

AVVOCATO FAUSTA BRIGHENTI

RELAZIONE

BERGAMO, 18 GENNAIO 2012

***Gli aspetti fiscali delle procedure di gestione preconcorsuale e concorsuale delle crisi di impresa***

**I**

***(Panfiscalismo di ritorno)***

Nel settore tributario–fallimentare sembra che stia tornando di moda quanto si diceva trent’anni addietro quando il fisco era additato da Falsitta come “*mostro vorace e tentacolare che persegue l’ingiusto obiettivo di accaparrarsi, con lo strumento del tributo, la più parte delle risorse derivanti dalla liquidazione forzata del patrimonio del fallito*”. “*Parlare di adempimenti fiscali dell’impresa fallita e suscitare emotivamente terremoti psicologici nel foro interno di ciascuno di noi è tutt’uno. Il pensiero corre al curatore ... capro espiatorio della procedura fallimentare...*”. E queste parole non sono state scritte da un curatore affranto ma da un alto magistrato, Piero Paiardi, già presidente della Corte di appello di Milano e insigne studioso di diritto fallimentare.

Oggi – ma i tempi sono quello che sono – assistiamo a una sorta di panfiscalismo di ritorno.

**II**

***(La modifica dell’art. 2752 c.c.)***

Un esempio: la modificazione pro Fisco – addirittura di natura retroattiva - all’art. 2752 c.c. (secondo cui, oggi, “*hanno privilegio generale sui mobili del debitore i crediti dello Stato per le imposte e le sanzioni dovute secondo le norme in materia di imposta sul reddito delle persone fisiche, imposta sul reddito delle*

*persone giuridiche, imposta sul reddito delle società, imposta regionale sulle attività produttive ed imposta locale sui redditi. Hanno altresì privilegio generale sui mobili del debitore i crediti dello Stato per le imposte, le pene pecuniarie e le soprattasse dovute secondo le norme relative all'imposta sul valore aggiunto ...).*

Questa disposizione è stata così modificata dall'art. 23, comma 37, del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 111 del 2011, principalmente con un duplice effetto: a) sono assistite da privilegio anche le sanzioni collegate a violazioni in materia di imposte sui redditi; b) viene eliminata la previsione per cui il privilegio si estende solo ai crediti, rientranti nelle categorie elencate, che siano stati iscritti nei ruoli resi esecutivi nell'anno in cui l'agente della riscossione promuove l'esecuzione o vi interviene o nell'anno precedente.

La ratio di questa ultima modifica, cioè l'eliminazione del limite temporale a "ritroso" – come si legge nella Relazione illustrativa al Parlamento – muove dalla considerazione degli attuali tempi tecnici necessari per portare ad esecuzione i crediti a causa della complessità delle procedure. La norma, nella sua versione originaria, prevedendo il limite temporale oggi abrogato finiva di fatto per vanificare il privilegio, destinato a non operare praticamente mai, favorendo, di quei creditori che, se la procedura avesse i tempi brevi immaginati dal legislatore dei primi anni 70, avrebbero dovuto invece essere postergati.

La disposizione novellata si applica anche ai crediti sorti prima dell'entrata in vigore del decreto-legge (cfr. art. 23, comma 37, cit., ultimo periodo); tuttavia, per i creditori privilegiati già intervenuti nell'esecuzione o ammessi al passivo fallimentare il comma 40 dell'art. 27 citato dispone che *“possono contestare i crediti che, per effetto delle nuove norme di cui ai precedenti commi, sono stati anteposti ai loro crediti nel grado del privilegio, valendosi, in sede di distribuzione della somma ricavata, del rimedio di cui all'articolo 512 del codice di procedura civile, oppure proponendo l'impugnazione prevista dall'articolo 98, comma 3, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nel termine di cui all'articolo 99 dello stesso decreto”*.

La norma è scritta in modo assai poco chiaro.

