



ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI DI PERUGIA

COMMISSIONE DIRITTO DELLA CRISI

ARGOMENTO: Gli accordi di ristrutturazione dei debiti

QUADERNO: La transazione fiscale

COMPONENTI: Dott.ssa Giuseppina Di Rese, Dott. Diego Paggetti

Maggio 2023

INDICE

- INQUADRAMENTO:
 - la natura degli accordi di ristrutturazionePg. 3

- LE DIVERSE TIPOLOGIE DI ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE
DEI DEBITI NEL CCIIPg. 5
 - ✓ Accordi di ristrutturazione ordinari o standardPg. 5
 - ✓ Accordi di ristrutturazione agevolatiPg. 7
 - ✓ Accordo di ristrutturazione ad efficacia estesaPg. 7

- LA PRESENTAZIONE DELL'ISTANZA DI OMOLOGAZIONE
DEGLI ACCORDI: aspetti proceduraliPg. 9

- IL TRATTAMENTO DEI CREDITI TRIBUTATI E
CONTRIBUTIVIPg. 10

- OMOLOGAZIONE FORZOSA DELLA TRANSAZIONE FISCALE:
quando l'adesione è determinantePg. 12

- IL RUOLO CHIAVE DEL PROFESSIONISTA ATTESTATORE: ...Pg. 15
 - ✓ La relazione del ProfessionistaPg. 17

INQUADRAMENTO: la natura degli accordi di ristrutturazione

Uno degli strumenti che il legislatore ha messo a disposizione per la soluzione delle crisi aziendali è l'**accordo di ristrutturazione dei debiti**. Questo istituto, pur essendo molto flessibile in funzione delle esigenze delle imprese, ha avuto scarsa applicazione sin dal suo esordio, per una serie di limitazioni che il legislatore ha cercato, nel corso del tempo, di migliorare.

In termini semplicistici, si può definire come un accordo formato con un numero di creditori che rappresentino il 60% dei crediti (**accordo standard o ordinario - art. 57 d.lgs. 14/2019**) ovvero il 30% (**accordo agevolato - art. 60 d. lgs. 14/2019**) o il 75% di crediti omogenei appartenenti alla stessa categoria (**accordo esteso - art. 61 d. lgs. 14/2019**) e "certificato" dalla relazione di un professionista abilitato, il quale attesti la veridicità dei dati, nonché l'attuabilità dell'intesa.

L'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 57 d. lgs 14/2019) rappresenta un mezzo di risanamento a cui l'impresa in crisi può ricorrere per tentare di ridurre l'esposizione debitoria ed assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria. Diversamente dagli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento (art. 56 d. lgs 14/2019), l'accordo di ristrutturazione è soggetto ad omologazione del Tribunale, tuttavia, a parere della dottrina e della giurisprudenza prevalente, è considerato uno strumento di soluzione della crisi di natura negoziale.

Il procedimento che conduce al perfezionamento degli effetti che derivano dagli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 57 CCII risulta scomponibile in due fasi:

1. una fase preliminare di natura stragiudiziale, caratterizzata dalle trattative tra l'imprenditore e i propri creditori e finalizzata alla stipula di accordo con quelli che rappresentano il 60% dei debiti dell'impresa, accordo pubblicato nel registro delle imprese;
2. una seconda fase di carattere giudiziale: in questa fase l'accordo pubblicato è depositato presso il Tribunale competente affinché lo stesso provveda, al verificarsi di determinate condizioni (raggiungimento della percentuale del 60% e previsione di regolare soddisfacimento dei creditori non aderenti) alla sua omologazione.

E' concessa facoltà al debitore di richiedere al Tribunale competente, già nel corso delle trattative con i suoi creditori e quindi prima del deposito della domanda di omologazione, allegando la documentazione prevista dall'art. 39 comma 1 CCII, la concessione di misure protettive. Proprio in considerazione della coesistenza di una fase giudiziale e della possibilità di richiedere misure protettive "anticipate" si è a lungo dibattuto sulla natura giuridica degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Sulla natura dell'accordo di ristrutturazione, dottrina e giurisprudenza sono da tempo divise. Secondo l'orientamento maggioritario, l'accordo di ristrutturazione ha natura privatistica, giacché si tratta di un contratto plurisoggettivo tra il debitore e i creditori (una

sorta di *pactum de non petendo*); un'altra tesi lo considera come un particolare concordato preventivo, anche in ragione dei numerosi rimandi alla sua disciplina; infine, un'interpretazione minoritaria lo qualifica come una procedura concorsuale autonoma.

Secondo l'orientamento assunto dalla Corte di Cassazione, sebbene il contenuto degli accordi di ristrutturazione non soggiaccia al rispetto delle disposizioni contenute negli articoli 2740 e 2741 cc, ai citati accordi deve essere comunque riconosciuta la natura di procedura concorsuale in considerazione di una serie di circostanze:

- intervento dell'autorità giudiziaria
- coinvolgimento di tutti i creditori (compresi i creditori estranei)
- pubblicità derivante dalla pubblicazione obbligatoria nel registro imprese.

