

Gennaio
2021



L'art. 182-ter nel concordato in continuità

L'ASSEGNAZIONE DELLE NUOVE RISORSE SECONDO
L'AGENZIA DELLE ENTRATE E LA MORATORIA
ULTRANNUALE

NAZARIO DE LIA

Sommario

Introduzione.....	2
Breve <i>excursus</i> del nuovo art. 182-ter del R.D. n.267 del 1942	3
La prima risposta dell’Agenzia delle Entrate in merito all’art. 182-ter l., come modificato dall’art. 1, comma 81 della legge 11.12.2016, nr. 232.....	7
I flussi di finanza derivanti dalla continuità aziendale	8
La finanza endogena.....	10
La finanza esogena	13
Test di convenienza della circolare 16/E del 2018 ai sensi dell’art.182-ter L.Fall., c.1	14
Attivo derivante esclusivamente da flussi di cassa	14
La circolare 34/E del 29.12.2020 in virtù delle modifiche apportate dalla legge 159/2020 al trattamento dei crediti tributari e contributivi	20
La finanza endogena “posposta”	21
Il ruolo del Commissario Giudiziale nella “mancanza di voto”	22
La moratoria ultrannuale ai sensi dell’art. 186-bis, c.2, lett. c) L.fall.	24
La moratoria ultrannuale nell’ambito dell’ <i>absolute priority rule</i>	26
La dilazione dei pagamenti nella nuova Circolare 34/E del 29/12/2020	29
La moratoria nel nuovo Codice della crisi d’impresa	30
Conclusioni.....	31
Ringraziamenti	32
Riferimenti.....	33

Introduzione

L'art. 182-ter del regio decreto 16 marzo 1942, n.267 , in precedenza intitolato “Transazione fiscale” è stato oggetto di una profonda riforma con la legge n.232 dell'11 dicembre 2016, ed è stato rinominato “Trattamento dei crediti tributari e contributivi”. Con la riformulazione dell'art. 182 ter il legislatore ha anzitutto abbandonato la soluzione originaria di lasciare la scelta al debitore di avvalersi o meno dell'istituto della transazione fiscale, infatti, dalla data di entrata in vigore della novella, 1 gennaio 2017, l'applicazione delle regole contenute nella norma citata non è più una facoltà, ma è un obbligo, tutte le volte che il debitore intenda addivenire al pagamento dei crediti tributari e previdenziali in sede concorsuale in maniera parziale e/o dilazionata. Altri sono i punti sui quali la riformulazione dell'art. 182 ter ha inciso profondamente, come, per esempio, l'abolizione del consolidamento fiscale, ossia la possibilità di certificare l'ammontare dovuto dal debitore senza possibilità per l'erario di effettuare degli accertamenti successivi, con la conseguenza che i contenziosi vertenti sulla pretesa tributaria proseguono fino alla definitiva conclusione del giudizio. Inoltre, a decorrere dal 1 gennaio 2017, il trattamento del credito IVA e ritenute è stato uniformato a quello riservato agli altri crediti tributari, così eliminando quegli ostacoli posti ad una generale falcidia dell'IVA e delle ritenute nella transazione fiscale.

La riforma del 2016 ha suscitato diverse reazioni tra cui, la più importante, è stata quella dell'Agenzia delle Entrate, che sarà oggetto di commento nel prosieguo.

La Legge 27 novembre 2020, n. 159 di conversione del D.L. 125/2020 prevede rilevanti modifiche in tema di transazione fiscale e previdenziale, introducendo nella legge fallimentare le disposizioni di cui agli artt. 48, comma 5, 63 e 88 del Codice della crisi d'impresa.

La novella anticipa, infatti, i criteri previsti dal Codice della crisi in quanto consente di ottenere l'omologazione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione quando il voto dell'agenzia delle entrate e degli enti di previdenza e assistenza è determinate per ottenere la maggioranza dei creditori, a condizione che sia dimostrato che la liquidazione del proprio patrimonio nell'ambito del fallimento è meno vantaggiosa della proposta formulata.

Il presente studio si pone l'obiettivo di riassumere le varie ipotesi di destinazione del *surplus* generato dalla continuità aziendale, anche in virtù della più recente giurisprudenza di merito, nonché di segnalare alcuni dubbi interpretativi in ordine al trattamento del debito erariale e previdenziale in caso moratoria ultrannuale. Infine, proprio durante la stesura del presente

elaborato, l' Agenzia delle Entrate è intervenuta, in data 29 dicembre 2020, con un documento di prassi, la circolare 34/E del 2020, in parte modificando i precedenti orientamenti espressi dalla stessa agenzia con la circolare 16/E del 2018.

Breve *excursus* del nuovo art. 182-ter del R.D. n.267 del 1942

Come già accennato, la facoltatività al ricorso all' istituto della transazione fiscale sancita dalle sentenze, cd. "gemelle", emanate dalla Corte di Cassazione nr. 22931 e 22932 del 2011 (da *unijuris.it*), viene ad oggi riformata con il nuovo art. 182-ter che prevede l' obbligatorietà della proposta quale unico mezzo per poter proporre un pagamento falcidiato e/o dilazionato dei debiti tributari e contributivi.

a) I tributi amministrati dalle agenzie fiscali. Ambito applicativo.

L' articolo 182 ter inizialmente si sofferma sulla tipologia dei tributi "trattabili":

«Con il piano di cui all' articolo 160 il debitore, esclusivamente mediante proposta presentata ai sensi del presente articolo, può proporre il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi amministrati dalle agenzie fiscali e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e dei relativi accessori... (continua)»

Con la circolare n. 25/E del 2002 l' Agenzia delle Entrate ha precisato quali erano i tributi affidati alla sua gestione ed in particolare vi ha compresi: l' imposta di bollo, le tasse sulle concessioni governative, le tasse sui contratti di borsa, l' imposta sugli intrattenimenti e soppressa imposta sugli spettacoli e tributi connessi, le tasse automobilistiche, canone di abbonamento alla televisione. Rimangono esclusi i tributi degli enti locali gestiti da province e comuni (per es. IMU) il cui trattamento rimane regolato dalla disciplina generale dell' art. 160 l.fall.. Tale ultimo aspetto può essere particolarmente rilevante per le società immobiliari o per quelle società che hanno un consistente debito nei confronti dei comuni nei quali sono ubicati gli immobili.

L' attuale formulazione dell' art. 182 ter ha confermato l' esclusione dei tributi degli enti locali dall' ambito di trattamento dei crediti tributari: se è pur vero che un' eventuale inclusione dei tributi locali avrebbe invaso l' autonomia di entrata e di spesa attribuita agli enti dall' art. 119 c.1 della Costituzione dopo la riforma del Titolo V (Corte Cost., 16 gennaio 2004, n.16) è altresì ammissibile che gli stessi enti, proprio in virtù della suddetta autonomia finanziaria,

invece, si adeguino alla normativa dell'art.182-ter attraverso l'introduzione nei propri statuti di disposizioni analoghe a quelle dello Stato, consentendo così di transigere i propri crediti fiscali alle stesse condizioni previste dall'articolo 182-ter, per i crediti erariali.

Di conseguenza, essendo detto criterio un metodo potenzialmente variabile a seguito di eventuali emendamenti delle norme o delle convenzioni degli enti locali, la lista dei tributi esclusi dovrà essere valutata sulla base del soggetto incaricato alla gestione contestualmente alla normativa ed alle convenzioni vigenti e non in base alla natura del credito (erariale o locale).

Stante però l'attuale assetto normativo, rimangono quindi esclusi dalla possibilità di essere oggetto di trattamento ex art. 182 ter tutti i tributi provinciali e comunali quali, IMU, TASI, TARI, l'imposta di soggiorno e l'imposta di scopo, i canoni per lo scarico e la depurazione delle acque reflue e i contributi di bonifica in quanto gestiti rispettivamente dai comuni e dai consorzi di bonifica. Preso atto che i tributi locali soggiacciono al principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria, essendo crediti privilegiati ex art. 2752 c.c. in via postergata rispetto ai crediti erariali, se questi ultimi fossero falcidiati ex art.182-ter, ciò comporterebbe un'alterazione delle cause di prelazione. Nel caso in cui sia prevista una falcidia o anche solo una moratoria ultrannuale dei crediti erariali, lo stesso trattamento (se non peggiore) dovrà essere applicato a tutti i privilegiati con grado di privilegio posteriore.,

Al contrario risultano transigibili, oltre che l'IVA¹, anche l'IRAP, l'IREs, le ritenute da lavoro dipendente, le ritenute da lavoro autonomo, la tassa di concessione governativa, l'imposta di registro, il canone di abbonamento RAI.