Per qualcuno questa disposizione dovrebbe significare che la retroattività può essere stoppata se il creditore privilegiato, già ammesso al passivo e postergato in seguito all'applicazione del nuovo privilegio erariale, si attivi con l'impugnazione impedendo, di fatto, l'efficacia retroattiva (pur voluta dalla legge).

Secondo un'altra corrente di pensiero l'efficacia retroattiva non è mai in discussione; la norma – secondo questa esegesi – nel richiamare gli artt. 512 c.p.c. per l'esecuzione individuale e l'art. 98 L.F. per l'esecuzione concorsuale, intende chiarire che l'inserzione retroattiva del credito in privilegio, al posto di quella in chirografo, pur avendo un carattere meramente esecutivo (riconoscimento ex lege del privilegio sulla “graduatoria” dei crediti già formata) è comunque impugnabile (se viziata). Se infatti non vi fosse questo espresso chiarimento normativo (che prevede l'impugnabilità del riconoscimento del privilegio) si potrebbe pensare che, avendo natura meramente esecutiva in quanto sarebbe di automatica applicazione sulla graduatoria dei crediti già formata, l'attribuzione del privilegio al Fisco non sarebbe impugnabile.

Il richiamo agli artt. 512 c.p.c. e 98 L.F. è altresì opportuno perché – in difetto di questa espressa indicazione normativa – l'interprete si sarebbero potuto chiedere se e con quali mezzi di gravame contestare, se per qualche ragione errato (ipotesi improbabile ma possibile perché non vi sono margini interpretativi di manovra: ad es., nel rifare lo stato passivo viene compiuto un errore materiale), il provvedimento degli organi della procedura. In effetti – a ben vedere – si sarebbe potuto pensare che l'atipicità di un provvedimento del genere sfuggisse agli ordinari mezzi di impugnazione ex art. 512 c.p.c. e 98 L.F..

Il termine (di trenta giorni ex art. 99 L.F.) per proporre opposizione ex art. 98, comma 3, L.F., dovrebbe decorrere da quando il creditore controinteressato abbia conoscenza legale della modifica dello stato passivo in favore dell'Erario; pertanto è onere del Curatore informare tutti i creditori ammessi al passivo dell'intervenuta modifica dell'ammissione con privilegio del credito erariale per sanzioni.

///

In proposito, occorre chiedersi come deve operare il Curatore nell'applicare retroattivamente il privilegio.

Qualcuno pensa che il curatore debba, d'ufficio, riconoscere il privilegio.

[Poniamo, ad es., che Equitalia sia stata ammessa al passivo in chirografo per le sanzioni attinenti le imposte di cui al primo comma dell'art. 2752 c.c.. Ora, poichè il nuovo art. 2752, comma 1, c.c., attribuisce il privilegio anche alle sanzioni, il Curatore, al momento del riparto, dovrebbe essere tenuto a trattare il credito per sanzioni come privilegiato di 18° grado, come il credito per imposte].

Secondo un'altra corrente di pensiero – che ritengo decisamente preferibile e che trova applicazione, ad es., presso il Tribunale di Modena e presso il Tribunale di Milano - il riconoscimento del nuovo privilegio ai crediti erariali in questione deve essere necessariamente preceduta dall'istanza della parte interessata (Equitalia o Agenzia delle Entrate) che perciò è onerata di prendere l'iniziativa depositando pertinente domanda.

Se il creditore erariale non si attiva, cioè non chiede la collocazione privilegiata del proprio credito, il Curatore non può agire ex officio perché vale – come sappiamo – il principio della domanda; e pure la domanda deve essere specifica perché il creditore ha l'onere di specificare il privilegio che assiste il suo credito.