LE DIVERSE TIPOLOGIE DI ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI NEL CCII

Il codice della crisi d'impresa ha introdotto tre diverse tipologie di accordo di ristrutturazione:

- A. accordo *standard* o ordinario (art. 57 d. lgs. 14/2019), del tutto simile a quello disciplinato dalla legge fallimentare all'art. 182 *bis*;
- B. accordo agevolato (art. 60 d. lgs. 14/2019), rappresenta una novità rispetto alla disciplina precedente;
- C. accordo ad efficacia estesa (art. 61 d. lgs. 14/2019) riprende parzialmente l'art. 182 *septies* legge fallimentare, ma con una portata soggettiva più ampia, giacché riguarda anche i creditori non finanziari.

▪ Accordi di ristrutturazione ordinari o standard

L'accordo di ristrutturazione dei debiti secondo la disciplina dell'art 57 CCII è un accordo concluso tra l'**imprenditore** (anche non commerciale e diverso dall'imprenditore minore), che versi in stato di crisi o di insolvenza, ed i **creditori** che rappresentino almeno il **60%** dei crediti. Il suddetto accordo è soggetto all'omologazione del Tribunale, secondo quanto disposto dall'art. 44 d. lgs. 14/2019.

L'accordo deve contenere l'indicazione degli elementi del piano economico-finanziario che ne consentono l'esecuzione; il suddetto piano deve essere redatto secondo le modalità previste per gli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento (art. 56 d. lgs. 14/2019). Al piano debbono essere allegati i documenti di cui all'articolo 39 d. lgs. 14/2019 (*amplius infra*).

Nell'accordo di ristrutturazione ordinario è prevista una moratoria (assente nell'accordo agevolato di cui all'art. 60 d. lgs. 14/2019); l'intesa, infatti, deve assicurare il **pagamento integrale dei creditori estranei** nei seguenti termini:

- a. entro 120 giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data;
- b. entro 120 giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione.

Un professionista indipendente deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica e giuridica del piano. L'attestazione deve specificare l'idoneità dell'accordo e del piano ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei termini sopra indicati.

La principale caratteristica che distingue gli accordi di ristrutturazione rispetto ad altri strumenti di regolazione della crisi è rappresentata dall'assenza di un *cram down* nei confronti dei creditori non aderenti. Lo strumento risulta infatti incentrato prevalentemente sul principio stabilito dall'art. 1372 secondo comma cc (principio di relatività) in forza del quale *il contratto non produce effetti rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge*.

Altro aspetto importante è costituito **dall'autonomia negoziale** che caratterizza la posizione di ogni singolo creditore che è libero di accettare o non la proposta formulatagli dal debitore. Non trova pertanto applicazione nel caso degli accordi di ristrutturazione ex art 57 CCII il combinato disposto degli artt 2740 e 2741 c.c. in ordine alle regole del concorso. L'art 57 CCII lascia alla autonomia negoziale delle parti la totale libertà di stabilire le modalità con cui addivenire alla ristrutturazione della singola posizione debitoria, avendo comunque sempre riguardo alla meritevolezza della causa del contratto e dell'inammissibilità di una proposta eccessivamente generica (artt. 1322 e 1346 cc).

A differenza di quanto accade per il concordato preventivo, in base all'art. 57 CCII l'imprenditore che intenda sottoporre una proposta di accordo ai suoi creditori è del tutto legittimato a falcidiare i creditori privilegiati e allo stesso tempo proporre un pagamento integrale dei creditori chirografari, anche qualora il patrimonio dello stesso risulti capiente per il pagamento integrale del creditore privilegiato.

L'assenza di una regolazione del debito di natura concorsuale lascia libero il debitore di trattare con i suoi creditori senza essere obbligato ad estendere il trattamento "riservato" ad uno di essi ad altri creditori che presentino caratteristiche omogenee. Il creditore, d'altra parte, è legittimato ad accettare il trattamento proposto indipendentemente da quello offerto agli altri creditori, in presenza di caratteristiche omogenee.

L'assenza di una regola che imponga il rispetto *della par condicio creditorium* negli accordi di ristrutturazione è stata confermata anche dalla Corte di Cassazione anche con le sentenze con cui, a dispetto dell'opinione prevalente, ha attribuito agli accordi natura concorsuale.

Come rilevato nella dottrina maggioritaria, gli accordi di cui all'art. 57 CCII perseguono l'obiettivo della soddisfazione di tutti i creditori consenzienti, sia pure con modalità diversificate per ognuno di essi, restando salva comunque la intangibilità delle ragioni creditorie di quelli estranei.

Le obbligazioni del debitore nei confronti dei creditori estranei o non aderenti restano pertanto identiche a quelle sorte prima dell'accesso allo strumento dell'accordo dei debiti.

Condizione essenziale per addivenire all'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti è pertanto quella di garantire l'integrale soddisfazione dei creditori non aderenti nel rispetto delle pattuizioni originariamente convenute, fatta eccezione per la moratoria breve accordata dalla legge (120 giorni dall'omologazione per i crediti scaduti).

La sua *ratio* è di consentire il salvataggio dell'impresa e di sanare la crisi, garantendo ai creditori non aderenti l'integrale soddisfazione del credito. Con l'accordo di ristrutturazione è l'imprenditore stesso che continua a dirigere la propria impresa e - su istanza di parte - il suo patrimonio è assistito da alcune tutele (come il blocco delle azioni esecutive e cautelari), per consentirgli di realizzare il risanamento.

