



Transazione Fiscale

Come cambia a seguito del Codice della Crisi e della Direttiva Insolvency

Giulio Andreani, PwC TLS Tax Crisis & Restructuring

Angelo Tubelli, PwC TLS Director

Con l'entrata in vigore del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (di seguito "Codice"), prevista per il 15 luglio 2022, l'istituto della transazione fiscale e previdenziale, finora disciplinato dall'art. 182-ter della legge fallimentare, si arricchisce di ulteriori disposizioni, derivanti, in buona misura, dal decreto legislativo di attuazione della Direttiva UE 2019/1023 approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri il 15 giugno 2022, n. 83, emanato in attuazione della Direttiva UE 2019/1023.

Nel prosieguo si intende fornire una dettagliata illustrazione delle modifiche introdotte e sugli effetti che esse producono sull'assetto normativo di tale istituto.

1. Transazione fiscale e utilizzo dei flussi di cassa

Com'è noto, il più importante dei presupposti di approvazione della proposta di transazione fiscale è costituito dalla **convenienza** della stessa per l'Erario, la quale emerge dal confronto tra l'ammontare del soddisfacimento offerto al Fisco e quello che questi riceverebbe in alternativa, a seguito della liquidazione dell'impresa debitrice. La determinazione del soddisfacimento discendente dalla liquidazione richiede, a sua volta, la determinazione del **valore del patrimonio del debitore** realizzabile in tale ipotesi e l'individuazione dei **criteri di ripartizione dello stesso** fra i creditori e quindi della parte di esso attribuibile all'Amministrazione finanziaria. Tanto sulla determinazione del patrimonio di liquidazione dell'impresa debitrice quanto sui criteri del suo riparto sono state espresse in dottrina e in giurisprudenza tesi contrastanti e nel corso degli ultimi anni anche l'Agenzia delle entrate ha espresso al riguardo la propria opinione.

1.1. Patrimonio di liquidazione e i criteri di ripartizione dell'attivo ai creditori

In merito ai **criteri di attribuzione ai creditori** del ricavato della liquidazione del patrimonio del debitore è noto che sono state sostenute due diverse tesi:

- a) la **tesi della priorità assoluta**, secondo cui il ricavato dovrebbe essere rigidamente destinato ai creditori privilegiati in base all'ordine delle cause di prelazione, con la conseguenza che un credito privilegiato potrebbe essere soddisfatto solo se vengono prima integralmente soddisfatti i crediti privilegiati di rango superiore¹;
- b) la **tesi della priorità relativa**, secondo cui il ricavato potrebbe essere invece destinato alla soddisfazione di tutti i crediti privilegiati o chirografari anche in assenza dell'integrale soddisfacimento di quelli di rango superiore, essendo unicamente necessario assicurare al credito privilegiato un trattamento migliore rispetto a quelli di rango inferiore².

¹ Tra i sostenitori di tale tesi si vedano *ex multis*: M. Fabiani, "Fallimento e concordato preventivo", II, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 2014, pag. 243; G. Bozza, "Il trattamento dei creditori privilegiati nel concordato preventivo", in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 4/2012, pag. 381; A. Guiotto, "Destinazione dei flussi di cassa e gestione dei conflitti d'interessi nel concordato preventivo con continuità aziendale", *ivi*, n. 8-9/2019, pag. 1099; P.F. Censoni, "Il concordato preventivo", in A. Jorio - B. Sassani (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2016, pag. 152; A. Rossi, "Le proposte 'indecenti' nel concordato preventivo", in *Giurisprudenza commerciale*, n. 2/2015, I, pag. 334; L. Stanghellini, "Il concordato con continuità aziendale", in *Società, banche e crisi d'impresa*, Torino, 2014, pag. 1240; S. Bonfatti, "La disciplina dei creditori privilegiati nel concordato preventivo con continuità aziendale", in *Società, banche e crisi d'impresa*, Torino, 2014, pag. 1240.

² Cfr., *ex multis*, G. Terranova, "I concordati in un'economia finanziaria", in *Diritto fallimentare*, 2020, I, pag. 20; G. D'Attorre, "Concordato con continuità ed ordine delle cause di prelazione", in *Giurisprudenza commerciale*, n. 1/2016, I, pag. 43; F. Guerrera, "Struttura finanziaria, classi dei creditori e ordine delle prelazioni nei concordati delle società", in *Diritto fallimentare*, 2010, I, pag. 720; G. Racugno, "Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale. Profili di diritto sostanziale", in V. Buonocore - A. Bassi (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, I, CEDAM, 2010, pag. 497; P. Catalozzi, "La falcidia concordataria

Chi scrive sostiene da tempo, da un lato, che la “tesi della priorità relativa” non trova conforto nel comma 2 dell’art. 160 l.f., considerato il soddisfacimento che i crediti di rango superiore riceverebbero alternativamente in caso di **fallimento**, e, dall’altro lato, che la distribuzione delle risorse finanziarie rientranti nella nozione di “**finanza esterna**” può essere eseguita senza tenere conto dell’ordine delle **cause di prelazione**, poiché esse non fanno parte di quel patrimonio che in caso di liquidazione dovrebbe essere ripartito secondo tale ordine³. Ed invero la versione “forte” della priorità è stata condivisa dalla Corte di cassazione con la sentenza 8 giugno 2020, n. 10884, secondo cui, ai sensi e per gli effetti dell’art. 160, comma 2, l.f., nel concordato preventivo il soddisfacimento parziale dei creditori muniti di privilegio generale può trovare un fondamento giustificativo solo nell’incapienza del patrimonio mobiliare del debitore; infatti, in forza di detta disposizione la possibilità di sottoporre a **falcidia**, a beneficio di altri creditori, **crediti garantiti da privilegio generale** richiede necessariamente che: o i beni hanno un valore eccedente i crediti garantiti, e allora questi devono essere soddisfatti integralmente, o i beni hanno un valore inferiore rispetto ai crediti privilegiati, e allora i creditori di rango inferiore non possono essere soddisfatti in alcuna misura, risultando prioritario il pagamento di quelli di rango superiore.

Proprio perché le risorse finanziarie rientranti nella nozione di “finanza esterna” sono sottratte alle regole del concorso e possono essere quindi liberamente utilizzate dal debitore, è dirimente stabilire se in tale nozione rientrino o meno anche i **flussi finanziari** generati dalla **prosecuzione dell’attività** da parte del debitore nell’ambito del **concordato preventivo in continuità**. Anche su tale questione si registrano due diverse correnti di pensiero:

1) secondo un orientamento “restrittivo”, nella nozione di “**finanza esogena**” rientrerebbero unicamente le **risorse finanziarie** messe a disposizione da **terzi senza vincolo di restituzione**, mentre “*la prosecuzione dell’attività di impresa in sede concordataria non può comportare il venir meno della garanzia patrimoniale del debitore, che risponde dei suoi debiti con tutti i beni, presenti e futuri (art. 2740 c.c.), non creando la prosecuzione dell’attività di impresa un patrimonio separato o riservato in favore di alcune categorie di creditori (anteriori o posteriori alla domanda di concordato). Né pare consentito azzerare in sede concordataria il rispetto delle cause legittime di prelazione (art. 2741 c.c.), che è un corollario della responsabilità patrimoniale*”⁴. Per questa corrente di pensiero, dunque, i flussi finanziari generati dalla prosecuzione dell’attività rientrerebbero nella nozione di “nuova finanza” ma non in quella di “finanza esterna” (tuttavia spesso tali termini sono utilizzati anche come sinonimi e possono quindi essere fonte di equivoci; a ben vedere l’espressione più appropriata per qualificare le risorse di cui trattasi, come detto, dovrebbe essere

dei crediti assistiti da prelazione”, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 9/2008, pag. 1014.

³ Sulla base della definizione enunciata dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 9373 del 28 giugno 2012, rientrano tipicamente nella definizione di “finanza esterna” gli apporti finanziari di soggetti terzi che non comportano né un incremento dell’attivo patrimoniale tramite il quale soddisfare i crediti privilegiati, né un aggravio del passivo patrimoniale stante l’assenza del vincolo di restituzione (si tratta, in sostanza, di attribuzioni a fondo perduto o “liberalità”). Per i giudici di legittimità, infatti, “l’intangibilità dell’ordine delle cause di prelazione trova il suo limite nel patrimonio del debitore, e non vieta al terzo di condizionare il suo apporto finanziario alla soddisfazione preferenziale di crediti posposti”.

⁴ Così testualmente Trib. Milano, Decreto 15 dicembre 2016. In senso analogo si vedano anche App. Venezia, 12 maggio 2016, e App. Torino, 16 aprile 2019 (in quest’ultima pronuncia è stato osservato che addossare al creditore privilegiato il rischio conseguente alla continuazione dell’attività senza attribuzione delle potenzialità da essa derivanti comporterebbe l’imposizione di un patto leonino). In dottrina si vedano *ex multis* F. Platania, “L’ordine di pagamento dei creditori ipotecari e privilegiati nel concordato in continuità diretta”, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 12/2020, pag. 1502; G. D’Attorre, “La distribuzione del patrimonio del debitore tra *absolute priority rule* e *relative priority rule*”, *ivi*, n. 8-9/2020, pag. 1078; D. Galletti, “I proventi della continuità, come qualsiasi *surplus*, non sono liberamente distribuibili”, in www.ilfallimentarista.it del 16 marzo 2020.

quella di “*surplus concordatario*”⁵;

2) secondo un orientamento più morbido, invece, le **risorse finanziarie** originate dalla **prosecuzione dell’attività di impresa** (ovvero i flussi finanziari disponibili o *free cash flow*), sebbene da essa provenienti, avrebbero **natura “esogena”**, poiché non fanno parte del patrimonio dell’impresa debitrice all’apertura della procedura⁶. Per questa diversa corrente di pensiero, infatti, il valore del patrimonio del debitore esistente in tale momento costituisce il limite di soddisfazione della garanzia dei creditori prelatizi ex art. 160, comma 2, l.f. e, perciò, andrebbe tenuto distinto dal valore del **patrimonio** del debitore successivamente formatosi per effetto della **prosecuzione dell’attività**, con il quale va invece identificato il “**surplus concordatario**” al pari degli apporti finanziari esterni al patrimonio del debitore. In altri termini, sulla base di questo indirizzo, al divieto di alterazione delle cause legittime di prelazione e alla regola del concorso non dovrebbero soggiacere le risorse, di qualsiasi natura, che eccedono l’ammontare ricavabile dalla liquidazione dell’attivo (determinato sulla base della relazione prevista dal citato art. 160, comma 2), dal che si desume come “*l’ammontare della somma ritraibile dalla liquidazione concorsuale segni il limite minimo di soddisfacimento dei creditori privilegiati*” (così Cass., sentenza n. 10884/2020).

1.2. Natura e utilizzo dei flussi di cassa secondo la circolare n. 16/E/2018

Ciò posto, con la circolare n. 16/E del 23 luglio 2018 l’Agenzia delle entrate aveva precisato che, ai fini della comparazione, l’attestatore deve “*tenere conto anche del maggiore apporto patrimoniale, rappresentato dai flussi o dagli investimenti generati dalla eventuale continuità aziendale oppure ottenuto all’esito dell’attività liquidatoria gestita in sede concordataria, che non costituisce una risorsa economica nuova, ma deve essere considerato finanza endogena, in quanto, ai sensi dell’art. 2740 c.c., l’imprenditore è chiamato a rispondere dei debiti assunti con tutti i propri beni, presenti e futuri*”⁷. L’Agenzia aveva così mostrato di aderire all’orientamento restrittivo, secondo cui i **flussi** generati dalla **prosecuzione dell’attività**, da parte dell’impresa debitrice nell’ambito di un concordato preventivo in continuità, avrebbero avuto natura “endogena” (in quanto non derivanti da un apporto esterno) e sarebbero quindi da considerare **parte del patrimonio** di tale impresa a un duplice

⁵ Il concetto di “nuova finanza” risulta infatti più ampio di quello di “finanza esterna”, comprendendo le nuove risorse finanziarie previste nel piano per sostenere la prosecuzione dell’attività e che non rientrano in questa seconda nozione, quali per esempio i prestiti erogati da terzi. Per scongiurare il rischio di considerare tutto ciò che deriva dalla continuità aziendale come risorsa esterna e di scardinare così la regola della *par condicio creditorum*, bisognerebbe “considerare come risorse esterne solo quelle che non derivano geneticamente dal patrimonio dell’impresa che accede al concordato preventivo, ma sono il frutto di interventi di terzi”, non potendo perciò rientrare in detta nozione “l’incasso di crediti né gli ‘utili’ della gestione conseguiti nel periodo di esecuzione del piano di concordato” (così M. Arato, “Il concordato con continuità nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza”, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 7/2019, pag. 862).

⁶ Cfr. Corte App. Venezia, 19 luglio 2019; Trib. Milano, 5 dicembre 2018; Trib. Massa, 27 novembre 2018; Trib. Milano, 8 novembre 2016; Trib. Prato, 7 ottobre 2015; Trib. Treviso, 16 novembre 2015 e 23 marzo 2015; Trib. Rovereto, 13 ottobre 2014; Trib. Torino, 7 novembre 2013; Trib. Saluzzo, 13 maggio 2013. Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili - Fondazione Nazionale dei Commercialisti, Documento di ricerca “Il trattamento dei crediti tributari nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione” (di P. Rossi), 20 febbraio 2019, pagg. 10 e 11; E. Stasi, “Transazione fiscale nelle procedure concorsuali”, in www.ilfallimentarista.it del 9 maggio 2019, pag. 18; M. Terenghi, “Finanza esterna, ordine delle cause di prelazione e flussi di cassa nel concordato con continuità”, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 3/2019, pag. 387; S. Guarino, “Concordato con continuità, surplus e cause legittime di prelazione”, in *Corr. Trib.*, n. 38/2018, pag. 2902.

⁷ Nella citata circolare n. 16/E/2018 è richiamato un passaggio della citata sentenza n. 9373/2012, con cui la Cassazione si è occupata della necessità di rispettare o meno la regola di cui all’art. 160, comma 2, l.f. con riferimento all’apporto finanziario del terzo (che costituisce la fattispecie tipica di “finanza esterna”). I giudici di legittimità hanno al riguardo ritenuto che “l’apporto del terzo si sottrae al divieto di alterazione della graduazione dei crediti privilegiati solo allorché risulti neutrale rispetto allo Stato patrimoniale della società”, ovvero a condizione che l’intervento finanziario sia utilizzato per pagare direttamente i debiti della società senza comportare una variazione nell’attivo e nel passivo del debitore.

fine:

a) per determinare il **valore del patrimonio** realizzabile in caso di **liquidazione** che, ai sensi del comma 1 dell'art. 182-ter, un professionista indipendente deve comparare con l'offerta formulata al Fisco dall'impresa debitrice mediante la proposta di transazione fiscale, allo scopo di attestarne la necessaria convenienza per l'Erario rispetto all'alternativa costituita dalla liquidazione dell'impresa stessa;

b) per stabilire se i suddetti **flussi** possono essere destinati liberamente dall'impresa debitrice al **soddisfacimento di alcuni crediti** piuttosto che di altri, posto che il patrimonio "endogeno", a differenza di quello "esogeno" (almeno secondo l'orientamento più "rigoroso"), dovrebbe essere utilizzato per il pagamento dei creditori secondo l'ordine delle cause di prelazione previste dalla legge e non liberamente (art. 160, comma 2, l.f.).

