

5. **dalla data del deposito del ricorso opera il divieto di azioni cautelari e di acquisto di titoli di prelazione.**

All'udienza il giudice:

- **verifica la fattibilità del piano e l'idoneità ad assicurare il pagamento dei crediti impignorabili, nonché dei crediti aventi titolo di prelazione nei limiti del valore di presumibile realizzo;**

a) risolve le **contestazioni** anche in ordine all'effettivo ammontare dei crediti;

b) verifica la **meritevolezza** del consumatore (riconoscendola nel caso di sovraindebitamento non colposo)

- esegue eventualmente il **cram down**.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

All'esito:

1. omologa il piano, disponendo idonea pubblicità dello stesso;
2. rigetta la domanda, revocando contestualmente l'eventuale sospensione già disposta.

E) Effetti dell'omologazione del piano del consumatore

1. Il piano omologato è **obbligatorio per tutti i creditori anteriori** al momento in cui è stata eseguita la pubblicità del piano omologato.

2. L'omologazione non pregiudica i diritti dei creditori nei confronti dei coobbligati, fideiussori del debitore e obbligati in via di regresso.

3. I creditori con causa o titolo posteriore non possono procedere esecutivamente sui beni oggetto del piano (**patrimonio destinato**).

4. Gli effetti **vengono meno in caso di mancato pagamento dei crediti impignorabili** o dei **crediti aventi titolo di prelazione** in base al valore di presumibile realizzo.

5. Qualunque creditore può chiedere al giudice l'accertamento del mancato pagamento con **ricorso da decidere in camera di consiglio ex artt. 737 ss. c.p.c.**: il provvedimento è soggetto a **reclamo alla corte d'appello** e, successivamente, **al ricorso straordinario per cassazione**.

6. La sentenza di **fallimento** pronunciata a carico del debitore risolve l'accordo, con **esenzione però da revocatoria** degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato e riconosce la **prededucibilità ex art. 111 l. f. dei finanziamenti effettuati in esecuzione o in funzione dell'accordo**.

C) Revoca dell'accordo o del piano (art. 10,5° comma)

La revoca dell'accordo o del piano va disposta:

1. **di diritto**, se il debitore non esegue integralmente, entro novanta giorni dalle scadenze previste, i pagamenti dovuti alle Agenzie fiscali e agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie;

2. **d'ufficio**, la revoca va disposta con decreto reclamabile ai sensi dell'art. 739 c.p.c. innanzi al Tribunale, nel caso di accertato compimento, da

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

parte del debitore di atti in frode ai creditori.

D) Impugnazione e risoluzione dell'accordo

L'accordo può essere **annullato** dal tribunale **su istanza di ogni creditore**, in contraddittorio con il debitore:

a) quando è stato **dolosamente** aumentato o diminuito il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo ovvero dolosamente simulate attività inesistenti. Non è ammessa alcuna altra azione di annullamento e l'azione va proposta **entro sei mesi dalla scoperta e non oltre due anni dal termine dell'ultimo adempimento;**

b) se il proponente non adempie agli obblighi derivanti dall'accordo, se le garanzie promesse non vengono costituite o se l'esecuzione dell'accordo diviene impossibile per ragioni non imputabili al debitore.

In questi casi ciascun creditore può chiedere al tribunale la risoluzione dello stesso, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla scoperta e, in ogni caso entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto.

L'annullamento e la risoluzione dell'accordo non pregiudicano i diritti acquistati dai terzi in buona fede.

E) Revoca e cessazione di diritto dell'efficacia dell'omologazione del piano dei consumatore

Il tribunale, **su istanza di ogni creditore**, in contraddittorio con il debitore:

A. Dichiarare **cessati gli effetti** dell'omologazione del piano nelle seguenti ipotesi:

1. quando è stato **dolosamente o con colpa grave** aumentato o diminuito il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo ovvero dolosamente dissimulate attività inesistenti;

2. se il proponente **non adempie** agli obblighi derivanti dal piano, se le garanzie promesse non vengono costituite o se l'esecuzione del piano diviene impossibile per ragioni non imputabili al debitore.

B. Revoca l'efficacia dell'omologazione entro sei mesi dalla scoperta dell'atto in frode sub 1) e non oltre due anni dalla scadenza del termine fissato per

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

l'ultimo adempimento previsto dall'accordo.

Massimario art. 182 ter (tratto da Il caso.it)

L'articolo 4, paragrafo 3, TUE, nonché gli articoli 2, 250; paragrafo 1 e 273 della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, non ostano a una normativa nazionale, per cui un imprenditore in stato di insolvenza può presentare a un giudice una domanda di apertura di una procedura di concordato preventivo, proponendo di pagare solo parzialmente un debito dell'imposta sul valore aggiunto attestando, sulla base dell'accertamento di un esperto indipendente, che tale debito non riceverebbe un trattamento migliore nel caso di proprio fallimento. (Redazione ILCASO.it)

Il credito dello Stato per Iva può essere oggetto di pattizia previsione di pagamento percentualmente ridotto (art. 160, comma 2, l. f): il pagamento parziale del debito Iva da parte di un imprenditore in difficoltà finanziaria, nel corso di un concordato preventivo è possibile a condizione che un esperto indipendente concluda che non si otterrebbe un pagamento maggiore di tale credito in caso di fallimento.

Il divieto di falcidia dell'Iva e delle ritenute, in assenza di transazione fiscale, privo di giustificazione a livello comunitario.

Una domanda di concordato che prevede l'infalcidiabilità di Iva e ritenute e la non integrale soddisfazione dei crediti dotati di privilegio di grado anteriore, sarebbe non conveniente per i creditori privilegiati anteriori all'Erario e il concordato, in presenza di opposizione e, quindi, di valutazione circa la convenienza della soluzione concordataria rispetto all'alternativa della liquidazione in sede fallimentare (cd. cram down) non sarebbe omologabile. (Corte di Giustizia UE, 7 aprile 2016, in www.ilcaso.it).

In ipotesi di incapienza del patrimonio sociale al pagamento dei creditori anteriori all'Iva, non può consentirsi la destinazione delle risorse proprie dell'impresa al pagamento integrale di Iva e ritenute in danno dei creditori muniti di privilegio di grado anteriore che troverebbero altrimenti capienza. (Tribunale Santa Maria Capua Vetere, 17 febbraio 2016 in www.ilcaso.it)

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

In tema di concordato preventivo, l'obbligatorietà dell'integrale pagamento dei crediti relativi ad Iva e ritenute operate e non versate, dei quali la proposta può prevedere esclusivamente la dilazione, non presuppone l'obbligo dell'integrale pagamento dei crediti privilegiati di grado anteriore. (Cassazione civile, sez. VI, 9 febbraio 2016 in www.ilcaso.it)

L'obbligo di pagamento integrale dell'Iva e delle ritenute d'acconto operate e non versate costituisce norma eccezionale (art. 182 ter l.f.) e non comporta per tanto alcuna alterazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione né viene in rilievo per l'applicazione del principio che impone la formazione delle classi secondo posizioni giuridiche ed interessi economici omogenei. (Tribunale Massa, 4 febbraio 2016 in www.ilcaso.it)

L'art. 182 ter l. f., ove prevede che la proposta di concordato preventivo, quanto all'IVA, può configurare solo la dilazione del pagamento, ha natura sostanziale ed esclude la falcidia concordataria di tale credito speciale in qualsiasi forma di concordato, ancorché proposto senza ricorrere all'istituto della transazione fiscale, attenendo allo statuto concorsuale del credito IVA. (Tribunale Rimini, 8 ottobre 2014, in www.ilcaso.it)

A seguito dell'intervento legislativo attuato con legge n. 122 del 30 luglio 2010, la medesima disciplina valevole per il credito IVA deve ritenersi estesa anche alle ritenute operate e non versate. (Tribunale Rimini, 8 ottobre 2014, in www.ilcaso.it)

La disposizione di cui all' art. 182 ter l.f., che prescrive l'obbligo dell'integrale pagamento dell'Iva, è una norma eccezionale, ma non sostanziale ed il suo ambito di applicazione è limitato all' istituto della transazione fiscale. (Appello Venezia, 23 dicembre 2013, in www.ilcaso.it)

Le entrate derivanti dall'applicazione di un'aliquota uniforme, valida per tutti gli Stati membri, agli imponibili relativi all' IVA, costituiscono risorse proprie dell'Unione europea; con il relativo credito, pertanto, non può essere oggetto di

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

accordo per un pagamento parziale neppure ai sensi dell'art. 182 ter nella versione introdotta dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5." (Cassazione penale, 31 ottobre 2013, in www.ilcaso.it)

L'art. 182 ter l.f. nella parte in cui prevede che la proposta relativa al credito Iva possa configurare solo la dilazione di pagamento, determina l'intangibilità di tale credito di imposta, in quanto la disposizione che ne esclude la falcidia concordataria ha natura eccezionale ed attribuisce al credito un trattamento peculiare ed inderogabile di portata sostanziale che si applica ad ogni forma di concordato, ancorché proposto senza ricorrere all'istituto della transazione fiscale. (Appello Brescia, 13 settembre 2013, in www.ilcaso.it)

È inammissibile la proposta di concordato preventivo che prevede la falcidia del credito Iva e per ritenute in violazione dell'articolo 182 ter l.f., il quale esprime un principio di carattere generale e comunque applicabile ad ogni proposta concordataria con o senza transazione fiscale. (Tribunale Brescia, 11 giugno 2013, in www.ilcaso.it)

La prescrizione del pagamento per intero di iva e ritenute previsto dall'art. 182 ter l. f. per il concordato preventivo con transazione fiscale non è applicabile al concordato preventivo senza transazione fiscale per ragioni letterali, sistematiche e costituzionali: da un lato, infatti, è regola non introdotta tra i requisiti generali del concordato preventivo ed eccezionale in quanto derogante alla regola cardine del rispetto dell'ordine dei privilegi e, dall'altro lato, la sua applicazione estensiva contrasterebbe con i principi costituzionali di uguaglianza e ragionevolezza in quanto non prevista anche per il fallimento, per il concordato fallimentare e per le procedure esecutive individuali (eccezion fatta per quelle con ricorso all'istituto del sovra-inddebitamento) ed in quanto renderebbe inammissibili tutti i concordati per i quali l'imprenditore non possiede moneta per il pagamento dei creditori privilegiati sino alla diciannovesima posizione dell'art. 2778 c.c.. (Tribunale Cosenza 29 maggio 2013, in www.ilcaso.it)

Il trattamento dell'Iva e delle ritenute previdenziali contemplato nell'ambito della sola transazione fiscale, trova giustificazione nello "scambio", tra erario (o enti previdenziali) e debitore proponente, laddove, nell'ambito concordatario, può, invece,

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

ritenersi ammissibile la falcidia di detto credito al pari di tutti gli altri crediti muniti di privilegio generale, con l'unico limite sancito dall'articolo 160, comma 2 ,l.f., nel rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione. (Tribunale Como, 22 ottobre 2013, in www.ilcaso.it)

Nell'ambito del concordato preventivo, deve ritenersi ammissibile la falcidia del credito Iva e per ritenute previdenziali al pari di tutti gli altri crediti muniti di privilegio generale, con l'unico limite sancito dall'art. 160, comma 2, l. .f., ivi compreso quello del rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione.(Tribunale Como, 29 gennaio 2013, in www.ilcaso.it)

Il debito per IVA va sempre pagato per intero nel concordato preventivo, a prescindere dalla presenza o meno di una transazione fiscale, atteso che la norma che lo prevede va considerata inderogabile e di ordine pubblico economico internazionale. (Tribunale Vicenza, 27 dicembre 2012, in www.ilcaso.it).

Poiché la qualificazione dell'art. 32, n. 5 del D. L 185 del 2008 in termini di norma eccezionale deve indurre a ritenere che il suo ambito di applicazione non possa estendersi oltre il perimetro dell'istituto per il quale è stata dettata, e cioè per la transazione fiscale, non si può sostenere l'intangibilità del credito IVA in qualsiasi procedura di concordato preventivo. Peraltro, l'adesione ad un' interpretazione "estensiva" della norma equivarrebbe a precludere al debitore l'accesso alla procedura concordataria ogni qual volta questi non avesse nel suo patrimonio risorse sufficienti a pagare integralmente l'IVA. (Tribunale Perugia, 16 luglio 2012, in www.ilcaso.it)

Non è condivisibile l'opinione secondo la quale la regola della intangibilità dell'Iva, espressamente prevista per la proposta di concordato con transazione fiscale, sarebbe applicabile anche nel caso in cui la transazione fiscale non sia stata attivata. Tale interpretazione, porterebbe alla creazione di una norma sulla collocazione del credito destinata ad operare non solo nell'ambito del concordato preventivo ma anche nelle procedure esecutive individuali e comporterebbe, altresì, lo stravolgimento del fondamentale principio della inalterabilità dell'ordine delle cause di prelazione. (Tribunale Varese, 30 giugno 2012, in www.ilcaso.it)

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

In tema di omologazione del concordato preventivo con transazione fiscale, secondo all'art. 182 ter l. f., 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 tale tributo costituiscono risorse proprie dell'Unione europea e, quindi, il relativo credito non può essere oggetto di accordo per un pagamento parziale neppure ai sensi dell'art. 182 ter l.f. nella versione introdotta dal d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5. (Cass., Sez. V., 16 maggio 2012, n. 7667)

In tema di omologazione del concordato preventivo, con transazione fiscale, secondo l'istituto di cui all'art. 182 ter l. f., anche per le procedure cui non sia applicabile RATIONE TEMPORIS l'art. 32 del d. l. 29 novembre 2008, n. 185 (conv. nella l. 28 gennaio 2009, n. 2), che ha modificato il 1° comma dell'art. 182 TER l. f., prevedendo che la proposta, quanto all'iva, può configurare solo la dilazione del pagamento, sussiste l'intangibilità del predetto debito d'imposta, in quanto la disposizione, che esclude la falcidia concordataria sul capitale dell'iva, ha natura eccezionale e attribuisce al credito un trattamento peculiare ed inderogabile; ne consegue che la sua portata sostanziale si applica ad ogni forma di concordato, ancorché proposto senza ricorrere all'istituto della transazione fiscale, attenendo allo statuto concorsuale del credito iva.(Cass., Sez. I, 4 novembre 2011, n. 22931)

In tema di omologazione del concordato preventivo, proposto con transazione fiscale ai sensi dell'art. 182 ter. l. f., il fisco, che esprima, nell'adunanza dei creditori, un voto contrario alla proposta di concordato, ben può in data successiva, ma anteriore al giudizio di omologazione, manifestare la propria adesione alla transazione fiscale stessa (Cass., Sez. I, 19 ottobre 2011, n. 21659)

Il mancato assenso alla transazione fiscale da parte dell'ente preposto non impedisce l'omologa del concordato preventivo, posto che nell'ambito del concordato la transazione in questione è un'opzione meramente facoltativa per il debitore, così che il

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

piano concordatario potrebbe imporre la falcidia dei crediti tributari anche in assenza dell'accesso al procedimento di cui all'art. 182 ter, l. f. Il mancato voto (o il voto contrario) dell'amministrazione finanziaria non condiziona quindi l'approvazione del concordato qualora vengano raggiunte le maggioranze previste dall'art. 177, l. f., fermo restando che l'amministrazione finanziaria non potrà mai ritenersi vincolata al contenuto di una transazione che non abbia assentito.(Tribunale Ravenna, 21 gennaio 2011, in www.ilcaso.it)

Qualora la proposta di concordato preventivo riguardi anche crediti (e relativi accessori) relativi a tributi amministrati dalle agenzie fiscali o a contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie, per tali crediti dovranno trovare applicazione anche le disposizioni contenute nell'art. 182 ter, l.f., nonché, per quanto riguarda i crediti contributivi, quelle di cui al D.M., 4 agosto 2009; ne consegue che la transazione fiscale deve essere considerata parte integrante ed indefettibile, a pena di inammissibilità, della proposta di concordato.

Mentre sono legittime, perché consentite dall'art. 182 ter, l.f. le clausole della proposta di concordato che prevedono la riduzione o la rateazione dei crediti tributari e previdenziali a prescindere dalla quantificazione della soddisfazione realizzabile sul ricavato in caso di liquidazione sulla base di relazione giurata (art. 160, comma 2, legge fallimentare), sono, invece, da reputarsi illegittime e tali da comportare l'inammissibilità della proposta, quelle clausole che prevedano una dilazione di pagamento degli altri creditori privilegiati posto che i creditori muniti di cause legittime di prelazione hanno sempre diritto al pagamento immediato.(Tribunale Roma, 20 aprile 2010, in www.ilcaso.it)

L'istituto della transazione fiscale ricalca i connotati tipici della proposta concordataria, trovando per contro, nell'art. 182 ter l.f., una minuziosa ed assorbente disciplina procedurale.

Né dall'art. 160 l.f. né dall'art.182 ter l.f. si desume la volontà legislativa di porre il principio di indisponibilità della pretesa tributaria, non soltanto a fondamento di una deroga della parità di trattamento dei, ma nemmeno alla base del momento prettamente satisfattivo e della riscossione.

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

Se è vero che non mancano tributi (in quanto costituenti risorse proprie dell'Unione Europea: imposte doganali ed Iva) per i quali è la legge stessa a stabilire espressamente la necessità di pagamento integrale, e per i quali è fatta salva unicamente la possibilità di proporre una transazione dilatoria (v. art. 182 ter l.f., come modificato dall'art. 32 comma V del d. l. 185/08, convertito con la legge 2/09), altrettanto evidente è che tale argomento finisce con il provare 'contro' la tesi dell'effetto condizionante della transazione fiscale (intesa quale istituto 'autonomo' e non 'subprocedimentale') (App. Torino, 13 aprile 2010, in www.ilcaso.it)

La transazione fiscale prevista dall'art.182 ter l.f., legge fallimentare non è un procedimento obbligatorio, nel senso che l'imprenditore può formulare una proposta di concordato preventivo che preveda il pagamento integrale ovvero la falcidia dei crediti tributari, anche senza seguire l'iter descritto dall'art. 182 ter l.f. (App. Firenze, 13 aprile 2010, in www.ilcaso.it)

La transazione fiscale non è un procedimento cui si debba necessariamente ricorrere per la presentazione di una proposta di concordato preventivo che comprenda crediti fiscali, bensì una procedura a carattere facoltativo.(App. Genova, 19 dicembre 2009, in www.ilcaso.it)

L'art. 182 ter l.f. legge fallimentare fissa le regole imperative del trattamento dei crediti fiscali, previdenziali ed assistenziali negli accordi di ristrutturazione dei debiti e nei concordati, stabilendo le condizioni che possono essere offerte per detti crediti. La transazione fiscale si pone come momento procedurale costitutivo della più ampia procedura di concordato.

Il primo comma dell'art. 182 ter l.f., in tema di condizioni dell'offerta concordataria, stabilisce i limiti di autonomia negoziale con riguardo al trattamento del credito fiscale, previdenziale e assistenziale, limiti che concernono sia l'offerta concordataria, sia lo spazio determinativo della p.a..

La regola contenuta nell'art. 182 ter l.f. che impone il pagamento integrale del credito IVA ha natura eccezionale, per cui la sua applicazione non comporta

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

necessariamente che la proposta di concordato preveda il pagamento integrale di tutti gli altri crediti assistiti da privilegio potiore. E' quindi manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 182 ter l.f. concernente la disciplina del credito IVA, sollevata in relazione agli artt. 3 e 97 cost.(Tribunale Roma, 16 dicembre 2009, in www.ilcaso.it)

La proposta di concordato preventivo può prevedere la falcidia dei crediti tributari anche nel caso in cui il proponente non percorra l'iter previsto dall'art. 182 ter l. f. e dunque non persegua gli effetti del consolidamento del debito fiscale e della cessazione del contenzioso (Tribunale La Spezia, 2 luglio 2009, in www.ilcaso.it)

L'istituto della transazione fiscale di cui all'art. 182 ter l.f. non si configura come un accordo transattivo distinto ed autonomo rispetto al concordato preventivo, tale da conferire all'erario un potere di veto sulla proposta. La norma in questione si limita infatti a prevedere esclusivamente una disciplina procedurale per consentire l'espressione del proprio voto agli uffici fiscali, i quali, al pari degli altri creditori, sono soggetti e vincolati all'esito delle votazioni ed all'eventuale omologazione del concordato.(Tribunale Roma, 27 gennaio 2009, in www.ilcaso.it)

Nel concordato preventivo con transazione fiscale è ammissibile il pagamento percentuale dei crediti tributari privilegiati purché vengano rispettate le regole dettate in generale per il trattamento di tutti i crediti prelatizi ed il pagamento, benché in percentuale, non sia inferiore alla soglia minima di soddisfazione costituita dal valore di liquidazione risultante dalla stima di un esperto e non alteri l'ordine legale delle cause di prelazione. E ciò anche nel caso di crediti tributari privilegiati.

La transazione fiscale inserita in un piano di concordato preventivo è priva di autonoma rilevanza e la sorte dei crediti tributari privilegiati resta legata alla volontà della maggioranza dei creditori e prescinde dall'adesione dell'amministrazione finanziaria. (Tribunale Pescara, 2 dicembre 2008, in www.ilcaso.it)

La transazione fiscale costituisce una fase del concordato preventivo e l'accordo di identifica con lo stesso concordato; ne consegue che l'Agenzia delle entrate ed il

DIRITTO FALLIMENTARE

LA TRANSAZIONE FISCALE

concessionario resteranno soggetti all'esito della votazione concordataria.

L'imposta sul valore aggiunto può essere oggetto di transazione fiscale in quanto la cd. Iva comunitaria non viene calcolata sull'Imposta riscossa in ambito nazionale, di modo che la rinuncia alla riscossione di parte di essa si configura quale rinuncia propria dello Stato e non incide sul sistema di finanziamento comunitario. (Tribunale Pavia, 6 ottobre 2008, in www.ilcaso.it)

*Al fine di valutare l'ammissibilità della transazione fiscale di cui all'art. 182 ter l.f., occorre tenere presente che il rispetto del grado del privilegio è **questione** diversa dal rispetto dell'ordine dei privilegi di cui agli artt. 2777 e 2778 c.c., con la conseguenza che i creditori che hanno privilegio generale sui beni mobili devono essere considerati di pari grado. Sarà quindi inammissibile la transazione fiscale che preveda per i crediti dell'erario con privilegio generale sui beni mobili un trattamento deteriore rispetto ai crediti di cui all'art. 2751 bis c.c..*

*Non possono formare oggetto di transazione fiscale le somme dovute all'erario a titoli **di** IVA in quanto tale tributo costituisce risorsa **propria** dell'Unione Europea.*

Dopo la modifica apportata all'art. 160 dal d. lgs. n. 169/2007, non possono sussistere dubbi sul fatto che la possibilità di pagamento parziale dei creditori privilegiati è limitata ai soli creditori muniti di pegno o ipoteca. (Tribunale Piacenza, 1° luglio 2008, in www.ilcaso.it)

STRUMENTO FINANZIARIO PARTECIPATIVO COME TITOLO RAPPRESENTATIVO

L'associazione, in termini giuridici, dello strumento finanziario di partecipazione e al titolo di credito nominativo e la conseguente indagine circa la sussumibilità di tale forma di cartolarizzazione all'interno del perimetro della disciplina positiva consente di sottoporre ad attenta riflessione la pretesa duttilità dello strumento de quo alle esigenze di mobilitazione del credito.

di **DARIOS CARPA**

1. Lo strumento finanziario di partecipazione come titolo di credito rappresentativo emettabile dall'ente societario e i diritti connessi al suo possesso.