- **Accordi di ristrutturazione agevolati (art. 60 CCII)**

In continuità con quanto stabilito dalla Legge Fallimentare, il CCII disciplina due forme particolari di accordo di ristrutturazione

La prima tipologia è disciplinata dall'art 60 CCII ed è rappresentata dagli accordi di ristrutturazione agevolati: si tratta di un accordo "semplificato" rispetto a quello ordinario in quanto, rispetto a quest'ultimo, possono essere omologati accordi se stipulati con i creditori che rappresentino almeno il 30% della posizione debitoria complessiva (anziché il 60% dell'accordo ordinario). La riduzione della percentuale è concessa condizionatamente al verificarsi di due condizioni. Il debitore deve rinunciare:

1. ad usufruire della moratoria nel pagamento dei creditori estranei agli accordi (invece, prevista nell'accordo ordinario);
2. alle misure protettive temporanee (che possono essere richieste nell'accordo ordinario).

Al verificarsi di entrambe le condizioni e ad eccezione della riduzione della percentuale richiesta, si applica la stessa disciplina prevista dall'art. 57 CCII per il trattamento dei creditori non aderenti.

- **Accordo di ristrutturazione ad efficacia estesa (art. 61 CCII)**

La norma contenuta nell'art 61 CCII ricorda il precedente art. 182 *septies* legge fallimentare estendendone l'applicazione soggettiva. In passato, la norma riguardava unicamente i creditori finanziari; l'attuale art. 61, invece, si applica ai creditori non aderenti appartenenti alla medesima categoria e non solo alle banche e agli intermediari finanziari. Preme ricordare che, in ambito negoziale, vige il generale **principio di relatività del contratto**, in virtù del quale gli effetti dello stesso non possono estendersi ai terzi, salvo i casi previsti dalla legge (artt. 1372, 1411 c.c.). Ebbene, l'**art. 61 d. lgs. 14/2019** prevede una deroga al suddetto principio, statuendo che l'accordo esteso produca effetti anche verso i creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria, individuata tenuto conto dell'omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici.

Affinché l'accordo esteso trovi applicazione devono essere rispettate le seguenti condizioni:

- a) tutti i creditori appartenenti alla categoria devono essere stati informati dell'avvio delle trattative, messi in condizione di parteciparvi in buona fede e ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore, nonché sull'accordo e sui suoi effetti;
- b) l'accordo deve avere carattere non liquidatorio, prevedendo la prosecuzione dell'attività d'impresa in via diretta o indiretta; inoltre, i creditori vanno soddisfatti in misura significativa o prevalente dal ricavato della continuità aziendale (*è una novità rispetto alla disciplina precedente*);
- c) i crediti dei creditori aderenti appartenenti alla categoria devono rappresentare il **75%** di tutti i creditori appartenenti alla categoria, fermo restando che un creditore può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria;

d) i creditori della medesima categoria non aderenti cui vengono estesi gli effetti dell'accordo possano risultare soddisfatti in base all'accordo stesso in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale (*non era previsto nella disciplina precedente*);
e) il debitore deve aver notificato l'accordo, la domanda di omologazione e i documenti allegati ai creditori nei confronti dei quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo.

I creditori della medesima categoria non aderenti ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo possono proporre opposizione ai sensi dell'**articolo 48, c. 4 d. lgs. 14/2019**. Per essi, il termine per proporre opposizione decorre dalla data della comunicazione.

Ai fini dell'accordo di ristrutturazione esteso non è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati. Al contrario, per effetto dell'accordo, non si può imporre ai "creditori estesi" l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti.

LA PRESENTAZIONE DELL'ISTANZA DI OMOLOGAZIONE DEGLI ACCORDI: aspetti procedurali

In perfetta continuità con l'*art.182-bis* L.F. l'art. 57 del CCII prevede che il debitore può depositare presso il Tribunale competente gli accordi di ristrutturazione dei debiti, stipulato con i creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti, con la domanda di accesso al giudizio di omologazione.

La presentazione della richiesta di omologa presso il Tribunale competente è preceduta da una fase di trattative con i creditori e dalla successiva stipula di distinti contratti con i creditori. Documento imprescindibile per l'avvio delle citate trattative è rappresentato dal piano di risanamento predisposto dal debitore e dall'attestazione del professionista indipendente.

Una volta stipulati gli accordi con i creditori che rappresentano la maggioranza il debitore procede alla pubblicazione dei singoli accordi presso il registro delle imprese, accompagnati da:

- un piano economico-finanziario (con data certa) idoneo a consentire il risanamento dall'esposizione debitoria dell'impresa, assicurare il riequilibrio della situazione economico finanziaria e il pagamento integrale dei debiti verso i creditori estranei non aderenti entro 120 giorni dalla data di omologazione ovvero entro 120 giorni dalla scadenza per debiti che, alla data di omologazione, risultano non ancora scaduti;
- una relazione di un professionista indipendente attestante la veridicità dei dati aziendali, la fattibilità del piano e la sua idoneità e degli accordi stipulati ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei.

Gli accordi di ristrutturazione hanno efficacia dal giorno della loro pubblicazione.

Ai sensi dell'art. 39 comma 1 del CCII tale domanda va accompagnata dai seguenti documenti:

- le scritture contabili e fiscali obbligatorie. Le dichiarazioni dei redditi, IRAP e IVA concernenti i tre esercizi (o anni) precedenti e i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi;
- una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata;
- uno stato particolareggiato ed estimativo delle attività;
- una idonea certificazione sui debiti fiscali, contributivi e premi assicurativi;
- l'elenco nominativo dei creditori e delle cause di prelazione;
- un elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto.