I crediti contributivi, oggetto di trattamento previsto dall'articolo 182-ter, sono quelli derivanti dall'intera omissione contributiva, senza distinguere tra la quota a carico del lavoratore da quella a carico del datore di lavoro. Quanto agli enti creditori, non sono solo quelli pubblici,

¹ Disciplina a sé stante fino alla citata modifica della legge di bilancio 2017. Infatti, in precedenza la giurisprudenza prevedeva la facoltatività della proposta di transazione fiscale e al contempo l'infalcidiabilità dell'IVA anche in assenza della transazione stessa (Cassazione 4 maggio 2011, nn. 22931 e 22932 sulla base delle quali hanno fatto seguito altre sentenze). Successivamente, in prossimità del 2017 (Cassazione 27 dicembre 2016 n.26988 e 13 gennaio 2017 n.760) l'infalcidiabilità dell'IVA è stata assoggettata alla proposta di transazione fiscale, pertanto, in caso di mancata richiesta, l'IVA poteva essere trattata al pari degli altri contributi secondo la disciplina generale dell'art.160 l.fall.. Infine, a seguito della L. 11 dicembre 2016, n. 232, la proposta è divenuta obbligatoria qualora fosse prevista la falcidia o anche solo la dilazione dei tributi di cui all'art.182-ter comma 1, ma decade il principio di infalcidiabilità dell'Iva in quanto la sentenza della Corte di Giustizia Europea 7 aprile 2016, dichiarando che l'obiettivo rimane la massima soddisfazione del credito tra le alternative concretamente praticabili, nulla aggiunge alla normativa vigente già espressa sulla questione.

ma anche quelli di previdenza obbligatoria privatizzati (D.Lgs. n. 509/1994), nonché quelli costituiti appositamente per i liberi professionisti.

Il trattamento dei crediti contributivi trova applicazione non solo nell'art. 182 ter, ma anche nell'art. 32 co.6 del D.L. 185/2008 e nel decreto attuativo del Ministero del Lavoro del 4 agosto 2009. Tale decreto prevede condizioni e limitazioni molto restrittive alla falciabilità dei crediti contributivi, tant'è che il rapporto tra il novellato art. 182 ter e le regole contenute nel citato decreto, risultano totalmente incompatibili con l'art. 182 ter che trattasi di norma superiore. . Pertanto, i limiti sanciti dal citato decreto del Ministero del Lavoro devono ritenersi ormai superati e le nuove regole da applicare per il trattamento dei crediti contributivi, sono quelli previsti dall'art. 182 ter.

L'articolo 182-ter poi prosegue:

« ... se il piano ne prevede 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 ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art.67, terzo comma, lettera d. Se il credito tributario o contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori o meno vantaggiosi rispetto 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 (continua)... »

In questa parte, il novellato articolo, va oltre il criterio generale di “migliore alternativa concretamente praticabile”, specificando quali sono i punti di riferimento per cui il trattamento dei crediti fiscali e contributivi non può avere un trattamento deteriore,

« ... se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, anche a seguito di degradazione per incapacienza, 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. (continua)... »

Prima dell'inserimento della dicitura avvenuta con la Legge 159/2020 delle parole “*anche a seguito di degradazione per incapacienza*” “ del credito tributario o contributivo avente natura chirografaria, si potevano ricavare due possibili interpretazioni: a) si riferisce ai chirografari non solo in origine, ma anche a seguito del declassamento da privilegiati a chirografari; b) si

riferisce ai soli crediti privilegiati e chirografari *ab origine*. Dalla lettura della norma che usa specificatamente il termine “natura” ante novella, la seconda interpretazione poteva sembrare la più corretta,. Tuttavia, ciò avrebbe comportato una insolita distinzione tra i chirografari *ab origine*, che verrebbero soddisfatti in maniera non deteriore rispetto a qualunque altro credito chirografario, e i chirografari divenuti tali a seguito del declassamento da privilegiati, i quali potrebbero ottenere una quota pressoché irrisoria. Al fine di risolvere tale diatriba, l’Agenzia delle entrate specificava, con la circolare 16/E del 2018 che le disposizioni relative ai crediti di natura chirografaria trovano applicazione anche per i privilegiati declassati a chirografari, andando a costituire una classe apposita. Tale orientamento è stato confermato con il nuovo testo dell’art. 182 ter, a seguito delle modifiche apportate con la Legge n.159/2020.

« ... Nel caso in cui sia proposto il pagamento parziale di un credito tributario o contributivo privilegiato, la quota di credito degradata a chirografo deve essere inserita in un’apposita classe. (fine comma 1, continua)... »

Tale disposizione risulta importante poiché rende operativo, relativamente al giudizio di omologazione, la regola prevista dall’art. 180, comma 4, secondo periodo, il quale prevede che, nel caso si formino delle classi, se il creditore appartenente ad una classe dissenziente contesta la convenienza della proposta, il tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili. Quindi, fermo il potere dell’Amministrazione Finanziaria di dissentire, l’ultima decisione spetta comunque al Tribunale. Un principio che verrà poi esteso in altre circostanze dalle più recenti modifiche.

La prima risposta dell’Agenzia delle Entrate in merito all’art. 182-ter l., come modificato dall’art. 1, comma 81 della legge 11.12.2016, nr. 232.

Con l’art. 1, comma 81, della legge 232/2016, il legislatore ha inteso allineare la disciplina normativa del concordato preventivo al contesto interpretativo della giurisprudenza comunitaria e nazionale. Le principali novità sono rappresentate, come già accennato, dalla obbligatorietà del trattamento previsto dall’art. 182 ter in tutte le ipotesi di concordato preventivo e della possibilità di falcidiare, all’interno della proposta, anche i debiti IVA e delle ritenute operate e non versate, con il limite realizzabile sul ricavato in caso di liquidazione. Altra novità è rappresentata dalla necessità, ai fini dell’approvazione della proposta, dell’inserimento di un’apposita classe in cui collocare la parte di credito privilegiato degradato a chirografo. Da ultima, è stato eliminato il riferimento agli effetti del c.d. consolidamento del debito tributario e della cessazione della materia del contendere con riguardo alle liti fiscali pendenti tributi oggetto di proposta di concordato.

Come in precedenza accennato, alcune affermazioni contenute nella circolare dell’Agenzia delle Entrate, n. 16 del 23 luglio 2018, emanata a seguito delle modifiche introdotte dalla legge 232/2016 all’art. 182 ter, ha creato non pochi problemi interpretativi, favorendo la formazione di una giurisprudenza sostanzialmente divisa.

Il comma 1 dell’art. 182- ter, prevede che la falcidia dei debiti tributari può avvenire solo nel caso in cui un professionista indipendente attesti che il pagamento offerto mediante la transazione fiscale sia più conveniente per l’Erario rispetto a quello che quest’ultimo riceverebbe a seguito della liquidazione dell’impresa. Nella Circolare 16 del 2018, secondo l’AdE, ai fini del confronto tra proposta ed alternativa fallimentare, l’attestatore deve tener conto anche dei futuri flussi di cassa generati dalla continuità aziendale, sulla base del principio che i flussi di cassa abbiano natura endogena, in virtù dell’applicazione dell’art. 2740, in base al quale “*il debitore risponde con il proprio patrimonio presente e futuro*”.

Di seguito un breve approfondimento sulla natura dei flussi di cassa generati dalla continuità aziendale nel concordato preventivo.

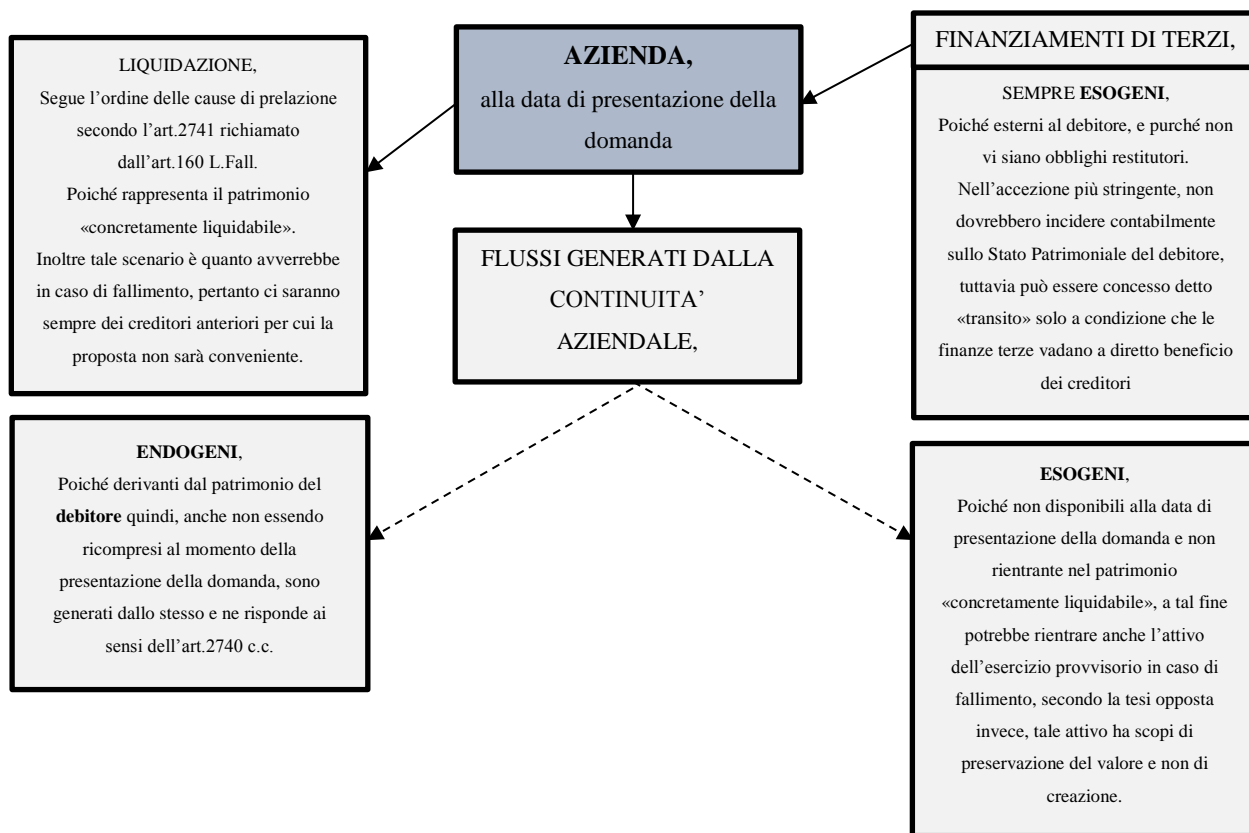
I flussi di finanza derivanti dalla continuità aziendale