Lo studio della nominatività cartolare, a livello societario, porta a trattare l'istituto degli strumenti finanziari partecipativi i quali rappresentano titoli di partecipazione alla vita economica e finanziaria della società per azioni oltre che strumenti che manifestano, in modo assoluto, la tensione normativa verso la massima applicazione dell'autonomia statutaria nell'ambito del tipo delle s.p.a.¹.

Valga porre in risalto, in prima battuta nello studio dello strumento di partecipazione, il dato normativo che indica come resta salva la possibilità che la società, a seguito dell'apporto da parte dei soci o di terzi anche di opera, o servizi, emetta strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi, escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti. In tal caso, lo statuto ne disciplina le modalità e condizioni di emissione, i diritti che conferiscono, le sanzioni in caso di inadempimento delle prestazioni e, se ammessa, la legge di circolazione.

A ben riflettere sulla *ratio* che sottende la volontà legislativa a introdurre forme di cartolarizzazione nominative del credito con diritti particolari, amministrative e patrimoniali connessi, si evince che, sempre perseguendo l'obiettivo politico di ampliare la possibilità di acquisizione di elementi utili per il proficuo svolgimento dell'attività sociale ma con soluzione necessariamente coerente con i vincoli posti dalla seconda

¹ Come noto, infatti, l'autonomia privata, a seguito della Riforma, caratterizza, in particolare modo, le nuove società a responsabilità limitata. In tal senso, cfr. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, sub artt. 2475-2483, tomo II, in *Codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2010, p. 932 e ss.

STUDI E OPINIONI

STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI

direttiva comunitaria che imperativamente vieta il conferimento di opere e servizi, si è espressamente ammessa la possibilità che in tal caso, fermo rimanendo il divieto di loro imputazione a capitale, siano emessi strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o partecipativi: così nell'ultimo comma dell'art. 2346 c.c.².

L'associazione, in termini giuridici, dello strumento finanziario di partecipazione al titolo di credito nominativo e la conseguente indagine circa la sussumibilità di tale forma di cartolarizzazione all'interno del perimetro della disciplina positiva consente di sottoporre ad attenta riflessione la pretesa duttilità dello strumento *de quo* alle esigenze di mobilitazione del credito, in quanto utilizzabile al fine di sviluppare i canali di finanziamento delle società per azioni (*rectius*, secondo una visione finanziariamente orientata, s.p.a. aperte al mercato del capitale di rischio) ovvero al fine di giungere a soluzioni concordate della crisi in cui l'ente societario si trova³: la derivazione ermeneutica relativa è quella di una assoluta carenza della disciplina in materia, segnatamente delle non esaustive previsioni analitiche che impongono una operazione di ricostruzione del titolo e dei diritti in esso incorporati⁴.

² Si veda ENRIQUES, *Capitale sociale, informazione contabile e sistema del netto: una risposta a Francesco Denozza*, in *Giur. comm.*, 2005, 607; MACRÌ, *Ancora sul diritto di informazione dei soci e sulla chiarezza del bilancio*, in *Giur. comm.*, II, 2006, 192; SALODINI, *Obblighi informativi degli intermediari finanziari e risarcimento del danno. La Cassazione e l'interpretazione evolutiva della responsabilità precontrattuale*, in *Giur. comm.*, II, 2006, 632; DENOZZA, *La nozione di informazione privilegiata tra "Shareholder Value" e "Socially Responsible Investing"*, in *Giur. comm.*, 2005, 585.

³ Per una interessante panoramica dell'uso degli strumenti finanziari, soprattutto nell'ambito della soluzione delle crisi d'impresa, cfr. BUSANI e SAGLIOCCA, *"Gli strumenti finanziari partecipativi nelle operazioni di restructuring"*, in *Le Società*, 8/2011, 925 e ss.; Conf., inoltre, F. MARTORANO, *Titoli di credito. Titoli non materializzati*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 2002, 10 e ss..

⁴ Sul tema degli strumenti finanziari, come introdotti a seguito della Riforma societaria, si vedano, oltre a quelli che saranno ulteriormente citati nel corso del presente lavoro, CORSI, *La nuova s.p.a.: gli strumenti finanziari*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 414 e ss.; LAMANDINI, *Autonomia negoziale e vincoli di sistema nell'emissione di strumenti finanziari*, in *Il nuovo diritto societario*, Torino, 2005; p. 519 e ss.; NOTARI, *Azioni e strumenti finanziari: confini della fattispecie e profili di disciplina*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2003, I, 542 e ss.; PISANI MASSAMORMILE, *Azioni ed altri strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1268 e ss.; SPOLIDORO, *Conferimenti e strumenti partecipativi nella riforma delle società di capitali*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2003, I, p. 205; MAGLIULO, *Le categorie di azioni e strumenti finanziari nella nuova s.p.a.*, Milano, 2004, p. 27 e ss.; SANDULLI E SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003, sub artt. 2346 e 2351; COTTINO ED ALTRI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, sub artt. 2346 e 2351; NICCOLINI e STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Napoli, 2004, sub artt. 2346 e 2351; MIOLA, *I conferimenti in natura*, in

STUDI E OPINIONI

STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI

Lo studio dello strumento partecipativo nell'ottica individuativa della natura cartolare e nominativa del titolo muove da una attenta ricerca esegetica, sotto il profilo societaristico, del termine partecipazione in funzione dei connessi limiti tipologici della categoria giuridica in esame: attesa l'attribuzione del *nomen* e la distinzione delle classi di strumenti finanziari emettibili dalle società per azioni (*i.e.*, partecipativi e non partecipativi)⁵, lo strumento finanziario e la relativa emissione cartolare del titolo nominativo consente ai relativi titolari una partecipazione alla vita sociale, sotto il profilo amministrativo o patrimoniale⁶.

Trattato delle società per azioni, 1***, diretto da Colombo e Portale, Torino, 2004, p. 259 ss.; FERRI JR., *Fattispecie societaria e strumenti finanziari*, in MONTAGNANI (a cura di), *Profili patrimoniali e finanziari della riforma*, Milano, 2004, p. 67 ss.; ASSOCIAZIONE PREITE, *Il diritto delle società*, Bologna, 2004, p. 127 ss.; GIANNELLI, in AA. VV., *Diritto delle società*, Milano, 2004, p. 168 ss.; SPOLIDORO, *Conferimenti e strumenti partecipativi nella riforma delle società di capitali*, in M. RESCIGNO e SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, Milano, 2004, p. 32 ss.; TOMBARI, *La nuova struttura finanziaria della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1093 ss.; ID., *Commento agli artt. 2346 e 2351*, in *Commentario Codice civile*, a cura di ALPA e MARICONDA, Milano, 2007.

⁵ Sul punto, NOTARI e GIANNELLI, *Commento al comma 6 dell'art. 2346*, in Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2008, 82. Altri Autori, viceversa, tendono a distinguere tra "azioni" e tutti gli altri "strumenti finanziari" emessi da una s.p.a., ricomprendendo indistintamente questi ultimi nella categoria delle "obbligazioni", la quale avrebbe un perimetro tale da abbracciare sia le obbligazioni in senso stretto che gli strumenti finanziari di cui agli artt. 2346, comma sesto, c.c., 2349, comma secondo, c.c. e 2447ter c.c. (in tal senso, SPADA, *Azioni e strumenti finanziari*, in *Studi e Materiali del Consiglio Nazionale del Notariato*, 2004, suppl. 2. 226 ss.; LIBONATI, *I "nuovi" strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. dir. Comm.*, 2007, I, 8 ss. Conf., inoltre, F. MARTORANO, *Titoli di credito. Titoli non materializzati*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 2002, 10 e ss..

⁶ MONTALENTI, *Conflitto di interessi e funzioni di controllo: collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, revisori*, in *Giur. comm.*, 2007, 555; OLIVIERI, *I controlli "interni" nelle società quotate dopo la legge sulla tutela del risparmio*, in *Giur. comm.*, 2007, 409; MICIELI, *La solidarietà dei sindaci nella responsabilità degli amministratori*, II, in *Giur. comm.*, 2007, 417; RORDORF, *Il nuovo sistema dei controlli sindacali nelle società per azioni quotate*, in *Foro it.*, 1999, V, 238. Risulta interessante la lettura di IRRERA, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari nella legge sul risparmio e nel decreto correttivo*, in *Giur. comm.*, 2007, 484; MONTALENTI, *Corporate governance, consiglio di amministrazione, sistemi di controllo interno: spunti per una riflessione*, in *Riv. soc.*, 2002, IV, 821 e ID., *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, 422. Cfr. ROSSI, *Le regole di "corporate governance" sono in grado di incidere sul comportamento degli amministratori?*, in *Riv. soc.*, 1/2001, 6.

STUDI E OPINIONI

STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI

Gli strumenti non partecipativi trovano disciplina nel disposto di cui all'art. 2411, comma terzo, c.c. che, come noto, prende in considerazione gli strumenti finanziari, comunque denominati, che condizionano i tempi e l'entità del rimborso del capitale all'andamento economico della società, tutti, di primo acchito, sembrerebbero caratterizzati dall'assenza di diritti partecipativi⁷.

A ben ricercare la natura dello strumento finanziario e la relativa disciplina dei diritti cartolari in esso incorporati, a dispetto del *discrimen* tra strumento partecipativo e non partecipativo, la tipologia nominativa dello strumento finanziario prevede un obbligo di restituzione a carico della società emittente a fronte degli apporti eseguiti per la titolarizzazione nominativa dello strumento finanziario.

Gli strumenti quasi obbligazionari - caratterizzati da un diritto al rimborso dell'apporto eseguito dal sottoscrittore e subordinato all'andamento economico della società e, in ogni caso, soggetti alla disciplina prevista in materia di obbligazioni - rappresentano degli ibridi partecipativi, emessi anche a fronte dell'attribuzione di diritti patrimoniali, oltre a quelli amministrativi. Tali titoli trovano nella disciplina cartolare un idoneo mezzo di circolazione del credito attraverso l'applicazione della relativa disciplina di trasferimento del titolo azionario.

Lo studio della strumentazione finanziaria in funzione della cartolarizzazione del titolo partecipativo e della connessa legittimazione del titolare all'esercizio dei diritti amministrativi e patrimoniali incorporati nel titolo porta a leggere la disciplina positiva, gli artt. 2346, ultimo comma, c.c. e 2349, comma secondo, c.c., contenuti nella Sezione V (del Capo V del Titolo V del Libro V), come, *de plano*, rivolti a disciplinare gli strumenti finanziari partecipativi e la relativa positivizzazione risulta, pertanto, trovare applicazione per estensione nella normativa della cartolarità azionaria e della cartolarità obbligazionaria, a seconda della concreta strumentazione partecipativa o meno del titolo emesso dall'ente societario⁸.

⁷ Sul punto, amplius LUONI, *Obbligazioni, strumenti finanziari, titoli di debito nelle società di capitali*, Bologna, 2010, 330 e s. Conf., inoltre, F. MARTORANO, *Titoli di credito. Titoli non materializzati*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 2002, 10 e ss.

⁸ Cfr., SPADA, *Introduzione al diritto dei titoli di credito*, Torino, 1994, p. 20 ss.; PARTESOTTI, "Diritto alla girata cambiaria" ed esecuzione forzata in forma specifica, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, p. 456; ASCARELLI, *Problemi in tema di titoli obbligazionari*, in *Banca, borsa*, 1951, I, p. 42 ss.; ASCARELLI, *Sul concetto del titolo di credito e sulla disciplina del Titolo V Libro IV del nostro Codice*, in *Banca, borsa*, 1954, I, p. 381 ss.; ASCARELLI, *Il problema preliminare dei titoli di credito, e la logica giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, pp. 305-06; ASCARELLI, *Ancora sul concetto di titolo di credito e sulla distinzione tra tipologia della realtà e normativa*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 474 ss.; ASCARELLI, *Tipologia della realtà, disciplina normativa e titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, I, p. 386 e ss; PAVONE LA ROSA, *Il titolo causale e la polizza di carico*, in *Studi sulla polizza di carico*, Milano, 1958, p. 316 ss.; DE FARRA, *Sulla c.d.*

STUDI E OPINIONI

STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI

Si rifletta: elemento discriminante la qualificazione dello strumento finanziario come titolo di credito è la partecipazione, *rectius*, volendo essere maggiormente analitici, partecipazione al rischio di impresa degli strumentari e la possibilità di questi ultimi all'esercizio, come legittimati attivi, dei diritti sociali connessi al possesso del titolo. D'altronde, al fine chiarire la legittimazione di cui in precedenza, valga evidenziare che al fine di ampliare la possibilità di acquisizione di elementi utili per il proficuo svolgimento dell'attività sociale, ma con soluzione necessariamente coerente con i vincoli posti dalla seconda direttiva comunitaria che imperativamente vieta il conferimento di opere e servizi, si è espressamente ammessa la possibilità che in tal caso, fermo rimanendo il divieto di loro imputazione a capitale, siano emessi strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o partecipativi⁹.

La teorica in chiave di cartolarità dello strumento di finanziamento evidenzia che gli stessi siano da intendersi partecipativi in quanto partecipano al rischio d'impresa, pur senza imputazione a capitale dei conferimenti eseguiti a fronte della loro emissione; a ben riflettere con rigore di sistema, si tratta di titoli emessi a fronte di attribuzione definitive (*rectius*, in conto patrimonio), ed ai quali sono connessi determinati diritti patrimoniali e anche amministrativi.

La nominatività del titolo cartaceo dello strumento finanziario porta a considerare, a ragione, come gli strumentari finanziari (i titolari del documento) possano esercitare i diritti incorporati nel titolo medesimo; a tal fine, purtuttavia, vale evidenziare come la natura e la tipologia dei diritti connessi allo strumento non risultano essere facilmente individuabili, attesa, tra l'altro, la prassi societaria di non indicare sul documento la tipologia dei diritti incorporati. Di certo, in prima analisi del dettato

originarietà dell'acquisto del diritto cartolare, in *Banca, borsa*, 1961, I, p. 548 ss.; PELLIZZI, *Il nuovo concettualismo (Replica ad una critica in tema di fattispecie del titolo di credito)*, in *Giur. comm.*, 1978, I, p. 851 ss..

⁹ In tema MOSCO, *Nuovi modelli di amministrazione e controllo e ruolo dell'assemblea*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di Benazzo, Patriarca, Presti, Milano, 2003, 124. Vedi anche LIBONATI, *Notarelle a margine dei nuovi sistemi di amministrazione della società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2008, 289; BREIDA, *sub art. 2409-novies*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, **, 2004, 1122; ASSOCIAZIONEDISIANOPREITE, *Il diritto delle società*², a cura di Olivieri, Presti, Vella, Bologna, 2006, 166 e 204; NAZZICONE, PROVIDENTI, *sub art. 2409-novies*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, 2003, 357; WEIGMANN, *Consiglio di gestione e consiglio di sorveglianza: le prime applicazioni del modello dualistico*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2007, 261 s. Vedi anche SCHIUMA, *Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa Portale, 2, Torino, 2006, 699 ss.; quanto al consiglio di gestione e *Vorstand*, cfr., anche, RONDINELLI, *Il sistema dualistico in Germania e in Italia: il consiglio di gestione*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1520 ss..

normativo, i titolari di strumenti finanziari partecipativi vantano il diritto alla restituzione delle utilità apportate alla società a fronte dell'assegnazione di tali strumenti e ciò in quanto, appunto, questi strumenti partecipano al capitale di rischio, similmente alle azioni.

2. Esercibilità dei diritti e letteralità del titolo: distanza giuridica rispetto al titolo obbligazionario e analisi della estensione partecipativa dello strumentario finanziario.

Sulla scia delle acquisizioni ermeneutiche raggiunte, pare possa avere rilievo il fatto che la norma (*i.e.*, art. 2346, comma sesto, c.c.) stabilisca che l'apporto, a fronte del quale viene emesso lo strumento finanziario partecipativo, possa essere rappresentato dalla prestazione di opere e servizi. Presente la possibilità di apportare beni ulteriori rispetto alle opere ed ai servizi, devono considerarsi ammissibili anche apporti sotto forma di finanziamento, con conseguente obbligo di restituzione a favore del sottoscrittore. Di guisa, la presenza della letteralità dello strumento finanziario nel suo elemento partecipativo può essere individuato sia nel fatto che il sottoscrittore partecipi al rischio d'impresa (in quanto potrebbe anche non parteciparvi, imponendo alla società il diritto al rimborso di quanto apportato) sia nella presenza, o meno, di diritti patrimoniali e partecipativi ad essi connessi¹⁰.

La disciplina positiva vede come gli strumenti finanziari, intesi come *genus* diverso dalle azioni e dalle obbligazioni, debbano necessariamente essere dotati di diritti patrimoniali (e amministrativi) idonei ad attribuire ai relativi titolari un potere, genericamente definito, di *voice* all'interno della società per azioni, scriminando con la presenza di tale elemento la individuazione del criterio tipologico in forza del quale distinguere tra strumenti finanziari partecipativi e strumenti finanziari non partecipativi. Infatti, in assenza di tali diritti, gli strumenti finanziari non partecipativi finirebbero per sovrapporsi e confondersi con le obbligazioni¹¹.

Il sistema della nominatività, anche dello strumento finanziario di cui all'art. 2346 c.c. all'interno delle società per azioni, vuole che tali titoli siano dotati di diversi diritti patrimoniali e amministrativi, tale dotazione di esercizio di diritti sociali deve essere interpretato in combinato disposto con l'ipotesi di emissione sia di strumenti

¹⁰ GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Tratt. Dir. civ. comm.*, già diretto da CICU, MESSINEO, MENGONI, continuato da SCHLESINGER, Milano, 2004, p. 150 e ss.. Conf., inoltre, F. MARTORANO, *Titoli di credito. Titoli non materializzati*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 2002, 710 e ss..

¹¹ In tal senso, va ricordato quanto previsto dal Legislatore delegante in materia di strumenti finanziari (cfr. art. 4, comma sesto, lett. c): *prevedere, al fine di agevolare il ricorso al mercato dei capitali e salve in ogni caso le riserve di attività previste dalle leggi vigenti, la possibilità, i limiti e le condizioni di emissione di strumenti finanziari non partecipativi e partecipativi dotati di diversi diritti patrimoniali e amministrativi.*

STUDI E OPINIONI

STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI

finanziari non partecipativi che di strumenti finanziari partecipativi; la nominatività consente, pertanto, di individuare il soggetto che ha la possibilità di esercitare i diritti patrimoniali e amministrativi connessi. Da ciò discende, a modo di corollario giuridico, che l'elemento partecipativo debba essere riferito al coinvolgimento, o meno, dei relativi titolari di detti strumenti al rischio di impresa e non, appunto, all'attribuzione di diritti patrimoniale e amministrativi (che rappresenterebbe, viceversa, il tratto comune ad entrambe le due categorie di strumenti finanziari).

Gli strumenti finanziari partecipativi¹², secondo una interpretazione sistematica, conducono a ritenere che gli apporti, sia di opere e servizi che di altra natura, in ogni caso, debbano essere intesi come eseguiti a titolo definitivo, rappresentando tale elemento il tratto caratterizzante degli strumenti finanziari partecipativi, appunto, idoneo a distinguerli da quelli non partecipativi¹³.

Gli strumenti finanziari non partecipativi, disciplinati dalla normativa obbligazionaria di cui all'art. 2411, comma terzo, c.c., viceversa, attribuiscono ai relativi titolari, oltre ad un diritto di *voice* nella vita assembleare della società¹⁴, il diritto alla restituzione degli apporti eseguiti in capo ai relativi sottoscrittori. La disciplina di tali ultimi strumenti si rinviene, positivamente, nella previsione di cui all'art. 2411, comma terzo, c.c., nella disciplina propria delle obbligazioni, nella delibera CICR 19 luglio 2005, n. 1058 e, infine, sulla base di quanto desumibile dalla legge delega e dalle Relazione ministeriale.

La disamina, in chiave cartolare dello strumento finanziario in funzione della corretta disciplina applicabile e dei connessi diritti esercitabili sulla base del possesso qualificato del titolo partecipativo, vuole, ora, porre in luce come, per quanto concerne l'art. 2411, comma terzo, c.c., tale prescrizione prevede che la disciplina in materia di

¹² A ben riflettere in termini di circolazione del credito e dei diritti incorporati in titolo nominativi, ciò comporta, tra l'altro, che possa essere ammessa una qualche forma di equiparazione tra gli strumenti finanziari partecipativi e i cc.dd. *GenuBrecht*, di origine tedesca, che si sostanziano in un finanziamento a vantaggio della società, a fronte del quale possono essere previsti vari diritti di natura patrimoniale, generalmente riconosciuti ai soci e che, generalmente, non prevedono l'obbligo di restituzione a carico della società finanziata, sul punto, per un approfondimento, cfr. MIOLA, in *I conferimenti in natura, Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, p. 260. Conf., inoltre, F. MARTORANO, *Titoli di credito. Titoli non dmaterializzati*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 2002, 60 e ss..

¹³ Peraltro, anche aderendo a tali conclusioni, gli strumenti finanziari partecipativi presenterebbero delle caratteristiche tali da distinguerli nettamente dalle azioni. Infatti, sebbene in entrambe le ipotesi si sia in presenza di apporti/conferimenti a titolo definitivo, ciononostante il contenuto degli strumenti finanziari partecipativi – sul piano dei diritti sociali attribuibili – potrebbe essere modulato del tutto liberamente dall'autonomia statutaria.

¹⁴ Pena l'assimilazione con i titoli obbligazionari.

STUDI E OPINIONI

STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI

obbligazioni si applica inoltre agli strumenti finanziari, comunque denominati, che condizionano i tempi e l'entità del rimborso del capitale all'andamento economico della società. Va da sé che si deve ritenere come tale norma sia senz'altro da applicarsi anche all'ipotesi di strumenti finanziari che stabiliscano un diritto al rimborso puro e semplice a favore dei relativi titolari.

Si rifletta: atteso che, infatti, per ragioni di congruità e coerenza sistematica, il dettato normativo consente la sussumibilità dell'istituto degli strumenti finanziari allo statuto delle obbligazioni il cui rimborso sia, variamente, limitato, *a fortiori*, l'esegesi corretta deve ammettere l'applicazione, in via analogica, anche agli strumenti finanziari con diritto al rimborso incondizionato, anche al fine di non incorrere in aporie interpretative non superabili¹⁵, come quella rappresentata dalla possibilità di emissione di strumenti finanziari non partecipativi che attribuiscono ai relativi titolari un diritto al rimborso non condizionato dall'andamento economico della società emittente, di cui all'art. 2411, comma terzo, c.c., e, pertanto, non soggetti ad alcuni limite quantitativo di emissione¹⁶.

¹⁵ Sul ricorso all'argomento *ab absurdo*, si veda MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir., proc. civ.*, 1994, 1 e ss.