Dal giorno di pubblicazione nel registro delle imprese e su istanza espressa del debitore, il Tribunale può concedere misure protettive sul patrimonio del debitore finalizzate a impedire l'avvio o la prosecuzione di azioni esecutive o cautelari sul patrimonio, sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'impresa. Queste misure protettive possono essere richieste dall'imprenditore anche nel corso delle trattative che precedono la stipula degli accordi di ristrutturazione (compresi quelli ad efficacia estesa).

IL TRATTAMENTO DEI CREDITI TRIBUTATI E CONTRIBUTIVI

In questo contesto di norme che disciplinano gli accordi di ristrutturazione nelle diverse declinazioni si inserisce la disciplina dell'art. 63 CCII secondo la quale, nell'ambito delle trattative che precedono la stipulazione degli accordi di ristrutturazione, il debitore 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 delle forme di previdenza, assistenza e assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti obbligatorie e dei relativi accessori. L'art. 63 CCII nel rimandare alla disciplina degli art. 57, 60, 61 CCII fa chiaramente intendere che la disciplina della "transazione fiscale e previdenziale" opera non solo per gli accordi di ristrutturazione nella versione "ordinaria" ma anche per le cosiddette forme "speciali".

Al pari di altri strumenti del diritto tributario, anche la transazione fiscale trae origine dall'omonimo contratto presente nel diritto civile all'articolo 1965 con il quale le parti, "facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro".

Tale istituto, inserito nella disciplina del diritto fallimentare, ha subito nel corso degli anni innumerevoli interventi ad opera del Legislatore. Ben sei sono state le modifiche normative intercorse nella sua breve vita e, a titolo esemplificativo, ricordiamo che la Legge di Bilancio 2017 aveva modificato il vecchio art. 182 ter della Legge Fallimentare prevedendo che con il piano di cui all'art. 160 L. Fall. il debitore potesse proporre il pagamento, parziale o anche dilazionato, anche dei tributi - IVA e ritenute compresi - 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, sulla scorta del principio enunciato dalla sentenza emessa dalla Corte di Giustizia Europea in data 7.4.2016, n. 232.

A differenza di quanto previsto nella disciplina della Legge Fallimentare che aveva lasciato la regolamentazione dell'istituto del trattamento dei crediti erariali e contributivi al solo art. 182ter, la nuova formulazione dell'impianto normativo del CCII differenzia il trattamento del debito erariale e contributivo nell'ambito degli accordi di ristrutturazione senza alcun rinvio alla disciplina del concordato preventivo, fatta eccezione per quanto riguarda l'indicazione degli uffici deputati a ricevere e ad esaminare la proposta transattiva.

La differenziazione effettuata dal Legislatore per quanto concerne l'applicabilità del predetto istituto nel caso di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione è sicuramente una novità molto apprezzata agli operatori del diritto. Con l'entrata in vigore del CCII e la scelta di differenziare la disciplina del trattamento dei crediti erariali e previdenziali nell'ambito degli accordi di ristrutturazione si può senza dubbio affermare che, nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, il trattamento del debito erariale e previdenziale non è soggetto al rispetto del principio di trattamento non deteriore o più favorevole, il che appare certamente giustificato dalla rilevata possibilità di derogare in detto contesto all'ordine delle legittime cause di prelazione.

Alle disposizioni generali che disciplinano l'omologazione degli accordi contenute nell'art.48 CCII il legislatore ha aggiunto una disposizione speciale per la transazione

fiscale in base alla quale il Tribunale omologa gli accordi di ristrutturazione anche in mancanza di adesione da parte dell'Amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui agli artt. 57 comma 1 e 60 comma 1 CCII e, anche dalle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria (*c.d. cram down fiscale*).

Due devono essere i requisiti per l'applicazione della predetta disposizione:

- 1) la transazione deve essere più vantaggiosa per l'Erario della liquidazione giudiziale e
- 2) l'approvazione da parte dell'amministrazione finanziaria deve essere decisiva ai fini del raggiungimento delle percentuali richieste per l'omologazione di detti accordi.

È infatti ora stabilito che il debitore possa proporre, nel contesto delle trattative dirette a favorire la successiva stipula dell'accordo di ristrutturazione, una transazione fiscale accompagnata – secondo una modalità ormai ben conosciuta e condivisa tramite certificazione di un soggetto attestatore – dell'evidenza della migliore soddisfazione del fisco rispetto alla procedura di liquidazione giudiziale.

Resta fermo, si ritiene, il sindacato del Tribunale sulla fattibilità del piano, entro i limiti individuati dalla giurisprudenza e, specificamente, sulla convenienza del trattamento proposto dall'imprenditore, con la transazione fiscale e contributiva, rispetto alla liquidazione fallimentare.

Il primo dubbio riguarda la natura cumulativa o alternativa delle condizioni per "imporre" una omologazione "forzosa" dell'accordo: nella prima ipotesi, la norma potrebbe operare solo se l'adesione dell'amministrazione sia determinante per il raggiungimento delle percentuali e, allo stesso tempo, la proposta sia conveniente; nella seconda ipotesi, sarebbe sufficiente che l'adesione sia determinante (senza la necessità della valutazione di convenienza) o, in alternativa, che la proposta superi il test di convenienza (senza la necessità che l'adesione sia determinante).