Dalla lettura della circolare n.16/2018, l’Agenzia delle Entrate prende posizione sulla qualifica dei flussi di cassa generati dalla continuità aziendale, attribuendo agli stessi la qualifica di finanza endogena, ai sensi dell’art. 2740 c.c., e quindi rientrante nella garanzia patrimoniale del debitore, rispetto, invece, alla natura di finanza esogena, ovvero della disponibilità liquida derivante da un patrimonio diverso da quello “concretamente liquidabile” al momento della domanda di concordato.

In estrema sintesi, il diverbio nasce sul significato da attribuire ai flussi di cassa generati dalla continuità aziendale quale finanza “esterna” intesa come:

- Finanza esterna al debitore *tout court*, cioè con riferimento al soggetto debitore e di conseguenza a tutto il suo patrimonio presente e futuro, come stabilito dall’articolo 2740 c.c.; (cd. **finanza endogena**);
- Finanza esterna alla situazione patrimoniale cristallizzata ai sensi degli artt. 45,55 e 168 L.Fall. ovvero al momento della presentazione della domanda di concordato (cd. **finanza esogena**);
- Finanza esterna allo Stato Patrimoniale del debitore, ossia, come ipotizzabile attraverso una visione più stringente della “neutralità patrimoniale” ribadita dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 9373/2012 (su *ilcaso.it*) ovvero, che le somme non devono in alcun modo transitare nello Stato Patrimoniale del debitore.

Tale dibattito sorge poiché la liquidità derivante da un soggetto non obbligato (art.1180 c.c.), non è vincolata alle disposizioni di cui all’art.2740, il quale fa espresso riferimento al debitore. Un’altra possibile interpretazione potrebbe rilevare che, pur rimanendo ferme le disposizioni generali previste dall’art. 160, secondo le quali deve essere rispettata la regola del trattamento non deteriore dei crediti anteposti per i crediti in generale, le risorse potrebbero essere destinate integralmente ai chirografari purché il trattamento complessivo non sia migliore di quello dei crediti a loro anteposti. Ciò è possibile, poiché non viene arrecato alcun pregiudizio ai creditori dotati di privilegio, dal momento in cui le disponibilità apportate dal terzo non sarebbero ad ogni modo aggredibili dai creditori. Inoltre, nulla vieta il soddisfacimento di creditori *ad hoc* purché facenti parte di apposita classe, in quanto sarebbe comunque illegittimo il trattamento differenziato dei creditori facenti parte della medesima classe.



La finanza endogena

La finanza endogena presuppone che i flussi derivanti dalla prosecuzione dell'attività d'impresa debbano essere usati per la soddisfazione dei crediti in ordine di privilegio, ossia detti flussi non possono andare a soddisfare alcuna parte del credito vantato dai chirografari se non sono stati prima soddisfatti, integralmente, i crediti anteriori nel pieno rispetto delle cause di prelazione. Tale impostazione, in alcuni casi (soddisfazione minima del 5% anche nei concordati in continuità, Tribunale Modena, 03 settembre 2014. Pres., est. Zanichelli.) ha il vantaggio di “costringere” la società che volesse fruire dei benefici della procedura minore ad adoperarsi per tempo, senza aspettare che la situazione diventi così deleteria per i creditori, tanto da non coprire nemmeno i creditori muniti di privilegio, e di soddisfare, almeno in misura minima ai fini del voto, i crediti chirografari.

Va da sé che una condizione necessaria per proporre il pagamento parziale o dilazionato del credito erariale, è rappresentata dall'oggettiva incapienza dell'attivo o del valore di realizzo dei beni sui quali sussiste la prelazione, anche con riferimento alla disponibilità finanziaria entro i termini stabiliti dalla normativa (es. 186-bis L.Fall.).

Pertanto, come richiesto dall'art. 160, co. 2 L.Fall., si rende necessaria un'attestazione giurata circa l'incapienza dell'attivo rispetto alla massa creditoria dotata di una qualsiasi causa di prelazione.

La Sentenza della Corte di Cassazione n. 9373 del 2012 (su *ilcaso.it*), al fine di consolidare una visione unitaria in merito ai flussi derivanti dalla continuità aziendale, da una definizione della “finanza esterna”, sia da un punto di vista soggettivo che patrimoniale-contabile. Infatti, dalla stessa sentenza si evince come la finanza, affinché possa definirsi esterna, debba innanzitutto provenire da un soggetto terzo, ciò sarebbe già di per sé sufficiente ad escludere i flussi derivanti dal patrimonio del debitore, inoltre, deve essere destinata integralmente a beneficio dei creditori, senza alterare lo Stato Patrimoniale del debitore, né all'attivo, poiché altrimenti sarebbe da destinare rispettando l'ordine delle cause di prelazione, né al passivo, con l'iscrizione di un nuovo debito nei confronti del finanziatore.

Quest'ultimo punto sottintende un principio che può identificarsi nella “neutralità” del finanziamento. Tuttavia, dette somme devono essere trascritte nella contabilità del debitore, in quanto servono a ridurre il debito complessivo. Occorre tuttavia abbandonare gli aspetti

puramente contabili, perché la riduzione dei debiti, seppur l'esborso proviene da un terzo, ha necessariamente un impatto sulla contabilità del debitore, anche se il patrimonio del finanziatore esterno va direttamente ed integralmente a beneficio del patrimonio dei creditori. Un'altra interpretazione potrebbe fare riferimento all'impatto sul patrimonio del debitore inteso come effetto che si manifesta al di fuori dell'effetto benefico della procedura, in tal caso la riduzione del passivo transiterebbe dalla contabilità col solo beneficio di ridurre il passivo, ma senza incrementarlo con l'iscrizione di un nuovo debito verso il finanziatore. In tal senso, Cass. Civ., sez.I, 8 giugno 2020 n.10884, la quale precisa che *“l'apporto del terzo risulti neutrale rispetto allo stato patrimoniale della società, non comportando né un incremento dell'attivo patrimoniale della società debitrice, sul quale i crediti privilegiati dovrebbero in ogni caso essere collocati secondo il loro grado, né un aggravio del passivo della medesima, con il riconoscimento di ragioni di credito a favore del terzo”*.

Un altro aspetto di cui tener conto concerne il fatto che, nella maggior parte dei casi, i finanziatori sono soggetti terzi che hanno particolari interessi affinché la debitrice non fallisca, come possono essere i soci o i parenti degli interessati, e condizionano il proprio finanziamento al buon esito del concordato attraverso delle clausole sospensive.

Una delle più interessanti pronunce a supporto della tesi della finanza endogena prodotta dalla continuità aziendale, è stata data dalla Corte d'Appello di Torino con la sentenza del 31 agosto 2018 Est. Macagno (su *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 21541 - pubb. 16/04/2019), nella quale viene affrontato un tema se non nuovo, quantomeno sottovalutato dalla dottrina, ovvero quello del rischio derivante dalla continuità aziendale.

