

ANCORA SUI RAPPORTI TRA LA TRANSAZIONE FISCALE E IL CONCORDATO PREVENTIVO

ANTONINO LA MALFA
Giudice Delegato in Roma

Una recente circolare della Direzione Centrale Normativa e Contenzioso dell' Agenzia delle entrate, la n. 3/E del 5 gennaio 2009, ha nuovamente affrontato l' argomento della transazione fiscale, che continua a destare nella dottrina e nella prassi molti profili d' interesse.

La Direzione, chiamata ad un chiarimento sul tema se il deposito contestuale della proposta - presso il tribunale, presso il competente concessionario del servizio di riscossione dei tributi e presso l' ufficio competente - debba effettuarsi nello stesso giorno ovvero se sia consentito anche il deposito in giorni diversi, dopo aver richiamato alcuni passaggi della precedente circolare n. 40/E emanata in data 18 aprile 2008 in merito all' istituto della transazione fiscale, ha affermato, tra l' altro *“In altri termini, la presentazione della proposta di transazione fiscale, con la relativa documentazione, ha lo scopo di consentire all' Ufficio dell' Agenzia - per i tributi non iscritti a ruolo ovvero iscritti in ruoli non ancora consegnati all' Agente della riscossione alla data di presentazione della domanda – e all' Agente della riscossione – per i tributi iscritti in ruoli già consegnati allo stesso alla data di presentazione della domanda – di esprimere, secondo le modalità indicate dai commi terzo e quarto del predetto art. 182-ter, l' adesione o il diniego alla proposta di transazione fiscale. A tal fine, nella circolare n. 40/E del 2008 si è precisato che “La presentazione di copia della domanda debitamente documentata ... costituisce pertanto un onere il cui assolvimento rileva come requisito di ammissibilità della transazione fiscale”*.

Tanto premesso, si ritiene che la locuzione “contestualmente al deposito presso il tribunale”, contenuta nel secondo comma dell' art. 182-ter della L.F., non implica necessariamente che la domanda di transazione debba essere presentata all' Ufficio e all' Agente della riscossione nello stesso giorno in cui viene depositata presso il Tribunale la domanda di ammissione al concordato preventivo.”

Il dubbio giuridico oggetto della risoluzione si inserisce nell'ambito dell'acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui molteplici problemi formali e procedurali posti dall'istituto e, pur se relativo ad un problema tutto sommato secondario, appare di per sé comunque tale, se risolto in senso restrittivo, da impedire il diffuso ricorso al nuovo strumento giuridico della transazione fiscale.

Correttamente il parere muove nel secondo e più favorevole senso, sulla base del rilievo che comunque anche la presentazione in un arco temporale circoscritto consente di perseguire lo scopo della disposizione, che è quello *“di esprimere, secondo le modalità indicate nei commi terzo e quarto del predetto art. 182-ter, l'adesione o il diniego alla proposta di transazione fiscale”*.

L'argomento utilizzato per sostenere la conclusione appare pertinente ed adeguato, poiché 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.

Ma la parte più interessante della risoluzione 3/E è la seconda, che contiene una precisazione (in realtà non necessaria ai fini della risposta al quesito) volta a ribadire la posizione dell'Agenzia sul delicato tema del rapporto tra la transazione fiscale ed il concordato preventivo, che in questa fase appare centrale ai fini dell'applicazione dell'istituto.

Si tratta del richiamo alla precedente circolare n. 40/E del 2008 secondo cui, per effetto del principio d'indisponibilità del credito tributario, *“non è possibile pervenire ad una soddisfazione parziale dello stesso al di fuori della specifica disciplina di cui all'articolo 182-ter”*.

Tale conclusione è basata, nella circolare 40/E, 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 discute¹ per altro

¹ Queste stesse ragioni e tesi sono fatte proprie da G. La Croce, *La transazione fiscale nell'intreccio di norme generali, norme speciali e norme costituzionali: è possibile uscire dal labirinto?*, in *Fall.*, 2008, n. 12, p. 1408; nello stesso senso Stasi, *La transazione fiscale*, in *Fall.*, 2008, n. 7, p. 734; in senso contrario, LO CASCIO, *La disciplina della transazione fiscale: orientamenti interpretativi innovativi*, in *Fall.*, 2008, n. 3, p. 338, secondo cui *“L'amministrazione finanziaria, può manifestare il proprio diniego alla proposta di transazione, esprimere voto contrario, può opporsi al concordato, ma gli effetti saranno quelli del rigetto della proposta o*

verso ancora sul carattere eccezionale e di stretta interpretazione dell'art. 182 ter l. f.². Secondo l'agenzia, poichè 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.