La formulazione letterale sembrerebbe deporre per l'esistenza di entrambe le condizioni affinché si possa addivenire all'omologazione anche in presenza di mancata adesione dell'Amministrazione finanziaria e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie, come testimoniato dall'uso della congiunzione "e" per legare le due condizioni; questa conclusione troverebbe conforto anche nella Relazione di accompagnamento al CCII, secondo cui è necessario che l'adesione dell'amministrazione sia decisiva, "sempre che" la proposta sia conveniente (così il Tribunale Ordinario di Brindisi - Seconda Civile Sentenza N. Rg 3/2022 "*...orbene, questo Collegio ritiene di dover aderire alla tesi per cui le predette condizioni avrebbero natura cumulativa, anche perché la lettura proposta da tale Autore, senza dubbio, consente di dilatare l'ambito operativo della disciplina legale, inveroandone la ratio di favor per il debitore. E, nel caso di specie, il ricorso alla congiunzione "e", in alternativa all'uso della disgiuntiva "o", sarebbe sintomatico della volontà del legislatore di riservare il beneficio de quo alla contestuale ricorrenza di entrambi i requisiti. Ritiene, a tal riguardo, questo Collegio che proprio il dato testuale della norma, in considerazione della imperfezione della tecnica di formulazione utilizzata dal legislatore, possa essere suscettibile di una lettura alternativa a quella summenzionata. A ben vedere, nel peculiare contesto espressivo della*

norma, il ricorso alla congiunzione non è sufficiente, di per sé, per radicare l'obbligo di un accertamento sotto entrambi i suddetti profili...”).

OMOLOGAZIONE FORZOSA DELLA TRANSAZIONE FISCALE: quando l'adesione è determinante

Ai sensi dell'art. 48 comma 4 del CCII, dopo la presentazione e la pubblicazione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione, il Tribunale fissa udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti, compreso il commissario giudiziale, se nominato, e, assunti i necessari mezzi istruttori, omologa, sussistendone i presupposti, gli accordi. Tale norma disciplina la omologazione c.d. "ordinaria" degli accordi. Tuttavia, per quanto attiene la transazione fiscale, la disciplina dell'omologazione è integrata dalle previsioni dell'art. 63 comma 2 bis che stabilisce che il Tribunale omologa gli accordi di ristrutturazione anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori delle forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui agli art. 57 comma 1 e 60 comma 1 e , anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria (c.d. cram down fiscale).

Pertanto, laddove ricorrano i presupposti rappresentati dalla decisività dell'adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie al fine del raggiungimento della percentuale di almeno il 60% dei crediti (o, in alternativa, il 30% dei crediti) e dalla convenienza dell'accordo rispetto all'alternativa liquidatoria, le disposizioni contenute al comma 2-bis dell'art. 63 CCII attribuiscono, in caso di "mancanza di adesione" da parte degli enti anzidetti, al Tribunale di procedere comunque all'omologazione forzata dell'accordo, c.d. cram-down fiscale.

Come è da intendersi il sintagma "*anche in mancanza di adesione?*" Il filone giurisprudenziale maggioritario ha interpretato la norma nel senso più ampio possibile: il potere attribuito al Tribunale è da intendersi non del solo caso di silenzio, ma anche nel caso di diniego espresso, tenuto conto del contenuto della relazione illustrativa al CCII, che, nel descrivere la funzione del potere del Tribunale, la indica nel fine di superare ingiustificati resistenze alle soluzioni concordate, spesso registrate nelle prassi.¹ A differenza del concordato preventivo che richiede la formazione di una maggioranza, l'accordo di ristrutturazione ex art.182 bis l.f. si basa sull'adesione di una certa percentuale di creditori e chi non aderisce viene pagato al 100%. E' pertanto necessario comprendere se in caso di mancata adesione della P.A, la sua posta creditoria vada considerata tra quella degli aderenti o dei non aderenti. Considerando che la ratio della norma è quella di facilitare la soluzione della crisi, la soluzione preferibile è quella di considerare la P.A. quale aderente all'accordo e quindi pagabile in percentuale come proposto in transazione fiscale e previdenziale. Quindi, a differenza del concordato preventivo dove avviene una "monetizzazione".

¹ Tribunale di Milano – Seconda Civile 9/2021

Al fine dell'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti (la previsione è comune anche al concordato preventivo), in ipotesi di mancata adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di previdenza o assistenza obbligatorie, è richiesto quindi uno specifico giudizio di convenienza da parte di un professionista indipendente volto ad accettare ed attestare che la soluzione proposta dal debitore sia migliore rispetto all'alternativa liquidatoria.

La valutazione delle prospettive di soddisfacimento dei debiti pubblici diventa quindi elemento essenziale ed imprescindibile della proposta del debitore, la cui valutazione richiede un confronto con l'alternativo scenario liquidatorio.

Il potere del Tribunale può essere esercitato una volta decorso il termine di 90 giorni dal deposito della proposta di transazione fiscale ovvero, se anteriore, dal momento in cui l'amministrazione finanziaria ha espresso il proprio diniego.