¹⁶ In giurisprudenza il principio risulta consolidato: Cass. 7 novembre 2008 n. 26842, in *Giust. civ. mass.* 2008, 1594; Cass. 30 maggio 2008 n. 14554, in *Giust. civ. Mass.*, 2008; Cass. 30 maggio 2008 n. 14554, in *Riv. not.*, 2009, 1242 e ss., in *Guida al dir.*, 2008, 84, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 847, in *Dir. e prat. soc.* 2008, 70, in *Riv. dott. comm.* 2009, 355, in *Foro it.*, 1, 204; Cass. 9 maggio 2008 n. 11554, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 591, in *Giur. comm.*, 2009, 924; Cass. 23 maggio 2006 n. 12125, in *Giur. it.*, 2007, 644; Cass. 20 gennaio 2006 n. 1131, in *Guida al dir.*, 2006, 58; Cass. 27 luglio 2005 n. 15721, in *Foro it.*, 2006, 1850; Cass. 5 novembre 2004 n. 21232, in *Soc.*, 2005, 338; Cass. 21 giugno 2004 n. 11491, in *Giust. Civ. mass.*, 2004, in *Dir. prat. Soc.* 2004, 62; Cass. 26 settembre 2003 n. 14338, in *Vita not.*, 2004, 341; Cass. 11 giugno 2003 n. 9364, in *Soc.*, 2003, 1354; Cass. 16 aprile 2003 n. 6016, in *Giur. comm.*, 2004, II, 384; Cass. 15 febbraio 2002 n. 2229, in *Dir. fall.*, 2002, II, 812 e ss.; Cass. 22 ottobre 2001 n. 12871, in *Giust. civ. Mass.* 2002, 351; Cass. 14 febbraio 2001 n. 2095, in *Fall.*, 2001, 1230; Cass. 10 gennaio 2001 n. 267, in *Giust. civ. mass.* 2001, 58, in *Rass. trib.* 2001, 496, in *Arch. civ.*, 2001, 439, in *Dir. e prat. soc.*, 2001, 93; Cass. 26 novembre 1998, n. 12012, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2465; Cass. 17 gennaio 1998 n. 366, in *Giur. it.*, 1998, 748; Cass. 14 agosto 1997 n. 7623, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1429, in *Soc.*, 1998, 33, in *Giur. it.*, 1998, 1188, in *Giust. civ.*, 1998, I, 85; Cass. 20 giugno 1997 n. 5542, in *Giust. civ. mass.*, 1997, 1025; Cass. 29 gennaio 1997 n. 918, in *Giust. civ. Mass.* 1997, 154; Cass. 9 aprile 1996 n. 3264, in *Giust. civ. mass.* 1996, 521; Cass. 28 marzo 1996 n. 2850, in *Giur. comm.*, 1998, 348, in *Foro it.*, 1997, I, 235, in *Soc.*, 1996, 1397 e ss.; Cass. 26 marzo 1996 n. 2668, in *Giust. civ. mass.*, 1996, 428, in *Corr. trib.* 1996, 2333; Cass. 20 dicembre 1995 n. 13019, in *Soc.*, 1996, 519. Nella giurisprudenza di merito si veda Trib. Milano 18 gennaio 2007, in *Giur. it.*, 2007, 1694; Trib. Napoli 6 giugno 2006, in *Foro it.*, 2007, 628; Trib. Agrigento 29 dicembre 2005, in *Vita not.*, 2006, 315; Trib. Reggio Emilia 2 dicembre 2005, in *Soc.*, 2006, 1257; Trib. Brescia 8 marzo 2005, in *Soc.*, 2005, 1254,

STUDI E OPINIONI

STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI

La literalità dei diritti inclusi nel documento di strumento di partecipazione finanziaria determina che tali strumenti¹⁷, *rectius*, tutti gli strumenti finanziari con obbligo di restituzione a carico della società emittente, genericamente intesi come strumenti finanziari non partecipativi, saranno soggetti al limite quantitativo di emissione previsto in materia di obbligazioni. I titolari di tali strumenti finanziari non partecipativi possono avere riconosciuti diritti patrimoniali e amministrativi. E' chiaro, infatti, che allorquando non siano previsti diritti particolari ed ulteriori rispetto a quanto consentito in materia di obbligazioni, la relativa fattispecie dovrà essere ricondotta al prestito obbligazionario, indipendente da come sia stato qualificato dalla società emittente, con applicazione diretta ed esclusiva della disciplina prevista in materia di obbligazioni¹⁸.

in *Giur. comm.*, 2006, 328; Trib. Napoli 10 febbraio 2005, in *Giur. merito*, 2005, 2641, in *Giur. comm.* 2007, 459; Trib. Roma 30 novembre 2004, in *Giur. merito*, 2005, 2642; Trib. Terni, 15 novembre 2004, in *Giur. comm.* 2006, II, 168 e ss.; Trib. Macerata 11 novembre 2004, in *Soc.*, 2005, 1265; Trib. Bologna 21 ottobre 2004, in *Giur. merito*, 2005, 2642, in *Vita not.*, 2005, 308, in *Soc.*, 2005, 357; Trib. Milano 14 ottobre 2004, in *Giur. it.*, 2005, I, 535; Trib. Verona 20 luglio 2004, in *Giur. merito*, 2005, 2642, in *Vita not.*, 2005, 308; Trib. Lecce 16 luglio 2004, in *Soc.*, 2005, 358; Trib. Roma 6 luglio 2004, in *Soc.*, 2005, 359; Trib. Udine 1 luglio 2004, in *Soc.*, 2005, 367; Trib. Torino 23 marzo 2004, in *Giur. it.*, 2120; Trib. Ancona 18 gennaio 2002, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2004, II, 91; Trib. Genova 22 agosto 2001, in *Giur. merito*, 2005, 2097.

¹⁷ Vedi FERRI, *La teoria realistica dei titoli di credito*, in *Banca borsa*, 1972, I, p. 41; GUGLIELMUCCI, *L'ipoteca cambiaria come garanzia extra cartolare*, Milano, 1966, p. 73 in nota; PARTESOTTI, *Titoli di credito al portatore*, in *Enc. Giuridica Treccani*, Roma, 1990, 13; DEVESCOVI, *Titolo di credito e informatica*, Padova, 1991, p. 61 ss.; ASCARELLI, *La teoria giuridica della circolazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, p. 552; BALESTRA, *La polizza di carico nel trasporto di carico e nel noleggio a viaggio*, Milano, 1968, p. 78 ss.; SASSO, *I titoli obbligazionari in valuta estera*, Padova, 1977, p. 123 ss.; BETTI, *La teoria del negozio giuridico*, 2, Torino, 1955, pp. 372-73; OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Padova, 1943, p. 133. Conf., inoltre, F. MARTORANO, *Titoli di credito. Titoli non materializzati*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 2002, 440 e ss.

¹⁸ Si legga P. G. MARCHETTI, *Intervento in assemblea*, in *Contr. e impr.*, 1986, 990; E. MARCHISIO, *La "deliberazione presa per iscritto" nell'amministrazione della società a responsabilità limitata: riflettendo su amministrazione congiuntiva e amministrazione collegiale*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 104; M. MARULLI, *Assemblea di società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1989, II, 333; P. MASI, *Voto per corrispondenza*, in *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia finanziaria* a cura di G. ALPA F. CAPRIGLIONE, Cedam, Padova, 1998; F. MASSA FELSANI, *Il ruolo del presidente nella assemblea di s.p.a.*, Giuffrè, Milano, 2004; F. MASSA FELSANI, *Le decisioni dei soci*, in AA.VV. *La nuova S.r.l., prime letture e proposte interpretative*, a cura di Farina-Ibba-Racugno-Serra, in *Quad. giur. comm.*, Giuffrè, Milano, 2004, 3 e ss.; A. MAZZONI, *La tutela delle minoranze azionarie*, in *Inchieste di diritto*

STUDI E OPINIONI

STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI

La ricostruzione dello strumento finanziario all'interno delle società per azioni come titolo di credito nominativo simile al titolo obbligazionario, nelle ipotesi di mancata previsione di diritti ulteriori rispetto a quelli tipicamente normati dal codice a favore dell'obbligazionista, consente, ora, di rappresentare in modo adeguato la cartolarità dello strumento finanziario partecipativo. Lo strumento finanziario partecipativo, per essere qualificato tale, dovrà, in conclusione, attribuire al titolare il diritto al rimborso, variamente modulato, così da rientrare nell'ipotesi di titolo non partecipativo, come sopra inteso, con l'attribuzione di alcuni diritti patrimoniali e amministrativi ultronei rispetto a quelli attribuibili ai possessori di titoli obbligazionari¹⁹.

Ebbene, il sistema di nominatività del titolo dello strumento finanziario e la ricostruzione sistemica dell'istituto consentono di affermare che l'attribuzione di diritti patrimoniali ed eventualmente diritti amministrativi, ultronei rispetto a quelli spettanti agli obbligazionisti, ai titolari di strumenti finanziari non partecipativi, rappresenta lo *scrimen* per distinguere l'istituto in esame dall'emissione di un prestito obbligazionario: la decisione di emettere gli strumenti finanziari con attribuzione di solo diritti patrimoniali ovvero, congiuntamente a diritti amministrativi riflette la determinazione

comparato. I grandi problemi delle società per azioni nelle legislazioni vigenti M. ROTONDI (a cura di), II, Cedam, Padova, 1976; A. MIGNOLI, *Delibere di società per azioni invalide per mancanza del verbale e delibere inesistenti*, Riv. dir. comm., 1958, II, 4; A. MIGNOLI, *Invalidità di deliberazioni assembleari di società per azioni e diritti dei terzi*, in Riv. dir. comm., 1951, I; A. MIGNOLI, *In tema di nullità ed annullabilità di deliberazioni assembleari*, in Riv. dir. comm., 1948, II, 434; A. MINERVINI, *Dall'informazione alla partecipazione*, 2002, Giuffrè, Milano; G. MINERVINI, *Gli amministratori delle società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1956; A. MIRONE, *Il voto per corrispondenza nelle società quotate: Profili di disciplina*, in Riv. soc., 1999, 751.

¹⁹ MENGONI, *Il trasferimento dei titoli di credito nella teoria dei registri traslativi con causa esterna*, in Banca, borsa, 1975, I, p. 385 ss.; SPADA, *Appunti sull'origine dell'astrattezza cambiaria*, in Annuali all'Università di Macerata, III, Milano, 1976; PELLICANÒ, *Causa del contratto e circolazione dei beni*, Milano, 1981, p. 155; ARENA, *Introduzione allo studio del diritto commerciale e titoli di credito*, Milano, 1956, p. 105; FERRARA, *La girata della cambiale*, Padova, 1935, p. 123 ss.; SCORZA, *La novazione mediante cambiale*, in Foro it., 1934, IV, c. 262-3; FERRI, *Progressi e regressi, nella teoria dei titoli di credito*, in Banca, borsa, 1951, I, p. 278; RUELLO, *Offerta e deposito della cambiale come condizione dell'azione causale*, in Banca, borsa, II, 1979, p. 156 ss.; RUELLO, *Offerta e deposito della cambiale come condizione dell'azione causale*, in Banca borsa, 1979, II, p. 156 ss.; SALVESTRONI, *Offerta in restituzione e deposito della cambiale: condizioni dell'azione causale o presupposti processuali?*, in Riv. dir. comm., 1979, II, p. 181 ss..

STUDI E OPINIONI

STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI

concreta di considerare la cartolarità del titolo di credito e la conseguente efficacia traslativa dei diritti sociali connessi allo stesso²⁰.

La prescrizione statutaria della facoltà di emissione di strumenti finanziari consente la scelta di titoli di credito nominativi con diritti patrimoniali ovvero diritti amministrativi, in via alternativa tra loro; difatti, gli strumenti finanziari non partecipativi devono essere considerati, sia pure nell'ambito del *genus* degli strumenti finanziari, quale categoria diversa ed autonoma rispetto a quella degli strumenti finanziari partecipativi, dotata di una propria identità tipologica e, pertanto, con disciplina propria. Ciò comporta che le norme aventi ad oggetto gli strumenti finanziari partecipativi non possano essere applicate *recta via* agli strumenti finanziari non partecipativi, *ivi* incluso, appunto, l'ultimo comma dell'art. 2346 c.c.. In materia, l'art. 2411, prevede la facoltà societaria ad implementare la disciplina degli strumenti finanziari non partecipativi mediante un rinvio *per relationem* a quanto stabilito in materia di obbligazioni²¹.

²⁰ V. BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, Morano Editore, 1960, 43 e ss.; A. MIRONE, *Il procedimento deliberativo nelle società di persone*, Giappichelli, Torino, 1998; C. MONTAGNANI, *Commento all'art. 2367*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di NICCOLINI A. STAGNO D'ALCONTRES, Jovene, Napoli, 2004; C. MONTAGNANI, *Commento all'art. 2371 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di NICCOLINI A. STAGNO D'ALCONTRES, Jovene, Napoli, 2004; C. MONTAGNANI, *Commento all'art. 2375 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di NICCOLINI A. STAGNO D'ALCONTRES, Jovene, Napoli, 2004; C. MONTAGNANI, *Diritto di informazione, controllo individuale e controllo giudiziario nelle società prive del collegio sindacale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 118; G. D. MOSCO, *Riforma societaria, organizzazione interna delle società per azioni "chiuse" e piccole e medie imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, 1079 e ss.; MUCCIARELLI, *L'impugnazione delle delibere consiliari tra teorie dei diritti individuali e violazioni di norme imperative*, nota, in *Giur. comm.*, 1998, 348; M. NOTARI, *L'assemblea e i processi decisionali dei soci nelle proposte di riforma delle società non quotate*, in *Riv. soc.*, 2001, 147; F. OLIVIERO, *L'autonomia statutaria nella nuova disciplina dell'assemblea della società per azioni*, in *Riv. not.*, 2003, 877; G. OPPO, *La sospensione legale del voto nelle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 5; O. PACIOTTI, *Osservazioni intorno alla natura ed alle funzioni del presidente della società per azioni*, in *Temi*, 1966, 358; A. PACIELLO, *Commento all'art. 2437ter*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di NICCOLINI A. STAGNO D'ALCONTRES, Jovene, Napoli, 2004; G. PALMIERI, *La nuova disciplina della nullità delle società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 2003, 848; M. PALMIERI, *Diritto societario virtuale: la videoconferenza diventa realtà*, in *Contr. e impr.*, 2000, 830; L. F. PAOLUCCI, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, Cedam, Padova 1985.

²¹ La legge delega (cfr. art. 4, comma sesto, lett. c) sollecita l'introduzione di strumenti finanziari "partecipativi" e "non partecipativi", stabilendo semplicemente che tali strumenti siano dotati di "diversi diritti patrimoniali e amministrativi", senza, pertanto, imporre l'attribuzione di diritti patrimoniali ai titolari di strumenti finanziari (partecipativi o meno),

STUDI E OPINIONI

STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI

Si ragioni, quindi, con spirito di sistema in un settore disciplinare in cui gli interessi e le tutele sono dati fondamentali: nella categorizzazione dello strumento finanziario si deve aver riguardo, in generale, alla disciplina delle azioni segnatamente alla disciplina delle obbligazioni con riferimento agli strumenti finanziari non partecipativi, mentre la disciplina degli strumenti finanziari partecipativi trova applicazione nell'ambito degli strumenti finanziari non partecipativi solo in via residuale e solo laddove si individuino delle lacune di regolamentazione che non possano essere colmate mediante il ricorso alla regola interpretativa dell'estensione applicativa della normativa dettata in tema di obbligazioni e che, di risulta, non possano essere colmate a mezzo dell'autonomia statutaria²².

quale elemento necessario ed imprescindibile della categoria "strumenti finanziari", implicitamente ammettendo, pertanto, che possano essere attribuiti anche soltanto diritti amministrativi.

²² O. CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori e dei soci di s.r.l. adottate mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto: una semplificazione?*, in *Riv. soc.*, 2005, 160; O. CAGNASSO, *L'amministratore collegiale e la delega*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G. E. COLOMBO e G. B. PORTALE, Utet, Torino, 2004; O. CAGNASSO, *Commento all'art. 250Iter, Il nuovo diritto societario*. Commentario a cura di G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Zanichelli, Bologna, 2004; O. CAGNASSO, *Ambiti e limiti dell'autonomia concessa ai soci della "nuova" società a responsabilità limitata*, in *Soc.*, 2003, 370; O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nelle società per azioni. Profili funzionali*, Giappichelli, Torino, 1976; V. CALANDRA BUONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 540; CALIARO, *Invalidità della delibera del consiglio di amministrazione di società di capitali* nota a Cass. 24 gennaio 1990 n. 420, in *Nov. giur. comm.*, 1991, 138; E. CALICE, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società di capitali nel quadro delle nullità speciali*, in *Riv. not.*, 2005, 21; M. CALLEGARI, *Commento all'art. 2437 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*. Commentario a cura di G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Zanichelli, Bologna, 2004; M. CALLEGARI, *Commento all'art. 2437ter c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*. Commentario a cura di G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Zanichelli, Bologna, 2004; L. CALVOSA, *Commento all'art. 2420bis*, in *Società di capitali*. Commentario a cura di NICCOLINI A. STAGNO D'ALCONTRES, Jovene, Napoli, 2004; A. CANDIAN, *Nullità ed annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1942; G. CARCANO, *Sulla convocazione all'estero dell'assemblea*, in *Riv. soc.*, 1986, 1332; V. CARIELLO, *Alcune questioni in tema di convocazione dell'assemblea su richiesta della minoranza*, in *Riv. soc.*, 1992, 608; L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, 1948; L. CAROTA, *Società per azioni e convocazione dell'assemblea su richiesta della minoranza*, in *Contr. e impr.*, 1989, 485; M. CASSOTTANA, *La tutela delle minoranze azionarie: prospettive di riforma*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private* a cura di P. BENAZZO - S. PATRIARCA - G. PRESTI, Milano, Giuffrè, 2003, 34 e ss.

STUDI E OPINIONI

STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI

Attesa la determinazione statutaria di diritti specifici a favore dello strumentario finanziario in funzione della corretta identificazione e differenziazione tipologica rispetto al prestito obbligazionario *tout court*, la categorizzazione, in senso nominativo, dello strumento vuole che l'autonomia privata, in questo caso, non incontri il limite di cui all'art. 2346, comma sesto, c.c., avente ad oggetto gli strumenti finanziari partecipativi in quanto si tratta, appunto, di una norma prevista per gli strumenti finanziari partecipativi; pertanto, i titolari degli strumenti non partecipativi possono vedersi riconosciuti, ove così previsto in sede di emissione (*rectius*, in sede statutaria), soltanto diritti amministrativi²³, senza la necessaria attribuzione di particolari diritti patrimoniali.

La nominatività dello strumento, proprio nel caso di attribuzione di diritti amministrativi, risulta di fondamentale importanza al fine di consentire la partecipazione alla vita della società da parte del titolare del diritto; la previsione, infatti, di diritti di natura amministrativa (in primo piano, di certo, l'esercizio del voto assembleare) necessita di una precisa individuazione del soggetto titolare dello strumento in funzione della regolamentazione della vita assembleare della società. La rappresentazione della legittimazione del titolare dello strumento finanziario partecipativo, sotto il profilo amministrativo, è di scriminante importanza al fine, ad esempio, del calcolo dei *quorum* costitutivi e deliberativi delle assemblee in cui lo strumentario finanziario ha diritto di partecipare per l'esercizio del diritto di voto, attribuitogli statutariamente e, si badi, incorporato nel titolo cartaceo²⁴.

²³ Insieme al diritto, variamente configurato, deve procedersi alla restituzione dell'apporto iniziale o del *tantundem eiusdem generis*. Conf., inoltre, F. MARTORANO, *Titoli di credito. Titoli non materializzati*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 2002, 550 e ss..

²⁴ Si legga L. A. BIANCHI, *Prime osservazioni in tema di capitale e patrimonio nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private* a cura di P. BENAZZO S. PATRIARCA G. PRESTI, in *Quad. giur. comm.* Giuffrè, Milano, 2003; M. BIONE, *Le azioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G. E. COLOMBO e G. B. PORTALE, Utet, Torino, 2004; E. BOCCHINI, *In principio erano le informazioni*, in *Giur. comm.*, II, 2008, 35 e ss.; E. BOCCHINI, *Sostituzione giuridica nell'attività*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 341 e ss.; E. BOCCHINI, *Introduzione al diritto commerciale nella new economy*, Cedam, Padova, 2004; F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni dopo la riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2004; A. BORGLIOLI, *Convocazione dell'assemblea e delega dei poteri amministrativi*, nota a Trib. Roma 29 giugno 1979, in *Giur. comm.*, 1981, II, 368; V. BRUNETTI, *Trattato di diritto delle società*, III, Giuffrè, Milano, 1950; V. BUONOCORE (a cura di), *La riforma del diritto societario. Commento ai d.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, Giappichelli, Torino, 2003, 5 e ss.. Ed inoltre, si veda R. GUIDOTTI, *La convocazione dell'assemblea delle società quotate: riflessioni sul recepimento della Direttiva 2007/36*, in *Contr. impr. / Europa*, 2011, 556; RENNA, *L'invalidità delle delibere assembleari di società per azioni: aporie del sistema e tramonto della categoria dell'inesistenza*, in *Contr. impr.*, 2011, 856; TRONTI, *Corporate governance e convocazione*

STUDI E OPINIONI

STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI

Tale ultimo profilo di legittimazione cartolare deve essere sottoposto ad attenta analisi ricostruttiva della fattispecie; in assenza di alcuna previsione normativa in tema della obbligatorietà della indicazione cartolare dei diritti amministrativi (e patrimoniali) all'interno del titolo, valga proporre una ermeneutica della strumentazione finanziaria nel senso della tendenza evolutiva della mobilitazione del credito verso la massima trasparenza nell'esercizio dei diritti cartolari. L'estensione della disciplina del titolo azionario nominativo allo strumento finanziario, nella parte relativa alla obbligatorietà della indicazione degli elementi qualificanti i diritti incorporati, trova conferma, a parere di chi scrive, nella evidenziazione della medesima *ratio* che sottende la volontà partecipativa dello strumentario finanziario e dell'azionista: la partecipazione alla vita della società per poter influenzare, con proprio apporto individuale (*i.e.*, voto), la presa di decisioni che possano determinare una modificazione sostanziale, in modo diretto o indiretto, dei diritti amministrativi e patrimoniali incorporati nel titolo dello strumento finanziario nominativo²⁵.

Si rifletta: la nominatività, pur non espressa a livello normativo, deriva la propria essenzialità non tanto dalla tutela dell'interesse del titolare dello strumento all'esercizio dei diritti cartolari connessi quanto dalla necessità, organizzativa e societaria, di aver contezza e certezza del soggetto legittimato all'esercizio dei diritti amministrativi (oltre che patrimoniali) che il titolo strumentario concede a favore del possessore qualificato in senso nominativo. La veloce individuazione, in sede assembleare da parte del presidente, della legittimazione alla partecipazione dello strumentario finanziario, con il correlato esercizio dei diritti assembleari relativi, rappresenta esigenza di una tutela della società emittente di regolamentazione e procedimentalizzazione della fase

dell'assemblea di società per azioni su richiesta della minoranza: il par. 122 Aktiengesetz, in Contr. impr., 2001, 327; RICCIO, Sul presidente dell'assemblea nelle società di capitali, in Contr. impr., 1998, 440.