Per semplificare la procedura, il Tribunale di Modena non richiede una vera e propria insinuazione tardiva ex art. 101 L. F. ma ritiene sufficiente un'istanza di Equitalia in calce alla quale il Curatore esprimerà il proprio parere; se il parere sarà favorevole, il Giudice delegato autorizzerà la modificazione dello stato passivo; se il parere sarà sfavorevole, il Giudice delegato respingerà l'istanza ed Equitalia avrà l'onere di presentare domanda di insinuazione tardiva ex 101 L.F. instaurando il normale procedimento teso alla modificazione dello stato passivo, con possibilità di opposizione.

Per il Tribunale di Milano la domanda di insinuazione avente ad oggetto il riconoscimento retroattivo del nuovo privilegio deve essere coordinata con le

disposizioni della legge fallimentare e, principalmente, con l'art. 101, ultimo comma, L.F. in tema di ultratardive, in applicazione del principio di economicità dei giudizi.

In questo quadro, per i fallimenti in cui il termine di un anno o di diciotto mesi dalla chiusura dello stato passivo sia scaduto in epoca precedente all'entrata in vigore del decreto legge 98/11, la Circolare n. 7/2011 del presidente della Sezione Fallimentare del Tribunale di Milano considera quale termine ragionevole per la proposizione delle domande tardive il 31 dicembre 2011, data oltre la quale, salvo circostanze particolari e salva una valutazione del singolo caso concreto demandata a ciascun Giudice Delegato, la domanda sarà considerata inammissibile.

In definitiva, mi sembra – almeno in questa prima sperimentazione applicativa – che si stia formando un orientamento, da parte dei Giudici fallimentari, volto a circoscrivere il più possibile l'efficacia retroattiva del nuovo privilegio al fine di evitare, da un lato, disguidi organizzativi e, dall'altro, un eccessivo vulnus ai diritti quesiti.

### III

#### *(Segue: dubbi di costituzionalità)*

Ci si potrebbe chiedere se la retroattività della norma regga ad uno scrutinio di costituzionalità in riferimento ai parametri della certezza del diritto e dell'affidamento dei consociati, canoni ricavabili dagli artt. 2 e 3 Cost..

A me sembra che una norma retroattiva che, per favorire un creditore, incide negativamente su diritti soggettivi di altri creditori, e per di più senza limitazioni temporali a ritroso, non possa reggere al vaglio di costituzionalità. Il cambio delle regole mentre si gioca – qui a vantaggio di un creditore rispetto agli altri – non sembra una operazione legislativa costituzionalmente accettabile. E non appare sufficiente l'aver introdotto la possibilità dell'impugnazione, perché comunque si tratta di attività costosa (assistenza tecnica obbligatoria, tempi che si dilatano). Peraltro, dobbiamo tenere conto che, quando si tratta di tributi, la Corte Costituzionale cerca sempre di salvare l'Erario. Ricorderanno tutti che quando, nel

1991, venne istituita un'imposta secca del 20% (o, a scelta, la tassazione ordinaria) sulle indennità di esproprio con effetto retroattivo, la Consulta affermò che, sia pure fosse retroattiva, la tassazione non era in contrasto con il principio della capacità contributiva perché, essendo la retroattività contenuta nel tempo, era ragionevole che la capacità contributiva fosse ancora esistente.

In definitiva, se da un lato dobbiamo più o meno sempre (dipende anche dalla entità delle somme in gioco) aspettarci un orientamento pro-Fisco, dall'altro lato mi sembra che una retroattività senza limiti sia inaccettabile perché viola la certezza dei rapporti giuridici e l'affidamento dei consociati (cosa succede se un creditore, poi posposto dal privilegio retroattivo in favore del Fisco, abbia a suo tempo ceduto a un terzo il credito verso la Procedura, credito che però si azzerà perché sopravanza un nuovo, e inatteso, credito erariale?)

#### IV

##### *(La questione delle plusvalenze nel nuovo concordato preventivo)*

Passerei ora a parlare di qualche tema che mi è stato suggerito.

Cominciamo sui dubbi che si sono affacciati in ordine alla applicabilità dell'art. 86, comma 5, T.U.I.R., norma che esclude la realizzazione di plusvalenze in caso di cessione dei beni nell'ipotesi di concordato preventivo.