Laddove ricorrono i presupposti rappresentati dalla decisività dell'adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie al fine del raggiungimento della percentuale di almeno il sessanta per cento dei crediti di cui al primo comma di quello stesso articolo e dalla convenienza dell'accordo rispetto all'alternativa liquidatoria, consente, in caso di "mancanza di adesione" da parte degli enti anzidetti, al Tribunale di procedere comunque all'omologazione forzata dell'accordo, c.d. cram-down fiscale, si deve ritenere trovi applicazione non solo nel caso di mancata partecipazione al voto ma anche di mancata adesione alla proposta di trattamento dei crediti tributari e contributivi formulata dal debitore nell'ambito di detto accordo ai sensi dell'art. 182 ter L. F., con conseguente espressione di un voto negativo.

E' indubbio però che con la nuova transazione fiscale e contributiva, il ruolo dell'attestatore professionista indipendente (che è sempre esposto a responsabilità penale ex art. 236-bis l. fall. per "informazioni false od omissioni circa informazioni rilevanti in sede di relazione o attestazione"), diventa così ancor più determinante, essendo chiamato ad attestare, nella propria relazione, che i beni, su cui possono essere fatti valere i privilegi dall'amministrazione finanziaria o dagli altri enti, non sono sufficienti al pagamento integrale dei crediti, come garantiti, se venduti nel contesto fallimentare. Il professionista dovrà, altresì, dimostrare, secondo una valutazione coerente e motivata, basata anche sulle possibili ipotesi di liquidazione dell'attivo in tale scenario, che la proposta transazione fiscale e contributiva sia dunque più conveniente rispetto all'alternativa fallimentare, in modo tale che la parte incapiente possa degradare da privilegiata a chirografo e, per l'effetto, possa essere oggetto di stralcio, con conseguente esdebitazione.

Dalla relazione del professionista, previamente attestata, dovrà, quindi, emergere che la proposta concordataria sia maggiormente soddisfattiva dei crediti tributari e previdenziali, all'esito della comparazione tra il pagamento proposto con la domanda di concordato e quanto ritraibile dalla alternativa liquidatoria. Ai fini di tale confronto, l'attestazione dovrà contenere tutti gli elementi che tengano conto, anche, del maggiore apporto patrimoniale, rappresentato esemplificativamente: dai flussi o dagli investimenti generati dalla eventuale continuità aziendale; dalla eventuale presenza di finanza esterna (assente in caso di successiva liquidazione fallimentare); oppure, infine, dall'esito dell'attività liquidatoria gestita in sede concordataria. Tale apporto, non costituisce una risorsa economica nuova, ma deve essere considerato come finanza endogena, in quanto, ai sensi

dell'articolo 2740 c.c., il proponente è chiamato a rispondere dei debiti assunti con tutti i propri beni, presenti e futuri.

Tali nuove disposizioni, invero, accolte con favore dalla dottrina e in attesa della sperimentazione giurisprudenziale, vanno esaminate con attenzione sia per comprenderne l'esatto ambito applicativo, sia per segnalarne eventuali carenze che potrebbero generare incertezze o applicazioni difformi da parte dei tribunali interessati. La funzione dell'omologazione forzata è quella di perseguire il preminente interesse concorsuale attraverso il superamento delle resistenze degli uffici alla proposta transattiva. Ciò, quando le stesse si dimostrino immotivate in presenza di un'attestata convenienza della stessa rispetto al fallimento e in contrasto con il principio del buon andamento della Pubblica Amministrazione stabilito dall'art. 97 Cost.: l'amministrazione finanziaria, infatti, nell'ambito della transazione fiscale dispone di una "discrezionalità per così dire 'vincolata' al maggior soddisfacimento e alla convenienza tra i due termini di comparazione.

E', indubbia la rilevanza storica e sistemica del consenso quale necessario presupposto perché la volontà, manifestata da un soggetto estraneo alla sfera giuridica da incidere, possa produrre. Tale consenso, per scelta del legislatore speciale, può essere, eccezionalmente, surrogato seppur con l'artificio legislativo di un provvedimento che tenga luogo del mancato consenso.

D'altronde, il principio della tangibilità della sfera giuridica, solo previo consenso preventivo del suo titolare, oltre che ricollegarsi al principio di democraticità, costituisce principio non assoluto, ma relativo. In tal senso, depone lo stesso dato testuale del menzionato art. 1372, comma 2, c.c. che, nell'enucleare la regola, fa salva la possibilità di una previsione in senso contrario.

IL RUOLO CHIAVE DEL PROFESSIONISTA ATTESTATORE

Perno dell'intera fattispecie dei piani attestati di risanamento è il professionista attestatore e la relativa attestazione. Nel precedente art. 67, co. 3, lett. d) L.F. la figura dell'attestatore era talmente importante, che la relativa disciplina costituiva il punto di riferimento della correlata disciplina in materia di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione. Nel nuovo codice della crisi la nozione di "professionista indipendente" è ora contenuta, in linea generale, nell'art. 2 co. 1, lett. o) c.c.i.i., secondo il quale è tale il professionista incaricato dal debitore nell'ambito di una delle procedure di regolazione della crisi d'impresa che soddisfi congiuntamente i seguenti requisiti:

- 1) essere iscritto all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, nonché nel registro dei revisori legali;
- 2) essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 c.c.;
- 3) non essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale; il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa.