²⁵ Si veda, in tema, C. ANGELICI, *Società per azioni ed in accomandita per azioni* (voce), in *Enc. Dir.*, 1990; ID., *La società nulla*, Giuffrè, Milano, 1975, 65; A. ARENA, *Contributo allo studio dell'invalidità del contratto sociale e della sopravvivenza della società*, in *Riv. soc.*, 1970, 280; T. ASCARELLI, *Ancora in tema di imprenditore occulto*, in *Riv. soc.*, 1958, 1175; ID., *Vizi delle deliberazioni assembleari e tutela dei terzi*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1954, I, 133; ID., *Il contratto plurilaterale*, in *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, 43 e ss.; C. BAVETTA, *La deliberazione assembleare non verbalizzata*, Giuffrè, Milano, 2008, 4 e ss.; A. BELFIORE, *Brevi note in tema di invalidità di delibere assembleari di società di capitali* nota a Cass. 30 maggio 2008 n. 14554, in *Riv. not.*, 2009, 1242; P. BENAZZO, *Comm. all'art. 2479bis*, in *Codice commentato delle s.r.l.* diretto da P. BENAZZO S. PATRIARCA, Utet, Torino, 2006; P. BENAZZO, *Competenza di soci ed amministratori nelle s.r.l.: dall'assemblea fantasma all'anarchia?*, in *Soc.*, 2004, 811; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. VASSALLI, Utet, Torino, 1971; M. BIANCA, *Luci ed ombre nella nuova disciplina della rappresentanza assembleare*, in *Riv. soc.*, 2004, I, 1212.

STUDI E OPINIONI

STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI

assembleare nelle ipotesi di partecipazione sia degli azionisti che dei titolari di strumenti finanziari, soprattutto, come prima si indicava, per permettere una certa determinazione dei *quorum* assembleari²⁶.

La normazione, con una interpretazione di sistema, assimila gli strumenti partecipativi alle azioni e quelli non partecipativi alle obbligazioni, con le relative conclusioni in tema di disciplina applicabile, in piena conformità a quanto previsto dalla

²⁶ In tema P. ABBADESSA, *L'assemblea nelle s.p.a.: competenza e procedimento nella legge di riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, 249; ID., *Il nuovo ruolo dell'assemblea nella società per azioni*, in *Verso un nuovo diritto societario. Contributi per un dibattito* a cura di P. BENAZZO F. GHEZZI S. PATRIARCA, Zanichelli, Bologna, 2002, 56 e ss.; ID., *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1975, 32 e ss.; ID., *Deliberazioni senza assemblea nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, 300; N. ABBRIANI, *Decisioni dei soci*, in AA.VV. *Diritto delle società. Manuale breve*, di ABBRIANI NICCOLÒ, CALVOSA LUCIA, FERRI GIUSEPPE JR, GIANNELLI GIANVITO, GUERRERA FABRIZIO, GUIZZI GIUSEPPE, MOTTI CINZIA, NOTARI MARIO, PACIELLO ANDREA, REGOLI DUCCIO, RESCIO GIUSEPPE A, ROSAPEPE ROBERTO, STELLA RICHTER MARIO JR, TOFFOLETTO ALBERTO, Giuffrè, Milano, 2005, 67 e ss.; S. ALAGNA, *Il presidente dell'assemblea nella società per azioni*, in *Quad. giur. comm.*, 2005, 32 e ss.; A. AMATUCCI, *Società e comunione*, Jovene, Napoli, 1971, 43 e ss.; R. AMBROSINI, *La convocazione dell'assemblea su richiesta della minoranza. Analisi sistematica e profili procedurali*, Ipsoa, Milano, 2002, 5 e ss.; S. AMBROSINI, *Comm. all'art. 2403 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*. Commentario a cura di G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Zanichelli, Bologna, 2004, 565; S. AMBROSINI, *L'amministrazione ed i controlli nelle società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 320; S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Giappichelli, Torino, 2003; In tema si legga R. GUIDOTTI, *La convocazione dell'assemblea delle società quotate: riflessioni sul recepimento della Direttiva 2007/36*, in *Contr. impr. / Europa*, 2011, 556; RENNA, *L'invalidità delle delibere assembleari di società per azioni: aporie del sistema e tramonto della categoria dell'inesistenza*, in *Contr. impr.*, 2011, 856; TRONTI, *Corporate governance e convocazione dell'assemblea di società per azioni su richiesta della minoranza: il par. 122 Aktiengesetz*, in *Contr. impr.*, 2001, 327; RICCIO, *Sul presidente dell'assemblea nelle società di capitali*, in *Contr. impr.*, 1998, 440; C. ANGELICI, *Note in tema di procedimento assembleare*, in *Riv. not.*, 2005, 706; ID., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Cedam, Padova, 2003, 33 e ss.; C. ANGELICI, *Società apparente (voce)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1993; ID., *Le azioni*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 1992, 76 e ss.; V. BUONOCORE, *Legittimazione all'intervento, discussione e disciplina pattizia del funzionamento dell'assemblea delle società per azioni: a proposito di una recente sentenza della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 1995, 1050; C.A. BUSI, *Assemblea e decisioni dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto dell'economia* diretto da E. PICOZZA e E. GABRIELLI, vol. IV, Cedam, Padova, 2008, 54 e ss.; L. BUTTARO, *Considerazioni sull'inesistenza delle deliberazioni assembleari*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Giuffrè, Milano, 1969, 4; L. BUTTARO, *In tema di inesistenza di deliberazione assembleare per difetto di maggioranza*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1962, I, 231.

STUDI E OPINIONI

STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI

legge delega (cfr. art. 4, comma sesto, lett. c), la quale non sembra imporre una necessaria attribuzione di diritti patrimoniali a favore dei titolari di strumenti finanziari²⁷.

Il comma sesto dell'art. 2346 c.c., nella parte in cui prevede che gli strumenti finanziari ivi contemplati debbano essere forniti di *diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi*, deve essere letto nel senso che tali strumenti finanziari possano avere ad oggetto diritti patrimoniali ovvero diritti amministrativi; la locuzione *o anche*, in considerazione di quanto sopra, e tenuto conto della formula ben più generica prevista sul punto dalla legge delega, va, dunque, letta come *o in alternativa* rispetto all'attribuzione di diritti patrimoniali. La ricostruzione trova corretto riscontro, per quanto attiene la formulazione adoperata dal legislatore della riforma, nell'art. 2333 c.c., il quale, come noto, prevede che una s.p.a., oltre ad essere costituita ai sensi dell'art. 2328 c.c. possa essere costituita anche per mezzo di pubblica sottoscrizione. Il combinato disposto degli artt. 2328 e 2333 c.c. consente, dunque, all'autonomia privata di poter procedere alla costituzione di una s.p.a. a mezzo di contratto o per atto unilaterale *o anche* a mezzo di pubblica sottoscrizione²⁸.

²⁷ Si consiglia la lettura, in una visione comparatistica, di STIGLER, *The Economics of Information*, in 69 *Journ. Pol. Ec.*, 213 (1961); HIRSCHLEIFE, *Where We Are in the Theory of Information?* in 63 (2) *Amer. Ec. Rev.*, 31 (1973); HIRSCHCEIFER e RILEY, *The Analytics of Uncertainty and Information. An Expository Survey*, in 17 *Journ. Ec. Liter.*, 1375 (1979). In tema di *mandatory disclosure* o informativa obbligatoria, BONAVERA, *Rapporto tra amministratori e società: parasubordinazione e rito applicabile* (nota a Cass. 7 marzo 1996, n. 1793), in *Le Società*, 7/1996, 797; BORGIOI, *Rassegna di diritto societario (1977-1980) - Amministratori*, in *Riv. soc.*, 1984, 1245; COVELLI, *L'organo amministrativo della s.p.a. nella proposta di V Direttiva CEE* (intervento alla tavola rotonda su "La proposta di V Direttiva CEE", organizzata dalla rivista *Le Società*), in *Le Società*, 2/1985, 124; CUPIDO, *Delibera del c.d.a. adottata col voto favorevole di uno solo degli amministratori*, in *Le Società*, 1990, 296. In tema ROSSI-STABILINI, *Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2003, 4 e ss.; va notato come la società si muova su due piani, o meglio, su due diversi mercati, vale a dire quello merceologico (i beni e i servizi prodotti) e quello finanziario. Per una visione comparatistica si veda KRONMAN, *Mistake, Duty of Disclosure, Information and Law of Contracts*, in *Journal of Leg. Stud.*, 1978, 4; BEALES, CRASWELL, SALOP, *The Efficient Regulation of Consumer Information*, in *Journal of Law & Econ.*, 1981, 491; SCHULZE, EBERS, GRIGOLEIT, *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tübingen 2003, con recensione di TROIANO in *Riv. dir. civ.*, 2005, 94; HERTEUX, *Les informations des actionnaires et des épargnants. Etude comparative*, Paris 1961; BALATE, STUYCK, *Pratiques du commerce. Informations et protection du consommateur*, Bruxelles, 1988.

²⁸ Tali considerazioni, anche se in un ulteriore differente contesto, possono probabilmente essere desunte anche dalla lettura dell'art. 2375 c.c., il quale prevede che (...) *il verbale deve indicare*

Il profilo della letteralità del titolo emesso, pertanto, consente di sostenere che, a differenza delle norme in merito alle modalità di costituzione di una s.p.a. che, a rigor di logica, ammettono una sola, tra le due possibili, modalità di costituzione, possa certamente prevedersi una duplice emissione di strumenti finanziari partecipativi caratterizzati, nell'un caso, dalla attribuzione di diritti (solo) patrimoniali e, nell'altro, dall'attribuzione di diritti (solo) amministrativi. Ove il titolare di entrambe le due tipologie di strumenti fosse il medesimo soggetto, in virtù del principio di economia degli atti giuridici, si assisterebbe, difatto, ad una ipotesi di strumenti finanziari dotati sia di diritti patrimoniali che di diritti amministrativi²⁹.

3. Elemento causale del titolo dello strumento finanziario e finanziamento a favore dell'ente emittente come dati caratterizzanti il titolo.

La ricostruzione dell'elemento causale del contratto di sottoscrizione dello strumento finanziario impone la individuazione dell'operazione economica sottostante l'emissione degli strumenti finanziari assimilabili a titoli di carattere debitorio³⁰, con

la data dell'assemblea e, anche in allegato, l'identità dei partecipanti e il capitale rappresentato da ciascuno; deve altresì indicare le modalità e il risultato delle votazioni e deve consentire, anche per allegato, l'identificazione dei soci favorevoli, astenuti o dissenzienti". La norma, come noto, non impone, infatti, che i dati ivi indicati risultino da verbale e (anche) dall'allegato ma pone due soluzioni alternative tra loro al fine di far adempiere all'obbligo ivi sancito.

²⁹ La acquisizione esegetica ottenua *supra* presuppone, inoltre, che l'indicazione di cui all'art. 2346, comma sesto, c.c., nella parte in cui prevede che possano essere attribuiti *diritti patrimoniali o anche diritti amministrativi*, venga letto come "diritti patrimoniali e anche diritti amministrativi" (sull' "elencazione disgiuntiva" i cui termini sono tra loro collegati da "o", in generale, cfr. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU e MESSINEO, continuato da MENGONI, I, t. 2, Milano, 1980, p. 131). Peraltro, la esegesi indicata e proposta, lasciando una maggiore autonomia in merito alla concreta determinazione del contenuto degli strumenti finanziari, li rende certamente più adattabili alle concrete esigenze del caso concreto. Di conseguenza, deve essere considerato come ragioni di carattere economico giustificano, ulteriormente, una interpretazione più "elastica" della norma in commento (con riferimento all'utilità dell'analisi economica come criterio ermeneutico, cfr. ASCARELLI, *Funzioni economiche e istituti nella tecnica dell'interpretazione*, in *Id.*, *Saggi giuridici*, Milano, 1946, p. 87 e MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1994, p. 1 e ss.).

³⁰ In tal senso, COSTI-DI CHIO, *Società in generale, Società di persone, in Giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, Torino, 1980, p. 89 ss.; TESTI, *Società di persone (rassegna di giurisprudenza)*, in *Giur. comm.*, 1974, II, p. 806 ss; MASSA FELSANI, *Tra legittimazione e titolarità del diritto cartolare. Alcune questioni in tema di ammortamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, p. 200 ss; BRANCA, *Sul trasferimento della proprietà dei titoli di credito*, in *Banca borsa*, 1951, I, p. 245 ss; BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*,

STUDI E OPINIONI

STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI

contestuale integrazione dello strumento finanziario come associazione in partecipazione³¹. Purtuttavia, a ben inquadrare la fattispecie sottoscrittiva dello strumento finanziario, tali titoli sembrano avere una causa unitaria simile, sotto il profilo della funzione economico e sociale, al contratto di partecipazione in società, tale per cui l'apporto del sottoscrittore si ritiene effettuato a titolo di capitale di rischio senza alcun diritto di restituzione in capo ai relativi sottoscrittori³².

La categorizzazione, come titolo di credito nominativo, dello strumento di finanziamento della società di capitali, impone una certa individuazione della causalità come elemento costante della fattispecie senza che possa accogliersi quella tendenza interpretativa a ritenere³³ che la figura strumento finanziario sia, in realtà, neutra sul piano della causa e che essa si enuclei, di volta in volta, in relazione a quanto previsto, concretamente, in sede di emissione e sottoscrizione della singola classe di strumenti finanziari presi in considerazione³⁴. Nel caso di strumenti finanziari non partecipativi la corretta qualificazione risulta quella di contratti di finanziamento, di volta riconducibile nell'ambito dei contratti di mutuo, di fido bancario o di contratti atipici, con tutte le derivazioni normative in merito alla disciplina da applicare, in forma integrativa rispetto

Milano, 1963, p. 12 ss.; FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, par. 1, n. 5, CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942, p. 131; GIORGIANNI, *Accertamento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 237; TANTULLI, *Sull'approvazione dell'estratto conto del conto corrente bancario*, in *Banca borsa*, 1974, I, p. 423.

³¹ Cfr., GALGANO e GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, in GALGANO (diretto da), *Tratt. Dir. Comm. e dir. Pubbl. econ.*, XXIX, 1, Padova, 2006, 234.

³² Conf, in tema, DISTASIO, *Nuove riflessioni in tema di simulazione nei titoli di credito*, in *Banca, borsa*, 1967, I, p. 1; PAVONE LA ROSA, *Cambiale*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1958, p. 942; FERRI, *Le promesse unilaterali e i titoli di credito*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1972, p. 45 ss; ASTUTI, *Cessione (storia)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1960, p. 806 ss; PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti*, Milano, 1955, pp. 61-62; LISERRE, *Cessione simulata del credito ed interesse del debitore ceduto ad eccepire la simulazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. Civ.*, 1963, p. 310 ss; BIANCA, *Gli oneri del debitore con riguardo all'accertamento dell'avvenuta cessione del credito*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, p. 799 ss..

³³ Cfr., ancora, PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti*, Milano, 1955, pp. 61-62; LISERRE, *Cessione simulata del credito ed interesse del debitore ceduto ad eccepire la simulazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. Civ.*, 1963, p. 310 ss; BIANCA, *Gli oneri del debitore con riguardo all'accertamento dell'avvenuta cessione del credito*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, p. 799 ss..

³⁴ Non mancano nel nostro ordinamento negozi giuridici cc.dd. "a causa variabile" e, pertanto, caratterizzati dalla possibilità di essere utilizzati per differenti finalità e con diverse giustificazioni causali. In tal senso, ad esempio, il negozio di cessione del credito, come disciplinato dagli artt. 1260 e ss. c.c. o, ancora, il *trust*, come riconosciuto nel nostro ordinamento a seguito della ratifica della Convenzione dell'Aja del 1989.

STUDI E OPINIONI

STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI

a quanto già previsto dallo statuto e dagli organi sociali con riferimento agli strumenti finanziari³⁵.

La cartolarizzazione dello strumento finanziario, in particolare quello partecipativo, non tende ad obliterare altre forme possibili di contrattualizzazione dei reciproci impegni: non è da escludere che le concrete modalità di realizzazione dell'operazione sottesa all'emissione di strumenti finanziari determinino la divisazione di strumenti finanziari sia c.d. *equity* sia c.d. *debt*, con conseguente commistione della causa di finanziamento con quella di scambio. La mistione causale del contratto di finanziamento determina, in sede di esercizio della mobilizzazione del titolo e dei relativi diritti, una compiuta determinazione dell'effetto traslativo del titolo, sia come titolo incorporante diritti sociali all'interno della società emittente (*i.e.*, diritti patrimoniali e amministrativi) sia come documento cartolare che incorpora una divisazione regolamentare di scambio di beni³⁶.

Con riguardo all'organo competente alla emissione del titolo rappresentativo dello strumento finanziario, il dettato normativo, rappresentato dagli artt. 2346, comma sesto, c.c. e 2349, comma secondo, c.c., prevede che la competenza all'emissione sia dell'assemblea straordinaria. La norma, tuttavia, rappresenta un'eccezione, configurando un'ipotesi di attribuzione gratuita di risorse sociali a favore di terzi (*i.e.*, prestatori di lavoro della società emittente). In quanto ipotesi eccezionale, non pare dunque possa rappresentare il paradigma cui fare riferimento al fine di individuare, in via generale, l'organo legittimato all'emissione di tale tipologia di strumenti finanziari. Il secondo comma dell'art. 2349 c.c. prevede che in caso di emissione (gratuita) di strumenti finanziari a favore di prestatori di lavoro non è richiesta una apposita previsione statutaria. Viceversa, nel caso di emissione (onerosa) di strumenti finanziari partecipativi, l'art. 2346, comma sesto, c.c. tace in merito all'organo competente,

³⁵ Si veda F. BONELLI, *Contributo ad una teoria scientifica dei titoli di credito*, in *Giur. it.*, 1894, IV, c. 1 ss; ID., *Sul fondamento e sulla natura dell'obbligazione cartolare dei titoli di credito*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1094, I, p. 185 ss; ID., *Appunti sulla natura giuridica dei titoli di credito*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1908, I, p. 513 ss. BRUNETTI, *I titoli di credito nel diritto italiano*, Milano, 1910; ARCANGELI, *Sulla teoria dei titoli di credito, in particolare della cambiale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1910, I, pp. 173 ss, 347, 437 ss; ASCARELLI, *La letteralità nei titoli di credito*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1932, I, p. 237 ss..

³⁶ FERRI, *I titoli di credito*, Torino, 1958, p. 6; LIBONATI, *Titoli di credito e strumenti finanziari*, Milano, 1999, p. 2; PELLIZZI, *Profili di diritto cartolare*, Bologna, 1967, p. 47; LIBERTINI, *Profili tipologici e profili normati inella teoria dei titolo di credito*, Milano, 1971, p. 22; ASQUINI, *Titoli di credito*, Padova, 1966, p. 30; STAGNO D'ALCONTRES, *Il titolo di credito-Ricostruzione di una disciplina*, Torino, 1999.

STUDI E OPINIONI

STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI

richiedendo, tuttavia, che lo statuto disciplini i vari aspetti concernenti detta emissione³⁷.

In realtà, si noti, l'art. 2349, comma secondo, c.c. non può essere considerato norma esaustiva al fine di individuare l'organo competente alla emissione degli strumenti finanziari in esame, rappresentando una ipotesi straordinaria e non può, pertanto, trovare applicazione al di fuori dei casi *ivi* espressamente contemplati. Valga, ora, come anticipazione di una successiva riflessione sui titoli di debito, affermare che l'art. 2483 c.c., avente ad oggetto l'emissione di titoli di debito nelle s.r.l., prevede espressamente che venga rimessa allo statuto la scelta in merito all'organo competente all'emissione (assemblea o amministrazione). Viene manifestata l'esigenza di esplicitare che la scelta volta ad individuare l'organo competente debba essere attribuita alla volontà dei soci, a mezzo di espressa previsione statutaria, ciò verso la naturale tensione normativa ed evolutiva che consente di procedere ad una eventuale emissione di strumenti finanziari partecipativi, rendendo, tuttavia, necessario inserire una apposita clausola statutaria volta a disciplinare le modalità e condizioni di emissione, i diritti che conferiscono, le sanzioni in caso di inadempimento delle prestazioni e, se ammessa, la legge di circolazione³⁸.

Ebbene, rispettati i limiti e le condizioni fissati dallo statuto³⁹, l'assemblea o l'organo gestorio potranno in concreto decidere: l'emissione del titolo di strumento finanziario, in quale misura massima, a chi offrire tali strumenti finanziari partecipativi, che tipo di apporto richiedere e, in ultimo, provvedere alla materiale sottoscrizione, a

³⁷ Vedi, inoltre, SPADA, *Introduzione al diritto dei titoli di credito* 2, Torino, 1994, p. 20 ss; PARTESOTTI, "Diritto alla girata cambiaria" ed esecuzione forzata in forma specifica, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, p. 456; ASCARELLI, *Problemi in tema di titoli obbligazionari*, in *Banca, borsa*, 1951, I, p. 42 ss.; ASCARELLI, *Sul concetto del titolo di credito e sulla disciplina del Titolo V Libro IV del nostro Codice*, in *Banca, borsa*, 1954, I, p. 381 ss.; ASCARELLI, *Il problema preliminare dei titoli di credito, e la logica giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, pp. 305-06; ASCARELLI, *Ancora sul concetto di titolo di credito e sulla distinzione tra tipologia della realtà e normativa*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 474 ss.; ASCARELLI, *Tipologia della realtà, disciplina normativa e titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, I, p. 386 e ss.; PAVONE LA ROSA, *Il titolo causale e la polizza di carico*, in *Studi sulla polizza di carico*, Milano, 1958, p. 316 ss.; DE FARRA, *Sulla c.d. originarietà dell'acquisto del diritto cartolare*, in *Banca, borsa*, 1961, I, p. 548 ss.; PELLIZZI, *Il nuovo concettualismo (Replica ad una critica in tema di fattispecie del titolo di credito)*, in *Giur. comm.*, 1978, I, p. 851 ss..

³⁸ Si noti, infatti, che mentre l'art. 2346, comma sesto, c.c. prevede che lo statuto debba disciplinare le modalità e condizioni di emissione, i diritti che conferiscono, le sanzioni in caso di inadempimento delle prestazioni e, se ammessa, la legge di circolazione, al contempo, l'art. 2483 c.c. prevede che lo statuto debba determinare, in merito alla emissione di titoli di debito "gli eventuali limiti, le modalità e le maggioranze necessarie per la decisione" unitamente alla fissazione della relativa competenza ai soci o agli amministratori.

³⁹ Ed, eventualmente, con la delibera autorizzatoria dell'assemblea, ex art. 2364, n. 5, c.c.

STUDI E OPINIONI

STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI

fronte del relativo apporto, degli strumenti finanziari. La decisione di emissione, quindi, muove da una ponderata scelta finanziaria adottata e da una analisi prospettica di capacità di collocamento del titolo cartolare al fine di ottenere gli apporti degli strumentari finanziari⁴⁰.