Si è osservato, in proposito, che la norma agevolativa, in base al suo tenore letterale, *“potrebbe, ai fini fiscali, ricorrere solo per il concordato preventivo con cessione dei beni (liquidatorio) e non per tutte quelle nuove articolazioni che la procedura può assumere nel nuovo impianto normativo”*

Secondo l'esegesi di gran lunga maggioritaria, la cessio bonorum viene inquadrata nel mandato irrevocabile in rem propriam, con effetti obbligatori, conferito agli organi della procedura affinché vendano i beni; peraltro, la cessio honorum è stata anche assimilata a una cessione traslativa (o con effetti reali).

In ogni caso – quale che sia il modello giuridico che scegliamo – è applicabile la fattispecie esentativa di cui all'art. 86, comma 5, T.U.I.R..

Secondo la giurisprudenza granitica della Corte di Cassazione l'esenzione reddituale delle plusvalenze opera anche quando un terzo metta a disposizione dell'attivo concordatario un bene di sua proprietà e tale bene venga ceduto dal liquidatore (cfr. Cass. n. 11699 del 21 maggio 2007). In questa sentenza, la Cassazione, interpretando la norma esentativa come norma volta a favorire la soluzione concordataria, ne afferma la massima estensione possibile.

Seguendo il medesimo ordine di idee si era espressa l'Amministrazione finanziaria con la Risoluzione n. 29/E del 1 marzo 2004 secondo cui *“come precisato, tra l'altro, dalla Corte di Cassazione, la ratio di tale norma è quella di “ridurre l'onere fiscale delle operazioni compiute nel corso della liquidazione concordataria”; tale disposizione, pertanto, “malgrado le ambiguità della sua formulazione ... riguarda (non la cessione dei beni ai creditori, ma) il trasferimento a terzi dei beni ceduti effettuato in esecuzione della proposta di concordato” (Cass. 4 giugno 1996, n. 5112). Ne consegue che l'agevolazione tributaria concessa dalla predetta disposizione ha ad oggetto non solo la “cessione dei beni ai creditori”, ma anche le vendite dei beni ceduti, effettuate (nei confronti di terzi) dal commissario giudiziale al fine di ricavare i mezzi liquidi necessari per soddisfare i creditori”*.

In sintesi, i principi dettati in questa materia dalla Corte di Cassazione e la stessa posizione dell'Erario possono confortare nel senso che una plusvalenza tassabile non si configuri mai se il trasferimento dei beni sia attuato in esecuzione del piano concordatario, anche se non si tratti in senso stretto di un concordato preventivo con cesso bonorum.

## V

### *(Sopravvenienze attive e ristrutturazione dei debiti)*

Sono sorti dubbi circa l'applicabilità della norma esentativa in ordine alle sopravvenienze attive che si realizzano nell'ambito della ristrutturazione dei debiti prevista dall'art. 182 bis L.F.. L'art. 88, comma 4, del TUIR prevede, in proposito,

che non si considera sopravvenienza attiva la riduzione dei debiti dell'impresa in sede di concordato fallimentare o preventivo.

Sotto il profilo sistematico, giova osservare che nella riforma del 2007 il legislatore ha inteso favorire – come si legge nella relazione ministeriale - l'appetibilità dell'istituto in quanto la ristrutturazione, nella versione precedente, non aveva avuto la diffusione auspicata.

Se è questa l'intenzione del legislatore, l'interpretazione che non ritiene applicabile alle sopravvenienze attive realizzate nella ristrutturazione dei debiti appare in netto e insanabile contrasto con la volontà del legislatore, espressamente affermata nella relazione ministeriale, di favore l'istituto ristrutturativo.

Però sappiamo che le disposizione agevolative – in quanto eccezioni alla regola – vanno interpretate limitandole ai casi tassativamente previsti dalla legge e non sono passibili di esegesi analogica.