Si confermano quindi, da un lato la nomina del professionista da parte del debitore, e dall'altro la necessità di caratteri di indipendenza sia dall'imprenditore debitore, sia dai creditori che hanno interesse all'operazione di risanamento, confermando rilevanza anche a rapporti di natura personale, e quindi non solo a vincoli di natura lavorativa o professionale.

L'attestatore deve certificare "la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica del piano". Sotto il primo profilo, dunque, il professionista è tenuto ad accertare la corrispondenza dei dati indicati nel piano rispetto alla contabilità, previo riscontro della attendibilità di quest'ultima. Con riferimento invece, alla fattibilità economica, il professionista deve spiegare le ragioni in base alle quali ritiene che l'operazione abbia concrete prospettive di successo, anche con riferimento ai tempi ed alle modalità di pagamento.

Nella dottrina, tale valutazione è stata intesa come un "giudizio tecnico in ordine alla gestione prospettica dell'impresa, il che impone all'estensore della relazione di valutare, oltre ai valori dei beni da cedere, i cash-flow della gestione corrente, il fabbisogno di capitale circolante, la struttura dell'impresa e gli scenari di mercato, tenendo presente in concreto, la diversa natura (conservativa o parzialmente liquidatoria) del piano", precisando inoltre che l'attestatore avrebbe dovuto "dapprima evidenziare i profili di discontinuità che il piano presenta rispetto al passato e solo in un secondo momento procedere ad una specifica illustrazione delle "idee" che sono alla base del piano medesimo e che rappresentano in realtà le ragioni per le quali quest'ultimo è fattibile"².

² S. Ambrosini, M. Aiello, *I piani attestati di risanamento questioni interpretative e profili applicativi*, in *ilcaso.it*

La versione originaria della norma conteneva un espresso riferimento alla necessità che l'attestatore asseverasse non solo la fattibilità economica del piano, ma anche la fattibilità giuridica, e ciò sulla base dello schema che ormai si era affermato in giurisprudenza, circa la delimitazione dei poteri del controllo giudiziario in tema di risanamento aziendale. L'eliminazione della attestazione di fattibilità giuridica è ora venuta meno, in linea con quanto previsto per la disciplina degli accordi di ristrutturazione.

Tuttavia, se con riferimento agli accordi di ristrutturazione dei debiti l'ammissibilità giuridica è comunque rimessa al vaglio del Tribunale in sede di omologazione, lo stesso non avviene con riferimento al piano attestato di risanamento, che resta quindi di qualsivoglia controllo preventivo sulla fattibilità giuridica, spostando tale verifica in sede di accertamento giudiziale sulla revocabilità degli atti posti in essere in esecuzione del piano stesso³.

Il complesso dei requisiti in questione porta a ritenere che il parametro imprescindibile per l'espletamento dell'incarico sia quello della indipendenza di giudizio⁴ anche se tale parametro, per quanto severamente valutato, non può tradursi nel richiedere una radicale assenza di relazioni pregresse non siano comunque in grado di intaccare la suddetta indipendenza.

Per quanto riguarda l'insieme dei caratteri del giudizio del professionista attestatore, il ruolo centrale da esso ricoperto evidenzia che l'analisi alla base di tale giudizio non possa fermarsi ad una superficiale valutazione dei dati contabili, ma debba procedere ad una verifica diretta del riscontro tra tali dati e la realtà concreta, traducendosi in un'attestazione di veridicità dei dati aziendali, pur se limitata ai dati che costituiscono la base di partenza e sono ad esso funzionali⁵. A tale verifica farà ulteriormente seguito il giudizio di congruità del piano⁶, il quale viene a dipendere strettamente da una coerenza complessiva tra i dati di partenza e valutazioni prospettiche, in assenza dei quali il Tribunale chiamato a giudicare della revocatoria ben potrebbe giungere alla conclusione della inidoneità del piano, accogliendo la revocatoria stessa.

Mancando completamente una fase giudiziale e non potendo il professionista contare neppure sul confronto dialettico del commissario giudiziale, come avviene nel concordato preventivo, il compito del professionista attestatore risulterà ancora più qualificato, in quanto dovrà esprimersi direttamente sulla fattibilità del piano, affermando la idoneità dello stesso a pervenire alla risoluzione e superamento dei fattori patologici all'origine della crisi.

³ Santangeli, *Il piano attestato di risanamento ex art. 56 D. Lgs. n. 14/2019 a seguito del correttivo*, *injudicium.it*, 2020
⁴ Ferro (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2014

⁵ Corsi, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori - Sez. V: i piani attestati*, in Vassalli-Luiso-Gabrielli, *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, II, Torino, 2014

⁶ Nardecchia, *Il piano attestato di risanamento nel codice*, in *Fall.*, 2020

Una importante novità contenuta dall'attestazione è rappresentata dalla necessità di indicare gli "strumenti da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi e la situazione in atto", che porta a ritenere che il giudizio prognostico dell'asseveratore dovrà estendersi non solo alla valutazione del rischio di scostamento tra il piano proposto e gli obiettivi prefissati ma, inoltre, alla validità o meno delle soluzioni alternative indicate dall'imprenditore e la loro idoneità al perseguimento degli obiettivi modulati (in questa direzione Santangeli).