Tale tesi non appariva però conforme alla *ratio* dell'art. 182-ter, comma 1, che - come detto - richiede all'attestatore di confrontare il trattamento dei crediti tributari contemplato dalla proposta di transazione fiscale con quello discendente dalla liquidazione fallimentare dell'impresa debitrice e, ai fini della determinazione del parametro di raffronto, non può rilevare il "**patrimonio futuro**" di quest'ultima. Infatti, per quantificare il soddisfacimento derivante dallo scenario alternativo indicato dall'art. 160, comma 2, l'attestatore deve valutare la situazione che si verificherebbe in caso di fallimento del debitore, senza dunque tenere conto della prosecuzione dell'attività attraverso modalità e interventi che sono attuabili nel concordato preventivo (ma non nel fallimento), giacché tra la **continuazione dell'attività economica** ivi prevista e i **flussi finanziari** che ne discenderebbero sussiste un evidente rapporto di causa-effetto, nel senso che questi non possono manifestarsi senza l'attuazione del risanamento indicato nel relativo piano: quest'ultimo non è che il frutto della ristrutturazione dell'azienda, delle azioni strategiche volte alla riduzione dei costi e al conseguimento di maggiori ricavi, della conversione di debiti in *equity* nonché dell'acquisizione di nuovi investimenti - da parte dei soci o di nuovi finanziatori - destinati a sostenere la continuazione dell'attività (che costituisce quindi l'indefettibile presupposto di tutte le suddette misure).

Che i flussi generati dalla prosecuzione dell'attività economica siano classificabili come "finanza esterna" è invero possibile desumerlo altresì dalle disposizioni contenute negli artt. 104 e 104-bis l.f., che ammettono la **prosecuzione dell'attività economica** (nella forma dell'esercizio provvisorio o dell'affitto d'azienda) soltanto a **titolo temporaneo**, qualora ciò sia considerato (nel primo caso) strettamente necessario per non recare maggiore pregiudizio ai creditori oppure (nel secondo) conveniente per rendere più proficua la vendita del complesso aziendale. In entrambi i casi, la continuazione dell'attività è ammessa soltanto nella prospettiva di conseguire una **migliore liquidazione**, ma mai in un'ottica di risanamento, che rimane del tutto estranea rispetto alla procedura fallimentare⁸. Ne consegue che le stime effettuate dal curatore (e, prospetticamente, dall'attestatore) non possono riguardare un'azienda in normale esercizio, essendo l'eventuale prosecuzione in via temporanea dell'attività diretta unicamente alla **conservazione dell'azienda** in uno **stato di efficienza**, al fine di **preservare il valore residuo** che ancora c'è (e non per generare nuovo valore)⁹. La situazione cui deve far riferimento è infatti quella

⁸ In proposito si vedano S. Pacchi, "La liquidazione dell'attivo con particolare riferimento all'azienda", in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 1/2016, pag. 1 ss.; F. Fimmanò, "La vendita fallimentare dell'azienda", in *Contratto e impresa*, n. 2/2007, pag. 530.

⁹ Al riguardo, come rilevato nelle "Linee guida per la valutazione di aziende in crisi", elaborato dal Consiglio Nazionale dei Dottori

prevista dall'art. 105 l.f., il quale disciplina, appunto, la vendita (mediante procedure competitive) dell'azienda nello stato in cui si trova, in maniera unitaria oppure attraverso singoli rami oppure ancora atomisticamente¹⁰, senza potere considerare gli effetti derivanti dagli atti previsti nella proposta concordataria per riportare l'azienda in una condizione di equilibrio economico. Del resto, se l'attivo discendente dall'ipotesi della liquidazione fallimentare dovesse essere valutato anche assumendo l'avvenuta attuazione delle misure previste nella proposta concordataria, non si vede come essa potrebbe essere definita quale ipotesi alternativa.

Pertanto, poiché i flussi finanziari generati dalla prosecuzione dell'attività economica *post* risanamento non potrebbero entrare nel patrimonio del debitore in caso di fallimento, essi non possono essere considerati nel computo dell'attivo di liquidazione da destinare al soddisfacimento dei creditori privilegiati e, quindi, nemmeno nella valutazione del trattamento che sarebbe riservato ai **crediti tributari** in tale ipotesi.

Un indirizzo per così dire "intermedio" è stato affermato dal Tribunale di Milano con l'articolata e approfondita sentenza del 5 dicembre 2018, il quale ha affermato che "i flussi della continuità, allorquando siano generati da una prosecuzione aziendale resa possibile unicamente per effetto dell'apporto di un soggetto terzo, non possono ritenersi assoggettati al rispetto dell'ordine delle cause di prelazione, per la semplice ragione che detti flussi, nella prospettiva fallimentare, semplicemente non esisterebbero. Un conto è che i **flussi della continuità** siano comunque generati dalla residua capacità patrimoniale del debitore, giacché in tal caso appare assai complesso condurre i suddetti flussi al di fuori della regola dell'art. 2741 c.c.; un altro - ben diverso - conto è che tali flussi siano resi possibili da una prosecuzione aziendale resa a propria volta possibile unicamente dall'apporto di risorse esterne da parte di un terzo. In tal caso ben può affermarsi che tali flussi, in quanto generati da una **finanza esterna**, ne ereditino i caratteri, e risultino, quindi, **liberamente distribuibili**, sol che si consideri che, in assenza dell'apporto del terzo, detti flussi non esisterebbero, e conseguentemente le cause di prelazione - *in primis* il privilegio generale mobiliare - non avrebbero oggetto alcuno su cui esercitarsi". In sostanza, i flussi generati dalla prosecuzione dell'attività economica, la quale a propria volta è stata resa possibile unicamente per effetto dell'apporto di un soggetto terzo, sono anch'essi classificabili come "finanza esterna", per il semplice fatto che non esisterebbero in assenza di tale apporto.

In proposito è stato peraltro evidenziato¹¹ che, a differenza del caso concreto cui si riferiva la sentenza da ultimo citata, "*è spesso tutt'altro che immediato determinare se la prosecuzione dell'attività aziendale sia resa possibile esclusivamente da **apporti esterni**, o se invece gli apporti esterni la facilitino e la supportino, senza che una qualche prosecuzione possa essere tassativamente esclusa in loro assenza. In altri termini, può spesso rivelarsi assai complicato ricondurre la continuità aziendale*

Commercialisti e degli Esperti Contabili e dalla Società Italiana dei Docenti di Ragioneria ed Economia Aziendale, "Il professionista deve tenere conto della reale situazione in cui versa l'azienda o il ramo di azienda che si intende cedere o affittare o conferire" e nel caso di affitto d'azienda "deve considerare l'effettiva capacità di creazione dei flussi finanziari attesi nell'orizzonte interessato, senza considerare i benefici apportati dalla possibile gestione del terzo cessionario o affittuario. L'affitto di azienda deve essere valutato considerando le finalità conservative e di mantenimento dell'efficienza dei complessi aziendali, nonché dei costi di manutenzione ordinari e straordinari che il terzo potrebbe essere tenuto a sopportare o assumere a proprio".

¹⁰ Poiché l'unica soluzione alternativa è quella della liquidazione fallimentare, il valore dell'attivo da liquidare corrisponde sostanzialmente al prezzo ottenibile dalla cessione dell'azienda in base all'esito della procedura competitiva. Cfr. S. Ambrosini, "Concordato preventivo con continuità aziendale: problemi aperti in tema di perimetro applicativo e di miglior soddisfacimento dei creditori", in blog.ilcaso.it del 25 aprile 2018.

¹¹ Cfr. A. Guiotto, cit., pag. 1100.

al solo apporto da parte di terzi, tanto più che in numerosi casi l'apporto di terzi è funzionale (anche) a una migliore proposta ai creditori e, quindi, ad aumentare la probabilità della sua approvazione". Tuttavia, quando la continuazione dell'attività d'impresa è impedita dall'**assenza di disponibilità finanziarie**, è difficile negare che il presupposto imprescindibile per la sua ripresa è rappresentato dal reperimento delle relative risorse finanziarie di ammontare necessariamente significativo.

1.3. Natura e utilizzo dei flussi di cassa secondo la circolare n. 34/E/2020

Con la circolare n. 34/E del 29 dicembre 2020, l'Agenzia delle entrate ha rettificato il tiro, affermando che, nonostante la natura "endogena" dei flussi di cui trattasi (che è stata comunque dalla stessa ribadita), essi non concorrono a formare il **patrimonio** dell'impresa in caso di **liquidazione** da assumere ai fini della comparazione di cui si è detto. Questa precisazione è assai opportuna, perché ciò che l'art. 182-ter richiede di comparare è chiaro: il **pagamento** offerto con il **soddisfacimento** discendente dall'**alternativa liquidazione fallimentare**, per quantificare il quale il professionista indipendente deve considerare la situazione che si verificherebbe in caso di fallimento del debitore, senza tener conto di scenari non realizzabili in tale circostanza, qual è appunto quello della prosecuzione dell'attività attraverso modalità e interventi che sono attuabili nel concordato preventivo ma non nel fallimento, e dunque senza considerare i flussi suscettibili di essere generati solo da tale attività. Quanto ai **criteri di ripartizione** del ricavato della liquidazione del patrimonio del debitore, l'Agenzia delle entrate ha affermato, con la medesima circolare, che la distribuzione delle somme provenienti dai flussi generati dalla continuità aziendale deve comunque avvenire "*in modo tale da assicurare un **trattamento non deteriore della pretesa tributaria** rispetto ai creditori concorrenti*"; pertanto, pur continuando ad aderire all'indirizzo che esclude la natura di "finanza esterna" dei flussi generati dalla prosecuzione dell'attività d'impresa (e quindi la possibilità di destinarli liberamente), si è orientata verso l'applicazione della tesi della "**priorità relativa**" circa la ripartizione del "*surplus concordatario*".

Sulla base degli indirizzi espressi dall'Agenzia delle entrate, ai fini dell'approvazione della proposta di transazione fiscale formulata nell'ambito di un concordato preventivo in continuità, pur essendo i suddetti flussi da qualificare come "endogeni" e dunque non potendo essere liberamente attribuiti ai creditori:

- la **comparazione**, fra il soddisfacimento dei debiti fiscali offerto con la proposta di transazione fiscale e quello alternativamente conseguibile dal Fisco mediante la liquidazione del patrimonio dell'impresa, può essere eseguita **senza** far concorrere tali flussi alla **formazione del patrimonio** oggetto di liquidazione;
- è sufficiente prevedere un **trattamento dei crediti fiscali più vantaggioso** di quello destinato ai crediti privilegiati di grado inferiore e a quelli chirografari, purché sia al tempo stesso migliore rispetto al soddisfacimento che tali crediti riceverebbero mediante l'**alternativa liquidazione**, e non è necessario stabilirne l'integrale pagamento fino a concorrenza del valore del patrimonio comprensivo di tali flussi (peraltro il Codice prevede, con decorrenza da quando entrerà in vigore, che l'alternativa da considerare sarà costituita anche a questo riguardo dalla liquidazione giudiziale dell'impresa debitrice).

In sintesi, l'**Agenzia delle entrate** considera i **flussi derivanti dalla prosecuzione dell'attività finanza endogena** ma, ciò nonostante, seppur cripticamente ha mostrato di ritenere **distribuibile ai creditori il ricavato della liquidazione secondo il criterio della priorità relativa**, pur dovendosi prendere atto del fatto che la prassi delle singole direzioni provinciali e regionali non è sempre stata rispettosa

di tale interpretazione.

1.4. La natura derogatoria dell'art. 182-ter l.f. rispetto alle cause legittime di prelazione

Chi scrive ha sostenuto in passato che l'approccio avrebbe dovuto essere esattamente **l'opposto**, ovvero sia che l'attribuzione ai creditori dovrebbe avvenire secondo il criterio della **priorità assoluta** e i flussi dovrebbero essere considerati finanza esogena, con la duplice conseguenza che, da un lato, ogni creditore privilegiato avrebbe potuto essere soddisfatto solo dopo che quelli assistiti da gradi di privilegio superiori sono stati completamente pagati e, dall'altro lato, che le somme rivenienti dai flussi prodotti dalla continuità possono essere liberamente destinate al soddisfacimento dei creditori senza dover rispettare l'ordine delle cause di prelazione.

La posizione dell'Agenzia delle entrate circa la natura "endogena" dei flussi generati dalla prosecuzione dell'attività trae origine dai principi (sopra richiamati) secondo cui (i) la prosecuzione dell'attività d'impresa in sede concordataria non può comportare il venir meno della **garanzia patrimoniale del debitore**, che risponde dei suoi debiti con tutti i beni, presenti e futuri (ex art. 2740 c.c.) e (ii) non sarebbe consentito azzerare mediante il concordato il rispetto delle **legittime cause di prelazione** (ex art. 2741 c.c.).

In realtà, come dapprima evidenziato, tale posizione non sembra considerare che:

- la regola generale dell'attribuzione ai creditori privilegiati di tutto il patrimonio del debitore fino a concorrenza dei loro crediti posta dall'art. 160, comma 2, l.f. - che è indefettibile nel concordato liquidatorio, salvo l'apporto di nuova finanza che può essere utilizzata anche senza il rispetto di tale ordine, proprio perché non promana dal patrimonio del debitore e non è vincolata a garantirne le obbligazioni - deve essere nel concordato in continuità limitata, quanto al tempo, alla **data della presentazione della domanda di concordato** e, quanto all'entità, al **patrimonio del debitore** esistente in **quel momento**;
- la **verifica** della violazione o meno dell'**ordine delle cause di prelazione** deve essere quindi eseguita con riferimento alla predetta data, perché ciò che è valutabile ai fini della capienza è solo il patrimonio del debitore esistente in tale momento, e non quello che residuerà, dopo vari anni e vari interventi altrimenti inattuabili. Infatti, senza concordato il risanamento non sussisterebbe per nulla, o avrebbe quanto meno una ben diversa consistenza, e certamente non sussisterebbero in tal caso i flussi generabili dalla continuità dell'attività, che è incompatibile con la liquidazione;
- la natura "esogena" di un'entrata va ricercata nel maggior valore derivante dall'attuazione delle azioni previste nel piano concordatario di risanamento e comprende dunque anche quello generato dalla **prosecuzione dell'attività dell'impresa**.