La sentenza spiega come *“la prosecuzione dell'attività d'impresa non può creare un patrimonio separato o riservato in favore di alcune categorie di creditori (anteriori o posteriori alla domanda di concordato). Non è parimenti consentito azzerare in sede concordataria il rispetto delle cause legittime di prelazione di cui all'art. 2741 c.c., corollario della responsabilità patrimoniale. Infatti, in assenza di un consenso esplicito, il creditore transita con la propria posizione di portatore di interesse in sede concordataria negli stessi termini in cui la posizione creditoria sussisteva quando l'impresa era in bonis. Né potrebbe farsi carico al singolo creditore (o a una classe di creditori, vieppiù privilegiati o ipotecari), in quanto titolare del diritto di voto nel concordato o, comunque, creditore anteriore assoggettato alla proposta concordataria, il solo rischio della procedura di continuità (il*

costo dell'alternativa fallimentare, con conseguente "taglio" delle sue prospettive di soddisfacimento in tale misura) senza attribuzione anche a costui anche delle potenzialità derivanti dalla prosecuzione (il surplus concordatario), perché ciò comporterebbe l'imposizione a questo particolare e privilegiato creditore un patto leonino a suo discapito (così - condivisibilmente - Trib. Milano 15 dicembre 2016; conf. Trib. Bergamo 26 settembre 2013, in esatti termini, che ha escluso la libera disponibilità dei flussi di cassa attesi dalla continuità aziendale - che, benché futuri e non presenti attualmente nel patrimonio del debitore, sono comunque generati dallo stesso in quanto scaturiscono dall'impiego di beni strumentali che di questo fanno parte - nella fattispecie destinati al pagamento integrale dei crediti chirografari di una classe di fornitori strategici; di recente, nello stesso senso v. Trib. Roma, 3.8.2017)."

In sintesi, non risulta condivisibile addossare il rischio della continuità aziendale ai creditori, ancor più se privilegiati, senza riconoscergli, al contempo, i benefici derivanti dal piano (flussi di cassa futuri), poiché ciò equivarrebbe ad imporre una sorta di "patto leonino". Tale affermazione segue il principio per cui il sacrificio di voto risulta giustificabile ancor quando vi è indifferenza di trattamento tra concordato e alternativa liquidatoria. Tale principio risulta violato nel momento in cui viene alterato lo *status quo* del creditore privilegiato, caratterizzato da una serie di tutele poste per favorire determinate categorie di creditori, vigente al momento della presentazione della domanda.

Come anticipato, tale sentenza risulta innovativa perché tratta un argomento, il rischio derivante dalla continuità aziendale, non eludibile al fine di interpretare correttamente il tema in discussione. Infatti, se il rischio vi è per una qualsiasi forma di investimento tra cui un'azienda *in bonis*, ciò vale ancor di più per quelle aziende che hanno manifestato evidenti difficoltà economico-finanziarie conclamate dalla richiesta di accesso alla procedura di concordato. Di conseguenza, addossare questo maggior rischio ai creditori privilegiati, i quali, nel caso in cui il concordato in continuità non andasse a buon fine potrebbero vedere i loro crediti stralciati ulteriormente, parrebbe del tutto illogico, oltre che da un punto di vista normativo, anche da un punto di vista finanziario, giacché, regola vuole, che un maggior rischio venga compensato da un rendimento maggiore².

² Regola generale del CAPM (capital asset pricing model).

La finanza esogena

Un altro orientamento inquadra i flussi di cassa futuri come finanza esterna o esogena, in quanto non rientranti all'interno della "fotografia" finanziaria "scattata" al momento della proposta, ma disponibili in un momento successivo. Inoltre, sempre secondo quest'ultima interpretazione, non sarebbe corretto un confronto con l'alternativa fallimentare, la quale, per avere un trattamento "alla pari", dovrebbe tenere conto dell'eventuale vendita, affitto o esercizio provvisorio dell'azienda. Ipotesi che tuttavia non appare corretta in quanto detti strumenti, mantengono un'ottica liquidatoria e non di continuità in senso stretto, ovvero il fine rimane quello di salvaguardare il ceto creditorio attraverso la conservazione del valore aziendale, ma non di produrne di nuovo.

Sposando la tesi della finanza esogena, il divieto di alterazione delle cause di prelazione va computato alla situazione patrimoniale e contabile "fotografata" al momento della presentazione della domanda ai sensi degli artt. 160, 45 e 55 (come richiamati dagli artt. 168 e 169), 181 e 184 L.Fall., tuttalpiù, estensibile al periodo di riferimento al patrimonio "concretamente liquidabile", ossia anche quello ottenuto tramite l'eventuale esercizio provvisorio, in guisa da potere essere direttamente confrontabile con un concordato liquidatorio. Infatti, solamente tramite l'applicazione di questa tesi potrebbe avvenire una corretta valutazione della convenienza per i creditori aventi cause di prelazione ossia, assumendo, al momento della presentazione della domanda, tutto il patrimonio potenzialmente oggetto di azioni esecutive o liquidabile attraverso il mercato.

In sintesi, secondo tale tesi, il confronto tra le due alternative può avere senso solo se circoscritte ad uno specifico momento in cui viene rilevato l'attivo e il passivo, ossia alla data di presentazione della domanda.

Un altro punto in contrasto all'orientamento adottato dalla Agenzia delle Entrate, risulta la mancanza di convenienza nel caso in cui ci siano crediti privilegiati anteriori a quelli tributari. Infatti, non è esclusa la possibilità che, seguendo l'interpretazione dell'Agenzia delle Entrate, nell'ipotesi in cui vi siano crediti privilegiati con grado superiore, rispetto a quelli erariali, e quindi da soddisfare integralmente, in caso l'attivo riuscisse a coprire solo quelli anteriori senza prevedere alcun soddisfacimento per i crediti tributari, la proposta non sarebbe conveniente e quindi in contrasto con quanto stabilito dal comma 1 del citato articolo 182-ter,

in quanto il concordato preventivo sarebbe, comunque, più conveniente rispetto all'alternativa fallimentare.

Quindi all'interno dell'ipotesi di incapacienza dell'attivo vi sono due circostanze:

- 1) l'incapacienza è tale da non permettere alcun soddisfacimento dei chirografari, ma la piena o parziale (in misura comunque maggiore rispetto a quanto previsto dal concordato preventivo) soddisfazione dei privilegiati tributari;
- 2) l'incapacienza è tale da non permettere alcuna soddisfazione dei crediti tributari secondo *l'absolute priority rule*, mentre il concordato preventivo assegnerebbe una percentuale a tutti i privilegiati di grado anteriore, quindi in tal caso l'alternativa fallimentare non sarebbe migliore, ma l'orientamento di piena soddisfazione in base alle cause legittime di prelazione sarebbe in contrasto con il comma 1 dell'art. 182-ter.

Test di convenienza della circolare 16/E del 2018 ai sensi dell'art.182-ter L.Fall., c.1

La tesi dell'Agenzia delle Entrate, secondo la quale, tramite i principi sanciti nella circolare n. 16/E prevede l'assegnazione delle risorse derivante dal surplus concordatario secondo le cause legittime di prelazione, risulta sempre conveniente quando i flussi di cassa previsti sono importanti ed al contempo l'attivo riesce a coprire integralmente i crediti muniti di privilegio. Tuttavia, l'incapacienza è una condizione necessaria affinché quanto previsto dall'Agenzia delle Entrate possa operare anche se in questo caso sorgono le principali problematiche applicative. In effetti, a prescindere dagli orientamenti delle corti di merito, se l'attivo coprisse tutti i privilegiati nel concordato in continuità, il debitore non avrebbe nessun vincolo a pagare i chirografari nella misura minima del 20% prevista dall'art.160, u.c. (nei concordati liquidatori), al fine di ottenere la fattibilità giuridica (potrebbe addirittura non pagarli affatto), questi ultimi però, in alcuni casi, potrebbero non avere alcuna motivazione a votare favorevolmente una proposta che li vede del tutto esclusi, rendendo di fatto la proposta formulata come da richiesta dell'Agenzia delle Entrate, inattuabile.

Attivo derivante esclusivamente da flussi di cassa

Nella tabella seguente viene ipotizzata una proposta di Concordato Preventivo in continuità, con attivo liquidatorio nullo e flussi di cassa per Euro 1.000. Il passivo ammonta a Euro 2.000, la proposta prevede, un pagamento dei chirografi al 20%. Nelle ipotesi di seguito elencate il

passivo privilegiato ammonta ad Euro 1.000 e pertanto l'attivo risulta capiente nei confronti degli stessi. In tali ipotesi, l'orientamento indicato dall'Agenzia delle Entrate con la circ. 16/E, risulta, come già anticipato, sempre conveniente rispetto alla diversa interpretazione che qualifica il surplus finanziario come finanza esogena, anche se di fatto risulterebbe inattuabile in quanto, ai chirografari, non verrebbe riconosciuto alcun beneficio.

Di seguito si riporta un prospetto che prevede il soddisfacimento del ceto creditorio attraverso le due ipotesi con qualifica dei flussi endogeni ed esogeni, presumendo una diversa composizione del passivo, tuttavia, come anticipato, sarà sempre rispettato il criterio della convenienza.