La relazione del Professionista

Per quanto riguarda la relazione del professionista che deve esprimersi sulla fattibilità del piano, questa deve avere ad oggetto, in primo luogo, la veridicità dei dati aziendali, e, quindi, la concreta attuabilità dell'accordo. Inoltre, la relazione deve attestare l'idoneità del piano ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei all'accordo, nei termini previsti dalla norma.

In merito al contenuto, il d. lgs. n. 147/2020 ha eliminato il riferimento alla fattibilità giuridica, mentre il d. lgs. n. 83/2022 ha eliminato anche il riferimento alla fattibilità economica, lasciando il termine "fattibilità" senza ulteriori aggettivazioni.

Il riferimento dovrebbe quindi essere alla nozione unitaria di "fattibilità" che si evince dall'art. 112 c.c.i.i., sia pure nelle differenti declinazioni per le ipotesi della continuità aziendale, ovvero per ogni altra ipotesi diversa dalla continuità.

La relazione può quindi essere predisposta da un professionista avente i requisiti di indipendenza previsti dall'art. 2 co. 1 lett. o) c.c.i.i., la mancanza di tali requisiti determina il rigetto della domanda di omologazione.

In linea generale, deve ritenersi che il contenuto della relazione del professionista negli accordi di ristrutturazione dei debiti non si discosti di molto rispetto al contenuto della relazione del professionista nel concordato preventivo.

Invero, già sotto la vigenza dell'art. 182 bis l.f. si riteneva che la verifica circa la veridicità dei dati aziendali fosse implicita nel controllo circa l'attuabilità dell'accordo, giacché questa attività presuppone necessariamente il possesso di informazioni vere e complete sulla situazione dell'impresa⁷.

Esattamente come nel concordato preventivo, il professionista incaricato, lungi dal limitarsi ad attestare la conformità dei dati alle risultanze delle scritture contabili, deve controllare che si tratti di dati reali: il suo compito consiste quindi nel verificare sia l'esistenza delle attività dell'impresa (beni mobili, immobili, crediti ecc.) ed il loro effettivo valore, sia l'entità dell'esposizione debitoria e le sue caratteristiche (debiti scaduti, contestati, ecc.).

⁷ Ambrosini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*

Il professionista incaricato, inoltre, dovrà valutare le disponibilità finanziarie e patrimoniali del debitore, le liquidità acquisibili per effetto dell'alienazione di beni non indispensabili all'impresa, l'ammontare e le scadenze dei crediti, i costi ed i ricavi prevedibili per il periodo in cui devono essere eseguiti i pagamenti dei debiti ristrutturati e non, i nuovi costi delle forniture e dei servizi per effetto dei contratti eventualmente rinegoziati oltre a tutto quanto sarà necessario in relazione alla particolarità del caso concreto. Per "fattibilità economica" inoltre deve intendersi la previsione del regolare pagamento dei debiti, così come ristrutturati, scaduti e da scadere nei termini previsti dall'accordo. Problematica è, invece, l'estensione del giudizio del professionista alla convenienza dell'accordo.

In linea generale, per gli accordi di ristrutturazione ex art. 57 c.c.i.i., la valutazione di convenienza è rimessa esclusivamente ai creditori, al momento della decisione di aderire o non alla proposta di accordo e ciò a differenza di quanto avviene per gli accordi di ristrutturazione con efficacia estesa ex art. 61 c.c.i.i., per i quali si richiede che il professionista verifichi che "i creditori della medesima categoria non aderenti cui vengono estesi gli effetti dell'accordo possano risultare soddisfatti in base all'accordo stesso in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale". Va osservato, tuttavia, che in base all'art. 48 co. 5, c.c.i.i., il Tribunale deve comunque omologare gli accordi di ristrutturazione, anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie, quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui all'art. 57 co. 1 e 60 co. 1, c.c.i.i. e quando, anche sulla base della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfazione della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatoria è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria.

Da ciò deriva che comunque il professionista attestatore deve effettuare, quanto meno con riferimento ai crediti tributari e degli enti previdenziali, una valutazione di convenienza dell'accordo rispetto alla eventuale liquidazione giudiziale, ed il Tribunale dovrà comunque verificare sia l'esistenza di tale valutazione, che la sua attendibilità.

L'attività del professionista si conclude, di norma (salve successive integrazioni o delucidazioni, anche eventualmente richieste dal Tribunale in sede di omologa) con la consegna del suo elaborato, non essendo previsto un successivo controllo, da parte dello stesso professionista, in merito alla corretta esecuzione dell'accordo⁸.

La responsabilità del professionista è presidiata, sul piano penale, dal nuovo art. 342 c.c.i.i., riguardante il delitto di falso in attestazioni e relazioni, punito con una pena detentiva, unita ad una rilevante pena pecuniaria; quanto alla responsabilità civile, si distingue d'ordinario tra la responsabilità verso il debitore che si ritiene pacificamente di natura contrattuale, e quella verso i creditori ed i terzi in genere che viene ritenuta da taluni extracontrattuale e da altri contrattuale, valorizzandosi le tesi della responsabilità da "contratto sociale"⁹.

⁸ Nardecchia, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel Codice della crisi e dell'insolvenza*

⁹ Frascaroli Santi, *Commento all'art. 182-bis, in Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali, diretto da Vassalli, Luiso e Gabrielli, IV, Torino 2014*