La tesi su cui si fonda l'indirizzo espresso dall'Agenzia circa i criteri di ripartizione del patrimonio del debitore è stata inoltre smentita dalla Corte di cassazione con la citata sentenza n. 10884/2020, secondo cui nel **concordato preventivo** il **soddisfacimento parziale** dei creditori muniti di privilegio generale può trovare un fondamento giustificativo solo nell'**incapienza del patrimonio mobiliare** del debitore. Infatti, come dapprima già evidenziato, la possibilità di sottoporre a falciatura, a beneficio di altri creditori, crediti garantiti da privilegio generale richiede necessariamente che: o i beni hanno un valore eccedente i crediti garantiti, e allora questi devono essere soddisfatti integralmente, o i beni hanno un valore inferiore

rispetto ai crediti privilegiati, e allora i creditori di rango inferiore non possono essere soddisfatti in alcuna misura, risultando prioritario il pagamento di quelli di rango superiore.

La posizione a cui è alla fine pervenuta l'Agenzia delle entrate con la circolare n. 34/E/2020, secondo cui i flussi derivanti dalla prosecuzione dell'attività sono da considerare finanza endogena ma, ciò nonostante, sono liberamente distribuibili a favore dei creditori (a condizione che ai crediti erariali privilegiati non sia offerto un trattamento peggiore rispetto a quello previsto per i crediti ad essi postergati e ai crediti erariali chirografari sia garantito il trattamento più favorevole rispetto a quello applicato ai crediti chirografari) si scontra, peraltro, anche con l'orientamento giurisprudenziale secondo cui i flussi di cassa generati dalla prosecuzione dell'attività economica (se ed in quanto qualificabili come "finanza endogena") andrebbero invece necessariamente computati nel calcolo del valore di realizzo del patrimonio aziendale derivante dalla liquidazione e non potrebbero perciò essere destinati al soddisfacimento di un **creditore di rango inferiore** in assenza dell'integrale soddisfacimento dei creditori di grado superiore.

Tuttavia, tale conflitto poteva essere superato in presenza dell'**approvazione della proposta di transazione fiscale** da parte dell'**Amministrazione finanziaria**, sostanziosamente tale adesione in una "**riduzione**" del credito erariale giustificata dalla convenienza della proposta rispetto all'alternativa liquidazione. In assenza di voto favorevole o di adesione alla transazione fiscale, invece, la proposta concordataria (che la comprende) potrebbe essere ritenuta non omologabile da chi aderisce al predetto orientamento giurisprudenziale, in quanto contrastante con gli effetti derivanti dal considerare i flussi finanza endogena e dall'adozione, al tempo stesso, della tesi della priorità assoluta. Ciò non di meno, tale conflitto può essere superato in maniera naturale qualora l'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 182-ter (che impone il divieto di trattamento peggiore e il principio di trattamento più favorevole con riferimento, rispettivamente, ai crediti tributari privilegiati e ai crediti tributari chirografari) venga inteso - come ritiene chi scrive - quale **implicita deroga alla tesi della priorità assoluta** e quindi quale affermazione della regola della priorità relativa limitatamente ai crediti erariali, indipendentemente dall'utilizzo di tale tesi con riguardo agli altri crediti.

Si intende dire che la legge fallimentare già prevede la possibilità di **soddisfazione parziale dei crediti tributari privilegiati**, nonostante la capienza dell'attivo distribuibile (purché essi non siano trattati in maniera peggiore rispetto a quelli di rango inferiore)¹², in virtù della "**specialità**" delle norme disciplinanti il trattamento dei crediti erariali (e contributivi), nonostante la maggior capienza dell'attivo distribuibile, a patto che il soddisfacimento di tali crediti non sia inferiore a quello discendente dalla liquidazione dell'impresa debitrice. Ciò posto, vi è da aggiungere che un pagamento parziale dei crediti fiscali può quindi essere consentito, a dispetto della maggior capienza dell'attivo costituito anche dai flussi gestionali (ferma restando l'incapienza di quello di liquidazione), anche in assenza dell'approvazione della transazione fiscale da parte dell'Agenzia delle Entrate, qualora il **concordato venga comunque approvato** dagli altri creditori, non essendo la mancata adesione del Fisco decisiva, ovvero quando esso sia oggetto di **omologazione forzata** disposta da parte del tribunale, ricorrendone i relativi presupposti.

Con riguardo all'assetto giuridico derivante dalla legge fallimentare sussistono dunque margini per evitare, pur in presenza della assunzione della natura endogena

¹² Cfr. in tal senso G. D'Atorre, *La distribuzione del patrimonio* ..., cit., pag. 1075, nota n. 9.

dei flussi contestualmente all'adozione (per la generalità dei crediti privilegiati) della tesi della priorità assoluta, il conflitto sopra evidenziato dovuto alla posizione assunta dall'Agenzia delle entrate in ordine alla natura endogena dei flussi di cui trattasi, sempreché sussistano i presupposti dell'**adesione alla proposta transattiva** (spontanea o disposta dal Tribunale).

1.5. La giurisprudenza della Corte di Cassazione

La natura derogatoria dell'ordine delle cause di prelazione rinvenibile nella disposizione recata dal comma 1 dell'art. 182-ter l.f. è stata espressamente condivisa dalla Corte di cassazione con l'ordinanza 26 maggio 2022, n. 17155. I giudici di legittimità hanno innanzitutto ribadito che l'art. 160, comma 2, l.f., nell'imporre che il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione, *“viene tradizionalmente interpretato come norma traspositiva, già in fase di ammissione del concordato preventivo, del criterio di matrice nordamericana della c.d. d. absolute priority rule, per cui una classe di grado inferiore non può ricevere alcun soddisfacimento se quella di grado superiore non sia stata integralmente soddisfatta”*. Tuttavia, l'art. 182-ter, comma 1, l.f. *“elimina la condizione preclusiva dell'integrale soddisfazione dei crediti di rango superiore ai fini del soddisfacimento di quelli di rango inferiore; il che significa che ai crediti tributari e contributivi può essere applicata, in luogo della c.d. absolute priority rule, la c.d. relative priority rule, sia pure in forma diversa e più favorevole rispetto a quella successivamente declinata come regola di default nell'art. 11, par. 1, lett. c), della direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019”* (di cui si dirà nel prossimo paragrafo).

Pertanto, a conferma di quanto riferito al termine del precedente paragrafo, con la sentenza n. 17155/2022 i giudici di legittimità hanno per la prima volta affermato la natura speciale delle regole sancite dal comma 1 dell'art. 182-ter l.f. con specifico riferimento ai crediti tributari e contributivi, che nella disciplina del concordato preventivo vanno inquadrare come norme derogatorie della regola della priorità assoluta sancita dall'art. 160, comma 2, l.f., la quale trova invece applicazione in ordine al soddisfacimento di tutti gli altri crediti (Cassazione 10884/2020). Pertanto, i crediti di rango inferiore rispetto a quelli fiscali possono essere parzialmente soddisfatti anche ove quelli fiscali non siano stati pagati integralmente, purché il soddisfacimento offerto a questi ultimi sia maggiore di quello destinato ai crediti di rango inferiore.

In altri termini, una parte del patrimonio dell'impresa debitrice può essere “sottratto” al soddisfacimento dell'Erario, se ciò è necessario per soddisfare anche altri creditori, il cui consenso sia utile ai fini della prosecuzione dell'attività e risulta quindi strumentale per la produzione di quelle entrate che possono essere impiegate per assicurare agli stessi crediti fiscali un soddisfacimento migliore di quello che questi riceverebbero in caso di liquidazione dell'impresa debitrice. È evidente che per il Fisco è meglio ripartirsi con i creditori inferiori i flussi generati dalla continuazione dell'attività, piuttosto che impedirne la creazione senza vantaggio.

La disciplina della transazione fiscale contenuta nell'art. 182-ter l.f. è fondata su due principi: quello della convenienza per l'Erario rispetto alla liquidazione e quello del divieto di prevedere per i crediti fiscali un trattamento peggiore rispetto a quello offerto ai crediti di rango inferiore. Ciò posto, questo secondo principio risulterebbe privo di significato, se non comportasse anche una deroga alla rigida applicazione delle cause legittime di prelazione secondo la regola della priorità assoluta, in base alla quale un credito di

rango inferiore non può essere soddisfatto in alcuna misura, se i crediti poziori non vengono prima soddisfatti integralmente; se così non fosse, infatti, tale principio risulterebbe inutile, posto che la regola della priorità assoluta di per sé esclude un trattamento dei crediti fiscali deteriore rispetto a quello offerto ai crediti di rango inferiore.

Per questi motivi tale principio consente di derogare sia al comma 2 dell'articolo 160 della legge fallimentare sia alle norme che disciplinano l'ordine delle cause di prelazione, fermo restando che il soddisfacimento offerto al Fisco mediante la transazione fiscale deve essere migliore di quello che esso trarrebbe dalla liquidazione.

La pronuncia della Corte di cassazione assume fondamentale importanza per le ristrutturazioni aziendali fondate sulla prosecuzione dell'attività, in cui è prevista la produzione di flussi gestionali, i quali, grazie a essa, anche ove siano considerati "finanza endogena", possono essere distribuiti ai creditori, se non liberamente (come potrebbe accadere se si trattasse di "finanza esogena"), con la maggior elasticità consentita dalla regola della priorità relativa.

1.6. Le modifiche introdotte dal Codice

In considerazione delle modifiche e integrazioni apportate al Codice dal D.Lgs. n. 83/2022, la specialità delle regole sulla transazione fiscale e contributiva nell'ambito del concordato preventivo con continuità aziendale è destinata a venire meno, pur continuando a trovare applicazione, in quanto assorbita da una norma rilevante per tutti i creditori e non solo per il Fisco e gli enti previdenziali.

Infatti, da un lato l'art. 88, comma 1, primo periodo, del Codice continuerà ad affermare (in continuità con quanto attualmente previsto dal comma 1 dell'art. 182-ter l.f.) la possibilità di proporre la soddisfazione parziale dei tributi e contributi, purché *"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 indipendente"*.

Dall'altro, a differenza di quanto attualmente previsto dal comma 2 dell'art. 160 l.f., il comma 6 dell'art. 84 del Codice stabilisce testualmente quanto segue: *"Nel concordato in continuità aziendale il valore di liquidazione è distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione; per il valore eccedente è sufficiente che i crediti inseriti in una classe ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore"*. Invero, nell'art. 85, comma 4, del CII è stato confermato il principio generale per cui la suddivisione dei creditori in classi *"non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione"*, ma *"[Fermo quanto previsto dall'articolo 84, commi 5, 6 e 7]"*.

Le disposizioni dell'art. 84 sull'affermazione della regola della priorità relativa nell'ambito del concordato preventivo con continuità aziendale vengono così esplicitamente qualificate come eccezione al principio generale sancito dall'art. 2741 c.c.¹³, attraverso l'introduzione di due principi distinti da osservare nella ripartizione dell'attivo concordatario, a seconda della natura delle risorse distribuite:

¹³ Così G. P. Macagno, "La distribuzione di valore tra regole di priorità assoluta e relativa. Il plusvalore da continuità", in *www.dirittodellacrisi.it*, 6 aprile 2022, pag. 25.

- a) il **valore di liquidazione del patrimonio** del debitore (da determinare, dunque, secondo una dimensione “statica”) va distribuito tra i creditori secondo la regola della priorità assoluta (che impedisce la soddisfazione del creditore di rango inferiore se non vi è stata la piena soddisfazione del credito di grado superiore), e dunque nel pieno rispetto dell’ordine delle cause legittime di prelazione;
- b) il **valore del patrimonio del debitore eccedente il valore di liquidazione** può essere distribuito tra i creditori, tranne che ai lavoratori dipendenti, secondo la regola della priorità relativa (fatta eccezione per i crediti da lavoro, per i quali occorre rispettare la regola della priorità assoluta anche con riguardo a detta eccedenza)¹⁴.

Ne discende che, con riferimento alla distribuzione del cosiddetto “plusvalore da continuità”, “*surplus* concordatario” o “flusso di cassa gestionale”, è sufficiente che i crediti di una classe siano pagati in ugual misura rispetto alle classi di pari grado e in misura maggiore rispetto alla classe di rango inferiore¹⁵, anziché in misura integrale.

In questo nuovo assetto normativo, dunque, le regole specificamente dettate dal comma 1 dell’art. 88 non si distaccano più da quelle ordinariamente previste per il concordato in continuità, posto che sia per la soddisfazione parziale dei tributi e dei contributi sia per la soddisfazione parziale della generalità dei crediti privilegiati il rigido rispetto dell’ordine delle cause di prelazione vige limitatamente al valore di liquidazione attribuibile a detti crediti, che dunque rappresenta una sorta di soglia minima; poiché i flussi di cassa generati dalla continuazione dell’attività d’impresa eccedono il valore di liquidazione, la distribuzione degli stessi potrà avvenire per la generalità dei crediti privilegiati secondo la regola della priorità relativa (per cui è sufficiente che i crediti di una classe siano pagati in ugual misura rispetto alle classi di pari grado e in misura maggiore rispetto alla classe di rango inferiore).

A seguito delle integrazioni apportate dal D.Lgs. n. 83/2022, con l’entrata in vigore del Codice è dunque destinata a venire definitivamente meno la *querelle* sorta in vigore della legge fallimentare con riguardo all’utilizzo dei flussi di cassa per la soddisfazione di crediti di rango posteriore a quelli tributari e contributivi.

2. La transazione fiscale nel concordato preventivo

Come riferito in premessa, la disciplina della transazione fiscale attuabile nel concordato preventivo, recata dai primi quattro commi dell’art. 182-*ter* l.f., è stata trasfusa nell’art. 88 del Codice. Rispetto all’assetto applicabile in vigore della legge fallimentare, con il comma 2-*bis* dell’art. 88 il legislatore continua ad attribuire al tribunale il potere di omologare il concordato preventivo con transazione fiscale *“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’articolo 109,*

¹⁴ L’art. 84, comma 7, del Codice contiene un’eccezione, prescrivendo che i “crediti assistiti dal privilegio di cui all’articolo 2751-*bis*, n. 1, del codice civile sono soddisfatti, nel concordato in continuità aziendale, nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione sul valore di liquidazione e sul valore eccedente il valore di liquidazione. La proposta e il piano assicurano altresì il rispetto di quanto previsto dall’articolo 2116, primo comma, del codice civile”.

¹⁵ Secondo D. Galletti, “Regole di priorità e distribuzione del plusvalore concordatario: due passi indietro ed un’occasione importante perduta”, in www.ilfallimentarista.it, 6 aprile 2022, la scelta di applicare la regola della priorità relativa rischia di abbassare “*in modo irrimediabile il coefficiente di prevedibilità del trattamento che sarà offerto ai creditori in caso di futuro default del debitore, e soprattutto del recovery ratio; ciò non potrà non influire ex ante sul momento in cui d’ora in poi sarà valutato se erogare o meno il credito, ed a quali condizioni*”, con pesanti conseguenze in ordine alle procedure di valutazione del merito creditizio.