Interessante profilo della cartolarizzazione risulta essere la possibile (*rectius*, necessaria) esteriorizzazione della delibera ovvero decisione gestoria di emissione dello strumento finanziario, attraverso la iscrizione con deposito presso il registro delle imprese. Le argomentazioni sono quelle per cui occorre soddisfare le esigenze sia dei soci attuali che futuri, del mercato e dei terzi in generale di essere messi a conoscenza di quanti strumenti finanziari di una data categoria siano effettivamente in circolazione. Pur se nel vigente sistema di pubblicità d'impresa si rinviene codificato, nelle disposizioni di cui agli artt. 2188, 2193 c.c. e art. 7, comma secondo, lett. b) del D.P.R. 581/1985, un generale e fondamentale principio di tipicità degli atti soggetti all'iscrizione nel registro delle imprese⁴¹; l'iscrizione della deliberazione di emissione di strumenti finanziari deve tendere a soddisfare le suindicate esigenze di tutela di conoscibilità da parte di tutti i soggetti interessati alla decisione: soggetti che, in modo

⁴⁰ Conf., LENER, *Brevi note sulla circolazione dei titoli azionari*, in *Banca, borsa*, 1992, II, p. 581 ss.; COTTINO, *Diritto commerciale*, I, t. II, Padova, 1992, p. 262 ss; OPPO, *Titoli di credito in generale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1994, s. 16.2; BIGIAMI, *Recensione a Ravà*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 661 ss); CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, p. 215; ARENA, *La polizza di carico e gli altri titoli rappresentativi del trasporto marittimo*, Milano, 1951, p. 413; GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, p. 68 ss; FIORENTINO, *Dei titoli di credito*, in *Commento al codice civile, a cura di A. Scialoja e G. Bianca, Libro quarto. Delle obbligazioni (art. 1992-2027)*, 2^a ed., Bologna-Roma, 1974, p. 117; NICCOLINI, *Gettoni e buoni d'acquisto: ancora una generazione di mezzi di pagamento?*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1978, II, pp. 88-89; LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, I, Milano, 1935, p. 360.

⁴¹ Sul tema, più in generale, cfr. FERRI, *Imprese soggette a registrazione*, in *Comm. Scialoja, Branca, sub artt. 2188-2221*, Bologna - Roma, 1972. Da ultimo, per la giurisprudenza, Tribunale di Varese, 19 luglio 2011 il quale, in via generale, afferma "Il principio di tipicità degli atti soggetti all'iscrizione nel registro delle imprese appare immanente alla stessa funzione pubblicitaria, la quale non tollera incertezza in ordine agli atti da pubblicizzare né ammette mere facoltà di pubblicizzare al di fuori dei casi previsti, pena la compromissione dell'affidamento dei terzi che rischierebbero di veder pubblicizzati atti dei quali si ignorava colpevolmente la soggezione a pubblicità. Essenziale ad ogni sistema di pubblicità è, infatti, la predeterminazione legale degli atti e dei fatti soggetti alla pubblicità stessa, onde consentire ai terzi di conoscere preventivamente quali di essi trovare rappresentati nel pubblico registro. L'iscrizione nel registro di atti e fatti non contemplati espressamente dalla legge deve dunque essere negata". Conforme, tra gli ultimi provvedimenti editi, Tribunale di Mantova 31 dicembre 2011 e Tribunale di Trento, 1 febbraio 2010, pubblicati su www.ilcaso.it. Conf., inoltre, F. MARTORANO, *Titoli di credito. Titoli non materializzati*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 2002, 10 e ss..

STUDI E OPINIONI

STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI

diretto o indiretto, possono ricevere un documento economico e finanziario, dalla scelta adottata⁴².

La teorica della mobilitazione e circolazione dello strumento finanziario di partecipazione nelle società per azioni pone in luce, quindi, la necessità della massima esteriorizzazione della richiesta di finanziamento della società emittente a favore del mercato e dei terzi⁴³.

⁴² Sul punto, non è sufficiente richiamare quanto affermato da un recente provvedimento del Tribunale di Varese, il quale, nel negare la iscrivibilità di un atto di impresa non contemplato dalla legge, afferma espressamente che “*La funzione del sistema di pubblicità d’impresa non può, allo stato attuale della normativa che lo disciplina, identificarsi nell’informazione del mercato sulle vicende dell’impresa, tanto da consentire la pubblicità di qualsiasi vicenda o notizia potenzialmente di interesse per gli operatori economici*”.

⁴³ Gli strumenti finanziari convertibili pongono, peraltro, un interessante spunto di riflessione per quanto concerne la iscrizione in bilancio del valore degli apporti eseguiti dai sottoscrittori a seguito della relativa emissione di tali strumenti. Infatti, per quanto riguarda gli strumenti finanziari non partecipativi, stante il diritto dei relativi titolari al rimborso incondizionato di quanto originariamente apportato, non pare vi possano essere dubbi sulla iscrivibilità di tali valori al passivo del bilancio (similmente a quanto previsto per le obbligazioni convertibili); al contempo, con riferimento agli strumenti finanziari “partecipativi” convertibili, le conclusioni potrebbero essere difformi. In particolare, sul punto, dottrina ha affermato che tali poste debbano essere iscritte in bilancio come riserve (in generale, sulla ammissibilità di iscrivere una posta di netto dell’apporto dei sottoscrittori di strumenti finanziari partecipativi, allorché non sia previsto un obbligo di rimborso. Ciò comporterebbe, secondo il pensiero della dottrina che i titolari degli strumenti finanziari “partecipativi” convertibili avrebbero diritto alla conversione se e nella misura in cui dette riserve fossero ancora disponibili. In realtà, si ritiene possibile, in virtù dell’autonomia concessa alle parti, estendere alle riserve in parola il medesimo regime applicato dalla dottrina ai versamenti in conto futuro aumento capitale sociale. I relativi Autori ammettono, in tal caso, infatti, che le parti possano imporre un vincolo di destinazione capace di incidere sulla qualificazione giuridica della riserva, in quanto destinata a copertura del futuro aumento di capitale sociale e, pertanto, qualificabile come riserva “targata”. Allo stesso modo, nel caso di strumenti finanziari convertibili potrebbe ammettersi che i valori degli apporti eseguiti dai relativi sottoscrittori confluiscono in una riserva “targata”, in quanto destinata a coprire le azioni emesse a fronte dell’esercizio del diritto di conversione da parte dei sottoscrittori di tali strumenti finanziari. La qualificazione di tali valori quali riserve “targate”, come noto, determinerebbe delle immediate conseguenze sul piano della imputazione delle perdite subite dalla società rispetto a tali riserve, le quali dovrebbe, infatti, intendersi “postergate” nel sopportare le perdite sociali rispetto a tutte le altre riserve. Vedi PORTALE, *Appunti in tema di versamenti in conto futuro aumento di capitale eseguiti da un solo socio*, in Vita not., 1994, 587 e OLIVIERI, *I versamenti in conto futuro aumento di capitale in favore degli istituti di credito di diritto pubblico tra legge speciale e diritto comune societario*, in Banca borsa e tit. cred., 1999, II, 207). Ne consegue che il diritto di conversione dei titolari degli strumenti finanziari “partecipativi” convertibili, pur se subordinato all’an della esistenza della

STUDI E OPINIONI

STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI

Il tema dello strumento finanziario partecipativo trova nel titolo cartolare di obbligazione con *warrant* analogia di fattispecie: la ricostruzione esegetica dei cc.dd. *warrant*, noti alla prassi, non espressamente disciplinati dal codice civile, individua in tale modello cartolare una struttura bifasica non solo del negozio ma anche della cartolarità⁴⁴.

Se si individua la struttura contrattuale dei *warrant*, sia pur nella varietà degli utilizzi sottesi agli strumenti suddetti, si assiste all'attribuzione di un titolo che incorpora un diritto di opzione avente ad oggetto l'acquisto di azioni di una determinata società⁴⁵, diversa da quella emittente il titolo cartolare.

La contrattualizzazione dell'obbligazione con cedola *warrant* vuole l'emissione di un puro titolo obbligazionario con la contestuale emissione cartolare della cedola che consente la conversione del titolo di credito in partecipazione azionaria in altra società rispetto a quella emittente il titolo medesimo. La indicata struttura del *warrant* consente di considerare come la doppia contrattazione del titolo obbligazionario e della cedola di conversione portano a strutturare la mobilitazione in modo separato con, di guisa, due possibili distinti titolari dell'obbligazione del *warrant*. La divisazione di una

(ed al *quantum* di tale esistenza della) riserva "targata", avrebbe maggior probabilità di poter essere esercitato, in quanto la predetta riserva sarebbe aggredita dalle perdite subite dalla società solo a seguito del venir meno delle altre riserve (ovviamente, secondo l'ordine inderogabile di imputazione delle perdite alle varie riserve che come noto, impone che vengano "abbattute" per prime le riserve facoltative, poi quelle statutarie e, infine, quelle legali. In particolare, la riserva *de qua*, a fronte degli apporti eseguiti dai sottoscrittori dei titolari degli strumenti finanziari in parola, potrebbe essere costituita sotto forma di riserva facoltativa – in quanto così deciso in sede di emissione dei relativi strumenti finanziari "partecipativi" – ovvero statutaria, ove già previsto in statuto, ai sensi dell'art. 2346, comma sesto, c.c., potendo rientrare tale aspetto tra il contenuto "facoltativo" ed ultroneo rispetto a quanto stabilito dalla predetta norma). Conf., inoltre, F. MARTORANO, *Titoli di credito. Titoli non materializzati*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 2002, 10 e ss..

⁴⁴ In tema GUERRERA, *I warrant azionari nelle operazioni di aumento del capitale*, Torino, 1995, 33; COLLA, *I buoni d'opzione o warrant*, in *Società*, 1985, 64; CHIOMENTI, *I titoli minori collegati alle azioni e alle obbligazioni: cedole, buoni di opzione e altri*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, I, p. 223 e MARCHETTI, *Aumenti di capitale ad esecuzione differita: warrant, opzione indiretta*, in *Riv. not.*, 1003, p. 233 e ss.; per la, sia pur scarsa, giurisprudenza, Trib. Torino, 21 giugno 1994, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1995, 227 e Genova, 28 marzo 2001 e, da ultimo Trib. Milano, 11 luglio 2011.

⁴⁵ Ebbene, valga chiarire che la differenza rispetto agli strumenti finanziari partecipativi è, in ogni caso, rilevante per quanto attiene la varietà di diritti patrimoniali ed amministrativi che possono essere riconnessi agli strumenti finanziari, la tipologia di apporti che possono essere eseguiti a seguito dell'emissione di detti strumenti finanziari, il carattere ontologicamente societario degli strumenti finanziari partecipativi, se è vero che la relativa disciplina deve essere espressamente inserita nello statuto.

STUDI E OPINIONI

STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI

regolamentazione separata permette alla società emittente di procedere ad una doppia richiesta di finanziamento e di ottenere una maggiore possibilità di reperire sottoscrittori che siano invogliati a, da un lato, investire in forma obbligazionaria e, dall'altro, a rischiare in titoli convertibili in azione di altra società.

Ora, volendo trattare delle modalità di emissione del titolo con *warrant*, con riferimento alla necessaria contestualità tra emissione di *warrant* e delibera di aumento di capitale a servizio in conformità a quanto disposto dall'art. 2420 *bis* c.c., la norma è, chiaramente, espressione di un principio sistematico di insostenibilità della emissione di titoli capaci di produrre l'acquisto di azioni allo stato non deliberate; ciò in quanto l'esigenza di contestualità appare essere affermata per motivi di mera protezione degli interessi dell'obbligazionista e, non in nome di un principio, quale sopra accennato, della cui valenza è lecito dubitare fortemente⁴⁶, nel senso di ritenere accettabile che le delibere di emissione di *warrant* non vengano assistite da una precedente, o contestuale, delibera di aumento di capitale sociale da porre a servizio di tale emissione⁴⁷.

⁴⁶ Cfr., DI CHIO, *Titoli atipici*, in *D. Disc. Priv. Sez. comm.*, Torino, 1998, p. 396; SPADA, *Fattispecie e disciplina cartolare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1979, II, p. 54 ss; PAVONE LA ROSA, *Titoli "atipici" e libertà di emissione nell'ambito delle strutture organizzative della grande impresa*, in *La ricapitalizzazione delle banche pubbliche (Atti del Convegno di Siracusa, 23-25 settembre 1982)*, p. 445; LIBONATI, *Titoli atipici e non*, in *Banca borsa*, 1985, I, p. 471; LENER, *Profili civilistici degli enti di gestione fiduciaria*, in *Foro It.*, 1982, V, c. 146 ss.

⁴⁷ Nei *warrant*, così come in presenza di strumenti finanziari "partecipativi", il corrispettivo, eventualmente versato a fronte della sottoscrizione di tali strumenti, infatti, è effettuato in conto patrimonio ovvero, in conto del versamento a liberazione delle azioni eventualmente sottoscritte, a seguito dell'esercizio del diritto, rispettivamente, di opzione (*warrant*) ovvero di conversione (strumenti finanziari "partecipativi"). Per tali conclusioni, relativamente ai due istituti giuridici qui in esame, si veda – relativamente ai *warrant* – ZABBAN, *op. cit.*, p. 2 e – relativamente agli strumenti finanziari "partecipativi" – MAGLIULO, *op. cit.*, 70 e ss.). Conf., inoltre, F. MARTORANO, *Titoli di credito. Titoli non materializzati*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 2002, 140 e ss..

IMPRENDITORI COLLETTIVI, ANCHE NON SOCIETARI, ED AZIONI DI RESPONSABILITÀ NELLA NUOVA PROSPETTIVA DELLA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE*

L'Autore, esaminata la disciplina degli amministratori e dei sindaci di s.p.a., analizza i riflessi processuali della Riforma del diritto societario del 2003, ed il tema dell'arbitrabilità delle azioni di responsabilità. È inoltre affrontato il profilo relativo alle azioni di responsabilità nelle società pubbliche e nelle S. r. L.. Infine, lo scritto si sofferma sulle azioni di responsabilità nelle imprese collettive non societarie.

di **TOMASO GALLETTO**

1. Premessa

Lo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali predisposto dalla Commissione Rordorf e recentemente trasmesso al Ministro della Giustizia affronta, tra i numerosi altri, anche il tema – assai delicato – delle azioni di responsabilità esperibili nell'ambito delle procedure concorsuali e, con particolare riferimento alla procedura di liquidazione giudiziale (nuova denominazione della procedura fallimentare) prevede l'integrazione dell'attuale disciplina delle azioni di responsabilità in pendenza della procedura concorsuale liquidatoria nella duplice prospettiva da un lato di una migliore definizione delle ipotesi di legittimazione attiva del curatore all'esperimento di tali azioni e, dall'altro, di superamento di talune incertezze interpretative riferibili alla disciplina applicabile nell'ambito delle società a responsabilità limitata, con particolare riferimento all'azione di responsabilità esperibile dai creditori sociali.

Per quanto riguarda la procedura di concordato preventivo, opportunamente, il progetto di riforma affida al legislatore delegato il compito di “esplicitare presupposti,

* Testo della relazione svolta al Convegno “La riforma della legge fallimentare: le proposte della Commissione Rordorf”. Una giornata dedicata a Franco Bonelli, Genova, 15 gennaio 2016.

STUDI E OPINIONI

LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE E RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

legittimazione ed effetti dell'azione sociale di responsabilità e dell'azione dei creditori sociali, in conformità di principi dettati dal codice civile". Si tratta di una scelta che contribuirà a superare le incertezze interpretative che, come è noto, connotano la materia della responsabilità degli organi gestori della società sottoposta a concordato preventivo.

La disamina delle scelte operate nella materia considerata dal progetto di riforma presuppone necessariamente un sintetico richiamo dei principî di diritto sostanziale e processuale che connotano il quadro normativo di riferimento.

Il tema della responsabilità (in sede civile) degli amministratori delle società è da sempre all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza sia per la complessità delle questioni che solleva, sia per la difficoltà di enucleare soluzioni adattabili alle diverse vicende delle imprese coinvolte.

L'importanza e la delicatezza del tema della responsabilità degli amministratori nelle imprese societarie emerge con evidenza proprio nell'attività scientifica del Prof. Bonelli che vi ha dedicato numerosi scritti tra i quali una monografia che costituisce tuttora un indispensabile punto di riferimento in materia.

La complessità della materia, specialmente nell'ambito delle procedure concorsuali liquidatorie, è ulteriormente confermata dal recente intervento delle Sezioni Unite della Cassazione che, con la pregevole sentenza n. 9100 del 2015 redatta dal Presidente Rordorf, hanno delineato un fondamentale quadro di riferimento per gli operatori del settore.

Non è dubbio che, come è stato recentemente ricordato, le azioni di responsabilità rappresentino lo strumento giuridico volto a temperare la irresponsabilità degli amministratori per il risultato economico del loro operato indirizzandoli all'osservanza dei doveri di legge, sotto la minaccia della misura risarcitoria (così il Prof. Cabras a commento della menzionata sentenza delle Sezioni Unite), ma i confini di tale responsabilità sono di complessa identificazione proprio in ragione della funzione gestoria svolta dagli amministratori.

La funzione di gestione (esclusiva, *ex art. 2380 bis* cod. civ.) dell'impresa sociale che è attribuita agli amministratori fa sì che ad essi siano imputabili, in caso di inosservanza dei doveri gestori, le conseguenze del loro operato.

Il problema di fondo consiste nel distinguere con sufficiente chiarezza i confini della responsabilità degli amministratori (verso la società amministrata, verso i creditori sociali e verso i terzi) rispetto ad una attività (quella di amministratore) che implica quotidianamente l'adozione di decisioni e scelte che si possono dimostrare (*ex post*) sbagliate e dannose e che quindi in astratto potrebbero comportare una responsabilità in capo a chi tali scelte ha compiuto.

Come è noto a tali difficoltà si cerca di ovviare adottando taluni accorgimenti che riguardano principalmente i criteri utilizzati per verificare la sussistenza di fattispecie di responsabilità nelle ipotesi (che sono le più ricorrenti) nelle quali da un lato non vi è la

STUDI E OPINIONI

LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE E RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

violazione di una specifica norma di legge o dello statuto della società e, dall'altro, dalle scelte degli amministratori consegue un danno per la società ed i creditori sociali.

I due criteri di riferimento sono da un lato la *diligenza* adoperata dagli amministratori e dall'altro *la insindacabilità delle scelte imprenditoriali* operate dagli stessi, purché sussistano certe condizioni (valutazione oggettiva delle circostanze e delle informazioni ed esclusione delle operazioni di pura sorte).

La riforma del diritto societario ha inciso significativamente la materia considerata anche attraverso la presa d'atto del diverso contesto economico-sociale attuale rispetto a quello considerato dal legislatore del 1942 (che pure, per la verità, si è dimostrato molto lungimirante, come risulta dalla ricchezza dei lavori preparatori in materia di società).

Si è proceduto non solo ad una più analitica definizione degli obblighi e delle correlative responsabilità degli amministratori ma anche a una più puntuale disciplina dei controlli e della revisione dei conti delle società, allo scopo di aumentare la trasparenza delle vicende societarie e di cercare di evitare abusi nell'utilizzazione dello schermo della persona giuridica e della conseguente responsabilità limitata degli azionisti.

2. Lo stato dell'arte: amministratori e sindaci dopo la riforma del 2003

Il quadro normativo della responsabilità degli amministratori si configura – dopo la riforma del 2003 – sinteticamente nei termini che seguono.

- a) nuove disposizioni in tema di amministrazione della società;
- b) nuove disposizioni in tema di responsabilità.

Per quanto riguarda l'attività di amministrazione il nuovo art. 2380 bis cod. civ. dispone che la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori ed il nuovo art. 2381 descrive le attribuzioni del Consiglio di amministrazione e quelle che possono essere delegate a taluno dei componenti di tale organo.

Il primo dato normativo è rilevante purché l'attribuzione agli amministratori della gestione esclusiva dell'impresa (sociale) determina, quale conseguenza, una piena responsabilità di questi ultimi rispetto alle scelte gestionali operate.

Di ciò è riprova la previsione contenuta all'art. 2364 n. 5, laddove si conferma la responsabilità degli amministratori anche per gli atti autorizzati dall'assemblea dei soci e pertanto si impedisce una loro deresponsabilizzazione (per effetto della delibera assembleare).

Il secondo dato normativo è a sua volta molto rilevante perché descrive l'essenza delle funzioni del C.d.A., i limiti della delegabilità di tali funzioni, i diritti ed i doveri rispettivamente degli organi delegati e dei singoli amministratori privi di deleghe, nonché del Consiglio nel suo complesso.

Rispetto al passato si assiste ad una particolare accentuazione del compito di costante verifica dell'adeguatezza della struttura organizzativa, amministrativa e

STUDI E OPINIONI

LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE E RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

contabile dell'impresa e si sottolinea altresì l'obbligo, per tutti gli amministratori, di agire in modo informato.

Emerge dal dato normativo la volontà del legislatore di contrastare il fenomeno – ricorrente nella prassi – di amministratori che siedono nei consigli di amministrazione con una presenza soltanto formale, disinteressandosi in concreto della amministrazione della società.

L'obbligo di agire in modo informato responsabilizza infatti *tutti* gli amministratori, anche quelli privi di deleghe operative.

Ancora, gli amministratori privi di deleghe sono destinatari di una posizione di garanzia rispetto agli amministratori operativi, perché rispondono solidalmente con questi ultimi se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non fanno quanto in loro potere per impedire il compimento di attività dannose o per eliminarne o attenuarne le conseguenze (art. 2392, terzo comma).

Per quanto riguarda i profili sostanziali di responsabilità degli amministratori rilevano principalmente le disposizioni di cui agli artt. 2392, 2394 e 2395, destinate a disciplinare rispettivamente la responsabilità verso la società, quella verso i creditori sociali e quella verso i soci o i terzi direttamente danneggiati dagli amministratori.

Più marginalmente rilevano gli artt. 2391 e 2391bis in tema di operazioni in conflitto di interessi e con parti correlate (relativamente alle società quotate).

L'art. 2392 è stato significativamente innovato dalla riforma del 2003 in due diverse direzioni: da un lato innalzandosi il livello della diligenza e competenza richiesta agli amministratori e, dall'altro, limitando la responsabilità degli amministratori non operativi per gli atti di quelli operativi alla violazione del dovere di sorveglianza e di agire in modo informato.

Per quanto concerne la natura del rapporto che lega gli amministratori alla società amministrata, indiscussa la fonte contrattuale di tale rapporto, si ritiene ormai superata la riconducibilità al contratto di mandato, in passato sostenuta da dottrina e giurisprudenza.

L'immedesimazione organica che contraddistingue il rapporto tra amministratore e società (quest'ultima non può che agire nel mondo del diritto per mezzo di persone fisiche) e l'esclusivo potere di gestione dell'impresa che la legge attribuisce agli amministratori (e non ai soci, arg. *ex art.* 2364 n. 5 e 2380 *bis*) mal si attagliano alla figura del mandato.

Tuttavia la società è autonomo centro di imputazione di rapporti giuridici e la società di capitali, godendo di autonomia patrimoniale perfetta, è persona giuridica.

E' quindi ragionevole dedurre che la società, manifestando la sua volontà per mezzo dell'assemblea dei soci che nomina gli amministratori (ovvero tramite i soci stessi che provvedono alla nomina nell'atto costitutivo) pone in essere una relazione giuridica, di natura contrattuale, con i suoi amministratori.