		ATTIVO CAPIENTE (per privilegiati)			
Attivo liquidatorio = 0	PASSIVO	ATTIVO (Flussi endogeni / absolute priority rule)	ATTIVO concordatario (flussi esogeni)		Attivo Fallimentare
<i>ipotesi 1</i>	2000 1000		1000		0
PREDEDUCIBILI	=		=		
PRIVILEGIATI	1000 1000		1000		
<i>dipendenti</i>	500 500	100%	400	80%	
<i>erario</i>	500 500	100%	400	80%	
CHIROGRAFI	1000 0	0%	200	20%	
<i>ipotesi 2</i>	2000 1000		1000		0
PREDEDUCIBILI	=		=		
PRIVILEGIATI	1000 1000		1000		
<i>dipendenti</i>	800 800	100%	640	80%	
<i>erario</i>	200 200	100%	160	80%	
CHIROGRAFI	1000 0	0%	200	20%	
<i>ipotesi 3</i>	2000 1000		1000		0
PREDEDUCIBILI	=		=		
PRIVILEGIATI	1000 1000		1000		
<i>dipendenti</i>	200 200	100%	160	80%	
<i>erario</i>	800 800	100%	640	80%	
CHIROGRAFI	1000 0	0%	200	20%	
<i>ipotesi 4</i>	2000 1000		1000		0
PREDEDUCIBILI	=		=		
PRIVILEGIATI	1000 1000		1000		
<i>dipendenti</i>	100 100	100%	80	80%	
<i>erario</i>	900 900	100%	720	80%	
CHIROGRAFI	1000 0	0%	200	20%	

		Attivo Capiente	
		Endogeno (sempre conveniente)	Esogeno
attivo	anteriori		
	erariali		
	Posteriori		

Nella figura di cui sopra, nel caso ipotizzato nella prima colonna inerente all'orientamento dei flussi endogeni, verrebbe rispettato il criterio della convenienza richiesto dall'art.182-ter c.1, al contrario di quanto avverrebbe nel caso della finanza esogena.

Stesso discorso potrebbe applicarsi qualora l'attivo, seppur incapiente rispetto ai creditori muniti di cause di prelazione, riuscisse a coprire l'ammontare dei crediti tributari e quelli antecedenti ad essi.

In caso di incapienza gli scenari, invece, possono cambiare. Nella tabella seguente l'attivo realizzabile viene ipotizzato dai flussi di cassa è di 500, quindi incapiente anche rispetto ai privilegiati ovvero, ai tributari sommati a quelli anteriori ad essi.

La proposta di concordato, secondo la tesi della finanza esogena, potrebbe prevedere una soddisfazione nella misura del 40% dei privilegiati e del 10% dei chirografari. Nei casi successivi, la differenza sarà incentrata sui crediti anteriori all'erario (per semplicità solo dipendenti), al fine di comprendere meglio i casi in cui la proposta effettuata secondo l'orientamento dei flussi esogeni sia più o meno conveniente rispetto all'alternativa della tesi dei flussi endogeni.

Nei primi 3 casi, la percentuale offerta ai creditori privilegiati è unica ed è del 40% dei rispettivi crediti, tale percentuale non risulta mai raggiunta, se non nel quarto caso.

In sintesi, in caso di incapienza dell'attivo, la proposta effettuata secondo la tesi dell'Agenzia delle Entrate non è conveniente rispetto alla qualifica dei flussi di cassa come flussi esogeni quando esistono crediti privilegiati di grado anteriore a quelli erariali, di importo tale per cui l'attivo restante permetta un soddisfacimento minore rispetto a quello previsto per la proposta concordataria.

$$\text{CONDIZIONE} = \text{SODDISFAZIONE C.P. (fl.esogeni)} < \text{ATTIVO - CREDITORI ANTERIORI all'erario}$$

ATTIVO
INCAPIENTE (per
privilegiati)

	PASSIVO	ATTIVO (flussi endogeni / absolute priority rule)		ATTIVO concordatario (flussi esogeni)		Attivo Fallimentare
Attivo liquidatorio = 0						
ipotesi 1	2000	500		500		0
PREDEDUCIBILI =						
PRIVILEGIATI	1000	500				
<i>dependenti</i>	500	500	100%	200	40%	
<i>erario</i>	500	0	0%	200	40%	
CHIROGRAFI	1000	0	0%	100	10%	
ipotesi 2	2000	500		500		0
PREDEDUCIBILI =						
PRIVILEGIATI	1000	500				
<i>dependenti</i>	800	500	63%	320	40%	
<i>erario</i>	200	0	0%	80	40%	
CHIROGRAFI	1000	0	0%	100	10%	
ipotesi 3	2000	500		500		0
PREDEDUCIBILI =						
PRIVILEGIATI	1000	500				
<i>dependenti</i>	200	200	100%	80	40%	
<i>erario</i>	800	300	38%	320	40%	
CHIROGRAFI	1000	0	0%	100	10%	
ipotesi 4	2000	500		500		0
PREDEDUCIBILI =						
PRIVILEGIATI	1000	500				
<i>dependenti</i>	100	100	100%	40	40%	
<i>erario</i>	900	400	44%	360	40%	
CHIROGRAFI	1000	0	0%	100	10%	

Attivo incapiente

		Endogeno	Esogeno non conveniente	Esogeno conveniente
attivo	anteriori			
	erariali		> %	< %
	posteriori			

(non rispettato il criterio della convenienza)

		Endogeno	Esogeno
attivo	anteriori		
	erariali		
	posteriori		

Nella prima delle due tabelle di cui sopra, viene evidenziata la situazione per cui l'attivo derivante dai flussi potrebbe coprire, in virtù delle cause di prelazione, solamente parte del credito tributario. In tal caso, il criterio della convenienza verrebbe rispettato solo se l'ammontare non corrisposto ai creditori antecedenti, fosse assegnato all'amministrazione finanziaria in misura tale da renderlo maggiore dell'importo corrispostogli in caso di flussi imputati secondo l'orientamento della finanza esogena.

Nella seconda tabella, l'attivo è in grado di coprire solo i crediti privilegiati anteriori, pertanto qualsiasi assegnazione ad altri creditori di rango inferiore, tra cui l'erario, renderebbe conveniente applicare la tesi della finanza esogena. Conseguentemente, il criterio di cui all'art182-ter, c.1, non sarebbe mai soddisfatto secondo un'assegnazione che preveda il pagamento integrale delle cause legittime di prelazione.

La circolare 34/E del 29.12.2020 in virtù delle modifiche apportate dalla legge 159/2020 al trattamento dei crediti tributari e contributivi

Con l'ultima circolare n.34/E datata 29 dicembre 2020, l'Agenzia delle Entrate ha risposto ai cambiamenti derivanti dalle modifiche apportate dalla legge 159/2020 all'art. 182 ter, già accennate in premessa, che verranno di seguito illustrate.

Orbene, dalla nuova circolare 34/E esistono almeno due questioni da approfondire: la mancanza di voto dell'Agenzia delle Entrate e la possibilità di destinare le somme derivanti dalla continuità aziendale anche ai chirografari.

Innanzitutto, risulta necessario esporre sinteticamente quella che è la principale modifica introdotto dalla novella all'art. 182 ter inerente al trattamento dei crediti tributari e contributivi, cioè la possibilità riservata al Tribunale, in mancanza di voto da parte dell'amministrazione finanziaria e/o degli enti gestori di forme di previdenza, di omologare il Concordato qualora:

- a) il voto sia determinante per il computo delle maggioranze;
- b) la proposta sia più conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria.

Con riguardo alla prima questione, per voto determinante ai fini del computo delle maggioranze, è da intendersi sia il voto ai fini della maggioranza complessiva, sia il voto ai fini della maggioranza nel numero di classi. Pertanto il Tribunale, potrà attuare il c.d. *cram down* del credito erariale, solo qualora i voti pervenuti non siano tali da consentire il raggiungimento della maggioranza complessiva e/o per classi, la quale si dovrebbe, o si dovrebbero, ottenere invece, considerando il credito erariale.

Tale disposizione serve prevalentemente come precisazione, poiché nei casi in cui non sia determinante sia in senso negativo, ossia quando detti crediti non consentirebbero comunque di raggiungere una o entrambe le maggioranze necessarie all'approvazione, sia in senso positivo, ossia quando i voti pervenuti, al netto di quello dell'amministrazione finanziaria, soddisfano entrambe le maggioranze richieste, tale disposizione non avrebbe una particolare rilevanza. Infatti, nel primo caso, il concordato non verrebbe omologato, nel secondo caso, anche in mancanza di assenso dell'Agenzia delle Entrate, il concordato potrebbe comunque essere omologato, vista la possibilità di impugnazione del voto contrario a seguito del raggiungimento delle maggioranze richieste oltre che della necessaria convenienza per l'erario.

Un'altra tesi assimilerebbe la mancanza di voto intesa come mancanza di voto favorevole. Secondo quest'ultima impostazione, l'art.182-ter perderebbe senz'altro d'importanza, in quanto, in ogni caso, sarà il Tribunale a decidere sulla convenienza della proposta, ma sul punto ci arriveremo in seguito. Non si potrebbe parlare però, di un trattamento deteriore dettato dalla normativa stessa nei confronti dell'erario, più che altro tale interpretazione tenderebbe ad uniformare i crediti erariali con gli altri privilegiati. Ciò, per l'appunto, renderebbe meno consistente la disciplina dettata finora dall'art.182-ter.