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 o non deteriore rispetto all'alternativa liquidatoria".

Dunque, in sostanza anche nel Codice le condizioni da soddisfare ai fini dell'attuazione del *cram down* fiscale continuano a essere due:

- 1) il **carattere determinante** della mancanza di adesione da parte dell'Agenzia delle Entrate;
- 2) la **convenienza** del trattamento proposto rispetto all'alternativa liquidatoria (ma sul punto si veda quanto riferito nel prossimo paragrafo).

Resta del pari invariato l'ambito oggettivo di applicazione della transazione fiscale, attraverso la quale 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 di forme di previdenza, assistenza e assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti 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 indipendente"*.

A seguito delle modifiche apportate a tale norma dal D.Lgs. n. 83/2022, tuttavia, l'art. 182-ter l.f. e l'art. 88 Codice presentano differenze non marginali.

Una riguarda proprio la formulazione del testé citato comma 2-bis; l'altra concerne l'*incipit* dell'art. 88, in base al quale le disposizioni in esso previste si applicano *"Fermo restando quanto previsto, per il concordato in continuità aziendale, dall'articolo 112, comma 2,"* .

2.1. Il trattamento "non deteriore" o "conveniente" previsto dai commi 2 e 2-bis dell'art. 88.

Quanto alla prima differenza, in base all'ultima parte del comma 2-bis dell'art. 88 del Codice, ai fini della omologazione forzosa è richiesto che il trattamento dei crediti tributari e contributivi deve essere sia conveniente, sia *"non deteriore rispetto all'alternativa liquidatoria"*, mentre l'art. 182-ter l.f. richiede al medesimo fine la sola convenienza del soddisfacimento offerto.

Inoltre, il comma 2 del medesimo art. 88 stabilisce che *"L'attestazione del professionista indipendente, relativamente ai crediti tributari e contributivi, ha ad oggetto anche la convenienza del trattamento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale e, nel concordato in continuità aziendale, la sussistenza di un trattamento non deteriore"*.

Sebbene l'inserimento del presupposto del criterio del trattamento non deteriore in entrambe le disposizioni sia previsto dal D.Lgs. n. 83/2022, e sebbene il contenuto dell'attestazione del professionista indipendente sia chiaramente strumentale al provvedimento che il tribunale deve adottare con riguardo alla cosiddetta "omologazione forzosa", esse presentano delle diversità, poiché:

- ▶ per quanto concerne l'**attestazione**, è previsto che la valutazione della proposta in base al criterio del **trattamento non deteriore** rileva solo per il concordato in continuità, ma non viene precisato **rispetto a quale parametro**

il carattere deteriore del trattamento oggetto della proposta vada rilevato, potendo esso essere alternativamente rappresentato (i) dal trattamento riservato ai crediti postergati a quelli tributari e contributivi oppure (ii) dal trattamento spettante a questi ultimi in caso di liquidazione giudiziale (analogamente a quanto previsto per valutare la convenienza della proposta);

- ▶ sempre per quanto concerne l'**attestazione**, non è precisato se con riguardo al concordato in continuità rileva sia il criterio della **convenienza** sia quello del **trattamento non deteriore** oppure solo quest'ultimo criterio rilevando quello della convenienza soltanto per il concordato liquidatorio;
- ▶ per quanto concerne l'**omologazione forzata**, viene stabilito che il presupposto del **trattamento non deteriore** dei crediti tributari e contributivi va valutato rispetto al trattamento a essi spettante in caso di **liquidazione giudiziale**, analogamente a quanto previsto per il criterio della convenienza (da usare in alternativa, giusta l'utilizzo della locuzione "o"), ma non viene precisato se tale criterio valga solo per il concordato in continuità, rilevando quello della convenienza solo per il concordato liquidatorio, oppure se entrambi i criteri rilevano per tutte e due le due tipologie di concordato e, in questo caso, se devono essere impiegati congiuntamente o alternativamente e, in quest'ultima ipotesi, quali siano le regole da applicare per stabilire il criterio da utilizzare.

Purtroppo, per sciogliere questo groviglio di disposizioni la relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo di attuazione della Direttiva (UE) 2019/1023 non solo non si rivela di alcun ausilio, ma è addirittura fuorviante, perché vi si afferma che la nuova formulazione dell'art. 88 è diretta a recepire, "*come fatto per l'articolo 63 sugli accordi di ristrutturazione, la disposizione dell'attuale articolo 48, comma 5, sull'omologazione anche in assenza di adesione dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie*"; invece il comma 5 dell'art. 48 del Codice previgente non fa in alcun modo riferimento al trattamento non deteriore, così come il nuovo comma 2-bis dell'art. 63, inserito dal

D.Lgs. n. 83/2022 per disciplinare il *cram down* fiscale relativamente alla transazione fiscale attuata nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Con riferimento al contenuto dell'attestazione, le disposizioni recate dall'art. 88 del Codice sono suscettibili di quattro diverse interpretazioni:

- 1) l'attestatore deve valutare se il trattamento dei crediti tributari e contributivi, nel concordato in continuità, è conveniente per i creditori pubblici e al tempo stesso non deteriore, cioè almeno pari al **trattamento riservato ai crediti postergati** a quelli tributari e contributivi;
- 2) l'attestatore deve valutare se il trattamento dei crediti tributari e contributivi, nel concordato in continuità, è conveniente per i creditori pubblici e al tempo stesso non deteriore, cioè almeno pari al **trattamento che gli stessi riceverebbero in caso di liquidazione giudiziale**;
- 3) l'attestatore deve valutare **solo** se il trattamento dei crediti tributari e contributivi, nel concordato in continuità, è non deteriore, cioè almeno pari al **trattamento riservato ai crediti postergati** a quelli tributari o erariali;
- 4) l'attestatore deve valutare **solo** se il trattamento dei crediti tributari e contributivi, nel concordato in continuità, è non deteriore, cioè almeno pari al **trattamento che gli stessi riceverebbero in caso di liquidazione giudiziale**.

Con riferimento all'omologazione forzata, le disposizioni recate dall'art. 88 appaiono suscettibili delle quattro diverse interpretazioni di seguito indicate:

- a) presupposto per l'omologazione forzosa è che il trattamento dei crediti tributari e contributivi, **nel concordato in continuità come in quello liquidatorio**, sia per i creditori pubblici **conveniente** o (alternativamente) **non deteriore** rispetto a quello che questi riceverebbero in caso di liquidazione giudiziale;
- b) presupposto per l'omologazione forzosa è che il trattamento dei crediti tributari e contributivi, **nel concordato in continuità**, sia **conveniente** per i creditori pubblici o **non deteriore** rispetto a quello che essi riceverebbero in caso di liquidazione giudiziale, ovvero, **nel concordato liquidatorio**, sia **conveniente** rispetto a quello che tali creditori riceverebbero in caso di liquidazione giudiziale;
- c) presupposto per l'omologazione forzosa è che il trattamento dei crediti tributari e contributivi, **nel concordato in continuità**, sia **conveniente** per i creditori pubblici o **non deteriore** rispetto a quello che essi riceverebbero in caso di liquidazione giudiziale, ovvero, **nel concordato liquidatorio**, sia **non deteriore** rispetto a quello che tali creditori riceverebbero in caso di liquidazione giudiziale;
- d) presupposto per l'omologazione forzosa è che il trattamento dei crediti tributari e contributivi, **nel concordato in continuità**, sia **non deteriore** rispetto a quello che i creditori pubblici riceverebbero in caso di liquidazione giudiziale, ovvero, **nel concordato liquidatorio**, sia **conveniente** per i creditori pubblici rispetto a quello che tali creditori riceverebbero in caso di liquidazione giudiziale.

Orbene, per districarsi in questo intricato intreccio normativo appare opportuno partire dalla considerazione che il presupposto del trattamento non deteriore viene introdotto simultaneamente con riguardo sia all'oggetto dell'attestazione, nel comma 2 dell'art. 88, sia all'omologazione forzosa, nel comma 2-*bis* del medesimo articolo, in merito alla quale (omologazione forzosa) il parametro di raffronto (tanto della convenienza quanto della non deteriorità) è rappresentato unicamente dal trattamento che verrebbe riservato ai creditori pubblici in caso di liquidazione giudiziale. Inoltre, il divieto di trattamento deteriore dei creditori pubblici rispetto a quello dei creditori postergati è imposto dal comma 1 dell'art. 88, quale requisito di ammissibilità della proposta di transazione, il cui rispetto va accertato già in fase di apertura della procedura.

Per quanto concerne l'omologazione forzosa, il comma 2-*bis* non opera alcun distinguo, ma si limita a prevedere che, ricorrendo gli altri presupposti a tal fine richiesti, il tribunale omologa la proposta se per i creditori pubblici essa è conveniente o non deteriore rispetto alla liquidazione giudiziale. Pertanto, l'interpretazione più aderente alla lettera della norma potrebbe sembrare quella indicata *sub a)*, secondo cui occorre valutare se il trattamento dei crediti tributari e contributivi, tanto nel concordato in continuità quanto quello liquidatorio, sia conveniente per i creditori pubblici rispetto a quello che essi riceverebbero in caso di liquidazione giudiziale o sia (alternativamente) non deteriore.

Resta peraltro da chiedersi quale sia la differenza fra un trattamento dei crediti tributari e contributivi "**conveniente rispetto alla liquidazione giudiziale**" e un trattamento "**non deteriore rispetto alla liquidazione giudiziale**", atteso che tali espressioni potrebbero essere sostanzialmente equivalenti, considerando che un trattamento può essere non deteriore rispetto un altro in quanto è a esso esattamente equivalente, mentre un trattamento conveniente implica che esso sia migliore e non paritetico rispetto a un altro, ma la differenza fra le due espressioni

potrebbe essere costituita semplicemente da un euro o da poche migliaia di euro con riguardo a debiti di rilevante ammontare.

Giova richiamare al riguardo la Direttiva (UE) 2014/59, relativa alle c.d. “procedure di *bail in*”, nonché la Direttiva (UE) 2019/1023. La prima direttiva invero fa riferimento al criterio noto come “*no creditor worse off than liquidation*” (o “*no creditor worse off than in insolvency*”¹⁶), per cui nessun creditore può subire perdite maggiori di quelle che avrebbe subito secondo una normale procedura di insolvenza. Allo stesso modo la seconda direttiva, in presenza di creditori dissenzienti, richiede l’effettuazione del “*best interests of creditors test*” (o “verifica del miglior soddisfacimento dei creditori”), che impone di verificare se questi soggetti riceverebbero, al valore attuale (“*present value*”), quanto avrebbero ricevuto se il debitore avesse optato per la soluzione liquidatoria. In entrambi i provvedimenti il trattamento proposto al creditore non deve essere peggiore di quello che spetterebbe a tale creditore in caso di liquidazione, che dunque costituisce una sorta di *benchmark*¹⁷ o di “punto di indifferenza” sotto cui viene così meno ogni interesse a prendere in considerazione l’intesa negoziale. Entrambi i criteri sono attuativi del principio in base al quale il creditore dissenziente non può essere obbligato a subire un trattamento peggiorativo rispetto a quello che gli sarebbe riservato in caso di liquidazione del debitore.

Pertanto, il criterio del **trattamento non deteriore** deve intendersi come il criterio in base al quale il trattamento proposto al **creditore dissenziente** è quello che in termini soddisfattivi è almeno pari (ovverosia è equivalente) al trattamento che spetterebbe al creditore pubblico in caso di liquidazione giudiziale. Esso non coincide quindi con il criterio del **trattamento conveniente**, il quale dovrebbe prevedere un trattamento migliorativo, ovverosia richiedere la presenza di un *quid pluris*, di un elemento ulteriore che (sempre in termini soddisfattivi) comporti una differenza rispetto all’alternativa della liquidazione giudiziale, in quanto foriero di una maggiore utilità ovvero di un vantaggio non altrimenti ottenibile, tale da favorire e giustificare l’interesse ad accettare la proposta e raggiungere così l’intesa negoziale.

In sostanza il miglior trattamento offerto deve essere tale da giustificare, sotto il profilo della convenienza economica, la decisione di approvare la transazione fiscale, potendo in tal modo l’Erario godere di un vantaggio economico concreto.

Più precisamente, le ragioni dell’integrazione (concernente la non deteriorità della proposta di transazione) inserita nel comma 2-*bis* dell’art. 88 (rispetto all’omologa previsione contenuta nel comma 5 dell’art. 48) potrebbero essere da ricercare nel complesso delle disposizioni disciplinanti il concordato in continuità aziendale, essendo sufficiente, con riguardo al concordato liquidatorio, quelle già presenti, che facevano riferimento alla convenienza. In altri termini, al pari dell’*incipit* inserito nel comma 1 dell’art. 88 (di cui si dirà *infra*), anche l’adeguamento della disposizione sul *cram down* fiscale sembrerebbe riconducibile all’esigenza di “*circoscriverne la portata in ragione della nuova disciplina del concordato preventivo in continuità*”, come rilevato nella relazione che ha accompagnato l’*iter* di approvazione del decreto legislativo di attuazione della Direttiva (UE) 2019/1023. Inoltre, se è vero che il comma 5 dell’art. 84 del Codice prescrive - in generale - la regola del trattamento non deteriore per i crediti privilegiati anche con riguardo al concordato liquidatorio, è altrettanto vero che il comma 4, nello stabilire che la

¹⁶ Così si è espressa la Banca Centrale Europea - Eurosystema, *Parere relativo al risanamento e alla risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento* (CON/2015/35), 16 ottobre 2015, par. 3.7.1.

¹⁷ Utilizza questa espressione F. Rolfi, “Notarelle sugli accordi di ristrutturazione agevolati e ad efficacia estesa nel codice della crisi d’impresa”, in *blog.ilcaso.it*.

proposta deve prevedere “*un apporto di risorse esterne che incrementi di almeno il 10 per cento l’attivo disponibile al momento della presentazione della domanda*”, finisce comunque per imporre un *quid pluris* rispetto alla liquidazione giudiziale.