STUDI E OPINIONI

LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE E RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

Si tratta di un contratto dal quale scaturisce per l'amministratore il dovere di gestire la società come prescritto dalla legge e dallo statuto e per la società l'obbligo di remunerare l'amministratore per l'opera svolta (salva la rinuncia del compenso, che le parti nella loro autonomia possono stipulare).

Così descritto tale contratto assume, almeno parzialmente, i caratteri dell'atipicità, fermo restando che larga parte dei suoi contenuti è disciplinata dalle norme dettate dalla legge.

Le vicende che attengono alla responsabilità dei sindaci sono - come si sa - ancora più dibattute e complesse di quelle riguardanti gli amministratori.

La ragione di tale complessità deriva anche dalla eccessiva ampiezza dei doveri di controllo che la legge assegna al collegio sindacale, circostanza che fin dall'introduzione dell'organo di controllo (avvenuta con il codice di commercio del 1882) aveva indotto la dottrina ad individuare in essa una delle cause dell'insufficienza (o inefficienza?) del controllo medesimo.

Con la riforma del 2003 si è stabilita la tendenziale separazione tra "controllo gestionale", inderogabilmente assegnato ai sindaci e "revisione legale dei conti" che può essere attribuita a soggetti qualificati, diversi dai sindaci.

I doveri che connotano la funzione sindacale di controllo gestionale sono declinati all'art. 2403, primo comma, cod. civ imponendosi ai sindaci di vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento.

Si tratta di compiti (meglio, doveri) assai gravosi, anche perché l'interpretazione giurisprudenziale di essi si è da tempo indirizzata nel senso di pretendere dai sindaci un controllo di legittimità non solo formale, ma anche sostanziale, dell'operato degli amministratori ed in questa prospettiva risulta molto difficile tracciare una nitida linea di confine tra il controllo di legittimità (sostanziale, come vuole la giurisprudenza) e controllo di merito sulle operazioni societarie, la responsabilità delle quali appartiene pur sempre agli amministratori.

Anche l'affidamento a terzi (revisore legale o società di revisione) del controllo contabile non esime il collegio sindacale dal dovere di verificare l'adeguatezza delle modalità di espletamento di tali attività, anche attraverso una interlocuzione tra collegio sindacale e revisore.

La funzione di sentinella della legalità (formale e sostanziale) dell'amministrazione della società che è attribuita ai sindaci rende di immediata percezione l'ampiezza della responsabilità che è loro attribuita dalla legge.

A questo proposito, come è noto, l'art. 2407 cod.civ. distingue due diversi profili di responsabilità del collegio sindacale: una diretta e riferita alla verità delle loro attestazioni e alla conservazione del segreto di ufficio; l'altra, indiretta e solidale,

STUDI E OPINIONI

LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE E RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

riferita ai fatti ed alle omissioni degli amministratori quando il danno non si sarebbe prodotto se i sindaci avessero vigilato secondo professionalità e diligenza.

E' questo secondo profilo che nella quasi totalità dei casi viene in rilievo in tema di azione di responsabilità nei confronti dei sindaci.

Più precisamente è l'aspetto che sistematicamente ricorre nell'ipotesi di fallimento della società (molto raramente, invece, nell'ipotesi di procedure concorsuali minori).

Al di là di quanto possa apparire da una lettura superficiale della norma, si tratta di una ipotesi di responsabilità propria dei sindaci (per omesso controllo) e non già di una responsabilità per fatto altrui (degli amministratori).

Non è possibile in questa sede approfondire ulteriormente i profili sostanziali delle responsabilità dell'organo sindacale: qui era importante soltanto sottolineare, per rapidi cenni, l'importanza e l'ampiezza dei doveri che incombono sul sindaco di società di capitali.

3. Riflessi processuali della riforma del 2003

La tradizionale ripartizione delle azioni di responsabilità in ambito societario, che si declina nell'azione sociale di responsabilità, nell'azione dei creditori sociali ed in quella dei singoli soci o terzi direttamente danneggiati dagli amministratori, è stata incisa solo marginalmente dalla riforma del 2003 dal punto di vista sostanziale, mentre diverse novità sono state introdotte dal punto di vista processuale.

Sotto questo profilo, infatti, sono stati colti alcuni spunti di derivazione giurisprudenziale, si è prevista la possibilità dell'iniziativa dei soci titolari di una soglia qualificata del capitale sociale nell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, i sindaci sono stati legittimati all'esercizio dell'azione nei confronti degli amministratori e sono stati meglio precisati i profili dell'esercizio delle azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali.

Gli interventi normativi ai quali si è fatto cenno presentano taluni profili di difficile decifrazione nonostante l'apparente linearità del testo legislativo.

Le nuove ipotesi di legittimazione ad agire, la diversa formulazione in taluni casi delle regole relative ai termini per l'esercizio dell'azione, l'istituzione del cosiddetto Tribunale delle imprese impongono una nuova lettura, sotto il profilo del diritto processuale, delle azioni di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci.

Per quanto riguarda la legittimazione ad agire nell'ambito delle procedure concorsuali occorre rilevare che il legislatore della riforma ha provveduto ad accorpate nel nuovo art. 2394bis cod.civ. la disciplina delle azioni di responsabilità, precedentemente frammentata nell'ambito di diversi contesti normativi (legge fallimentare ed altre normative speciali in tema di insolvenza).

La nuova norma dispone che in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria le azioni di responsabilità (quella

STUDI E OPINIONI

LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE E RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

sociale e quella esercitabile dai creditori sociali) spettano al curatore, al commissario liquidatore e al commissario straordinario.

Si tratta di una legittimazione sostitutiva di quella originariamente spettante alla società, ai soci di minoranza, ai sindaci ed ai creditori sociali e non di una autonoma azione di responsabilità derivante dalla sottoposizione dell'ente alla disciplina concorsuale.

L'organo concorsuale, quindi, esercita le medesime azioni e, nell'ipotesi in cui esse siano in corso, subentra *ex lege* quale soggetto legittimato alla loro prosecuzione.

La particolarità della fattispecie consiste nella circostanza che le due azioni di responsabilità (quella sociale e quella dei creditori sociali) nell'ipotesi di procedura concorsuale (diversa dal concordato preventivo, naturalmente) confluiscono in un'unica azione al cui esercizio è legittimato l'organo concorsuale e che, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, assume carattere unitario ed inscindibile cumulando i presupposti e gli scopi di entrambe le azioni.

E' tuttavia discusso se le due azioni di responsabilità mantengano la loro autonoma disciplina, ancorché cumulativamente esercitate in ambito concorsuale, ovvero se il loro esercizio unitario consenta che si possa alternativamente fare ricorso ai presupposti dell'una e/o dell'altra senza necessità di una specifica individuazione dei fatti costitutivi dell'una e/o dell'altra.

La ontologica diversità di causa *petendi* e di *petitum* che caratterizza le due azioni di responsabilità alle quali si fa riferimento induce a preferire la tesi che, ferma restando la legittimazione dell'organo concorsuale all'esercizio unitario di tali azioni, ritiene necessario che siano dedotti in causa specificamente i presupposti dell'una o dell'altra, ovvero di entrambe ma che non sia possibile invece passare indifferentemente dall'una all'altra, ove i presupposti di fatto di entrambe non siano specificamente dedotti in giudizio.

Il carattere derivato e non originario della legittimazione degli organi fallimentari all'esercizio delle azioni di responsabilità si riflette anche sulla disciplina dei termini per l'esercizio di tali azioni che restano quelli ordinari.

A seguito della istituzione delle sezioni specializzate in materia di impresa di cui alla legge 24 marzo 2012 n.27 (più comunemente conosciute quale "tribunale delle imprese") la competenza a giudicare in materia di azioni di responsabilità da chiunque promosse contro i componenti degli organi amministrativi o di controllo, i liquidatori, il direttore generale ed i soggetti incaricati della revisione contabile nelle società di capitali spetta al tribunale delle imprese istituito presso il capoluogo di Regione, salvi gli accorpamenti previsti con riferimento a talune regioni.

Vi è quindi una possibile dissociazione, in ipotesi di procedure concorsuali, tra il tribunale competente per la dichiarazione di fallimento e per la gestione della relativa procedura e quello competente per l'esercizio delle azioni di responsabilità promosse dagli organi fallimentari ai sensi del nuovo art. 2394 bis cod.civ.

STUDI E OPINIONI

LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE E RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

La circostanza non deve stupire in quanto, come in precedenza si è già rilevato, l'azione di responsabilità esercitata dagli organi fallimentari non è una azione derivante dal fallimento e come tale attratta alla competenza funzionale ed inderogabile del tribunale fallimentare *ex. art. 24 L.F.* .

Gli organi fallimentari esercitano le azioni di responsabilità di cui artt. 2393 e 2394 (ma anche quella degli azionisti di minoranza *ex. art. 2393 bis*) del Codice Civile sostituendosi ai soggetti ordinariamente legittimati.

In questa prospettiva, dunque, il curatore eserciterà l'azione di responsabilità nei confronti degli organi sociali della società fallita davanti al tribunale delle imprese ancorché il fallimento sia stato dichiarato da un diverso tribunale ubicato nella regione.

Analogamente anche le azioni di responsabilità promosse dalla società, dai soci di minoranza o dai creditori sociali saranno devolute alla competenza esclusiva del tribunale delle imprese indipendentemente dalla ubicazione della sede legale della società nella circoscrizione di altro tribunale.

Per quanto riguarda il rito applicabile l'avvenuta abrogazione del processo societario fa sì che il processo davanti al tribunale delle imprese sia regolato dalle norme che disciplinano il processo ordinario di cognizione.

Gli aspetti strettamente processuali delle azioni di responsabilità esercitabili nei confronti di amministratori e sindaci debbono essere separatamente indagati distinguendosi tra l'azione sociale di responsabilità da un lato e l'azione dei creditori sociali dall'altro (non approfondendosi in questa sede i profili dell'azione diretta del socio o del terzo di cui all'art. 2395 cod. civ., se non per segnalarne l'indiscussa natura extracontrattuale).

L'azione sociale di responsabilità è certamente una azione contrattuale (meglio, una azione per inadempimento contrattuale) essendo ascrivibile al novero dei rapporti contrattuali (sia pure connotati da elementi di atipicità) le relazioni che legano gli amministratori e i sindaci alla società.

In questa prospettiva, trattandosi dell'inadempimento di obblighi contrattuali, chi agisce con l'azione di responsabilità sociale ha l'onere di individuare i comportamenti contrari alla legge o allo statuto posti in essere dai convenuti in responsabilità, il danno che ne è conseguito ed il nesso causale tra il comportamento denunciato e il danno di cui si chiede il risarcimento.

Spetta invece ai convenuti, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., dimostrare che l'inadempimento agli obblighi legali o statutari deriva da fatti ad essi non imputabili.

Si tratta di una circostanza estremamente rilevante poiché essa esime l'attore dall'onere di dimostrare la sussistenza dell'elemento soggettivo (colpa o dolo) in capo al soggetto convenuto in giudizio. In virtù del richiamato principio codificato all'art. 1218 cod. civ., infatti, la colpa si presume una volta dimostrato l'inadempimento e spetta al convenuto superare tale presunzione provando la non imputabilità dell'inadempimento (la giurisprudenza sul punto è pacifica: cfr. ad esempio Cass. 27 aprile 2011 n. 9384)

STUDI E OPINIONI

LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE E RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

L'azione di responsabilità promossa dai creditori sociali, invece, si configura, secondo l'orientamento maggioritario della dottrina e della giurisprudenza, fondata su una responsabilità da fatto illecito e quindi con natura extracontrattuale, con tutte le conseguenze che ne derivano sotto il profilo probatorio (l'elemento soggettivo costituito dalla colpa o dal dolo deve essere dimostrato dall'attore).

Ciò detto in ordine al diverso atteggiarsi dell'onere della prova nelle due diverse azioni di responsabilità, può essere interessante notare che, indipendentemente dal tipo di azione esercitata, l'attore è onerato di individuare sin dall'inizio i comportamenti degli amministratori asseritamente contrari dai doveri imposti dalla legge o dallo statuto sociale e non è invece sufficiente – come spesso avviene – che l'atto introduttivo del giudizio contempra genericamente il compimento di atti di *mala gestio* ed enunci genericamente i danni che ne siano derivati con rinvio, nel corso ulteriore del giudizio, ad una più specifica descrizione di tali comportamenti.

In questa prospettiva la giurisprudenza ha chiarito che la compiuta enunciazione della causa *petendi* di un'azione di responsabilità nei confronti di amministratori o sindaci (sia essa azione sociale o azione dei creditori sociali) richiede non la generica denuncia di un fenomeno di *mala gestio*, bensì l'indicazione di ben individuati comportamenti illegittimi, attivi o omissivi e che l'eventuale denuncia in corso di causa di comportamenti illegittimi diversi ed ulteriori, rispetto a quelli menzionati dall'atto introduttivo, implica il mutamento essenziale di uno degli elementi di identificazione della domanda inammissibile se a quel momento si sono già verificate le preclusioni processuali alla introduzione di nuove domande (cfr. in questo senso Cass. 27 ottobre 2006 n. 23180). Anche l'ipotesi, che talvolta ricorre, di enunciazione dei fatti addebitati ad amministratori e sindaci mediante il rinvio contenuto nell'atto di citazione a documenti (relazioni tecniche, relazioni del curatore) allegati agli atti del processo deve essere vista con disfavore.

In questo senso si è espressa, di recente, Cass. 12 dicembre 2008 n.29241, in relazione alla possibilità di desumere la determinazione del *petitum* e l'esatta indicazione della causa *petendi* dal contenuto della documentazione prodotta dall'attore, con finalità probatoria, all'atto della sua costituzione in giudizio; la Corte di Cassazione, nella succitata pronuncia, conclude nel senso dell'inammissibilità di un criterio di valutazione che tenga conto della documentazione allegata all'atto di citazione, sulla base dell'argomento fondato sulla ratio della previsione normativa di cui all'art. 163, comma 3, nn.3 e 4, c.p.c., posta nell'interesse precipuo del convenuto in ragione dell'esigenza di apprestare le proprie difese sulla base del contenuto dell'atto di citazione; l'esigenza di difesa del convenuto risulterebbe compromessa ove si ammettesse la possibilità di integrazione in base al contenuto della produzione documentale, successiva nel tempo rispetto alla citazione in giudizio in quanto presentata all'atto della costituzione dell'attore ai sensi dell'art.165 c.p.c.

STUDI E OPINIONI

LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE E RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

Per quanto riguarda gli ulteriori profili probatori, specialmente riferibili all'entità del danno risarcibile nell'ambito delle azioni di responsabilità, esula dai limiti del presente lavoro il loro approfondimento. Qui preme soltanto sottolineare le difficoltà insite nella individuazione e quantificazione del danno risarcibile, specialmente nell'ambito delle azioni di responsabilità promosse in occasione di procedure concorsuali: sono note in proposito le oscillazioni della dottrina e della giurisprudenza in ordine ai criteri di quantificazione del danno risarcibile.

L'importante intervento delle Sezioni Unite nel 2015, del quale già si è riferito, ha contribuito a chiarire non soltanto i vari profili degli oneri di allegazione e prova nell'ambito delle azioni di responsabilità anche in sede concorsuale, ma soprattutto ha ricondotto ad ipotesi residuale il criterio di liquidazione del danno nella differenza tra il passivo e l'attivo accertati in sede concorsuale, chiarendo che la mancanza o irregolare tenuta delle scritture contabili non è sufficiente a consentire il ricorso a quel criterio di determinazione del danno risarcibile sul condivisibile assunto che le scritture contabili registrano gli accadimenti economici che interessano l'attività dell'impresa, ma certamente non li determinano.

Il criterio della differenza tra il passivo e l'attivo potrà essere – in via residuale – utilizzato quando ricorrano le condizioni perché si proceda ad una liquidazione equitativa del danno, siano indicate le ragioni che non hanno permesso l'accertamento puntuale degli effetti dannosi della condotta imputata all'amministratore ed il ricorso a detto criterio si presenti logicamente plausibile in rapporto al caso concreto.

Pur essendo vero, come da più parti rilevato, che la Corte non ha condiviso gli auspici della dottrina maggioritaria, favorevole al ripudio totale del criterio di liquidazione del danno fondato sullo sbilancio tra attivo e passivo accertati in sede concorsuale, occorre riconoscere che dall'impianto della motivazione della richiamata decisione emerge con estrema chiarezza la marginalità delle ipotesi in cui ancora potrà farsi ricorso a detto criterio.

4. L'arbitrabilità delle azioni di responsabilità

Anteriormente alla riforma societaria del 2003 e più precisamente all'introduzione della disciplina dell'arbitrato societario di cui agli artt. 34/36 del d.lgs. 5/2003 (che dettava norme sul processo societario oggi abrogate fatta eccezione appunto per il solo arbitrato societario), il dibattito in ordine alla arbitrabilità delle controversie in materia di responsabilità di amministratori e sindaci è stato molto vivace.

Si discuteva infatti in ordine alla presenza, nell'ambito delle vicende che attengono alla responsabilità di amministratori e sindaci, di interessi trascendenti quelli dei singoli soci e si dubitava conseguentemente della possibilità di devolvere in arbitrato tali controversie.

A partire peraltro dall'ultimo decennio del secolo scorso alcune decisioni della Suprema Corte hanno chiarito che l'azione di responsabilità nei confronti di

STUDI E OPINIONI

LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE E RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

amministratori e sindaci poteva formare oggetto di arbitrato (tanto rituale, quanto irrituale) individuando con chiarezza un sicuro dato normativo che militava in favore di tale scelta.

Si osservava infatti che l'ambito oggettivo dell'arbitrabilità delle controversie era individuato, ai sensi dell'art. 806 c.p.c., nella transigibilità dei diritti che ne formavano oggetto. In questa prospettiva la previsione contenuta nell'art. 2393 cod. civ. a mente della quale l'azione di responsabilità sociale può essere rinunziata o transatta, purchè a ciò non si opponga una minoranza qualificata dei soci, rendeva palese la disponibilità dei diritti sottesi a tale azione e conseguentemente doveva affermarsi l'arbitrabilità della relativa controversia (per una conferma di tale consolidato orientamento cfr. ad esempio Cass. 19 febbraio 2014 n.3887, riferita a vicenda anteriore alla riforma societaria).

La disciplina dell'arbitrato societario introdotta con il d.lgs. 5/2003 ha posto fine a qualsiasi residua perplessità sul punto, disponendo espressamente all'art.34, quarto comma che "gli atti costitutivi possono prevedere che la clausola abbia ad oggetto controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti e, in tale caso, essa, a seguito dell'accettazione dell'incarico, è vincolante per costoro".

Questa scelta del legislatore, se da un lato pone fine ad ogni dubbio sull'arbitrabilità dell'azione sociale di responsabilità (sia pure, come si accennerà nel prosieguo, soltanto con le regole dell'arbitrato societario), da altro lato pone qualche dubbio interpretativo in merito alla vincolatività della scelta arbitrale nei confronti di soggetti estranei alla convenzione di arbitrato.

Secondo il consolidato orientamento della corte costituzionale, come è noto, la compatibilità della scelta arbitrale con il diritto di azione in sede giurisdizionale garantito dall'art.24 cost. è subordinata alla volontarietà della scelta arbitrale, essendo per contro inammissibile ogni forma di arbitrato obbligatorio.

In questa prospettiva si pone il problema della opponibilità della scelta arbitrale nei confronti di soggetti (amministratori, sindaci e liquidatori) che sono estranei alla convenzione di arbitrato stipulata dai soci in sede di atto costitutivo ovvero successivamente introdotta nello statuto della società.

La dottrina ha superato tali dubbi osservando che la norma introduce una sorta di "consenso implicito" degli organi sociali alla devoluzione in arbitrato delle controversie che li riguardano e che consegue alla accettazione della carica.

Ciò è sicuramente vero qualora la convenzione di arbitrato preesista alla accettazione della carica, mentre la questione è più delicata nell'ipotesi in cui la convenzione di arbitrato venga introdotta nello statuto sociale durante l'esercizio della carica sociale.

In questo caso si ritiene, condivisibilmente, che gli amministratori, i sindaci e i liquidatori, ove siano in disaccordo sulla sottoposizione ad arbitrato delle controversie che li riguardano, abbiano la facoltà di rinunciare all'incarico per giusta causa.

STUDI E OPINIONI

LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE E RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

Un profilo molto delicato riguarda l'efficacia soggettiva della clausola arbitrale statutaria nei confronti di soggetti che, pur non essendo menzionati nell'art.34, quarto comma del d.lgs. 5/2003, ricoprono ruoli gestionali o di controllo nella società.

Per quanto concerne i componenti del consiglio di gestione e di sorveglianza è ragionevolmente predicabile una interpretazione estensiva che comporta la riferibilità anche ad essi della convenzione statutaria di arbitrato.

Più delicata è la vicenda relativa all'amministratore di fatto, sembrando preferibile tra le varie opinioni della dottrina quella che esclude la soggezione dell'amministrazione di fatto alla convenzione di arbitrato in difetto di una espressa accettazione dell'incarico dalla quale conseguirebbe una accettazione implicita della convenzione di arbitrato, assicurandosi così il rispetto dell'art. 24 cost.

Sul punto deve tuttavia rilevarsi che la giurisprudenza milanese sembra consolidarsi nel senso di ritenere ricomprese nella clausola arbitrale statutaria anche le controversie che attengono alla responsabilità dell'amministratore di fatto (cfr. Trib. Milano, 22 agosto 2012 n. 9494 e ID., 1 luglio 2010 in *Le Società*, 2010, 1396).

Secondo l'opinione maggioritaria in dottrina, invece, la convenzione statutaria di arbitrato non potrebbe estendersi alle controversie promosse da (o nei confronti di) società di revisione o revisore dei conti.

Non vi sono quindi ostacoli, nei limiti in precedenza indicati, alla arbitrabilità dell'azione sociale di responsabilità.

Merita peraltro di essere ricordata, in questo contesto, la questione relativa alla esclusività o meno dell'arbitrato societario disciplinato dal d.lgs. 5/2003 e più precisamente della ammissibilità del ricorso all'arbitrato di diritto comune in ambito societario.

In dottrina e nella giurisprudenza di merito prevale l'opinione, suffragata anche dai lavori preparatori della riforma del 2003, che ammette la compatibilità dell'arbitrato di diritto comune in ambito societario, consentendo ai soci di optare per l'una o l'altra soluzione (si tratta della teoria cd del "doppio binario"). La Corte di Cassazione, peraltro, con una serie di pronunce a partire dal 2010 ha bruscamente posto fine al dibattito affermando perentoriamente (e per la verità con motivazioni assai sbrigative) l'esclusività del solo arbitrato societario come disciplinato dal d.lgs. 5/2003.

La Corte ritiene nulle le convenzioni di arbitrato di diritto comune inserite negli atti costitutivi o negli statuti di società commerciali e ravvisa ipotesi di responsabilità disciplinare a carico del notaio che rediga un atto costitutivo di società contenente una clausola compromissoria di arbitrato di diritto comune. Non è possibile in questa sede affrontare *ex professo* la questione, che pure è più complessa e di soluzione più incerta di quanto non traspaia dalle motivazioni dei giudici di legittimità.