Peraltro, è altrettanto vero che il Giudice è tenuto a dare alla norma una interpretazione costituzionalmente orientata. Ora, qui abbiamo due istituti – concordato e ristrutturazione - caratterizzati entrambi da una riduzione dei debiti in una procedura di rilievo pubblicistico, entrambi disciplinati nel titolo III della legge fallimentare.

La natura pubblicistica e concorsuale dell'istituto della ristrutturazione dei debiti – come mette in evidenza la dottrina più attenta - è comprovata dall'istituto dell'omologa giurisdizionale, dal principio di concorsualità, dato che sono congelate le azioni esecutive e cautelari individuali, e dall'esclusione dalla revocatoria dei pagamenti eseguiti in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti come avviene nel concordato preventivo.

Io riterrei che la mancata inserzione nell'art. 88 T.U.I.R. della ristrutturazione dei debiti non sia stata intenzionale, ma sia una mera dimenticanza (o forse neppure una dimenticanza, visto che all'interprete non dovrebbe essere preclusa una esegesi razionale) che l'interprete può superare attraverso una esegesi costituzionalmente

orientata, sul presupposto, come detto, della natura pubblicistica e concorsuale dei due istituti e sulla medesima finalità degli istituti stessi.

Di fronte a un caso come questo il Giudice può optare per due soluzioni: in base alla prima opzione, vista la disparità di trattamento tra due situazioni pressoché identiche – abbiamo infatti due procedure di natura pubblicistica che perseguono sostanzialmente lo stesso risultato e abbiamo il legislatore fallimentare che tenta di promuovere la ristrutturazione dei debiti - pare del tutto ragionevole che alla ristrutturazione dei debiti si applichi la norma esentativa in materia di sopravvenienze.

Il Giudice, infatti – in base a quanto afferma da decenni la Corte Costituzionale - è tenuto a optare, tra le possibili interpretazioni di una norma, per quella che rispetti i parametri costituzionali, e nel caso di specie l'art. 3 sotto il profilo non solo della disparità di trattamento ma anche della irragionevolezza.

L'altra soluzione – più prudente – è quella di rimettere la questione alla Corte Costituzionale a causa dell'irragionevolezza e della disparità di trattamento, irragionevolezza che a me pare evidente. Davanti alla Consulta si fronteggerebbero così il legislatore fiscale e quello fallimentare: e, come sappiamo, il legislatore fiscale parte sempre avvantaggiato.

## VI

### *(Perdite su crediti nella ristrutturazione dei debiti)*

In base all'art. 101, comma 5, del T.U.I.R., le perdite su crediti sono riconosciute solo se risultano da elementi certi e precisi.

E' lecito chiedersi, in proposito, se si può considerare elemento certo e preciso la decurtazione parziale, e quindi la perdita parziale del credito, in caso di accordo di ristrutturazione dei debiti.

La risposta non può che essere positiva.

Come si è appena visto, nella riforma del 2007 il legislatore ha inteso favorire – come si legge nella relazione ministeriale - l'appetibilità dell'istituto in quanto la ristrutturazione, nella versione precedente, non aveva avuto la diffusione auspicata.

Se è questa l'intenzione del legislatore, l'interpretazione che non ritiene applicabile l'art. 101, comma 5, del TUIR alla decurtazione dei crediti derivante dall'istituto ristrutturativo è impraticabile sul piano sistematico perché contrasta insanabilmente con la volontà del legislatore, espressamente affermata nella relazione ministeriale, di implementare l'istituto della ristrutturazione dei debiti.