Per questi motivi l’interpretazione più corretta, in quanto frutto della interconnessione delle due previsioni normative, sembra essere quella secondo cui ai fini dell’omologazione forzata è necessario e sufficiente: **(i) nel concordato in continuità**, che il trattamento dei crediti tributari e contributivi sia non deteriore rispetto a quello che essi riceverebbero in caso di liquidazione giudiziale; **(ii) nel concordato liquidatorio**, che il trattamento dei creditori pubblici sia conveniente rispetto a quello che essi riceverebbero in caso di liquidazione giudiziale. Ciò non tanto perché nel concordato liquidatorio il tribunale si troverebbe a dover valutare il requisito del trattamento non deteriore in assenza di una valutazione dell’attestatore in merito (non richiesta dalla norma), atteso che un trattamento conveniente (qual è quello che deve essere attestato nel concordato liquidatorio) è necessariamente anche non deteriore; ciò per altri due motivi: a) perché tale interpretazione è l’unica coerente con il principio della maggior convenienza del concordato liquidatorio rispetto alla liquidazione desumibile dal citato comma 4 dell’art. 84 del Codice (maggior convenienza discendente dall’apporto di risorse esterne imposto da detta norma); b) perché tale interpretazione è l’unica che rispetta l’interrelazione che sotto il profilo logico deve necessariamente sussistere tra il disposto del comma 2 e quello del comma 2-*bis* del citato art. 88, essendo il primo strumentale rispetto al secondo.

Questa interpretazione potrebbe sembrare ostacolata dal fatto che nel comma 2 dell’art. 88 viene utilizzata la congiunzione “**e**”, per il che l’interpretazione più aderente alla lettera della norma dovrebbe essere quella sopra indicata *sub* 2), secondo cui nel concordato in continuità l’attestatore deve accertare che il trattamento dei crediti tributari e contributivi sia al tempo stesso conveniente per i creditori pubblici **e** non deteriore rispetto al trattamento che questi riceverebbero in caso di liquidazione giudiziale. Tuttavia, ciò sarebbe vero se tale norma così recitasse: “*L’attestazione del professionista indipendente, relativa ai crediti tributari e contributivi, ha ad oggetto anche la convenienza del trattamento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale e **inoltre**, nel concordato in continuità aziendale, la sussistenza di un trattamento non deteriore*”. L’avverbio “*inoltre*” però manca, come manca, alternativamente, la particella aggiuntiva “*anche*” dopo la parola “*aziendale*”. Si intende dire che la congiunzione “**e**” sta semplicemente a disporre che nel concordato non qualificato (tipicamente quello liquidatorio) è necessario attestare la convenienza del trattamento **e** che in quello in continuità è necessario (e sufficiente) attestare la non deteriorità del trattamento.

In conclusione, l’assetto normativo ricostruito in base alle considerazioni che precedono è il seguente:

- 1) nel concordato liquidatorio, l’attestatore deve accertare solo la convenienza del trattamento dei crediti tributari rispetto alla liquidazione e la omologazione forzata è disposta dal tribunale (anche sulla scorta dell’attestazione) se la proposta di soddisfacimento di tali crediti è conveniente per i creditori pubblici rispetto alla liquidazione dell’impresa debitrice;
- 2) nel concordato in continuità, l’attestatore deve accertare solo che il trattamento dei crediti tributari è non deteriore rispetto alla liquidazione e la omologazione forzata è disposta dal tribunale (anche sulla scorta dell’attestazione) se la proposta di soddisfacimento di tali crediti è non

deteriore al soddisfacimento che tali crediti riceverebbero a seguito della liquidazione dell'impresa.

Così stando le cose, la novità normativa parrebbe essere diretta a legittimare l'approvazione della proposta transattiva nel concordato liquidatorio solo se il trattamento dei crediti tributari e contributivi è effettivamente, e non solo nominalmente, conveniente per i creditori pubblici rispetto alla liquidazione giudiziale. E, sulla base di tale lettura della norma, la differenza fra le due previsioni, una relativa al concordato liquidatorio e l'altra riguardante il concordato in continuità, appare giustificata dai vantaggi generali che questa seconda forma di concordato produce rispetto alla soluzione liquidatoria.

Dei principi sopra esposti devono tenere conto anche l'Agenzia delle Entrate e gli enti di previdenza e assistenza, posto che i presupposti dell'omologazione forzata sopra indicati indicano anche il "grado di soddisfacimento" che tali soggetti devono considerare ai fini dell'approvazione e del rigetto delle proposte di transazione fiscale e contributiva: approvandole quando il soddisfacimento proposto è conveniente, se la domanda di transazione è formulata nel concordato liquidatorio, o quando il soddisfacimento è non deteriore, se la proposta è formulata nel concordato in continuità, e rigettandole nel caso opposto.

Infatti, nella maggior parte dei casi una proposta non deteriore è anche conveniente per i creditori, perché è difficile che il soddisfacimento da essa previsto (inteso anche in senso sostanziale e non nominale) sia proprio coincidente con quello consentito dalla liquidazione e, se non è deteriore né coincidente, non può che essere migliore di quest'ultimo; in questi casi, quindi, i suddetti creditori pubblici, in base al principio di buon andamento della Pubblica amministrazione statuito dall'art. 97 della Costituzione, sono tenuti ad approvare la proposta di transazione, perché ne traggono un vantaggio altrimenti non conseguibile. Tuttavia, fermo restando che quando il trattamento offerto è deteriore rispetto a quello derivante dalla liquidazione dell'impresa la proposta deve essere rigettata, con riguardo al caso in cui tale coincidenza (intesa in senso sostanziale e non nominale) tra proposta e liquidazione dovesse sussistere, vi è da domandarsi che motivo avrebbero tali creditori di approvare una proposta il cui accoglimento, producendo effetti sostanzialmente analoghi a quelli discendenti dalla liquidazione, si rivelerebbe privo di vantaggi per l'Erario rispetto a quelli generati da quest'ultima soluzione. In questa circostanza è da ritenersi che la non deteriorità del soddisfacimento offerto, pur essendo sufficiente ai fini della omologazione forzata da parte del tribunale, non basti per imporre l'approvazione della proposta all'Agenzia delle Entrate e agli enti previdenziali e assistenziali, i quali, nell'ambito del concordato in continuità saranno invece tenuti ad accogliere la domanda di transazione ove il suddetto soddisfacimento, oltre che non deteriore, sia anche conveniente; fermo restando che, nel caso in cui la proposta non venisse approvata, il tribunale dovrebbe omologarla semplicemente in quanto preveda un trattamento non deteriore, ancorché non conveniente, per l'Erario.

2.2. L'incipit dell'art. 88, comma 1.

Quanto alla seconda delle differenze fra il testo dell'art. 182-ter l.f. e quello del corrispondente art. 88 del Codice, rimane anche in quest'ultima norma l'obbligo di presentare all'Agenzia delle Entrate una proposta di transazione fiscale per poter soddisfare parzialmente e/o in forma dilazionata i crediti tributari. Tuttavia, rispetto al comma 1 dell'art. 182-ter l.f., il comma 1 dell'art. 88 del Codice, nella versione risultante a seguito delle modifiche recate dal D.Lgs. n. 83/2022 contiene una novità, rappresentata dall'inserimento della locuzione iniziale "*Fermo restando quanto previsto, per il concordato in continuità aziendale, dall'articolo 112, comma 2,* ", il cui significato si presenta (almeno in prima battuta) abbastanza oscuro; né si rivela

di particolare ausilio la relazione illustrativa del suddetto provvedimento normativo, la quale si limita ad affermare che l'*incipit* del comma 1 dell'art. 88 è stato inserito "per circoscriverne la portata in ragione della nuova disciplina del concordato in continuità".

Occorre al riguardo rammentare che l'attuale formulazione dell'art. 112 del Codice si limita a disciplinare soltanto alcuni aspetti particolari del giudizio di omologazione, continuando ad attribuire al tribunale (in analogia a quanto previsto dalla legge fallimentare) il potere di omologare il concordato nonostante il dissenso di una parte dei creditori, nel caso in cui essi possano ottenere dall'esecuzione del concordato un soddisfacimento non inferiore a quello che otterrebbero accedendo all'alternativa procedura di liquidazione giudiziale. Viene infatti previsto che, se vi è contestazione in ordine alla convenienza della proposta da parte di un creditore dissenziente appartenente ad una classe dissenziente oppure se la contestazione proviene da creditori dissenzienti che rappresentano almeno il venti per cento dell'ammontare complessivo dei crediti ammessi al voto, "il tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale".

Con le modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 83/0222, l'art. 112 risulta radicalmente sostituito, venendo precisato al comma 1 il contenuto delle verifiche che il tribunale è tenuto a compiere ai fini del giudizio di omologazione, a seconda che il concordato sia in continuità aziendale o meno. Nel comma 2 di tale articolo sono invece inserite le regole che disciplinano la omologazione forzata nel caso della cosiddetta "ristrutturazione trasversale" ("*cross class cram down*") prevista dall'art. 11, paragrafo 1, lettere a) e b) della citata Direttiva, le quali consentono il *cram down* nel concordato in continuità aziendale, solo a patto che, oltre ad altre condizioni, ricorra quella dell'espressione di un voto favorevole da parte della maggioranza delle singole classi (in caso di mancato ottenimento del voto favorevole di tutte le classi richiesto, come regola generale, dal comma 1, lett. f), del medesimo art. 112).

Per effetto di tali modifiche, infatti, il testo del comma 2 del nuovo art. 112 è destinato a diventare il seguente:

"Nel concordato in continuità aziendale, se una o più classi sono dissenzienti, il tribunale, su richiesta del debitore o con il consenso del debitore in caso di proposte concorrenti, omologa altresì se ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni:

a) il valore di liquidazione è distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione;

b) il valore eccedente quello di liquidazione è distribuito in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore, fermo restando quanto previsto dall'articolo 84, comma 7;

c) nessun creditore riceve più dell'importo del proprio credito;

d) la proposta è approvata dalla maggioranza delle classi, purché almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione, oppure, in mancanza, la proposta è approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione".

Si tratta dunque di una serie di presupposti che, se soddisfatti congiuntamente, consentono al tribunale di omologare il concordato con continuità aziendale anche in caso di dissenso manifestato da parte di una o più classi, in deroga alla regola generale sancita dal comma 1 del medesimo art. 112: tra i presupposti richiesti risaltano quelli indicati alla lett. a) e alla lett. b), secondo cui il valore di liquidazione deve essere distribuito nel rispetto delle cause legittime di prelazione (applicando la regola della priorità assoluta) e il valore eccedente quello di liquidazione deve essere distribuito, seppur derogando a tale regola, in modo da rispettare quella della priorità relativa, che consente di pagare un creditore sebbene quelli di grado inferiore non siano stati soddisfatti in maniera integrale ma ricevano semplicemente un trattamento più favorevole.

Ciò posto, con riguardo all'art. 88, in base a una prima lettura l'*incipit* di tale norma ("Fermo restando quanto previsto, per il concordato in continuità aziendale, dall'articolo 112, comma 2") potrebbe essere inteso nel senso che le norme disciplinanti la transazione fiscale trovano applicazione solo per il concordato liquidatorio, ma non nell'ambito del concordato con continuità aziendale, al quale – per effetto del suddetto *incipit* - si applicherebbero esclusivamente le norme recate dal citato art. 112, comma 2. La medesima restrizione dovrebbe in ipotesi valere quindi anche per le disposizioni dettate relativamente al *cram down* fiscale dal comma 2-*bis* del medesimo art. 88, che permette al tribunale (ricorrendone i presupposti) di omologare la proposta concordataria anche in mancanza di adesione (espressa o tacita) del creditore pubblico. Peraltro il citato comma 2-*bis* attribuisce tale potere al tribunale quando la mancanza di adesione da parte dell'Amministrazione finanziaria è determinante ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui al comma 1 dell'art. 109 (in base al quale il concordato è approvato con il voto favorevole che rappresenta la maggioranza dei crediti ammessi al voto), senza fare alcun riferimento al successivo comma 5 del medesimo art. 109, che con riguardo al concordato con continuità aziendale ne prevede l'approvazione se tutte le classi votano a favore. Dunque, il richiamo al solo comma 1 - e non anche al comma 5 - dell'art. 109, da parte del comma 2-*bis* dell'art. 88, potrebbe essere inteso come conferma del fatto che per il concordato in continuità rilevano unicamente le previsioni contenute nel comma 2 dell'art. 112, consentendo esse di per sé la omologazione del concordato anche se vi sono delle classi dissenzienti e permettendone quindi la omologazione anche se le classi relative ai crediti fiscali e contributive sono dissenzienti.

Questa prima lettura, tuttavia, non si rivela corretta, perché, in forza della norma da ultimo citata, il tribunale può omologare il concordato in continuità aziendale anche ove una o più classi abbiano espresso il loro dissenso rispetto alla proposta di concordato, se ricorrono talune condizioni, tra le quali rientra anche quella per cui la proposta di concordato deve essere stata approvata dalla maggioranza delle classi. Pertanto, nel caso in cui la proposta non fosse approvata dalla maggioranza dei creditori a causa della mancata adesione dei creditori pubblici, l'omologazione risulterebbe preclusa laddove dal campo di applicazione del comma 2-*bis* dell'art. 88 dovesse ritenersi escluso *tout court* il concordato in continuità aziendale.

Questa interpretazione appare contraria alle finalità che hanno indotto il legislatore a introdurre il *cram down* fiscale e ciò la rende non coerente con altre disposizioni che disciplineranno il concordato. Inoltre, se il legislatore avesse voluto escludere l'applicazione della transazione fiscale al concordato con continuità aziendale, sarebbe stato assai più semplice delimitare l'ambito applicativo di tale istituto al concordato liquidatorio, senza necessità, per giungere a tale conclusione,

di richiamare le disposizioni dettate dal comma 2 dell'art. 112 relativamente al giudizio di omologazione.

Va dunque ricercata una diversa interpretazione dell'*incipit* aggiunto al comma 1 dell'art. 88, che privilegi la coerenza e la sistematicità di tale disposizione rispetto alle altre norme del Codice. Questa diversa interpretazione è quella che si ottiene se si attribuisce a tale *incipit* lo scopo di affermare l'applicazione delle norme recate dal comma 2 dell'art. 112 del Codice in aggiunta a (anziché in sostituzione di) quelle dell'art. 88 che regolamentano la transazione fiscale. Sulla base di questa diversa interpretazione, pertanto, mentre nel concordato non in continuità gli effetti previsti dall'art. 88 - falcidia e dilazione dei debiti fiscali - si producono secondo le regole generali, in quello in continuità essi si generano **soltanto se** si verificano anche gli ulteriori presupposti previsti dal comma 2 dell'art. 112. Di conseguenza, nel concordato in continuità il voto espressamente favorevole del Fisco non è di per sé sufficiente, perché ai fini della omologazione della proposta (in caso di mancata approvazione della domanda di concordato da parte di tutte le classi, come discende dal terzo periodo del comma 5 dell'art. 109) occorre anche il rispetto delle ulteriori condizioni poste dal comma 2 dell'art. 112, tra le quali quella che richiede la necessaria approvazione della proposta di concordato da parte della maggioranza delle classi.