Qui conviene soltanto sottolineare, dal punto di vista della pratica applicativa, la necessità che le convenzioni di arbitrato inserite negli atti costitutivi o negli statuti di società commerciali siano rispettose della specifica disciplina dell'arbitrato societario ed

STUDI E OPINIONI

LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE E RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

in particolare prevedano che la nomina degli arbitri sia effettuata in ogni caso da un soggetto diverso dalle parti in conflitto, poiché la violazione di tale regola determina la nullità insanabile della convenzione di arbitrato.

Ammessa, nei termini che precedono, l'arbitrabilità delle azioni sociali di responsabilità occorre indagare, sia pure sinteticamente, quali conseguenze derivino dalla sottoposizione della società a fallimento (in futuro, liquidazione giudiziale).

La configurazione dell'azione spettante al creditore *ex art. 146 L.F.* quale azione unitaria, ricomprendente tanto l'azione sociale di responsabilità, quanto quella dei creditori sociali, dovrebbe comportare la sopravvenuta inefficacia della clausola compromissoria statutaria, dal momento che essa non sarebbe certamente opponibile ai terzi (i creditori sociali).

In questo senso si è recentemente espressa la Suprema Corte osservando che “le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di una società di capitali previste dagli artt. 2393 e 2394 c.c., pur essendo tra loro distinte, in caso di fallimento dell'ente, confluiscono nell'unica azione di responsabilità, esercitabile da parte del curatore ai sensi della L. Fall. Art. 146, la quale, assumendo contenuto inscindibile e connotazione autonoma rispetto alle prime [...] implica una modifica della legittimazione attiva di quelle azioni, ma non ne immuta i presupposti. Da tale principio, non consegue affatto la vincolatività della clausola arbitrale prevista nello statuto [...], atteso che rispetto all'azione dei creditori sociali, che il Commissario straordinario ha esercitato, non può essere fatta valere la clausola statutaria, per l'evidente rilievo che i creditori sono terzi rispetto alla società” (Cass. 12 settembre 2014, n. 19308).

Si tratta di una soluzione oggettivamente indiscutibile, che esclude la percorribilità della via arbitrale nell'ambito dell'azione di responsabilità *ex art. 146 L.F.* (a meno che, ma si tratta di caso di scuola, essa non sia limitata alla sola azione sociale).

5. Cenni all'azione di responsabilità nell'ambito delle società pubbliche

Nell'affrontare i profili della responsabilità di amministratori e sindaci, sia pure dall'angolo visuale del diritto processuale, non può non farsi cenno alle delicate questioni che si pongono in ordine all'applicabilità o meno delle regole di diritto comune nell'ambito delle società pubbliche.

Il tema delle società pubbliche, come è risaputo, è di estrema attualità sotto diversi profili che spaziano dalla politica economica (nell'ambito della quale si contesta l'utilizzazione spregiudicata da parte degli enti locali degli strumenti societari che determina un intollerabile aumento dei costi di gestione) alla regolazione delle crisi delle imprese pubbliche con particolare riferimento alla applicabilità o meno della disciplina fallimentare.

Esula dai limiti del presente lavoro un'approfondita indagine sul fenomeno delle società pubbliche: in questa sede si farà cenno soltanto a quei profili che coinvolgono

STUDI E OPINIONI

LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE E RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

gli aspetti processuali della responsabilità degli organi di amministrazione e di controllo di esse.

In questi limiti circoscritti occorre preliminarmente distinguere, all'interno della categoria delle società pubbliche, quelle che, pur partecipate dallo Stato o da enti pubblici operino nel mercato in regime di concorrenza e quelle, invece, che – interamente partecipate, da uno o più enti pubblici - svolgano attività non commerciale o industriale e che siano strumentali all'erogazione di servizi pubblici, configurandosi così quali articolazioni dell'ente pubblico rispetto alle quali quest'ultimo esercita un controllo analogo a quello normalmente esercitato sui propri uffici.

La distinzione rileva non soltanto ai fini dell'applicazione della disciplina comunitaria in materia di contratti di lavori, forniture o servizi pubblici, ma anche dal punto di vista processuale.

Le società in mano pubblica, infatti, non perdono per il solo fatto di tale partecipazione le loro caratteristiche tipiche di società lucrative, come tali assoggettate alle regole del diritto privato; quando tuttavia la società in mano pubblica si configuri quale mero strumento organizzativo per la gestione, da parte dell'ente pubblico titolare di un pubblico servizio (cosiddette società *in house*), allora la funzione prevale sulla forma societaria, nel senso che non ci si troverebbe di fronte ad una persona giuridica autonoma, ma ad una mera articolazione dell'ente pubblico (per una recente affermazione di questi principi cfr. Cass. sez. un. 25 novembre 2013 n. 26233).

Dal punto di vista processuale dalla distinzione sopra indicata tra società con partecipazione pubblica e società *in house* discendono rilevanti conseguenze.

Occorre infatti domandarsi se in ipotesi di *mala gestio* da parte degli amministratori ricorra o meno la giurisdizione della Corte dei Conti anche ai fini del risarcimento del danno erariale.

Sotto questo profilo la giurisprudenza, dopo qualche oscillazione, sembra ormai consolidata nel senso che occorre distinguere tra le due fattispecie.

Con riferimento alle società meramente partecipate da enti pubblici si tende ad escludere la giurisdizione della Corte dei Conti per gli atti di *mala gestio* che abbiano depauperato il patrimonio sociale: l'azione del procuratore contabile resterebbe quindi confinata al solo danno diretto subito dal socio pubblico in applicazione di quanto dispone l'art. 2395 cod. civ.; nell'ambito del danno diretto sarebbe altresì da ricomprendere il danno all'immagine e, secondo taluni, anche il danno alla funzione pubblica.

A diversa soluzione invece si perviene con riferimento alle società *in house* perché il danno da esse subito a seguito di atti di *mala gestio* degli amministratori si risolverebbe in un danno diretto al patrimonio di una pubblica amministrazione in ragione del fatto che la distinzione tra socio pubblico e società avrebbe una valenza puramente formale. In questa ipotesi, allora, sussisterebbe pienamente la giurisdizione contabile, sostituendosi l'azione erariale a quella ordinaria di responsabilità.

STUDI E OPINIONI

LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE E RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

Nelle società a partecipazione pubblica (non in quelle *in house*) il regime della responsabilità per atti di *mala gestio* è dunque riconducibile alle ordinarie regole codicistiche e, quale corollario della natura privatistica e lucrativa di tali società esse risulteranno assoggettabili a fallimento, come recentemente chiarito dalla Corte di legittimità, e conseguentemente saranno esperibili nei confronti dei loro amministratori e sindaci le azioni di responsabilità di cui agli artt. 146 comma 2 L.F. e 2394bis cod.civ.

6. Il dilemma delle azioni di responsabilità nelle S. r. l.

Il legislatore della riforma, come è noto, ha riscritto la normativa codicistica in materia di società a responsabilità limitata, emancipando quest'ultima dal ruolo di "sorella minore" della S.p.A. che le era stato attribuito nell'impianto originario del codice.

Anche le regole sostanziali in tema di responsabilità degli amministratori non coincidono più con quelle previste nell'ambito della Società per Azioni. Di queste nuove regole, specifiche per la S.r.L., occorre fare un breve cenno, funzionale alla disamina dei profili processuali specifici delle azioni di responsabilità nell'ambito della tipologia societaria in esame.

L'art. 2476 cod. civ. dispone la responsabilità solidale degli amministratori verso la società per i danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società onerando chi si voglia sottrarre alla solidarietà della dimostrazione di essere esente da colpa e, ove a conoscenza dell'atto dannoso, di aver fatto constare il proprio dissenso.

Nonostante l'apparente somiglianza di queste regole con quelle previste nella Società per Azioni, la responsabilità degli amministratori delle S.r.L. presenta connotazioni peculiari: basti al riguardo ricordare che le norme non fanno cenno alla diligenza professionale ed all'obbligo di agire in modo informato, imposti invece agli amministratori di S.p.A.

Altra significativa differenza che occorre ricordare concerne la responsabilità solidale con gli amministratori dei soci che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi. (art. 2476 comma 7, cod.civ.).

La norma composita che disciplina la responsabilità degli amministratori nella S.r.L. fa salvo il risarcimento dei danni spettante al singolo socio o al terzo che siano stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori, riprendendo il contenuto dispositivo dell'art. 2395, riferito alle S.p.A.

La disciplina sostanziale dettata in tema di responsabilità degli amministratori di S.r.L. della quale si è fatto cenno in precedenza presenta lacune ed oscurità che si riverberano sia sotto il profilo del diritto sostanziale sia sotto quello strettamente processuale.

Dal punto di vista sostanziale la norma pone un dilemma di non agevole soluzione.

STUDI E OPINIONI

LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE E RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

L'art. 2476 cod. civ., infatti, non menziona, accanto all'azione di responsabilità per danni alla società, l'azione dei creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, prevista dall'art. 2394 cod. civ. in materia di società per azioni.

La lacuna normativa che ne consegue, e che non trova giustificazione nei lavori preparatori e nella relazione di accompagnamento alla riforma, pone l'interprete di fronte all'alternativa se ritenere esclusa l'azione dei creditori sociali ovvero ritenerla consentita ricorrendo all'interpretazione analogica delle norme ai sensi dell'art. 12 comma 2 delle disposizioni sulla legge in generale.

Il dibattito sul punto è aperto, ma deve segnalarsi la tendenza della giurisprudenza di merito a privilegiare l'applicabilità in via analogica della regola prevista per le società per azioni, non risultando logicamente giustificabile la privazione nei confronti dei creditori sociali dell'azione a tutela della integrità del patrimonio sociale (in questo senso, fra le molte, cfr. Trib. Milano, 22 dicembre 2010 n. 14632 in *Le Società*, 2011, 757 ss.).

Per quanto riguarda, invece, le azioni di responsabilità esercitate in ambito concorsuale la soluzione che predica la possibilità di esercitare, anche con riferimento alle S.r.L., cumulativamente l'azione di responsabilità sociale e quella di spettanza dei creditori sociali trova base normativa nell'art. 146 comma 2 l.f. che ammette il curatore all'esercizio delle "azioni di responsabilità" senza alcuna distinzione. Questa opzione interpretativa raccoglie generale consenso sia in dottrina che in giurisprudenza.

7. Le nuove indicazioni contenute nella legge delega ed il rafforzamento della legittimazione del curatore

Come si è già accennato il progetto di riforma interviene anche nel complesso quadro normativo e giurisprudenziale relativo alle azioni di responsabilità in sede concorsuale.

Le linee dell'intervento prefigurato riguardano da un lato una specifica disciplina della legittimazione del curatore a promuovere o a proseguire, nella liquidazione giudiziale di società di capitali e di società cooperative, l'azione sociale di responsabilità, le azioni dei creditori sociali e l'azione nei confronti dei soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi (nell'ambito delle società a responsabilità limitata) nonché ogni altra azione di responsabilità contemplata da specifica disposizione di legge; l'azione sociale di responsabilità e l'azione dei creditori sociali in caso di violazione delle regole di separazione fra uno o più patrimoni destinati costituiti dalla società e il patrimonio della società medesima; nell'ambito delle società di persone, l'azione sociale di responsabilità nei confronti del socio amministratore cui non sia stata personalmente estesa la procedura di liquidazione giudiziale.

STUDI E OPINIONI

LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE E RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

Da altro lato è prevista l'applicabilità dell'articolo 2394 cod. civ. alla società a responsabilità limitata, superandosi così in sede legislativa le incertezze sussistenti al riguardo, e l'abrogazione dell'art. 2394 *bis* dello stesso codice che disciplina(va) la legittimazione all'esperimento delle azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali attribuendola al curatore del fallimento, al commissario liquidatore della liquidazione coatta amministrativa e al commissario straordinario dell'amministrazione straordinaria.

I principi dettati dalla riforma in ordine alla legittimazione del curatore della liquidazione giudiziale (*olim* fallimento), pur in assenza di uno specifico richiamo nell'ambito dei principi dettati per la riforma della liquidazione coatta amministrativa e della amministrazione straordinaria (artt. 14 e 15 dello schema di disegno di legge delega), dovranno ragionevolmente essere estesi, in sede attuativa della delega, al commissario liquidatore e al commissario straordinario, con espressa disposizione in seguito alla prefigurata abrogazione dell'art. 2394 *bis* cod. civ.

Per il resto la riforma non incide sulle norme di diritto sostanziale in materia di responsabilità degli amministratori, salva la previsione di uno specifico dovere di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale e di attivarsi per l'adozione tempestiva degli strumenti previsti per il superamento della crisi e la sospensione in taluni casi, correlati ai tentativi di regolazione non liquidatoria della crisi o dell'insolvenza, degli obblighi conseguenti alla diminuzione o perdita del capitale sociale.

Dal punto di vista sostanziale, quindi, il progetto di riforma contribuisce al superamento di talune criticità emerse nella materia considerata ed in particolare, come già sottolineato, risolve in sede legislativa il problema dell'ammissibilità dell'esercizio dell'azione dei creditori sociali, di cui all'art. 2394 cod. civ., nell'ambito delle società a responsabilità limitata.

Dal punto di vista processuale disciplina in maniera chiara la legittimazione attiva degli organi della liquidazione giudiziale estendendola ad ipotesi che, non essendo specificamente contemplate nell'attuale art. 146 L.F., potevano dare luogo a dubbi e contrasti interpretativi.

Di non agevole decifrazione è tuttavia la previsione della legittimazione del curatore ad esercitare l'azione sociale di responsabilità nei confronti del socio amministratore di società di persone "cui non sia stata personalmente estesa la procedura di liquidazione giudiziale".

L'art. 147 1° comma, L.F. prevede – come è noto - l'estensione del fallimento ai soci, anche non persone fisiche, illimitatamente responsabili, di s.n.c. s.a.s. e s.a.p.a. .

La riforma, per parte sua, opta per il mantenimento del c.d. fallimento in estensione nei casi sopra indicati, pur dando atto che si tratta di una peculiarità del nostro ordinamento.

Ora, per dato normativo, ogni socio amministratore è anche illimitatamente responsabile (potendosi semmai discutere se sia ammissibile la figura

STUDI E OPINIONI

LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE E RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

dell'amministratore non socio nella s.n.c.) ed allora occorre chiedersi la ragione della previsione in esame.

L'unica risposta plausibile sembrerebbe riferirsi alle ipotesi del socio amministratore che sia deceduto da oltre un anno (o comunque rispetto al quale si sia sciolto da oltre un anno il rapporto sociale) ovvero della cessazione della responsabilità illimitata per causa di trasformazione, fusione o scissione.

In questa ipotesi il socio-amministratore non sarebbe (più) soggetto al fallimento in estensione ed allora acquista un senso la previsione dell'esercizio dell'azione di responsabilità sociale nei suoi confronti da parte del curatore.

La nuova previsione normativa non affronta la delicata questione della ammissibilità o meno, nell'ambito delle società di persone, dell'azione di risarcimento del danno proposta dai creditori sociali, che dottrina e giurisprudenza sembrano ammettere pur nell'assenza di una specifica disposizione, sulla base di una interpretazione estensiva dell'art. 2394 cod. civ. o, forse più attendibilmente, sulla base dell'art. 2043 cod. civ. .

In questa prospettiva resta aperta la questione se, in caso di liquidazione giudiziale, permanga o meno in capo ai creditori sociali la legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità per incapienza del patrimonio sociale a far fronte ai loro crediti.

8. Azioni di responsabilità nella liquidazione giudiziale delle imprese collettive non societarie: un problema irrisolto

Il progetto di riforma, pur prevedendo nell'ambito dei principî generali l'assoggettamento al procedimento di accertamento dello stato di crisi o di insolvenza di ogni categoria di debitore, sia esso persona fisica o giuridica, ente collettivo, consumatore, professionista o imprenditore esercente una attività commerciale, industriale, agricola o artigianale, con esclusione dei soli enti pubblici (ma riservando all'imprenditore che rivesta un profilo dimensionale inferiore a parametri predeterminati la procedura di sovraindebitamento riservata ai debitori civili, professionisti e consumatori) non prende specificamente in considerazione l'insolvenza delle *imprese collettive non societarie* sino ad oggi ritenute assoggettabili al fallimento, naturalmente se esercenti effettivamente attività commerciale.

Si tratta, come è noto, dei consorzi con attività esterna (da considerarsi imprenditori commerciali), delle associazioni (riconosciute e non) e delle fondazioni che, deviando o meno dallo scopo istituzionale, esercitano di fatto attività commerciale.

Il discorso riguarda, altresì, gli enti ecclesiastici che svolgano di fatto attività commerciale.

Il tema dell'assoggettamento di tali soggetti o enti alle procedure concorsuali è particolarmente delicato e complesso e non può essere affrontato in questa sede: qui sarà sufficiente rilevare che la giurisprudenza, anche di legittimità, ha di volta in volta riconosciuto, sussistendo particolari circostanze, l'assoggettamento di consorzi con

STUDI E OPINIONI

LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE E RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

attività esterna, associazioni (riconosciute e non) fondazioni ed istituti o enti ecclesiastici alle procedure concorsuali.

In questa prospettiva il profilo dell'esercizio delle azioni di responsabilità in sede concorsuale è quanto mai complesso.

Con riferimento al consorzio con attività esterna, ad esempio, la giurisprudenza di legittimità ha recentemente escluso che il curatore del fallimento del consorzio sia legittimato ad esercitare, nei confronti degli amministratori del consorzio, l'azione di responsabilità eventualmente spettante a coloro che vantino pretese creditorie a valere sul fondo consortile e lamentino l'incapienza di questo ovvero abbiano subito danni diretti per essere stati fuorviati dalla applicazione dei criteri legali che presiedono alla redazione della situazione patrimoniale del consorzio (cfr. Cass. 3 giugno 2010, n. 13465).

Nella citata decisione è stata altresì esclusa l'esperibilità dell'azione di responsabilità da parte del consorzio nei confronti dei propri amministratori, i quali per legge rispondono solo direttamente nei confronti dei singoli consorziati ed è stata invece postulata l'esperibilità, da parte dei creditori, dell'azione aquiliana di cui all'art. 2043 cod. civ.

Nell'ipotesi di fallimento di associazioni non riconosciute in passato si era ritenuto possibile estendere il fallimento a coloro che avessero agito in nome dell'associazione assumendo così la responsabilità illimitata di cui all'art. 38 cod. civ. Questa soluzione, peraltro non unanimemente condivisa, è resa assai discutibile dalla nuova formulazione dell'art. 147, primo comma, della legge fallimentare a seguito della riforma del 2006 e ciò in quanto la norma novellata si riferisce testualmente ai soci di società commerciali illimitatamente responsabili.

Ancora più complessa è sempre apparsa l'ipotesi di esercizio di azioni di responsabilità, ovvero di estensione del fallimento, in caso di insolvenza di associazioni riconosciute e fondazioni, dotate di autonomia patrimoniale perfetta (tranne per queste ultime le azioni di responsabilità autorizzate dall'autorità governativa *ex art. 25 cod. civ.*).

Paradigmatica è in questo senso la nota vicenda che ha riguardato l'Istituto Sieroterapico Milanese, nell'ambito della quale si è ritenuto che una fondazione riconosciuta che, eccedendo i limiti posti dallo statuto, eserciti di fatto un'attività imprenditoriale, non solo possa essere dichiarata fallita, ma che l'attività imprenditoriale, essendo incompatibile con lo schema fondazionale, sia in realtà imputabile all'associazione a latere fra i soggetti che hanno gestito l'attività, con conseguente assoggettamento a fallimento di tale associazione da estendersi, in applicazione degli artt. 38 cod.civ. e 147 L.F., a coloro che hanno agito in nome e per conto apparente della fondazione ma in realtà della sottostante associazione (cfr. Cass. 16 marzo 2004 n. 5305).

STUDI E OPINIONI

LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE E RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

Qui lo stesso articolato percorso argomentativo necessario per giungere all'affermazione della responsabilità di coloro che hanno agito in nome della fallita fondazione dimostra all'evidenza le difficoltà di individuare regole certe per la disciplina della insolvenza della fondazione-impresa e per la risarcibilità del danno subito dai creditori.

Per la verità oggi l'opinione che assume una ontologica incompatibilità tra struttura fondazionale ed esercizio dell'attività commerciale risulta (almeno in dottrina) superata, ritenendosi che una fondazione, ma anche una associazione (riconosciuta o meno) possa esercitare attività di impresa, ma i profili di imputazione della responsabilità del dissesto restano nebulosi come per il passato.

Per quanto concerne specificamente la legittimazione ad agire del curatore, infatti, occorre confrontarsi con il dato normativo costituito dall'art.146 L.F., che non menziona l'ipotesi di insolvenza di enti collettivi non societari.

Si è in proposito sostenuta una interpretazione "evolutiva" della norma, intesa quale strumento che consente al curatore di esercitare l'azione di responsabilità in ogni contesto caratterizzato dall'esercizio di una impresa collettiva anche non societaria in regime di limitazione del rischio, o in alternativa una legittimazione fondata sugli artt. 42 e 43 L.F., ma l'assenza di norme di diritto sostanziale che disciplinino le ipotesi di responsabilità (non sembrando gli artt. 22 e 25 cod. civ. sufficienti allo scopo) rendono assai discutibile la sussistenza, *de iure condito*, di una legittimazione del curatore ad agire per far valere la responsabilità di coloro che hanno agito in nome dell'ente collettivo non societario.

Anche sotto il profilo della responsabilità penale per i delitti previsti nella legge fallimentare si pongono delicatissime questioni attese la tassatività delle ipotesi incriminatrici che testualmente si riferiscono ad amministratori, sindaci, liquidatori ed institori di società, senza alcuna menzione alla ipotesi di imprese collettive non societarie.

Emerge allora un quadro nel quale, in assenza di idonee previsioni legislative, si evidenziano rilevanti aree di possibile irresponsabilità in sede civile e di non punibilità in sede penale di condotte riferibili ad amministratori di enti collettivi non societari idonee a causare dissesti anche di relevantissime dimensioni.

Pur nella consapevolezza della difficoltà di affrontare una tematica così complessa in assenza di una riforma delle associazioni e delle fondazioni e più in generale delle disposizioni in tema di persone giuridiche, da tempo allo studio, è auspicabile l'eliminazione (o almeno la riduzione) delle aree di potenziale irresponsabilità che tuttora persistono nelle ipotesi sopra considerate.

SEGNALAZIONI

(A CURA DI GIULIA GRESIO)

SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

NORMATIVA

Revisione legale dei conti – È stata pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* del 15 luglio 2016, n. L 190, la Decisione di esecuzione (UE) 2016/1155 della Commissione del 14 luglio 2016, avente ad oggetto “*l'equivalenza dei sistemi di controllo pubblico, di controllo della qualità e di indagini e sanzioni dei revisori dei conti e degli enti di revisione contabile degli Stati Uniti d'America in conformità alla Direttiva 2006/43/CE del Parlamento europeo e del Consiglio*”.

La Decisione, come dispone l'art. 3, si applica dal 1° agosto 2016 al 31 luglio 2022.

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

ASSONIME

Abusi di mercato – L'Assonime, in data 14 luglio 2016, ha pubblicato – sul sito www.assonime.it – una scheda di aggiornamento concernente gli atti delegati e gli atti esecutivi relativi al Regolamento UE n. 596/2014, nella quale sono altresì indicati i più recenti documenti emanati dalla *European Securities and Markets Authority (ESMA)*.