Dall'autonomia del procedimento ex art. 182-ter deriva, inoltre, il corollario che il mancato rispetto delle relative regole formali determinerebbe la sua inammissibilità, rilevabile direttamente dagli uffici finanziari. Se la domanda presentasse delle irregolarità, gli uffici fiscali potrebbero legittimamente rilevarla e sottrarsi alla transazione fiscale, ciò che, a cascata, determinerebbe l'inammissibilità del concordato preventivo.

Se invece la transazione fiscale non costituisce un autonomo negozio, ma un sub-procedimento interno al concordato preventivo³, la posizione del credito fiscale, pur in caso di voto contrario alla proposta omologata, rimarrebbe legata alle sorti del concordato e quindi, in caso di omologa, la falcidia prevista nella proposta diverrebbe vincolante anche per il fisco. Analogamente, se gli uffici non provvedessero tempestivamente alle incombenze di legge e non esprimessero alcun voto, tale comportamento finirebbe per essere parificato, per il meccanismo di voto proprio del concordato preventivo, ad un voto contrario⁴.

Ma se poi la proposta fosse comunque omologata in forza del voto favorevole degli altri creditori, diverrebbe obbligatoria per tutti i creditori, compreso il fisco.

E' chiaro che la prima tesi, fatta propria dalla risoluzione 40/E e disattesa dalla giurisprudenza di merito che finora si è pronunciata sull'istituto, stante l'attuale orientamento restrittivo assunto dagli uffici finanziari sulle proposte via via formulate, finirebbe per penalizzare le soluzioni concordate della crisi, che invece il legislatore ha voluto favorire proprio facendo leva sull'abbattimento dei crediti fiscali.

della sua omologazione con l'eventuale giudizio di convenienza espresso dal tribunale ed il vincolo obbligatorio e remissorio sulle obbligazioni accertate.”;

² Secondo la circolare 40/E del 2008, inoltre, la falcidia o la dilazione del credito fiscale sarebbero da escludersi “in assenza della proposta di transazione fiscale”, mentre la *ratio* dell'istituto risiede nell'esigenza di privilegiare la composizione concordata della crisi e la valorizzazione degli accordi negoziali;

³ Tribunale Pavia, 8 ottobre 2008, su <http://www.unijuris.it/files/giuris/Tribunale%20di%20Pavia%208.10.2008.pdf> che reputa consolidato tale orientamento.

⁴ Al contrario, nel concordato fallimentare tale silenzio equivale a voto favorevole.

Il problema sotteso è dunque centrale per le future prospettive del concordato e coinvolge la stessa fisionomia e la natura giuridica della transazione ex art. 182-ter l. f.⁵.

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.

L'iter legislativo che ha condotto all'attuale formulazione dell'art. 182 ter si è svolto in quattro tappe: a) l'introduzione dell'istituto da parte dell'art. 3, comma 3, del D.L. 8.7.2002, n. 138, convertito in l. 8.8.2002, n. 178; b) l'abrogazione di tale norma ad opera del D. Lgs n. 5/2006 e l'introduzione coeva dell'art. 182 ter; c) l'integrazione di tale disciplina da parte del D. Lgs c.d. "correttivo" n. 169/07, che ha introdotto la possibilità di proporre la transazione fiscale anche nell'ambito degli accordi di ristrutturazione; d) infine l'estensione ad opera dell'art. 32, comma 5, lett. a) del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, dell'oggetto della transazione "fiscale" ai contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e dei relativi accessori ed ha precisato che la proposta può prevedere esclusivamente la dilazione del credito per IVA.