Nel formulare la proposta di trattamento dei debiti tributari (e contributivi) in caso di concordato preventivo con continuità aziendale, perciò, il debitore resta tenuto (a pena di inammissibilità della stessa) a rispettare i vincoli sanciti dal comma 1 dell'art. 88, mentre in sede di omologazione le regole statuite nel comma 2 dell'art. 112 in tema di *cross class cram down* si affiancano (integrandole, e non sostituendole) a quelle contenute nel comma 2-bis dell'art. 88 in tema di *cram down* fiscale, con la conseguenza che:

- in caso di mancato voto favorevole di tutte le classi a causa del dissenso (non "determinante") del Fisco ed eventualmente di altri creditori, il tribunale omologa comunque la proposta concordataria se questa viene approvata dalla maggioranza delle classi e ricorrono gli altri presupposti richiesti dal comma 2 dell'art. 112, senza dover dar corso al *cram down* fiscale, che risulta in tal caso inutile e non attuabile, non essendo l'adesione del Fisco "determinante";
- in caso di mancato raggiungimento del voto favorevole da parte della maggioranza delle classi a causa del dissenso "determinante" del Fisco, il tribunale omologa la proposta concordataria mediante il *cram down* fiscale previsto dal comma 2-bis dell'art. 88, se ne sussistono i presupposti, e ai sensi del comma 2 dell'art. 112, se ricorrono congiuntamente le condizioni ivi previste.

Questa interpretazione ha il pregio di non privare di significato l'*incipit* del comma 1 dell'art. 88 e di rispettare al tempo stesso la *ratio* del comma 2-bis del medesimo articolo, risultando coerente con quanto affermato sul punto nella relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo di attuazione della Direttiva (UE) 2019/1023 e con le altre disposizioni del Codice.

3. La transazione fiscale negli accordi di ristrutturazione dei debiti

In continuità con l'art. 182-*bis* l.f. (a suo tempo introdotto dall'art. 2 del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35), l'art. 57 del Codice prevede che il debitore può depositare presso il Tribunale competente gli accordi per la ristrutturazione dei debiti, stipulati con creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti, con domanda di accesso al giudizio di omologazione da sottoporre all'autorità giudiziaria. Allo stesso modo l'art. 63 del Codice stabilisce (in continuità con l'art. 182-*ter* l.f.), che nell'ambito delle trattative che precedono la stipulazione degli accordi di ristrutturazione di cui agli artt. 57, 60 e 61 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 di forme di previdenza, assistenza e assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti obbligatorie e dei relativi accessori.

Il riferimento testuale agli accordi di ristrutturazione di cui agli artt. 57, 60 e 61 fa chiaramente intendere che la transazione fiscale opera non solo con riguardo alla fattispecie ordinaria disciplinata dall'art. 57, ma anche in relazione alle due fattispecie "speciali", ovvero sia agli accordi di ristrutturazione agevolati di cui all'art. 60 e agli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa di cui all'art. 61; ciò a differenza di quanto previsto dall'art. 182-*ter* l.f., che al comma 5 richiama unicamente gli accordi di ristrutturazione da omologare ai sensi dell'art. 182-*bis* (senza dunque citare le altre due fattispecie disciplinate dagli artt. 182-*septies* e 182-*novies* l.f.), il che chiarisce la disciplina futura, senza tuttavia escluderne una analoga, sulla base di un ragionamento *a contrario*, con riguardo a quella prevista dalla legge fallimentare (si veda quanto esposto al riguardo nel par. 2).

Nel citato art. 182-*novies* la riduzione della percentuale richiesta è concessa a condizione che il debitore rinunci alla moratoria legale di centoventi giorni, automaticamente prevista dall'art. 182-*bis* per i creditori estranei. Meno precisa sul punto sembrerebbe la formulazione dell'art. 60, lett. a), del Codice, ai sensi del quale la riduzione ricorre quando il debitore "*non proponga la moratoria dei creditori estranei agli accordi*", atteso che tale moratoria si applica di *default* e, perciò, non deve essere di per sé proposta, anche se la condizione recata dall'espressione "*non proponga*" può essere agevolmente interpretata come equivalente a quella costituita da una rinuncia alla moratoria.

Inoltre, nonostante l'assenza di un espresso richiamo al comma 3 dell'art. 88 da parte del comma 2 dell'art. 63, nella prassi operativa è d'uso depositare anche la copia delle dichiarazioni fiscali per le quali non è pervenuto l'esito dei controlli automatici e delle dichiarazioni integrative relative al periodo fino alla data di presentazione della proposta. Infatti, una volta ricevuta la proposta e la relativa documentazione ad essa allegata, gli Uffici dell'Agenzia delle Entrate devono procedere alla liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni e alla notifica dei relativi avvisi di irregolarità, unitamente a una certificazione attestante l'entità del debito derivante da atti di accertamento, ancorché non definitivi, per la parte non iscritta a ruolo, nonché dai ruoli vistati, ma non ancora consegnati all'agente della riscossione e possono provvedervi più agevolmente grazie al deposito di tali dichiarazioni.

3.1 Il trattamento dei crediti tributari e contributivi

Anche a seguito dell'integrazione operata dal D.Lgs. n. 147/2020, il comma 1 dell'art. 63 prevede che la transazione fiscale e previdenziale può concernere 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, assistenza e assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti obbligatorie e dei relativi accessori”*, senza alcuna previsione dei principi di trattamento *“non deteriore”* (per i crediti erariali privilegiati) e di trattamento non differenziato o *“più favorevole”* (per i crediti erariali chirografari), che sono invece ancora previsti dall'art. 88 del Codice relativamente al concordato preventivo.

Invero la relazione che accompagnò l'approvazione del Codice non si soffermava per nulla sulle ragioni del mancato richiamo, nell'art. 63, del principio di trattamento non deteriore e del principio di trattamento più favorevole, spiegando invece che l'art. 63 *“costituisce la riproposizione dei commi 5 e 6 del vecchio art. 182-ter”*, in perfetta continuità della disciplina vigente in forza della legge fallimentare con quella del Codice; il che, a ben vedere, parrebbe costituire ulteriore conferma della tesi secondo cui entrambi i suddetti principi in realtà non avrebbero mai trovato collocazione nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti soggetti a omologazione, come a suo tempo aveva rilevato dal Tribunale di Milano con il decreto 15 novembre 2011.

Con l'entrata in vigore del Codice, dunque, il trattamento dei crediti erariali (e previdenziali) nell'ambito degli accordi di ristrutturazione non è soggetto al rispetto del principio di trattamento non deteriore o più favorevole, il che appare giustificato dalla rilevata possibilità di derogare in detto contesto all'ordine delle legittime cause di prelazione. Ne discende che in base alla normativa vigente è altresì venuta meno in radice la problematica concernente il confronto del trattamento dei crediti erariali con quello riservato dalla legge ai **creditori estranei**, non essendo più previsto alcun confronto con creditori diversi da quelli pubblici, e tantomeno con quelli estranei (fatto salvo quanto sarà osservato a breve con riguardo al *cram down* fiscale).

Allo stesso modo nel comma 1 dell'art. 63 manca la riproposizione o il richiamo all'altro precetto contenuto nel comma 1 dell'art. 88, in forza del quale nel concordato preventivo il debitore può proporre il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi e dei contributi *“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 indipendente”*. Occorre in proposito però rilevare che il secondo e ultimo periodo del comma 2 dell'art. 63 stabilisce espressamente che *“l'attestazione del professionista indipendente, relativamente ai crediti fiscali e previdenziali, deve inerire anche alla convenienza del trattamento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale”*. Si intende dire che nella sostanza gli effetti delle due disposizioni sono coincidenti, poiché soddisfare un credito in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione del debitore equivale a soddisfare quel credito in misura non deteriore, cioè peggiore, rispetto a quella che alternativamente discenderebbe dalla liquidazione giudiziale di quel debitore applicando l'ordine delle cause legittime di prelazione. Inoltre, le risultanze della relazione del professionista indipendente, da cui emerge che la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria, costituiscono il fondamento per l'omologazione

forzosa degli accordi di ristrutturazione e della proposta di transazione fiscale in essi compresa, giusta il disposto del comma 2-*bis* dell'art. 63. È dunque del tutto razionale che non sia prevista l'applicazione congiunta di due regole che, in quanto coincidenti, costituiscono l'una la ripetizione sostanziale dell'altra.

È, altresì, da notare la totale **assenza** di qualsiasi richiamo al criterio del **trattamento non deteriore rispetto alla liquidazione giudiziale**, su cui pure si fonda a quest'ultimo fine la valutazione della proposta di transazione fiscale con riferimento al concordato preventivo in continuità aziendale, giusta il disposto dei commi 2 e 2-*bis* il *D.Lgs. n. 83/2022 ha rispettivamente modificato e aggiunto* all'art. 88. Invero il fatto che si provveda integrare unicamente la disciplina del concordato preventivo costituisce una circostanza che difficilmente potrebbe giustificare l'estensione del medesimo criterio anche per gli accordi di ristrutturazione, sebbene tale diversità appaia poco comprensibile, visto che l'accordo di ristrutturazione è generalmente diretto a preservare anch'esso la continuità aziendale.

3.2 L'operatività del *cram down* fiscale

Ai sensi dell'art. 48, comma 4, del Codice, dopo la presentazione e la pubblicazione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione, il Tribunale fissa l'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti (ovverosia il debitore, i creditori e i terzi che abbiano proposto opposizione alla omologazione) nonché del commissario giudiziale (se nominato) e, assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, omologa con sentenza gli accordi sussistendone i presupposti. Il successivo comma 6 dispone che, se il tribunale non omologa gli accordi di ristrutturazione, dichiara con sentenza, su ricorso di uno dei soggetti legittimati, l'apertura della liquidazione giudiziale.

Tali norme disciplinano dunque l'omologazione "ordinaria" degli accordi, cioè quella che ha a oggetto accordi approvati e sottoscritti dai creditori aderenti. Tuttavia, per quanto attiene alla transazione fiscale, come emerge anche dalla stessa relazione di accompagnamento del Codice, spesso nella prassi operativa sono state registrate "*ingiustificate resistenze alle soluzioni*" di risanamento proposte, giacché gli uffici territorialmente competenti hanno non di rado ritenuto non accettabile la proposta di transazione fiscale quando la percentuale di pagamento offerta è risultata inferiore a una determinata soglia auto-imposta dagli stessi Uffici, sebbene la soluzione proposta prevedesse un trattamento pacificamente migliore rispetto a quello spettante al creditore pubblico in caso di liquidazione giudiziale. Per questa ragione alle disposizioni di carattere generale che disciplinano l'omologazione degli accordi contenute nell'art. 48 il legislatore ha aggiunto una disposizione speciale, per la transazione fiscale, inizialmente contenuta nel comma 5 di tale articolo (e poi nello stesso art. 63, in cui è stato inserito il comma 2-*bis*), 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 articoli 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.

Si tratta di una norma speciale, perché l'istituto del *cram down* è previsto solo per la transazione fiscale (oltre che per quella contributiva,) e non anche per gli altri accordi di ristrutturazione, e la norma contenuta nel comma 2-*bis* dell'art. 63 costituisce dunque l'unica fattispecie di tal guisa (fatta eccezione, invero, per gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa di cui all'art. 61), la quale ripropone la medesima disposizione inserita nel comma 4 dell'art. 182-*bis* l.f. dalla L. n. 159/2020. Il potere del tribunale può essere esercitato una volta decorso il termine di **novanta giorni** dal deposito della proposta di transazione fiscale ovvero, se anteriore, dal momento in cui l'Amministrazione finanziaria ha espresso il proprio diniego (chiaramente sempre che il debitore presenti la domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti contenenti la proposta di transazione fiscale).

Sulla base della disciplina introdotta con il Codice, come peraltro in quella precedente, la transazione fiscale è omologabile anche in mancanza di adesione dell'Amministrazione finanziaria, a condizione che tale adesione risulti determinante al fine del raggiungimento della percentuale dei creditori aderenti stabilita per la omologabilità degli accordi stessi. Sotto questo profilo si presenta tuttavia una importante differenza (almeno sul piano formale) rispetto alla corrispondente disposizione aggiunta al comma 4 dell'art. 182-*bis* l.f.; infatti, mentre quest'ultima norma fa esclusivamente riferimento "*al raggiungimento della percentuale di cui al primo comma*" ovvero alla percentuale del **sessanta per cento** prevista per gli accordi di ristrutturazione "ordinari", il testé citato comma 2-*bis* dell'art. 63 richiama le "*percentuali di cui agli articoli 57, comma 1, e 60, comma 1*", cioè sia quella del sessanta sia quella del trenta per cento: significa dunque che il *cram down* fiscale può trovare applicazione anche con riguardo agli **accordi di ristrutturazione agevolati**, che richiedono il raggiungimento della maggioranza ridotta del **trenta per cento** dei crediti di cui sono titolari i creditori aderenti. È stata dunque così chiarita la possibilità di applicare il *cram down* fiscale anche agli accordi di ristrutturazione agevolati, che nell'ambito della legge fallimentare poteva apparire dubbia a causa del mancato richiamo all'art. 182-*novies* (anche se il fatto che tale articolo sia stato inserito dopo l'approvazione del Codice proprio per anticipare l'entrata in vigore delle disposizioni sul punto, lascia propendere per un'interpretazione estensiva).

Sebbene ai sensi dell'art. 63, comma 1, giusta il richiamo dell'art. 61, la transazione fiscale possa essere proposta anche nell'ambito delle trattative che precedono la stipulazione degli **accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa**, il citato comma 2-*bis* dell'art. 63 richiama solo gli articoli 57, comma 1, e 60 comma 1, e non anche l'art. 61, che disciplina tale tipo di accordo.

Occorre pertanto chiedersi se, a causa di tale mancato richiamo, ne discende che la omologazione forzata, pur potendo avere a oggetto un accordo di ristrutturazione agevolato (di cui all'art. 60), non può riguardare anche un accordo a efficacia estesa (di cui all'art. 61).

In tal senso potrebbero deporre sia il dato letterale, cioè appunto il mancato richiamo dell'art. 61 nel citato comma 2-*bis* dell'art. 63, sia il fatto che tale istituto già prevede di per sé l'effetto di vincolare i creditori non aderenti appartenenti alla medesima categoria dei creditori aderenti (purché siano rappresentativi, questi ultimi, del 75% dei crediti complessivi della stessa), dal che potrebbe trarsi la conseguenza che il trascinarsi dei creditori "di minoranza" operi solo a seguito di un'approvazione espressa dei creditori "di maggioranza" e non per effetto di un'approvazione imposta a questi ultimi dal tribunale mediante il *cram down*, con una sorta di doppio trascinarsi.