Sotto un profilo letterale, poi, giova osservare che non vi sono dubbi sul fatto che la perdita parziale sul credito sia certa nell'an e precisa nel quantum. Certezza e precisione, infatti, pur emergendo da un accordo tra debitore e creditore, sono validate dall'omologazione da parte del Tribunale. Quindi ci troviamo di fronte ad un accordo di carattere pubblicistico perché la prosecuzione dell'impresa è un fatto di importante interesse socio economico – e quindi non solo di interesse del debitore e dei creditori - tanto che la legge si preoccupa di affidare al giudice l'omologazione di tale accordo perché verifichi se la struttura di questa revisione propositiva dei debiti risponda alle finalità previste dalla legge.

Mi sembra, e qui finisco l'argomento, che sia veramente singolare poter pensare che la perdita sul credito che discende dalla ristrutturazione dei debiti, non abbia i requisiti della certezza e della precisione.

## VII

### *(Concordato preventivo e transazione fiscale)*

Passiamo ora a esaminare i rapporti tra concordato preventivo e transazione fiscale.

In tema di obbligatorietà o facoltatività della transazione fiscale, la Cassazione si è pronunciata nel senso che la transazione fiscale non è un passaggio obbligatorio per il creditore che intende proporre un concordato. E' perciò del tutto fisiologico che il Fisco venga trattato come un creditore qualunque. La Cassazione afferma

anche che il credito IVA deve sempre essere pagato al 100%, con l'effetto di scardinare l'ordine dei privilegi, perché il debito viene in pratica collocato sullo stesso piano dei crediti prededucibili (cfr. Cass. 4 novembre 2011, nn. 22931 e 22932).

In queste sentenze da ultimo citate la Cassazione afferma due importanti principi:

a) la transazione fiscale non è obbligatoria (la Suprema Corte ha rigettato il ricorso proposto dall'Agenzia delle entrate che prospettava la violazione degli artt. 160 e 182 ter L.F. per avere il proponente il concordato prospettato la falcidia dei debiti tributari senza dare corso al procedimento della transazione fiscale);

b) la falcidia dell'IVA non è consentita.

La Corte Suprema non ritiene risolutivo il dato letterale contenuto nell'art. 182 ter L.F., e cioè il predicato "può", per sancire la facoltatività della transazione fiscale, ma perviene a tale conclusione attraverso l'esame dei differenti effetti che si esplicano a seconda che il proponente dia o meno corso alla transazione fiscale. Gli effetti che caratterizzano il concordato preventivo nell'ambito del quale sia stato effettuato il sub-procedimento della transazione fiscale sono: - in esito all'omologazione dell'accordo si estinguono i giudizi tributari in corso; - con la transazione fiscale il debitore ottiene – l'assoluta, secondo una parte della dottrina, e secondo altra corrente di pensiero, l'apprezzabile – certezza dell'entità del debito tributario e quindi una maggiore trasparenza della proposta di concordato che può determinare anche una maggiore probabilità di ottenere l'assenso degli altri creditori.

Pertanto, in tesi, un concordato può ben essere omologato anche in presenza del voto negativo del Fisco, al quale, come a tutti gli altri creditori, si applica l'art. 184 L.F., e cioè che il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura.

Non è infatti lecito condizionare la proponibilità del concordato all'assenso del Fisco; quindi se pur in presenza di un tentativo di transazione fiscale non riuscito il

concordato può essere ugualmente omologato, non si capisce perché tale tentativo debba essere comunque effettuato anche nell'ipotesi in cui il debitore concordatario sia determinato ab origine a proseguire nelle controversie contro l'Agenzia delle Entrate.

D'altronde, nulla impedisce che l'Agenzia delle Entrate, anche se non interpellata ex art. 182 ter L.F., manifesti e dia corso alle sue pretese.

In ogni caso, cioè sia nell'ipotesi di proposta che contenga la transazione fiscale sia nell'ipotesi di proposta che vi prescinda, il credito IVA non può mai essere falciato – in quanto trattasi di tributo armonizzato - con la conseguenza che viene sovvertito l'ordine dei privilegi e che il pagamento di tale credito si avvicina alla prededuzione, come ha osservato il Giudice delegato del Tribunale di Ravenna dott. Alessandro Farolfi.