FONDAZIONE NAZIONALE DEI COMMERCIALISTI

Codice degli appalti – La Fondazione nazionale dei commercialisti ha divulgato uno studio su *Il nuovo Codice degli appalti: novità per imprese e P.A.*, nel quale sono esaminate le disposizioni del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, con il quale sono state recepite, nel nostro ordinamento, le Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE (vds. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 9/2016 di questa *Rivista*).

In particolare, sono analizzate le principali innovazioni introdotte “*in tema di qualificazione delle imprese, profili procedurali e, soprattutto nell'ambito del PPP [contratti di partenariato pubblico-privato], in relazione alla gestione dei rischi e al loro trattamento all'interno dei piani economico-finanziari e dei contratti di concessione*”.

L'approfondimento, datato 15 luglio 2016, è consultabile sul sito www.fondazionenazionalecommercialisti.it.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

CNDCEC

Concordato preventivo – Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha reso noto l'avvio di un progetto di ricerca curato dall'Osservatorio Crisi e Risanamento delle Imprese (OCRI), volto a reperire *“una serie d'informazioni essenziali su tutte le procedure di concordato ammesse tra il 1° dicembre 2009 ed il 31 dicembre 2015 relative al contenuto della proposta, allo svolgimento della procedura e, per i concordati omologati, ai risultati che si sono conseguiti o che si prospettano nella fase esecutiva”*. L'obiettivo dello studio è quello di *“ottenere un'adeguata conoscenza sia a livello nazionale che a livello territoriale [...] della concreta funzionalità della procedura di concordato preventivo, sia nella prospettiva del soddisfacimento dei creditori sia in quella della continuità aziendale”*.

L'Informativa n. 86/2016, diffusa il 19 luglio 2016, è reperibile sul sito ufficiale del Cndcec, www.commercialisti.it.

GIURISPRUDENZA

Concordato fallimentare – Il Tribunale di Siracusa, chiamato a pronunciarsi sul ricorso promosso da un creditore per la risoluzione del concordato fallimentare, ha stabilito che *“la denunciata inefficacia della garanzia promessa non costituisce causa di risoluzione in presenza di adempimento degli oneri concordatari giacché obbligazione evidentemente funzionale a quella costituita dal regolare adempimento degli obblighi derivanti dal concordato che, una volta eseguita regolarmente – ed anzi con anticipo – fa venire meno la causa dell'obbligazione costituita dalla prestazione della garanzia promessa”*. Nella vicenda posta al vaglio del Tribunale, l'adempimento del concordato si è verificato nel corso del giudizio di risoluzione, con il pagamento *banco iudicis* nelle mani del curatore, che, conseguentemente, ha *“fatto venire meno l'interesse alla pronuncia di risoluzione in capo al creditore ricorrente”*.

Il decreto del Tribunale di Siracusa del 10 maggio 2016 è disponibile sul sito www.ilcaso.it.

Concordato preventivo e atti fraudolenti – La Corte d'Appello di Bari, conformandosi all'orientamento della Cassazione (Cass. n. 13214/2012), ha puntualizzato che *“il livello probatorio della frode rilevante ai sensi dell'art. 173 L.F.”* non deve necessariamente uniformarsi al *“criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, bastando al contrario il criterio civilistico [...] del più probabile che no”*.

Il provvedimento della Corte d'Appello di Bari del 12 maggio 2016 è consultabile sul sito www.ilcaso.it.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

Finanziamento ex art. 2467 c.c. – Il Tribunale di Milano ha precisato che *“l’applicazione della regola della postergazione – di cui all’art. 2467 c.c. – anche al di fuori di una fase di formale liquidazione della società, ma pur sempre in uno stato di sostanziale insolvenza che giustifichi l’anticipazione durante la tutela dei terzi creditori rispetto a quella dei soci finanziatori, si traduce in una specifica eccezione in senso stretto di inesigibilità del credito di questi ultimi che la società richiama del rimborso è onerata in causa di sollevare e provare”*, dimostrando l’esistenza di un eccessivo squilibrio dell’indebitamento in raffronto al patrimonio netto e la maggior ragionevolezza dell’effettuazione di un conferimento, non solo alla data in cui venne effettuato il finanziamento, bensì anche nel momento in cui il socio ne abbia successivamente chiesto il rimborso, allorquando persista uno *“stato di crisi economico-finanziaria della società”*.

La sentenza del Tribunale di Milano del 13 giugno 2016, n. 7265, è reperibile sul sito www.giurisprudenzadelleimprese.it.

Trasferimento della sede e dichiarazione di fallimento – Le Sezioni Unite della Suprema Corte – accogliendo il ricorso proposto da una società dichiarata fallita in Italia, ancorché con sede trasferita a Londra, e cassando la sentenza della Corte d’Appello di Bologna – hanno ribadito che *“ai sensi dell’art. 3, paragrafo 1, del Regolamento CE 29 maggio 2000, n. 1346/2000, competenti ad aprire la procedura di insolvenza sono i Giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore, dovendosi presumere – per le società e le persone giuridiche – che il centro degli interessi coincida, fino a prova contraria, con il luogo in cui si trova la sede statutaria, sicché quando risulti accertata una discrepanza tra sede legale e sede effettiva, è l’ubicazione di quest’ultima a dover prevalere ed a costituire il criterio determinante della giurisdizione”*.

Inoltre, spetta ai creditori istanti *“provare fatti idonei a superare la presunzione di coincidenza tra sede statutaria ed effettivo centro di interessi della società”* e, nell’ambito del procedimento prefallimentare, è consentito al Giudice, ai sensi dell’art. 116, 2° co., c.p.c., *“desumere argomenti di prova dal contegno delle parti nel processo”*, *“al fine di vincere la presunzione di corrispondenza tra sede effettiva e sede legale della società stessa”*. Tuttavia, nel caso di specie, *“non risultano comportamenti o fatti dai quali possa argomentarsi nel senso postulato dai Giudici del merito”*, i quali hanno *“erroneamente posto a carico del debitore la prova dell’effettività del trasferimento della sede sociale”*, fondando così la propria decisione sulla *“mancata prova di rapporti bancari, di contratti in corso, di una contabilità indicativi di un esercizio effettivo di una qualche attività economica all’estero”*.

La pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 26 maggio 2016, n. 10925, è disponibile sul sito www.ilcaso.it.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

Concordato preventivo in bianco – La Cassazione – respingendo il ricorso proposto dalla curatela e confermando la sentenza della Corte d’Appello di Napoli con cui è stata revocata la dichiarazione di fallimento e di inammissibilità del concordato preventivo in bianco – ha sancito il principio di diritto in forza del quale *“ove sia stata presentata proposta di concordato preventivo cd. «in bianco» ai sensi dell’art. 161, 6° co., L.F., va rispettato l’obbligo di audizione del debitore ex art. 162, 2° co., L.F., per consentire allo stesso di svolgere le proprie difese prima della pronuncia di inammissibilità, salvo che, inserendosi la proposta nell’ambito della procedura prefallimentare, il debitore sia stato comunque sentito in relazione alla proposta ed abbia avuto modo di svolgere le sue difese”*.

La decisione della Corte di Cassazione del 22 giugno 2016, n. 12957, è consultabile sul sito www.ilcaso.it.

Falsità in scrittura privata – Integra il reato di cui all’art. 485 c.p. – che reprime la *“Falsità in scrittura privata”* – il presidente del consiglio di amministrazione che redige un falso verbale dell’organo amministrativo in cui si attribuisce il potere di concludere un’operazione di affidamento temporaneo con un istituto di credito, atteso che il mendacio punito dalla suddetta norma *“è soltanto la falsità materiale, la quale, consistendo nella formazione di una scrittura contraffatta, ovvero nell’alterazione di una scrittura vera già formata, incide sull’autenticità del documento [...] dovendosi intendere per scrittura privata, agli effetti della legge penale, non solo quella scrittura che contenga una dichiarazione di natura negoziale, ma ogni altra che sia formata dal privato per assolvere ad una funzione probatoria di situazioni dalle quali possano comunque derivare effetti giuridicamente rilevanti”*, quale – per l’appunto – il verbale contestato nel caso di specie.

Corte di Cassazione penale, 12 luglio 2016, n. 29172.

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

NORMATIVA

Pubbligate in Gazzetta le modifiche di natura fiscale della legge europea 2015-2016

In Gazzetta le disposizioni per l'adeguamento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla Ue, di seguito si elencano le principali modifiche di natura fiscale nella legge europea per il biennio 2015-2016.

Tassazione delle vincite da gioco - L'articolo 6 della legge ha apportato modifiche all'articolo 69 del Tuir, recante il trattamento fiscale di premi, vincite e indennità. Se da un lato continuano a essere considerati reddito, per l'intero ammontare percepito nel periodo d'imposta e senza alcuna deduzione, i premi e le vincite, il nuovo comma 1-bis prevede uno specifico regime di esenzione riservato alle vincite corrisposte dalle case da gioco autorizzate nello Stato italiano e negli altri Stati membri dell'Unione o nello Spazio economico europeo; tali proventi non concorrono alla formazione del reddito per l'intero ammontare percepito nel periodo d'imposta. In linea con tale disposizione è stato abrogato anche il comma 7 dell'articolo 30 del Dpr 600/1973, che prevedeva l'applicazione di una ritenuta sulle vincite corrisposte da case da gioco autorizzate, inclusa nell'imposta sugli spettacoli.

Regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi - il comma 1 dell'articolo 26 introduce i commi 3-bis e 3-ter all'articolo 89 del Tuir, concernente il trattamento fiscale dei dividendi e degli interessi per i soggetti Ires. In linea di principio, gli utili percepiti da soggetti Ires sono esclusi dalla formazione del reddito della società nella misura del 95% degli utili distribuiti da società ed enti commerciali residenti, e ciò quand'anche gli utili percepiti non siano stati assoggettati a imposta dalla società distributrice. Con l'introduzione dei nuovi commi 3-bis e 3-ter, l'esclusione dal reddito si applica anche:

- limitatamente al 95% della quota non deducibile, alle remunerazioni dovute su titoli e strumenti finanziari (articolo 44 del Tuir) individuate dall'articolo 109, comma 9, lettere a) e b) del Tuir;
- alle remunerazioni delle partecipazioni al capitale o al patrimonio e a quelle dei titoli e degli strumenti finanziari dell'articolo 44 del Tuir, provenienti da soggetti aventi specifici requisiti di legge.

Non cambiano i requisiti soggettivi per rientrate nell'agevolazione in analisi.

Altre disposizioni di carattere fiscale – si richiamano di seguito ulteriori interventi su materie di natura fiscale.

- Articolo 19: la norma dispone che gli studenti europei sono esentati da tasse e imposte per l'utilizzo in Italia di veicoli immatricolati nello Stato dell'Unione

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 15/2016

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

europea o dello Spazio economico europeo in cui risiedono abitualmente, a condizione che con lo Stato medesimo sussista un adeguato scambio di informazioni.

- Articolo 21: è innalzata dal 4 al 5% l'aliquota Iva applicabile alle cessioni di basilico, rosmarino e salvia freschi, destinati all'alimentazione. È ridotta dal 10 al 5% l'aliquota applicabile alla cessione di piante allo stato vegetativo di basilico, rosmarino e salvia, e dal 22 al 5% l'aliquota sull'origano a rametti o sgranato.
- Articolo 22: l'aliquota Iva applicabile alle cessioni di preparazioni alimentari a base di riso ("preparati per risotto") è portata dal 4 al 10 per cento.
- Articolo 24: è modificato il regime forfetario di determinazione della base imponibile per alcune imprese marittime ("tonnage tax"), disciplinato dal capo IV del titolo II del Tuir. A tal fine, è conferita delega al Governo per l'adozione di un decreto che riordini gli incentivi fiscali, previdenziali e contributivi a favore di imprese marittime.
- Articolo 29: a decorrere al 1° gennaio 2017 saranno sottoposti a ritenuta i compensi corrisposti ai raccoglitori occasionali di tartufo e saranno assoggettate a Iva le relative cessioni. Al contempo, è eliminato l'obbligo di autofatturazione per gli acquirenti di tartufi da raccoglitori dilettanti o occasionali non muniti di partita Iva.

L'entrata in vigore della Legge Europea è prevista per il giorno 23 luglio 2016.

(Legge 7 luglio 2016, n. 122, pubbl. in Gazzetta Ufficiale n.158 del 8 luglio 2016)

Quotazione delle valute estere per il mese di giugno 2016

L'Agenzia delle entrate ha emanato il Provvedimento, con relative tabelle allegate, recante - ai sensi dell'art. 10, comma 9, del Tuir e agli effetti degli articoli dei Titoli I e II, dello stesso Tuir, che vi fanno riferimento - l'accertamento del cambio delle valute estere per il mese di giugno 2016.

(Agenzia delle entrate, Provvedimento del 12 luglio 2016)

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

Investimenti in attività di Ricerca e Sviluppo, il credito d'imposta apre ai contratti di somministrazione lavoro

Con la risoluzione n. 55/E l'Agenzia delle Entrate chiarisce che le spese sostenute per i contratti di somministrazione di lavoro relativi a personale altamente qualificato rientrano tra quelle che danno diritto all'agevolazione introdotta dal Dl n. 145/2013, in quanto sostanzialmente equiparate a quelle per il personale dipendente.

L'agevolazione consente a tutte le imprese che effettuano investimenti in attività di ricerca e sviluppo il riconosciuto un credito d'imposta pari al 25 per cento delle spese sostenute in eccedenza rispetto alla media dei medesimi investimenti realizzati nei tre periodi d'imposta precedenti a quello in corso al 31 dicembre 2015. Le spese devono essere sostenute a partire dall'anno d'imposta successivo a quello in corso al 31

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

dicembre 2014 e fino a quello in corso al 31 dicembre 2019. La misura dell'agevolazione è del 50 per cento per le spese relative al personale altamente qualificato e per quelle relative a contratti di ricerca c.d. "extra muros" (contratti con Università, enti di ricerca e altre imprese, comprese le start-up innovative).

La disciplina del contratto di somministrazione, contenuta nel Dlgs n. 81/2015, prevede che per tutta la durata del rapporto contrattuale i lavoratori svolgano la loro attività alle dipendenze dell'agenzia di somministrazione, ma nell'interesse e sotto la direzione ed il controllo dell'impresa utilizzatrice. Le Entrate specificano che, da un punto di vista sostanziale, il "rapporto di lavoro" instaurato tra l'utilizzatore e il lavoratore ha caratteristiche analoghe a quello che si instaura tra datore di lavoro e lavoratore. Di conseguenza i costi sostenuti dal datore di lavoro, ad eccezione delle spese relative al contratto commerciale stipulato con il somministratore, rientrano tra quelli per personale altamente qualificato ammessi al beneficio.

(Agenzia delle Entrate, Risoluzione n. 55/E del 19 luglio 2016)

Chiarimenti sulle le prestazioni socio-assistenziali delle cooperative sociali

L'Agenzia delle Entrate emana chiarimenti sulle novità introdotte dalla Stabilità 2016 per alcune prestazioni socio-sanitarie, assistenziali ed educative rese dalle cooperative sociali e dai loro consorzi che, si ricorda, si sostanziano nell'applicazione dell'aliquota Iva al 5% per le cooperative sociali, esenzione per le onlus e Iva ordinaria per le altre cooperative non sociali e non onlus. Il documento di prassi fornisce anche chiarimenti sulla decorrenza delle nuove disposizioni. Di seguito i principali chiarimenti:

Godono della nuova aliquota Iva ridotta, pari al 5% alcune prestazioni socio-sanitarie, assistenziali ed educative rese dalle cooperative sociali dalla legge n. 381 del 1991, in relazione alle quali viene esclusa la possibilità di optare per l'esenzione dall'IVA. Rispetto alla precedente normativa, possono beneficiare dell'aliquota ridotta al 5% anche le prestazioni erogate nei confronti di persone migranti, senza fissa dimora, richiedenti asilo, detenuti e donne vittime di tratta a scopo sessuale e lavorativo.

La decorrenza temporale della nuova disciplina prevede che per le operazioni compiute in base a contratti stipulati entro il 31 dicembre 2015 e ancora in essere, le cooperative sociali e i loro consorzi continueranno ad applicare l'aliquota Iva del 4% o il regime di esenzione, in base all'opzione già effettuata ai sensi della normativa allora vigente. Per individuare sotto il profilo temporale la disciplina applicabile ai rinnovi, si fa riferimento alla data della stipula, del rinnovo o della proroga dei contratti in argomento, che avvengono, generalmente, a conclusione delle procedure di affidamento esperite.

(Agenzia delle Entrate, Circolare n. 31/E del 15 luglio 2016)

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

GIURISPRUDENZA

Le presunzioni non sono prove ma innescano le misure cautelari

La Corte di Cassazione con la sentenza del 20 giugno 2016 ha statuito che nell'ambito delle verifiche sui conti correnti bancari, è il contribuente a dover dimostrare con precisione che le movimentazioni non sono riferibili a operazioni imponibili immagine di elementi di indagine finanziaria poiché, pur non potendo costituire di per sé fonte di prova per i reati fiscali, le presunzioni legali previste dalle norme tributarie hanno un valore indiziario sufficiente a integrare il *fumus commissi delicti* e a giustificare, quindi, l'applicazione di una misura cautelare reale.

In materia di accertamento fondato su verifiche di conti correnti bancari, è consolidato il principio secondo il quale l'onere probatorio dell'Amministrazione finanziaria è soddisfatto attraverso i dati e gli elementi risultanti dai conti stessi (articolo 32, Dpr 600/1973), mentre sussiste un'inversione dell'onere della prova a carico del contribuente che è chiamato a dover dimostrare, con indicazioni precise e puntuali, che le movimentazioni bancarie non sono riferibili a operazioni imponibili. Al fine di superare la presunzione posta dall'articolo 32, il contribuente deve provare la riferibilità di ogni singola movimentazione alle operazioni già evidenziate nelle dichiarazioni ovvero l'estraneità delle stesse alla sua attività. Questo, come chiarito dalla Cassazione richiamando precedenti sentenze, lo può fare con qualunque mezzo, anche attraverso presunzioni semplici. Sarà poi il giudice a “...individuare analiticamente i fatti noti dai quali dedurre quelli ignoti, correlando ogni indizio (purché grave, preciso e concordante) ai movimenti bancari contestati...” e ad apprezzarne “...il significato nei tempi, nell'ammontare e nel contesto complessivo, senza ricorrere ad affermazioni apodittiche, generiche, sommarie o cumulative...”.

(Corte di Cassazione nella sentenza n. 25451 del 20 giugno 2016)

VARIE

Canone tv, sul sito dell’Agenzia le nuove Faq sull’addebito in bolletta

L’Agenzia delle Entrate ha pubblicato sul proprio sito le risposte ad alcuni quesiti sul pagamento del canone tv ad uso privato.

I quesiti sono focalizzati, sul chiarimento di dubbi e problematiche legati alla fase di addebito del canone nelle fatture elettriche a partire dal mese di luglio e sono consultabili sul sito dell’Agenzia delle Entrate nella sezione: *Cosa devi fare > Richiedere > Canone tv > Faq.*

Le Faq sono divise divisi in tre macro argomenti che rendono più agevole la consultazione: “chi deve pagare il canone”, “dichiarazione di non detenzione” e il nuovo capitolo “addebito del canone nelle fatture elettriche”. La dotazione sarà arricchita con una quarta sezione dopo l’emanazione del provvedimento sui rimborsi.

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

Si segnalano in seguito i più rilevanti quesiti:

Come avviene l'addebito in presenza di più contratti o in caso di voltura - ad essere addebitato sarà un solo contratto di fornitura elettrica di tipo domestico residenziale. Se una persona è titolare di due utenze di questo tipo, l'Agenzia chiarisce che il canone sarà presente sul contratto più recente. Maggiore chiarezza anche sui casi di voltura dell'utenza elettrica: se si cede l'unica fornitura di cui si è titolari, le rate mancanti del canone dovranno essere versate col modello F24. Chi invece diventa titolare di un'utenza solo a seguito della voltura, troverà il canone nella prima fattura elettrica utile. Se si era in possesso di una tv già prima dell'attivazione, l'eventuale importo non addebitato deve essere pagato con F24.

Cambio del fornitore nel corso dell'anno - in caso di passaggio da un fornitore ad un altro (switch) non occorre fare nulla: le rate del canone saranno addebitate dalle due imprese elettriche secondo i periodi di rispettiva titolarità del contratto.

(Agenzia delle Entrate, comunicato stampa del 13 luglio 2016)

MODALITÀ DI ABBONAMENTO

La rivista *Il Nuovo Diritto delle Società* viene distribuita previa sottoscrizione di un abbonamento annuale, che comprende 24 numeri al costo di 120,00 euro.

In seguito alla sottoscrizione, all'abbonato vengono assegnati una *username* ed una *password*, che consentono di accedere all'archivio storico della *Rivista* nonché alla banca dati Documenti NDS, presenti sul sito di *Italia Oggi* (www.italiaoggi.it).

L'abbonamento può essere richiesto:

- telefonando al numero verde 800-822195
- inviando un *fax* al numero verde 800-822196.

In entrambi i casi, è necessario allegare alla richiesta di abbonamento i dati anagrafici e un indirizzo di posta elettronica al quale inviare i numeri della *Rivista* più:

- la fotocopia dell'assegno non trasferibile intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl - via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano;
- oppure fotocopia del bonifico bancario intestato a Banca Popolare di Milano, agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano – IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano, numero verde 800-822195.

Per informazioni e/o segnalazioni contattare il Servizio Clienti al numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196.

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

ItaliaOggi

ItaliaOggi Editori - Erinne srl - Via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano
Telefono 02/58219.1 - Telefax 02/58317598 - email: mlongoni@class.it
Direttore responsabile ed editore Paolo Panerai (02/58219209)

Tariffe abbonamenti: euro 120,00
(abbonamento annuale 24 numeri)
Per la sottoscrizione di nuovi abbonamenti
telefonare al numero verde 800-822195
oppure inviare un fax al numero verde 800-
822196 allegando, oltre alla richiesta di
abbonamento con i propri dati anagrafici,
fotocopia dell'assegno non trasferibile
intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl -
via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano,
oppure fotocopia del bonifico bancario
intestato a Banca Popolare di Milano,
agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano -
IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori - Erinne
srl - via Marco Burigozzo 5 - 20122
Milano, numero verde 800-822195.
Vendita esclusiva per abbonamento.
Servizio Abbonamenti: per informazioni
e/o segnalazioni comporre il numero verde
800-822195 oppure inviare un fax al
numero verde 800-822196.
**Concessionaria esclusiva per la
pubblicità:** Class Pubblicità S.p.A, via
Marco Burigozzo 8 - 20122 Milano Tel.
02/58219500-23 - Fax: 02/58219560 -
Presidente: Angelo Sajevo

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

Registrazione al Tribunale di Milano n. 618 del 8-11-2002 - Direttore Responsabile: Paolo Panerai

© Tutti i diritti sui dati, le informazioni, i materiali contenuti nella rivista sono riservati a ItaliaOggi Editori - Erinne srl; è vietato pertanto, in via meramente esemplificativa e comunque non esaustiva, copiare, vendere, rivendere e comunque sfruttare a fini commerciali il contenuto della rivista, o di una sua qualunque parte, senza il consenso scritto di ItaliaOggi Editori - Erinne srl.