In senso opposto, e cioè tale da consentire il trascinarsi previsto dall'accordo con efficacia estesa anche nel caso in cui l'adesione dei creditori "di maggioranza" derivi dal *cram down*, depone il fatto che il richiamo agli articoli 57, comma 1, e 60, comma 1, presente nel comma 2-*bis*, ha semplicemente lo scopo di individuare le percentuali rispetto alle quali l'adesione del fisco e degli enti previdenziali deve risultare determinante ai fini della omologazione forzata della transazione fiscale e contributiva. Tale richiamo non rileva in alcun modo (e nulla comporta) in ordine all'accordo di ristrutturazione a efficacia estesa, producendo esso solo il medesimo effetto che si verificherebbe se il citato comma 2-*bis* stabilisse che *"Il tribunale omologa gli accordi di ristrutturazione anche in mancanza in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione dei creditori pubblici è determinante ai fini del raggiungimento delle percentuali del sessanta e del trenta per cento 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"*.

Se la norma fosse scritta così, a nessuno verrebbe in mente di trarne considerazioni circa l'inapplicabilità del *cram down* nell'ambito di un accordo a efficacia estesa e non vi è dunque alcun motivo per pervenire a diverse conclusioni in presenza del testo del suddetto comma 2-*bis* per come è realmente scritto, giacché nella sostanza ciò che tale disposizione afferma è esattamente coincidente con il disposto della rielaborazione della norma poc'anzi esposta.

Inoltre, occorre considerare che attraverso la omologazione forzata il legislatore ha attribuito al contribuente una effettiva tutela giurisdizionale rispetto a decisioni dell'Amministrazione finanziaria che non siano conformi alla legge (ad esempio, perché costituite dal rigetto di proposte convenienti per l'Erario), in virtù della quale, mediante l'istanza di omologazione forzata, l'impresa debitrice chiede nella sostanza al tribunale di emettere un provvedimento con il quale la pronuncia dei creditori pubblici viene riformata. Così stando le cose, sarebbe del tutto illogica una disciplina che consentisse l'estensione dell'efficacia dell'accordo in presenza dell'approvazione della transazione fiscale deliberata dall'Agenzia delle Entrate in conformità alla legge e la impedisse qualora l'approvazione della proposta derivasse, invece, dalla omologazione forzata disposta dal tribunale, in conformità alla legge, per porre rimedio a una pronuncia illegittima dell'Amministrazione finanziaria; equivarrebbe, infatti, ad attribuire rilevanza a un provvedimento illegittimo, nonostante la censura e la riforma di tale provvedimento da parte dell'Autorità giudiziaria.

Per questi motivi, l'estensione dell'efficacia dell'accordo di ristrutturazione dei debiti è da ritenersi applicabile ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria di quelli che vi aderiscono, non solo quando la transazione fiscale è stata direttamente approvata da questi ultimi, ma anche quando la sua approvazione è stata disposta dal tribunale in via sostitutiva mediante la omologazione forzata.

I creditori ai quali possono essere estesi gli effetti della transazione fiscale sono, peraltro, per loro natura assai limitati, attesa la necessità che si tratti di creditori della medesima categoria, individuata sulla base dell'omogeneità di posizione giuridica e interessi economici, e possono essere individuati esclusivamente nei creditori pubblici titolari di crediti contributivi (Inps e Inail principalmente) e dei tributi locali (regioni, comuni e province). Pertanto, se la

proposta di transazione fiscale viene approvata e i crediti erariali sono rappresentativi di almeno il 75% dei debiti tributari complessivi, il medesimo trattamento previsto dalla proposta di transazione può essere esteso, ad esempio, ai **tributi locali** esclusi dalla transazione, essendo la posizione degli enti pubblici destinatari degli stessi equiparabile a quella dell'Erario per posizione giuridica e interessi economici.

3.3 I presupposti del *cram down* fiscale

Come detto, anche nel Codice le condizioni da soddisfare ai fini dell'attuazione del *cram down* fiscale continuano a essere due:

- 1) il carattere **determinante** della mancanza di adesione da parte dell'Agenzia delle Entrate;
- 2) la **convenienza** del trattamento proposto rispetto all'alternativa liquidatoria.

3.3.1 Il carattere “determinante” dell'adesione

L'adesione dell'Agenzia delle Entrate va ritenuta determinante quando di per sé o congiuntamente a quella di altri creditori consente di raggiungere la percentuale richiesta dei crediti complessivi: l'adesione della stessa deve dunque risultare indispensabile per consentire il raggiungimento della percentuale richiesta a seconda del tipo di accordo di ristrutturazione.

Ordinariamente lo è quindi l'adesione del Fisco, se, a titolo esemplificativo, l'ammontare dei suoi crediti e l'ammontare dei crediti di cui sono titolari gli altri creditori aderenti rappresentano rispettivamente il 41% e il 20% dell'esposizione debitoria complessiva dell'impresa proponente. Inoltre, sempre a titolo esemplificativo, l'adesione del Fisco è determinante qualora l'accordo di ristrutturazione proposto concerna unicamente il Fisco e i crediti erariali sono rappresentativi di per sé almeno del 60% dell'esposizione debitoria complessiva negli accordi di ristrutturazione ordinari ovvero almeno del 30% negli accordi di ristrutturazione a efficacia estesa.

Cosa accade però se ognuna delle due adesioni (quella del fisco e quella dell'INPS) risulta decisiva congiuntamente all'altra, ma non considerando anche le adesioni di altri creditori? Si pensi, per esempio, al caso in cui i crediti tributari, i crediti contributivi e i crediti delle banche aderenti rappresentano rispettivamente il 41%, il 20% e il 21% dell'esposizione debitoria complessiva: in questo caso sarebbe possibile considerare non decisiva la mancata adesione dell'INPS, atteso che per raggiungere la maggioranza del 60% sarebbe sufficiente l'adesione del Fisco? In questi casi è da ritenere che le adesioni di altri creditori non possono far venir meno il ruolo decisivo che avrebbero quelle dell'Agenzia delle Entrate e dell'INPS, poiché entrambe le adesioni dovrebbero essere considerate decisive se autonomamente o unitariamente considerate, in quanto i creditori pubblici, rappresentano la maggioranza qualificata richiesta. Per converso la mancanza di adesione da parte dei creditori pubblici dovrebbe essere considerata non decisiva solo quando gli altri creditori aderenti rappresentano da soli il 60% dei crediti.

È vero che l'adozione di questo criterio, circa l'individuazione della natura “determinante” dell'adesione da parte dei creditori pubblici fa sì che il *cram down* fiscale potrebbe essere disposto quando il consenso degli altri creditori è minore

della maggioranza richiesta, ma non quando è maggiore¹⁸, il che è logico nell'ambito di un procedimento in cui trova applicazione il principio maggioritario, ma non in un diverso contesto qual è quello dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, ove l'adesione della maggioranza dei creditori non vincola i creditori di minoranza (tranne che nell'ipotesi di accordo con efficacia estesa). Tuttavia, ad avviso di chi scrive non appare possibile superare il dettato normativo che indubbiamente sembra fare appello al *cram down* fiscale solo quando strettamente necessario per l'omologazione degli accordi.

Vi è ciò nonostante da considerare che, ai fini di cui trattasi, l'Agenzia delle Entrate e gli enti previdenziali dovrebbero essere considerati come un unico soggetto, poiché è del tutto illogico che, ad esempio in una situazione in cui il credito fiscale rappresenta il 65% dei crediti complessivi e il credito previdenziale solo il 5%, il tribunale possa disporre il *cram down* relativamente alla transazione fiscale che preveda un soddisfacimento del 30% dei crediti tributari in dieci anni, in quanto conveniente per l'Erario (la cui adesione è al tempo stesso determinante), e non possa disporlo per la transazione previdenziale che preveda il pagamento integrale dei debiti contributivi con una dilazione in cinque anni, sebbene anche tale proposta sia conveniente per l'ente di previdenza, solo perché l'adesione di quest'ultimo non è determinante. In altri termini, il carattere determinante dell'adesione di uno dei creditori pubblici estende il campo di applicazione del *cram down* agli altri creditori pubblici, ancorché l'adesione di ognuno di essi non sia di per sé determinante.

Sotto altro verso, in dottrina è stato peraltro osservato come il termine "determinante" possa essere interpretato nel significato di "condizionante", nel senso che l'adesione del Fisco potrebbe considerarsi determinante quando risulti essenziale per la fattibilità giuridica ed economica dell'intero piano di risanamento, in quanto solo lo stralcio dei crediti tributari previsto dalla proposta di transazione potrebbe liberare le risorse necessarie per dar corso al risanamento. Secondo questo indirizzo interpretativo, dunque, per ragioni logico-sistematiche il potere sostitutivo del tribunale andrebbe esercitato "anche quando la posizione del creditore erariale sia, seppur non di maggioranza, comunque idonea a condizionare la misura della soddisfazione degli altri creditori"¹⁹. Anche questa tesi, per quanto ragionevole, pare però scontrarsi con la lettera della norma, che collega il carattere determinante dell'adesione al raggiungimento delle percentuali richieste (e non alla concreta fattibilità del piano, che deve essere di per sé già oggetto di attestazione da parte del professionista indipendente).

Va infine riferito che è stata prospettata la possibilità di interpretare le due condizioni previste per il *cram down* fiscale come tra loro alternative, sicché, una volta appurata dal tribunale la convenienza della proposta, il trattamento ivi previsto sarebbe imposto al Fisco sia quando il consenso dell'Amministrazione finanziaria risulti decisivo, sia quando la maggioranza richiesta sia raggiunta indipendentemente dal consenso del Fisco. In base a questa tesi, in caso di mancata adesione del Fisco sarebbe dunque possibile imporre un determinato trattamento per i crediti erariali (in quanto palesemente conveniente rispetto alla liquidazione) per il solo fatto che l'accordo di ristrutturazione è stato già concluso con altri creditori che rappresentino la maggioranza richiesta, risultando a tal fine non decisiva l'adesione da parte

¹⁸ Cfr. A. Zorzi, "Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel codice della crisi", in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 8-9/2019, pagg. 1003 e 1004; G. D'Atorre, "La ristrutturazione 'coattiva' dei debiti fiscali e contributivi negli adri e nel concordato preventivo", in *Il fallimento le e altre procedure concorsuali*, n. 2/2021, pag. 155.

¹⁹ Cfr. V. Ficari, "Mancata transazione fiscale, 'interesse' pretensivo del contribuente e poteri giudiziari", in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 5/2022, pagg. 601 e 602.

dell'Amministrazione finanziaria²⁰. Come già rilevato, tuttavia, questa conclusione non appare condivisibile, in quanto in senso difforme alla tesi dell'alternatività depongono sia la lettera della norma (in considerazione dell'utilizzo della congiunzione "e"), sia le precisazioni presenti nella relazione illustrativa, ove si spiega che la possibilità di omologare gli accordi di ristrutturazione presuppone che *"l'adesione è decisiva ai fini del raggiungimento delle percentuali di legge"*. Occorre inoltre considerare che, se all'accordo di ristrutturazione dei debiti hanno aderito creditori (diversi dal Fisco) che rappresentano almeno il 60% dei creditori e l'attuabilità del relativo piano di risanamento è attestata da un professionista indipendente, la falcidia dei crediti erariali non risulterebbe strettamente necessaria per consentire all'impresa debitrice di uscire dallo stato di crisi. Poiché la **"sostituzione d'ufficio"** della mancata adesione del Fisco con l'assenso stabilito (in sua vece) da parte del Tribunale competente costituisce una deroga rispetto ai principi generali sulla conclusione di un negozio bilaterale, non pare legittimo estendere tale "sostituzione" a situazioni non espressamente previste dal legislatore, in considerazione della sua natura eccezionale. L'effetto paradossale del rigetto, da parte dell'Amministrazione finanziaria, di una proposta che è conveniente per lo stesso Erario, indipendentemente dal raggiungimento delle soglie di cui sopra anche in assenza dell'approvazione di tale proposta da parte del Fisco e l'emersione del danno erariale che deriva da tale condotta, dunque giustificano certamente una correzione, ma ciò, ad avviso di chi scrive, può avvenire esclusivamente tramite una modifica legislativa del testo normativo (e non in via meramente interpretativa). Modifica che è certamente da auspicare, anche in considerazione del fatto che attraverso l'omologazione forzata - come già si è osservato - il legislatore ha fornito al contribuente una reale tutela giurisdizionale avverso gli illegittimi provvedimenti di rigetto adottati dall'Amministrazione finanziaria, di cui vi è bisogno ogniqualvolta un provvedimento sia illegittimo, indipendentemente dal fatto che l'adesione dell'ente pubblico che lo ha adottato sia, o meno, anche determinante ai fini del raggiungimento della soglia di efficacia dell'accordo prevista dalla legge.

3.3.2 La "convenienza" della proposta di transazione fiscale

L'ulteriore condizione richiesta, affinché l'accordo possa essere omologato anche in assenza di un espresso consenso (con conseguente efficacia degli effetti che ne derivano con riguardo al trattamento dei crediti erariali), è che il soddisfacimento dei crediti fiscali offerto dall'impresa debitrice si riveli, anche alla luce delle risultanze dell'attestazione resa da un professionista indipendente, più conveniente rispetto a quello derivante dall'alternativa liquidazione.

Tuttavia il D.Lgs. n. 83/2022 dispone, con riguardo al concordato preventivo con continuità aziendale, l'introduzione dell'ulteriore criterio del **trattamento non deteriore**, mentre con riguardo all'omologazione forzata degli accordi di ristrutturazione tale integrazione non è stata prevista. Verosimilmente il mancato richiamo al trattamento non deteriore (invero assente anche nella seconda parte del comma 1, relativamente al contenuto dell'attestazione) è dovuto al fatto che il legislatore ha ritenuto di integrare così l'art. 88 (che disciplina la transazione fiscale nel concordato preventivo) solo per coordinarne le norme con la nuova disciplina del concordato con continuità aziendale, interamente informata alla distinzione tra il valore di liquidazione (da

²⁰ Così A. Zorzi, cit., pagg. 1003-1005; G. D'Attorre, "La ristrutturazione 'coattiva' ...", cit., pag. 155.

distribuire secondo la regola della priorità assoluta) e il *surplus* concordatario (distribuibile secondo la regola della priorità relativa).

Ciò nonostante, atteso che la concreta applicazione del criterio del trattamento non deteriore (ovvero del trattamento equivalente a quello spettante in caso di liquidazione giudiziale) può dare luogo a talune differenze rispetto all'applicazione del trattamento conveniente (che evidentemente presuppone un *quid pluris*), la scelta adottata dal legislatore appare anche in questo caso, se non discriminatoria, quanto meno non omogenea, in considerazione del fatto che il più delle volte gli accordi di ristrutturazione sono diretti proprio a salvaguardare la continuità aziendale.