Da tale escursus è facile evincere l'indicazione del legislatore di voler favorire la massima espansione dell'istituto⁶, in relazione all'esigenza di agevolare l'uscita delle imprese dalla crisi, risolvere l'insolvenza rapidamente e al minor costo, ed a quella di ottenere contestualmente il più proficuo recupero delle imposte nei casi d'insolvenza, quando le relative aspettative sono piuttosto scarse⁷. Ad essa tuttavia non è corrisposto da parte degli uffici finanziari un atteggiamento benigno, sia per le farraginosità delle procedure e degli apparati burocratici, sia per il timore dei singoli funzionari di esporsi a responsabilità, sia ancora per una tradizionale diffidenza verso la corretta collaborazione dei contribuenti e sia infine per una sorta di arroccamento dell'amministrazione finanziaria a difesa delle proprie prerogative. Accade quindi piuttosto di frequente che l'agenzia competente (o il concessionario) esprima voto contrario alla proposta formulata nel concordato (si vedano in proposito il caso affrontato dalla Corte d'Appello di

⁵ MARENGO, transazione fiscale, in *Il correttivo della riforma fallimentare*, DI MARZIO (a cura di), Torino, 2008, p. 235 e ss.; DEL FEDERICO, *La transazione fiscale*, in *Il Nuovo diritto fallimentare*, a cura di JORIO E FABIANI, Bologna, 2006, p. 2562.

⁶ Afferma a tal proposito DEL FEDERICO, cit., che "Il nuovo istituto, disciplinato dall'art. 182 ter, si inserisce nella ormai matura prospettiva di valorizzazione dei moduli consensuali nell'attuazione del prelievo, attenuando la tradizionale indisponibilità dell'obbligazione tributaria e gli stringenti vincoli formali derivanti dal regime pubblicistico del rapporto";

⁷ MARENGO, *Il correttivo al correttivo della transazione fiscale*, in *Il Caso.it*, sezione seconda, doc. n. 132, parla di due facce della stessa medaglia;

Milano, su [-http://www.ilcaso.it/opinioni/032-quatraro-27-05-08.pdf](http://www.ilcaso.it/opinioni/032-quatraro-27-05-08.pdf) –) o che, addirittura, ometta di esprimere il voto e rimane inadempiente alle prescrizioni imposte dall'art. 182 ter comma secondo⁸.

Il problema sopra delineato nasce sul piano giuridico dal fatto che due distinte norme, diverse per ambito ed effetti, regolano entrambe la medesima fattispecie sostanziale, della falcidia dei creditori chirografari: da un parte l'art. 160, secondo comma, consente alla proposta di “*prevedere che i creditori (tutti, senza distinzione tra varie tipologie) muniti di privilegio..., non vengano soddisfatti integralmente, purchè il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione...*”; dall'altra parte l'art. 182-ter comma primo stabilisce anch'esso che nell'ambito del piano concordatario può essere previsto il pagamento non integrale dei crediti delle agenzie fiscali (ed oggi per i contributi previdenziali obbligatori)⁹.

Non è risolutivo, per comporre il conflitto ermeneutico, il riferimento al rapporto legge generale – norma speciale tra l'art. 160 e l'art. 182-ter, poiché il secondo articolo non deroga il primo, ma lo integra e completa in relazione ad alcune specifiche categorie di crediti per le quali aggiunge una speciale disciplina procedimentale e formale. La regola sostanziale della falcidiabilità dei crediti è identica nelle due norme¹⁰, poiché anche nel testo dell'art. 160 l'assenza di esclusioni implica che di tutti i crediti privilegiati, ivi compresi quelli tributarie previdenziali, può essere proposto il pagamento percentuale, mentre l'art. 182-ter esplicita e ribadisce che tale regola vale anche per i crediti tributari, nei limiti ivi indicati.

In realtà, già il fatto che il legislatore, pur in presenza della norma generale dell'art. 160 in grado da sé di consentire la falcidia di tutti i crediti prelatizi, abbia avvertito la necessità di introdurre una norma specifica per i crediti tributari¹¹, può indurre a ritenere che questa seconda possa avere una

⁸ Di un caso siffatto si è occupato l'inedito Tribunale di Roma del 27 gennaio 2009.