La finanza endogena “posposta”

Con la circolare 34/E viene, per così dire, parzialmente “ammorbida” la posizione dell'Agenzia delle Entrate sulla destinazione dei flussi di cassa; infatti, non è più prevista esclusivamente la possibilità di soddisfare integralmente i privilegiati secondo il cd. *Absolute priority rule*, ma può essere prevista l'assegnazione delle nuove risorse autoprodotte in maniera quantomeno non deteriore rispetto ai crediti anteposti. Orbene l'Agenzia delle Entrate, equiparandosi al resto dei creditori muniti di privilegio, non rende impossibile, come in precedenza, la soddisfazione dei crediti chirografari senza prima l'integrale soddisfazione dei creditori anteposti. Infatti, ben può essere prevista l'assegnazione delle nuove risorse ai chirografari, purché assicurati un trattamento non deteriore ai creditori privilegiati, non nel senso complessivo, ma per l'ammontare del *surplus* generato dalla prosecuzione dell'attività.

Tutto ciò, se da un lato non inficia in alcun modo le proposte concordatarie presentate presso le corti di merito orientate verso l'assimilazione dei flussi futuri come finanza endogena, va ad incidere profondamente, invece, su quelle proposte depositate presso quei Tribunali che prevedono l'assimilazione dei flussi futuri alla finanza esogena. In quest'ultimo caso infatti, sarebbe possibile assegnare la nuova finanza tramite quote uguali a tutti i creditori, garantendo una soddisfazione seppur minima ai creditori chirografari, i quali, a differenza di quanto previsto dalla precedente circolare dell'Agenzia delle Entrate nr. 16/E, potrebbero comunque esprimere parere favorevole dal momento in cui l'alternativa fallimentare li vedrebbe completamente insoddisfatti. Ad ogni modo, come già precisato, rimane ferma la possibilità del Tribunale, secondo il nuovo testo dell'art. 182 ter, di effettuare il “*cram down*” nei confronti dell'Erario qualora non abbia espresso il voto, e verosimilmente anche qualora abbia espresso voto negativo. ..

Il ruolo del Commissario Giudiziale nella “mancanza di voto”

L’Agenzia delle Entrate con la circolare nr. 34/E chiarisce che l’ufficio competente deve rifarsi alla relazione ex art.172 L.Fall. redatta dal Commissario Giudiziale per esprimere il proprio voto in maniera informata, potendo dissentire solo sulla base di motivazioni chiare ed oggettivamente valutabili. Pertanto, da prassi, secondo quanto espresso dall’Agenzia delle Entrate, congiuntamente da quanto previsto dalle nuove modifiche apportate al trattamento dei crediti tributari e contributivi dalla legge 159/2020, l’Agenzia dovrebbe esprimere parere negativo solo qualora il Commissario Giudiziale non accerti la convenienza e la fattibilità della proposta, ed in tali casi anche il Tribunale non potrà in alcun modo effettuare il “cram down”: in *primis*, poiché si presume che non ne esistano i presupposti; in *secundis* poiché, seppur il Tribunale è chiamato dalla stessa normativa a decidere sulla convenienza della proposta, può sorgere il dubbio circa la legittimità della Corte di merito di prendere posizione sull’aspetto economico se non una volta che il Commissario Giudiziale abbia emesso il parere favorevole. Un altro scenario, potrebbe verificarsi qualora l’ufficio territoriale dell’Agenzia delle Entrate in completo disaccordo con la circolare 34/E, voti negativamente una proposta di transazione fiscale per la quale il Commissario Giudiziale abbia espresso parere favorevole in ordine alla convenienza rispetto all’alternativa liquidatoria. In tale ipotesi, tuttavia, la problematica non risulta essere particolarmente rilevante, poiché, nella relazione accompagnatrice alle modifiche introdotte dalla L.159/2020, è stata espressa in modo chiaro ed univoco la *ratio* degli emendamenti, ossia quella di “*superare le ingiustificate resistenze volte ad ostacolare gli accordi negoziali raggiunti tra le parti*”. Orbene, preme sottolineare il termine “ingiustificate”, in quanto, in tali ipotesi, il Tribunale non avrebbe alcuna causa ostativa nell’omologare un concordato in cui, sia i professionisti attestatori, ma soprattutto il Commissario Giudiziale, abbiano espresso un parere favorevole e ben formulato sulla convenienza della proposta.

Il disagio potrebbe nascere solo in quei particolari casi in cui il Commissario Giudiziale esprima un parere vagamente positivo, senza effettuare una valutazione approfondita della proposta di concordato; infatti, in tal caso, secondo la succitata circolare, l’ufficio territoriale dell’Agenzia delle Entrate potrebbe esprimere il proprio dissenso (sempre sulla base di motivazioni oggettivamente valutabili), e il Tribunale si troverebbe nella situazione di dover

decidere con una necessaria valutazione caso per caso, in quanto, il concetto di “ingiustificate” resistenze non è nè chiaro nè univoco.

Pertanto, come appena espresso, un contributo fondamentale nel dirimere le potenziali controversie in merito all’interpretazione dell’inciso “mancanza di voto” sarà dato dalla peculiarità ed oggettività del parere sulla convenienza espresso nella relazione ex art.172 dal Commissario Giudiziale.

La moratoria ultrannuale ai sensi dell'art. 186-bis, c.2, lett. c) L.fall.

Un altro aspetto che potrebbe rilevare in sede di presentazione di una proposta di concordato preventivo in continuità aziendale trae le sue origini da quanto disposto dall'art. 182-ter della Legge Fallimentare, che dispone quanto segue: *“Con il piano di cui all'articolo 160 il debitore, esclusivamente mediante proposta presentata ai sensi del presente articolo, può proporre il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e dei relativi accessori, se il piano ne prevede 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 ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, indicato nella relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d). Se il credito tributario o contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori o meno vantaggiosi rispetto a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie; se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole. Nel caso in cui sia proposto il pagamento parziale di un credito tributario o contributivo privilegiato, la quota di credito degradata al chirografo deve essere inserita in un'apposita classe.”* Nell'ambito delle modalità di trattamento dei crediti tributari e previdenziali, è dunque ricompresa anche la possibilità di dilazionare il pagamento nei confronti dell'Agenzia delle Entrate a determinate scadenze pattuite, oltre che di proporre il soddisfacimento in via parziale degli stessi. Quanto agli effetti dilatori possibili grazie a quanto disposto dall'art. 182-ter L.fall., occorre, nell'alveo della disciplina riguardante il concordato in continuità aziendale, riportare ciò che è disposto dall'art. 186-bis, c.2 lett. c), ossia che: *“c) il piano può prevedere, fermo quanto disposto dall'articolo 160, secondo comma, una moratoria fino a un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. In tal caso, i creditori muniti di cause di*

prelazione di cui al periodo precedente non hanno diritto al voto.” Dalla lettura combinata degli artt. 182-ter L.fall. e 186-bis L.fall. sorge dunque il seguente quesito: è possibile soddisfare i crediti dell’Agenzia delle Entrate muniti di privilegio a mezzo di pagamenti che eccedono il termine dell’anno a decorrere dalla data dell’omologazione del concordato?

Un primo dibattito verte sul carattere perentorio del termine di cui all’art. 186-bis L.fall., ossia se tale norma sia posta a tutela dei privilegiati in quanto non votanti e dunque privi della possibilità di poter esprimere il proprio voto in ordine alla proposta ed al piano.

Tale dibattito non è stato pacificamente definito, in quanto le soluzioni ai suddetti quesiti sono molteplici sia rispetto alle condizioni richieste (ad es. termini di pagamento rispetto all’alternativa liquidatoria) sia al *quantum* (ad esempio: se parziale o integrale rispetto al credito).

In particolare, alcune sentenze sono orientate verso una definizione più rigorosa del termine annuale (Trib. Modena 24 marzo 2020, Trib. Trento 19 giugno 2014, Trib. Padova 30 maggio 2013), altre ritengono possibile la dilazione dei pagamenti, ma a condizione che gli stessi non avvengano oltre i termini previsti nell’alternativa liquidatoria (Trib. Modena 8 febbraio 2016), ovvero che il creditore fosse ammesso al voto per l’intero ammontare (Trib. Firenze 13 novembre 2019).

Ad oggi, tuttavia, come stabilito dalla più recente sentenza della Corte di Cassazione del 24 giugno 2020, n. 11882, l’orientamento prevalente è quello dettato dall’art. 86 del nuovo Codice della Crisi d’Impresa che recita come segue: *“omissis...Quando è prevista la moratoria i creditori hanno diritto al voto per la differenza fra il loro credito maggiorato degli interessi di legge e il valore attuale dei pagamenti previsti nel piano calcolato alla data di presentazione della domanda di concordato, determinato sulla base di un tasso di sconto pari alla metà del tasso previsto dall’art. 5 del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, in vigore nel semestre in cui viene presentata la domanda di concordato preventivo.”*

La succitata Corte ha stabilito ulteriormente che: *“la regola generale è quella del pagamento non dilazionato dei creditori privilegiati, sicché l’adempimento con una tempistica superiore a quella imposta dai tempi tecnici della procedura (e della liquidazione, in caso di concordato cosiddetto “liquidativo”) equivale a soddisfazione non integrale degli stessi in ragione della perdita economica conseguente al ritardo, rispetto ai tempi “normali”, con il quale i creditori conseguono la disponibilità delle somme ad essi spettanti”* (in questo senso, inter alia, Cass.

civ. 9 maggio 2014, n. 10112; Cass. civ. 26 settembre 2014, n. 20388; Cass. civ. 4 febbraio 2020, n. 2422).