3.4 La compatibilità con le regole UE

Un'ultima questione da affrontare consiste nel verificare la compatibilità della disciplina del *cram down* fiscale prevista dal Codice con le norme sulla cosiddetta "ristrutturazione trasversale" (ovvero "regola di non discriminazione") contenuta nella Direttiva (UE) 2019/1023, posto che – come si avrà modo di riferire a breve – essa è stata messa in dubbio in dottrina. Se così fosse, potrebbe infatti sussistere il rischio che i tribunali, nel decidere se omologare o meno le proposte di transazione fiscale ai sensi del comma 2-*bis* dell'art. 63, le rigettino nonostante la acclarata presenza dei due presupposti testé illustrati, ove ritengano detta norma in contrasto con la normativa euro-unionale²¹.

A questo proposito occorre in sintesi rammentare che, in base alle disposizioni contenute nella Direttiva (UE) 2019/1023, è possibile individuare tre distinti istituti per la ristrutturazione delle imprese in crisi:

- 1) la ristrutturazione che, ai sensi degli artt. 6 e 7 della direttiva, si perfeziona con il consenso di alcuni creditori e che consente di beneficiare di misure protettive. Nel nostro ordinamento corrisponde agli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 57 e all'art. 60 del Codice;
- 2) la ristrutturazione che, ai sensi degli artt. 9 e 10 della direttiva, si perfeziona con il consenso di una maggioranza qualificata di creditori, ma il cui contenuto può assumere carattere vincolante anche per i creditori non aderenti rientranti nella medesima categoria dei creditori aderenti. Nel nostro ordinamento corrisponde agli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa di cui all'art. 61 del Codice nonché al piano di ristrutturazione soggetto a omologazione di cui all'art. 64-*bis* del Codice;
- 3) la ristrutturazione disciplinata dall'art. 11 della direttiva, basata sul voto della maggioranza dei creditori, che vincola anche i creditori dissenzienti e che è perciò denominata "ristrutturazione trasversale" (o "*cross class cram down*"). Nel nostro ordinamento corrisponde al concordato preventivo²².

Mentre il *cram down* previsto per gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa si applica ai creditori non aderenti all'imprescindibile condizione che essi appartengano a una classe che per posizione giuridica e interessi economici è

²¹ In ordine a questa tematica, ci si limita a riferire in questa sede che, secondo l'insegnamento della Corte di Giustizia (si veda per tutti la sentenza 25 maggio 1993, causa 193/91), si definiscono *self-executing* le direttive UE talmente dettagliate nei propri contenuti da escludere qualsiasi discrezionalità da parte degli Stati membri e da poter essere così eseguite anche in assenza di un apposito provvedimento di attuazione. Se una direttiva UE soddisfa questa condizione, essa può incidere direttamente nella sfera giuridica del singolo cittadino nei rapporti tra il singolo e lo Stato inadempiente, sicché il giudice è tenuto ad applicarla direttamente ovvero a disapplicare la normativa nazionale laddove ritenuta contrastante con il suo contenuto.

²² Cfr. in tal senso L. Stanghellini, "Verso uno statuto dei diritti dei soci di società in crisi", in Rivista di diritto societario, n. 2/2020, pag. 311 e segg.; G. D'Attorre, "La ristrutturazione 'coattiva' ...", cit., pagg. 162 e 163.

omogenea a quella cui appartiene la classe di creditori che vi hanno aderito con la maggioranza qualificata di (almeno) il 75%, l'art. 11, paragrafo 1, della direttiva stabilisce che, *“affinché il piano di ristrutturazione che non è approvato da tutte le parti interessate di cui all'articolo 9, paragrafo 6, in ciascuna classe di voto, possa essere omologato dall'autorità giudiziaria o amministrativa su proposta del debitore o con l'accordo del debitore, e possa diventare vincolante per le classi di voto dissenzienti”*, esso:

- a) deve incidere sui crediti o sugli interessi delle parti interessate dissenzienti e deve prevedere nuovi finanziamenti;
- b) deve essere stato approvato dalla maggioranza delle classi di voto di parti interessate, purché almeno una di esse sia una classe di creditori garantiti o abbia rango superiore alla classe dei creditori non garantiti, oppure in mancanza da almeno una delle classi di voto di parti interessate²³;
- c) deve assicurare che le classi di voto dissenzienti di creditori interessati ricevano un trattamento almeno tanto favorevole quanto quello delle altre classi dello stesso rango e più favorevole di quello delle classi inferiori, quindi secondo la regola della priorità relativa sancita prima nel comma 1 dell'art. 182-ter l.f. e ora, con riguardo al concordato preventivo, nell'art. 88, comma 1, del Codice;
- d) nessuna classe di parti interessate può ricevere o conservare in base al piano di ristrutturazione più dell'importo integrale dei crediti o interessi che rappresenta.

Ciò posto, occorre chiedersi se la previsione speciale sul *cram down* fiscale, destinata a essere “trasferita” nel comma 2-bis dell'art. 63 del Codice, sia idonea ad attrarre nella fattispecie della “ristrutturazione trasversale” gli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 57 o all'art. 60 e, per l'effetto, si rendano perciò applicabili le regole imposte dal paragrafo 1 dell'art. 11 della direttiva e, in particolare, quella indicata sub c) relativamente al trattamento non deteriore.

A questa domanda ha risposto positivamente, con riferimento al testo del Codice previsto anteriormente alle modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 83/2022, la dottrina dapprima citata, secondo cui *“la ristrutturazione ‘coattiva’ dei debiti fiscali e contributivi può essere ricondotta alla terza tipologia, ossia alla ‘ristrutturazione trasversale’, in quanto si vincola un'intera classe di creditori dissenzienti (l'amministrazione), che ha posizione giuridica e interessi economici non omogenei con quelli dei creditori consenzienti”*²⁴; ciò perché il meccanismo del *cram down* fiscale consente di considerare l'assenso dell'Amministrazione finanziaria ai fini del raggiungimento della maggioranza qualificata richiesta (se tale assenso è decisivo a tal fine e se la proposta di transazione fiscale è conveniente), ma non “trasforma” per questo l'Erario da creditore dissenziente a creditore aderente. Alla qualificazione dell'accordo di ristrutturazione imposto all'amministrazione in termini di “ristrutturazione trasversale” conseguirebbe, quindi, l'applicazione della **regola della priorità relativa**, ovvero sia - come detto - la regola di assicurare all'Amministrazione finanziaria un trattamento non deteriore rispetto a quello previsto per i creditori di grado successivo. Poiché solitamente tra i creditori rimasti estranei all'accordo di ristrutturazione figurano creditori titolari di crediti chirografari, risulterebbe dunque impedita dall'art. 11,

²³ Se previsto dal diritto nazionale, il piano può essere stato approvato anche soltanto dalle parti che subiscono un pregiudizio, diverse da una classe di detentori di strumenti di capitale o altra classe che, in base a una valutazione del debitore in regime di continuità aziendale, non riceverebbe alcun pagamento né manterrebbe alcun interesse o, se previsto dal diritto nazionale, si possa ragionevolmente presumere che non riceva alcun pagamento né mantenga alcun interesse se fosse applicato il normale grado di priorità di liquidazione a norma del diritto nazionale.

²⁴ Così sempre G. D'Attorre, “La ristrutturazione ‘coattiva’ ...”, cit., pag. 162. In tal senso si era espresso anche A. Zorzi, cit., pag. 1004, nota n. 50.

paragrafo 1, lett. c), della direttiva l'omologazione forzata della proposta di transazione fiscale (rigettata dall'Erario) qualora preveda lo stralcio o anche la semplice dilazione del credito tributario assistito da privilegio: infatti *"in tale ipotesi il credito privilegiato del creditore dissenziente (l'amministrazione) riceverebbe un trattamento inferiore, in termini di percentuale o tempi di pagamento, rispetto al credito di rango inferiore del creditore estraneo, che viene pagato integralmente e con la sola moratoria legale di centoventi giorni"*. L'unico modo per consentire lo stralcio anche della porzione di credito privilegiato dell'amministrazione sarebbe, perciò, *"quello di dimostrare che il trattamento dei creditori estranei chirografari avviene con finanza esterna, come tale liberamente distribuibile"*.

La sussistenza di un presunto contrasto tra il *cram down* fiscale e l'art. 11 della direttiva, per esempio, è stata rilevata dal Tribunale di Trani, decr. 21 dicembre 2021, che addirittura ha ritenuto applicabile tale norma ancor prima dell'approvazione definitiva del decreto legislativo di attuazione della direttiva e dell'entrata in vigore del Codice²⁵. I giudici pugliesi, pur riconoscendo che ai sensi dell'art. 180, comma 4, l.f. negli accordi di ristrutturazione sussiste il potere del tribunale di esercitare il *cram down* fiscale e contributivo anche in caso di diniego espresso (e non solo in caso di inerzia) della proposta di transazione manifestato attraverso il voto contrario dei creditori pubblici, hanno respinto la domanda di omologazione della proposta di transazione fiscale, in quanto la proposta prevedeva il pagamento parziale dei tributi erariali nella misura del 45,52% del debito originario, a fronte del pagamento integrale dei creditori estranei, titolari di crediti chirografari e dunque postergati rispetto ai crediti erariali di cui si richiedeva lo stralcio. Condividendo in pieno l'indirizzo interpretativo dapprima citato, tali giudici hanno quindi ritenuto che l'accordo proposto non potesse essere omologato per la ragione assorbente, rispetto ad ogni altra considerazione, *"della sua incompatibilità con la normativa comunitaria e, in particolare, con le regole previste dalla Dir. UE 1023/2019 concernenti i limiti per l'omologa dei piani di ristrutturazione che contemplino una 'ristrutturazione trasversale', ossia una ristrutturazione attuata (come nel caso della proposta in questione, in virtù dell'art. 182-bis, comma quarto, più volte richiamato) malgrado il dissenso espresso da una classe dissenziente e che, ciò nondimeno, sia per questa vincolante"*. Infatti, *"in questo modo il credito privilegiato del creditore dissenziente (l'amministrazione finanziaria) riceverebbe un trattamento inferiore, in termini sia di percentuale che di tempi di pagamento, rispetto al credito di rango inferiore dei detti creditori chirografari estranei all'accordo, che dovrebbero invece essere pagati integralmente e con la sola moratoria legale di centoventi giorni, senza peraltro che risulti che il pagamento di questi ultimi avvenga con finanza esterna"*.

La corrente di pensiero sopra riportata non è tuttavia condivisibile per una serie di ragioni.

Innanzitutto, non è affatto assodata la riconducibilità dell'accordo di ristrutturazione dei debiti con transazione fiscale alla fattispecie della "ristrutturazione trasversale", posto che questa richiede la previa suddivisione in classi dei creditori e l'approvazione del piano di ristrutturazione da parte della maggioranza delle classi di voto, con il necessario coinvolgimento, dunque, di tutte le parti interessate. Inoltre, la regola della priorità relativa opera, in deroga alla regola della priorità assoluta, nella distribuzione dell'attivo dell'impresa debitrice, il che presuppone, a monte, la

²⁵ Cfr. F. Cossu, "La comparabilità del *cram down* fiscale negli adr con la Direttiva (UE) n. 1023/2019 e il percorso intrapreso dal legislatore italiano", in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 5/2022, pag. 691 e segg.

necessità di rispettare le regole del concorso nella distribuzione dell'attivo della società debitrice.

Orbene nessuno di questi presupposti ricorre con riguardo all'accordo di ristrutturazione dei debiti, a differenza di quanto accade per il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione ai sensi dell'art. 64-*bis* (che il D.Lgs. n. 83/0222 introduce) o per il concordato preventivo; tant'è che il nuovo Codice, rispettivamente nel medesimo art. 64-*bis* e nell'art. 84, prevede espressamente per entrambi gli istituti la deroga agli artt. 2740 e 2741 del Codice civile, relativamente alle regole da ottemperare nella distribuzione dell'attivo dell'impresa debitrice. Lo dimostra proprio l'operato del legislatore, che nell'ambito del D.Lgs. n. 83/2022, ha escluso in radice il dovere di adeguare le norme regolanti gli accordi di ristrutturazione dei debiti (tra cui l'art. 63 del Codice) ovvero di renderle compatibili con le regole imposte dall'art. 11 della direttiva sulle "ristrutturazioni trasversali" (al contrario di quanto accaduto per la disciplina del concordato preventivo). Non solo: come dianzi riferito, con l'entrata in vigore del Codice nella disciplina della transazione fiscale attuata nell'ambito degli accordi di ristrutturazione viene eliminato *tout court* qualsiasi riferimento al raffronto tra il trattamento offerto al Fisco e quello offerto ai creditori di rango inferiore.

Inoltre, se è vero che ai sensi dell'art. 63, comma 2-*bis*, del nuovo Codice, negli accordi di ristrutturazione sussiste il potere del tribunale di esercitare il *cram down* fiscale e contributivo anche in caso di diniego espresso della proposta di transazione manifestato attraverso il voto contrario dei creditori pubblici, è altrettanto vero che tale potere non potrebbe essere mai esercitato in concreto, se la proposta di transazione fiscale dovesse prevedere un trattamento non peggiore rispetto ai creditori estranei, posto che in tal caso, considerato che qualche creditore non aderente è sempre presente e, a norma dell'art. 182-*bis*, deve essere pagato integralmente ed entro centoventi giorni dalla omologazione, il pagamento dei debiti fiscali dovrebbe anch'esso essere eseguito in misura integrale entro il medesimo termine.

Dunque, l'interpretazione restrittiva sopra riportata risulta in contrasto con la *ratio* dell'omologazione forzata degli accordi di ristrutturazione, ovvero sia proprio per il primo istituto con riguardo al quale il *cram down* è stato introdotto dal Codice.

Infine, ma non da ultimo, occorre rilevare che il secondo periodo del paragrafo 2 dell'art. 11 della direttiva stabilisce quanto segue: "*Gli Stati membri possono mantenere o introdurre disposizioni che derogano al primo comma, qualora queste siano necessarie per conseguire gli obiettivi del piano di ristrutturazione e se il piano di ristrutturazione non pregiudica ingiustamente i diritti o gli interessi delle parti interessate*". Pertanto, anche qualora gli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 57 o all'art. 60 del Codice con transazione fiscale potessero effettivamente rientrare nella fattispecie della "ristrutturazione trasversale", la previsione originariamente contenuta nel comma 5 dell'art. 48 (ora trasferita nel nuovo comma 2-*bis* dell'art. 63) è da considerarsi comunque compatibile con l'art. 11 della direttiva, in quanto costituente espressione di detta facoltà di deroga.

www.pwc-tls.it

© 2022 TLS Associazione Professionale di Avvocati e Commercialisti. All rights reserved. "PwC" & TLS refers to TLS Associazione Professionale di Avvocati e Commercialisti or PwC Tax and Legal Services and may sometimes refer to the PwC network. Each member firm is a separate legal entity and does not act as agent of PwCIL or any other member firm. This content is for general information purposes only, and should not be used as a substitute for consultation with professional advisors. Please see www.pwc.com/structure for further details.