⁹ Sull'argomento si veda anche MATTEI, *La transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir Fall.*, 2008, n. 6, parte I, p. 868, che sembra propendere per la tesi contraria all'autonomia della transazione fiscale rispetto al concordato preventivo.

¹⁰ Non pare a chi scrive che possa assumere un particolare significato, al di là di ragioni di simmetria e analogia con i crediti tributari, che l'ultimo intervento normativo, che ha espressamente consentito la falcidia dei crediti per contributi previdenziali sia stata introdotta nell'art. 182 *ter* anziché nell'art. 160; qualche dubbio può residuare, invece, dal particolare regime previsto per l'IVA, anche l'argomento ha carattere molto settoriale.

¹¹ E, di recente, anche di esterne l'ambito ai crediti per contributi previdenziali obbligatori.

portata centrale e prevalente nella ricostruzione dell'istituto rispetto all'art. 160.

Di contro, poichè l'art. 182-ter contiene rispetto all'art. 160 delle differenze eminentemente procedurali che non toccano la sostanza, sembra possibile inferire che l'art. 160 è sufficiente da solo a sostenere la falcidia dei crediti tributari¹².

Si è precisato in dottrina che l'istituto in discussione, 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 transattiva¹³, poiché non contiene reciproche concessioni al fine di dirimere una lite attuale o quantomeno potenziale. L'articolo 182-ter, infatti, non prevede un vero e proprio autonomo accordo tra il proponente ed il fisco, volto a definire l'obbligazione tributaria, ma – sulla base di un piano diretto alla definizione universale dei crediti e previsto dall'art. 160 – disciplina uno strumento di carattere schiettamente procedurale, volto a dar luogo al voto del creditore-fisco. Esso si apre con il deposito della domanda (*rectius*, della proposta) nella cancelleria, presso gli uffici fiscali e del concessionario per la riscossione, e si conclude con l'espressione del voto favorevole o contrario.

A sua volta, come ormai recepito dalla migliore dottrina¹⁴, 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

¹² LA MALFA, *Transazione fiscale applicabile anche al concordato fallimentare*, in *Corr. Trib.* 2008, n. 37, pag. 2997 ss, nel quale sono citate le attuali posizioni dottrinarie sulla rilevanza del principio d'indisponibilità dei crediti fiscali; lo scritto, inoltre, si sofferma ragioni da cui è scaturito l'art. 182-ter, legate alla necessità di autorizzare espressamente il fisco alla transazione e di spezzare il tabù dell'indisponibilità.

¹³ DEL FEDERICO, cit. p. 2564, secondo cui *"In prospettiva alquanto diversa si colloca l'art. 182 ter, che, pur continuando a parlare di transazione, attenua le connotazioni transattive dell'accordo, rimarcandone la matrice concorsuale: invero oggi l'adesione dell'ufficio (e/o del concessionario) si esprime mediante voto favorevole o contrario alla proposta di concordato nella naturale sede dell'adunanza dei creditori"*; nello stesso senso S. LOCONTE, *La transazione fiscale*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2008, 2, 187 ss., che tuttavia sembra mantenere l'istituto a cavallo tra un ambito propriamente negoziale, laddove lo qualifica in termini di rinuncia, e un ambito procedimentale, laddove si riferisce ad *"un "condono" permanente, sia pur sotto l'egida di un controllo giudiziale e nell'ambito di un processo cui partecipano anche gli altri creditori"*.

¹⁴ Si richiamano sul punto le considerazioni espresse nel mio scritto sopra citato, con richiami a A. FEDELE *"Autonomia negoziale e regole privatistiche nella disciplina dei rapporti tributari"* resa al convegno tenutosi a Catania in data 14 e 15 settembre 2007, P. RUSSO, *Imponibilità del tributo e definizioni consensuali delle controversie*, in *Rassegna Tributaria* 3/2008, 614 ss; R. LUPI, *Indisponibilità del credito tributario, contabilità pubblica e giustizia tributaria*, in *Dialoghi di Diritto Tributario*, 6/2007, 864 e F. CROVATO, *ibidem*, p.856.