Da tale principio ne consegue che, in conformità con l'art.177, co. 3, L.fall., nel caso in cui sia previsto un pagamento dilazionato dei creditori privilegiati, questi ultimi devono essere ammessi al voto in proporzione alla perdita subita, la quale deve tuttavia essere accertata dal giudice di merito **“tenendo conto di eventuali interessi offerti ai creditori e dei tempi tecnici di realizzo dei beni gravati nell'ipotesi di soluzione alternativa al concordato, oltre che del contenuto concreto della proposta nonché della disciplina degli interessi di cui alla L. Fall., artt. 54 e 55 (richiamata dalla L. Fall., art. 169)”** (Cass. civ. 9 maggio 2014, n. 10112, cit.).

Tale principio tuttavia non scioglieva tutti i dubbi inerenti alla questione del calcolo dell'importo da ammettere al voto. Sempre nella Sentenza n.11182/2020, la Corte di Cassazione ha precisato che si ritengono già vigenti alcuni dei principi dettati dal nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'insolvenza, tra cui il principio di attualizzazione: quindi l'ammontare del voto sarà da calcolarsi come differenziale tra il valore del credito al momento della proposta e il valore al termine del periodo di moratoria.

Pertanto se ne deduce che è necessario attualizzare i pagamenti previsti oltre l'anno al momento della presentazione della domanda, e non allo scadere del termine annuale.. Il tasso di attualizzazione è stato individuato dall' art. 86 del Nuovo Codice della Crisi ed è pari alla metà del tasso previsto dall'art. 5 del D.lgs. 231/2002. Come si vedrà più oltre, il risultato del calcolo quantificherà dunque il sacrificio finanziario patito dal creditore, vista la dilazione del proprio soddisfacimento, non intervenendo, nella sola ipotesi dilatoria, alcun pagamento parziale delle proprie spettanze, integralmente corrisposte sebbene non in via immediata.

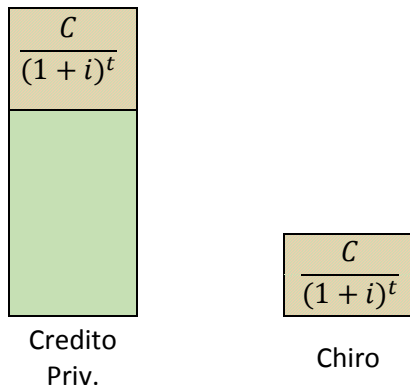
Pertanto, da un lato, il diritto di voto serve a tutelare il creditore privilegiato, dall'altro il riconoscimento di un interesse maggiore rispetto a quello legale non potrebbe remunerarlo eccedendo l'importo del credito cristallizzato, a cui sarebbero peraltro da aggiungersi gli interessi legali, alla data di presentazione della domanda di concordato per il danno subito in ordine alla mancato soddisfacimento del proprio credito entro i termini previsti dalla legge.

La moratoria ultrannuale nell'ambito dell'*absolute priority rule*

Quest'ultima interpretazione apre la strada ad ulteriori quesiti: infatti, se il suddetto principio fosse interpretato alla lettera, significherebbe che , nel rispetto del principio dell'*Absolute priority rule*, un concordato non sarebbe mai fattibile in assenza di ulteriori risorse provenienti

dalla finanza esterna, dal momento in cui il pagamento ultrannuale “*equivale ad un pagamento non integrale*” e ciò non sarebbe possibile se al contempo fosse prevista una, seppur minima, soddisfazione dei chirografari. Ad ogni modo, la parte munita di causa di prelazione dev’esseresoddisfatta integralmente per l’importo nominale al lordo degli interessi legali anche oltre il termine annuale (considerandolo di fatto un pagamento integrale).

Di seguito si riporta la formula generale per il calcolo del cd. “sacrificio finanziario” del creditore:



$$Voto = C_0 + \sum_{t=0}^N C_t * i_t - \sum_{n=1}^N \frac{P_n}{(1 + i_{m/2})^t}$$

Dove, ipotizzando che il piano preveda N pagamenti annuali,

C rappresenta il credito;

P_n i pagamenti effettuati;

n l’n-esimo pagamento;

N il numero di pagamenti previsto dal piano,

i_t il tasso di interesse legale,

$i_{m/2}$ metà del tasso mora previsto dall’art.5 del D.Lgs. del 9 ottobre 2002, n.231,

t è il periodo di riferimento.

Il termine sinistro è il credito sommato agli interessi che matureranno sull’importo residuo al netto dei pagamenti effettuati periodicamente, il termine destro è la sommatoria di tutti i pagamenti attualizzati al tempo t. Si fornisce di seguito un esempio numerico. Il piano concordatario della società Alfa S.r.l. (società ammessa alla procedura di concordato preventivo in continuità aziendale) prevede il pagamento del creditore privilegiato Gamma

S.r.l. in via ultrannuale, ossia a mezzo del pagamento di cinque rate annuali di pari importo oltre interessi legali, a decorrere dall'anno successivo a quello in cui è stata depositata la domanda di concordato. L'ammontare del credito alla data del deposito del piano è pari a 1.000 e la dilazione prevede il pagamento di 200 oltre interessi legali in cinque rate annuali a decorrere dunque dall'esercizio t_1 all'esercizio t_{+5} . Assumendo un tasso legale annuo dell'1% ed un tasso annuo di mora dell'8%, vi sarà il seguente scenario:

Società Alfa S.r.l. in Concordato Preventivo
Creditore Gamma S.r.l.

$$C = 1000$$

$$i_l = 1\% \quad i_m = 8\% \quad i_{m/2} = 4\%$$

	Pagamento	Debito residuo	Interessi riconosciuti	Valore Attualizzato dei pagamenti
t 0		1000		
t+ 1	200	800	10	192,31
t+ 2	200	600	8	184,91
t+ 3	200	400	6	177,80
t+ 4	200	200	4	170,96
t+ 5	200	0	2	164,39
			30	890,36

Dunque il “sacrificio finanziario” sarà da calcolarsi quale differenza tra il capitale di 1000, ossia il valore del credito al momento di presentazione della domanda, tenuto conto degli interessi riconosciuti al creditore per l'importo di 30, ed il valore attualizzato dei pagamenti pari a 890,36. Pertanto l'ammontare per cui il creditore dilazionato avrà diritto ad esercitare il proprio voto è 139,64.

Il trattamento riservato a tali creditori dunque non è tanto da definirsi quale “soddisfacimento non integrale” nel senso assoluto, poiché il diritto di voto integra quel sacrificio finanziario subito a fronte del mancato pagamento del proprio credito entro il termine annuale stabilito dalla normativa. La definizione dell'importo di cui sopra, da destinarsi ad una classe a sé stante, ha dunque la sola finalità di quantificare il sacrificio finanziario per il quale attribuire il diritto di voto al creditore privilegiato che vedrà soddisfarsi il suo credito comunque integralmente, ma con pagamenti ultrannuali comprensivi di interessi legali.

La definizione di una apposita classe di crediti chirografari è dunque strettamente funzionale all'esercizio del diritto di voto da parte dei creditori privilegiati che subiscono il sacrificio finanziario anzidetto; dunque tale classe non esprime un nuovo debito, non aumentando il passivo e non rappresentando un nuovo ed ulteriore esborso.. Pertanto, non sussiste neppure il rischio di alterazione delle cause legittime di prelazione poiché l'importo suddetto non fa parte dell'ammontare del passivo concordatario pur essendo una classe a tutti gli effetti.

La dilazione dei pagamenti nella nuova Circolare 34/E del 29/12/2020

Dalla lettura della Circolare n. 34/E del 29/12/2020 si rileva in prima istanza quanto segue: *“Con specifico riguardo alla tematica relativa ai tempi di dilazione del debito tributario nell'ambito del concordato preventivo, si evidenzia che la stessa deve essere affrontata senza affidarsi a schemi generalizzati, prestando, invece, la massima attenzione alle caratteristiche specifiche di ciascuna fattispecie.”*

Con tale approccio, nella Circolare n. 34/E del 29/12/2020³, l'Agenzia delle Entrate richiede espressamente ai propri Uffici la valutazione caso per caso di ogni proposta, citando esempi quali: la prestazione di garanzie, gli introiti derivanti da diritti esclusivi, le società titolari di concessioni pubbliche o private a lungo termine, etc., a supporto delle possibilità concesse in termini di dilazione dei pagamenti dei propri crediti, ponendo come unico limite temporale quello di 10 anni previsto dall'art. 19 del Decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, per la rateizzazione del debito tributario.

Nella Circolare viene altresì indicato che non esiste neppure alcuna *“percentuale al di sopra o al di sotto della quale la proposta di concordato debba ritenersi certamente meritevole o immeritevole di accoglimento, purché la proposta di soddisfacimento non sia «... 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 sussiste la causa di prelazione ...»”*

Le indicazioni fornite dall'Agenzia delle Entrate, rappresentano un orizzonte temporale “di massima”, oltre il quale non eccedere con la dilazione del debito; è oramai comprovato infatti come una proposta concordataria possa ritenersi giuridicamente ed economicamente fattibile se, e solo se, supportata da un piano concordatario attendibile, ossia fondato su un orizzonte

³ In particolare il paragrafo 3.6 rubricato: “Il fattore temporale nella dilazione del debito tributario e le percentuali di ristoro”.

temporale ragionevolmente prevedibile o stimabile nei limiti della disciplina aziendalistica, posto che la proiezione futura dell'attività aziendale (ancor di più se la società si trova in una procedura concorsuale quale il concordato in continuità aziendale) trova il proprio limite nell'incertezza e nell'alea degli eventi futuri, sia interni che esterni alla società.

La moratoria nel nuovo Codice della crisi d'impresa

Dalla Sent. della Corte di Cassazione n.11882 del 2020 (su *ilcaso.it*) si rileva che: *“a fronte della introduzione di una specifica norma che consenta la possibilità per il piano concordatario di “una moratoria sino ad un anno dall’omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca”, risulta plausibile ritenere che, in tal caso, la dilazione non richieda l’ammissione al voto e neanche l’inserimento di tali creditori in una specifica classe, trattandosi dell’utilizzazione da parte dell’imprenditore proponente il piano concordatario di una facoltà prevista dalla legge”*. Tuttavia, l’art. 86 del nuovo Codice della Crisi d’impresa e dell’insolvenza, prevede la moratoria dei crediti ed il rispettivo calcolo del sacrificio finanziario entro i due anni a decorrere dal decreto di omologazione del concordato; in tal caso quindi, a differenza di quanto stabilito dalla disciplina previgente, tale termine appare senz’altro perentorio. Sicché rimandando esplicitamente all’art.86 del Codice della Crisi⁴ è presumibile che la moratoria ultrannuale sia consentita comunque entro detto termine, quindi comunque non oltre i due anni dalla data di omologazione del concordato preventivo.

⁴ Art. 86 CCI: *“Il piano può prevedere una moratoria non superiore a due anni dall’omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. Quando è prevista la moratoria i creditori hanno diritto al voto per la differenza fra il loro credito maggiorato degli interessi di legge e il valore attuale dei pagamenti previsti nel piano calcolato alla data di presentazione della domanda di concordato, determinato sulla base di un tasso di sconto pari alla metà del tasso previsto dall’art. 5 del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, in vigore nel semestre in cui viene presentata la domanda di concordato preventivo.”*

Conclusioni

In conclusione, la previsione della disciplina di cui all'art. 182-ter L.fall. nella predisposizione di una domanda per l'accesso alla procedura di concordato preventivo in continuità aziendale ex art. 186-bis L.fall., comporta necessariamente l'analisi dei seguenti aspetti da parte della società ricorrente: :

- **la destinazione dei flussi di cassa futuri derivanti dalla continuità aziendale:** se gli stessi flussi sono da destinarsi nel rispetto delle cause legittime di prelazione, come previsto dalla giurisprudenza maggioritaria, ovvero da considerarsi flussi derivanti dalla continuità aziendale come finanza esogena e quindi liberamente destinabili anche in virtù di quanto recentemente stabilito dall'Agenzia delle Entrate con la circolare 34/E.
- **il calcolo del “sacrificio finanziario”:** qual'è l'ammontare congruo, ai fini del voto, da destinarsi ai creditori privilegiati che subiscono la moratoria ultrannuale nel soddisfacimento dei propri crediti all'interno di una domanda di concordato.

Ringraziamenti

Con il presente elaborato colgo l'occasione per ringraziare l'ODCEC di Modena ed il Tribunale di Modena per la straordinaria possibilità concessa a noi tirocinanti di poter studiare ed approfondire le nostre conoscenze nell'ambito della disciplina concorsuale, affiancando il Magistrato nella propria attività di Giudice delegato. In particolar modo ringrazio la disponibilità concessami dallo Studio Azeta, in persona del Dott. Maurizio Bisi, per il percorso formativo di tirocinio volto al superamento dell'Esame di Stato per l'abilitazione alla professione di Dottore commercialista. Ringrazio altresì l'Ill.mo Sig. Presidente del Tribunale di Modena, Dott. Pasquale Liccardo, nonché l'Ill.mo Dott. Carlo Bianconi, per la sensibilità, la competenza ed i Suoi insegnamenti durante tutto il periodo di apprendimento.

Riferimenti

Circolare Agenzia delle Entrate n.25/E del 2002

Circolare Agenzia delle Entrate n.40/E del 2008

Circolare Agenzia delle Entrate n.19/E del 2015

Circolare Agenzia delle Entrate n.16/E del 2019

Circolare Agenzia delle Entrate n.34/E del 2020

Legge n.159/2020

Parere n.2 del 27 febbraio 2007 della Corte dei Conti, sezione regionale Emilia-Romagna
sezione consultiva del Consiglio di Stato, adunanza del 27 aprile 2004

Viotto A.; *Il credito tributario nel concordato fallimentare. Considerazioni sull'ambito di applicazione e sulla funzione della c.d. transazione fiscale*; su RTDT n. 1/2018

Danovi A., Giacomelli S., Riva P. e Rodano G.; *Questioni di Economia e finanza, occasional paper, n.430; Strumenti negoziali per la soluzione delle crisi d'impresa: il concordato preventivo*, marzo 2018, Banca d'Italia,

Rossi P.; *L'ambito applicativo della "nuova" transazione fiscale*; CNDCEC, 4 maggio 2018

Procida M., *Voto negativo sulla falcidia dei crediti fiscali se la proposta è sottostimata o incompleta*, 27 luglio 2018, il sole 24 ore

Rossi P.; *Il trattamento dei crediti tributari nel concordato e negli accordi di ristrutturazione*; CNDCEC, 20 febbraio 2019

Stasi E.; *Transazione fiscale nelle procedure concorsuali*, su ilFallimentarista.it 9 maggio 2019

Sui flussi di finanza

Casa F., *commento alla Sent. Tribunale di Massa 27 luglio 2015, L'Art.152 l.fall.: disposizione esaustiva ed autonoma, ma anche derogabile*, il Fallimento 2/2016 p.204

Stasi E.; *Transazione fiscale e contributiva nel risanamento imprenditoriale*, il Fallimento 10/2017 p.1101

Andreani G. e Tubelli A., *La posizione dell'Agenzia sulla "transazione fiscale": pregi e difetti*, il fisco 34/2018 p.3241

Andreani G., *Via libera alla transazione fiscale solo con entrate extra aziendali*, 30 luglio 2018, il sole 24 ore

Andreani G., *Transazioni fiscali in tilt nel concordato*, 17 settembre 2018, il sole 24 ore
Terenghi M., "Finanza esterna", ordine delle cause di prelazione e flussi di cassa nel concordato con continuità, *il Fallimento* 3/2019 p.380
Serra L., *Transazione fiscale: le istruzioni dell'Agenzia delle Entrate*, 12 gennaio 2021, su Altalex

Sulla Moratoria

Lendvai A., *Ancora contrasto tra giurisprudenza di merito e della Cassazione sulla moratoria ultrannuale per il pagamento dei creditori privilegiati*, 22 settembre 2020, su ilFallimentarista.it
Bosticco P., *Condizioni di derogabilità del termine per il pagamento dei creditori privilegiati nel concordato in continuità*, 28 settembre 2020, su ilFallimentarista.it

Sulle nuove disposizioni

Andreani G., *Le novità del Codice della crisi sulla transazione fiscale*, 30 novembre 2020, su ilFallimentarista.it
Angelini G. e Dan G.; *Nuova transazione fiscale: applicazione da uniformare*, 28 dicembre 2020, su il sole 24 ore
Rinaldi P.; *Transazione fiscale, l'agenzia ammette i creditori strategici*, 30 dicembre 2020, su il sole 24 ore
Calò L., *La transazione fiscale e contributiva in mancanza di adesione da parte dell'Agenzia delle entrate e degli Istituti previdenziali*, 05 gennaio 2021, su ilFallimentarista.it
Solidoro A., *La circolare AdE n.34/E del 29 dicembre 2020*, 05 gennaio 2021, su ilFallimentarista.it
Andreani G., *Le nuove norme della legge fallimentare sulla transazione fiscale*, 05 gennaio 2021, su ilFallimentarista.it
Andreani G. e Tubelli A., *Transazione fiscale: natura e utilizzo dei flussi di cassa generati dalla continuità*; su *il fisco* n. 1/2021