presupposti in cui è possibile estinguere l'obbligazione tributaria pagando il debito in misura inferiore al dovuto. La supremazia dello Stato in materia tributaria si esprime su un piano diverso rispetto a quello della riscossione, nell'ambito del quale non è possibile riconoscere al debito d'imposta elementi di specialità rispetto alle comuni obbligazioni. L'erroneità del richiamo (della circolare 40/E) al principio d'indisponibilità è dimostrato dal fatto che anche l'articolo 182 ter, come l'art. 160, è previsto da una legge ordinaria, sicchè, ove l'indisponibilità fosse principio assoluto di livello costituzionale, non avrebbe potuto essere violato neanche da tale norma. Non è quindi ravvisabile alcuno strappo costituzionale nella previsione dell'art. 160 l. f., che in via generale consente la falcidia concordataria per tutti i crediti privilegiati, ivi compresi quelli tributari e previdenziali (per quelli chirografari già nel passato non si ravvisavano difficoltà di sorta¹⁵).

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. La sua funzione è quella di consentire al fisco, attraverso l'attivazione dell'iter previsto nell'art. 182-ter, di esprimere il consenso o il dissenso alla pari degli altri creditori. All'espressione del consenso informato sono predisposti i controlli e le certificazioni, da attuarsi dagli uffici competenti, da rendere al debitore entro trenta giorni, ai sensi del secondo comma dell'art. 182-ter. Sarebbe quindi incoerente rispetto a tale conclusione ritenere l'autonomia della transazione fiscale rispetto al concordato. Mentre è valida l'ipotesi del concordato senza transazione fiscale, non è possibile il contrario.

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 maggioritario¹⁶. Anche da questo punto di vista, dunque, tutto il procedimento si mantiene nell'alveo del concordato e non assume carattere negoziale autonomo.

La disciplina dell'art. 182 ter, peraltro, non contempla alcuna interlocuzione diretta tra fisco e proponente e non prevede lo svolgimento di trattative, come sarebbe normale se davvero di transazione si trattasse. Il

¹⁵ Cass. 3 maggio 1969, n. 1578, in *Dir Fall.* 1970, II, 100; BONSIGNORI, *cit.*, art. 135, pag. 430 ss.

¹⁶ Si può aggiungere che anche la posizione del fisco, alla pari di quella degli altri creditori privilegiati, è tutelata dai controlli formali e sostanziali attribuiti all'organo giudicante sia in sede preliminare nell'ambito della formazione delle classi e di verifica della correttezza della falcidia, sia in seguito in sede di omologazione.

fisco è nel concordato un creditore al pari degli altri, e come gli altri soggiace alle regole della procedura, così come è previsto dalla generale norma dell'art. 160, che trova la sua ragion d'essere nel preminente interesse pubblico alla definizione concordata della crisi, in funzione del salvataggio delle unità produttive e dei posti di lavoro.

E' in conclusione condivisibile l'orientamento della giurisprudenza di merito¹⁷, 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.

Sembra anche di poter escludere, infine, che agli uffici finanziari e non all'autorità giudiziaria debba riconoscersi l'autonoma potestà di statuire sull'inammissibilità della procedura ex art. 182-ter. Altrimenti si finirebbe attraverso tale via per attribuire all'amministrazione fiscale una impropria facoltà di veto sulle sorti della procedura di concordato, senza nemmeno le garanzie del contraddittorio¹⁸.

¹⁷ In tal senso, oltre ai decreti già sopra citati del Tribunale di Pavia, si vedano anche: il decreto del Tribunale di Venezia, 27 febbraio 2007, in *Fall.*, 2007, n. 12, p. 1464, con nota di FINARDI ed il decreto n. 13278/07 del Tribunale di Milano, che è stata tuttavia riformata dalla Corte D'appello di Milano del 14 maggio 2008; la riforma, peraltro, non è basata sull'accoglimento del principio di autonomia, che è invece espressamente richiamato dalla Corte D'Appello, ma su un difetto relativo al mancato recepimento per il concordato preventivo, nel regime antecedente al correttivo, della possibilità della falciatura dei creditori privilegiati.

¹⁸ Recentissimamente, nel senso contrario all'autonomia si è espresso anche il sopra citato Tribunale di Roma, con decreto in data 27 gennaio 2009.