

IL PAGAMENTO DEL CREDITO PER L'IVA DI RIVALSA NEL CONCORDATO PREVENTIVO

di

Antonello Fabbro

(Tribunale di Treviso)

Gli artt. 2758 comma 2 e 2772, co. 3, del codice civile prevedono il privilegio speciale, rispettivamente mobiliare e immobiliare, per i crediti di rivalsa verso il cessionario e il committente previsti dalle norme relative all'IVA, sui beni che hanno formato oggetto della cessione o ai quali si riferisce il servizio.

Con due recenti sentenze¹ la Cassazione ha precisato il proprio orientamento circa il trattamento del credito per IVA di rivalsa nel concordato preventivo, con riferimento alle procedure introdotte prima e dopo il correttivo del 2007 (D. L.vo 12/9/2007 n. 169), affermando il principio secondo cui nel concordato preventivo il credito che gode di privilegio va soddisfatto integralmente, a meno che – ma ciò vale solo per le procedure introdotte dopo il 1/1/2008 (data di entrata in vigore del D. L.vo 169/2007) – nella proposta sia prevista la limitazione della soddisfazione dei creditori privilegiati alla sola parte del loro credito che troverebbe capienza nell'ipotesi di liquidazione del bene gravato, come prevede l'art. 160, 2° comma, riformato.

A differenza di quanto può accadere nel fallimento, dove l'ipotesi di soddisfazione parziale dei creditori privilegiati è espressamente regolata dall'art. 54 L. Fall., norma che

¹ Cass. 12064/2013 e 24970/2013.

prevede, nel caso di incapacienza del bene, la degradazione del credito privilegiato a chirografario, nel concordato preventivo la regola vuole che i creditori privilegiati siano soddisfatti integralmente, anche nell'ipotesi di incapacienza o inesistenza del bene gravato da privilegio.

La Cassazione motiva il proprio convincimento sulla base di tre argomenti tra loro collegati:

- 1) L'art. 54 non è applicabile al concordato preventivo perchè non è tra le norme richiamate dall'art. 169 L. Fall.;
- 2) il privilegio è una qualità del credito riconosciuta dall'ordinamento in ragione della sua causa, sicchè la sua esistenza non dipende dall'esistenza del bene, tant'è che *"tale qualità conserva in tutta la procedura di concordato preventivo"* (così Cass. 12064/2013);
- 3) la presenza di una norma, quale l'art. 160, 2° comma L. Fall., che consente al debitore di proporre ai creditori privilegiati una soddisfazione solo parziale, si giustifica proprio quale eccezione alla regola secondo cui il creditore privilegiato deve trovare integrale soddisfazione nel concordato, a prescindere dall'esistenza nel patrimonio del debitore del bene su cui il privilegio insiste.

Conseguentemente, il debitore può limitare la soddisfazione dei creditori che godono del privilegio per l'IVA di rivalsa solo se tale limitazione è prevista dal patto concordatario e risponde ai requisiti stabiliti dall'art. 160, 2° comma L. Fall. (la soddisfazione del creditore, cioè, deve essere prevista 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 al bene o diritto sul quale sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata dell'attestatore).

Già in tema di fallimento, risolvendo un contrasto giurisprudenziale, la Cassazione a Sezioni Unite² aveva stabilito che, proprio perchè il privilegio è una qualità del credito,

² Cass. S.U. 16060/2001.

dipendente dalla causa del credito stesso, non quindi dall'esistenza del bene nel patrimonio del debitore, va sempre riconosciuto in sede di verifica, anche se il bene non esiste nel patrimonio del debitore, restando riservata alla fase del riparto la decisione in ordine all'effettività e alla misura della soddisfazione, dipendente dagli esiti della liquidazione, conformemente alla previsione dell'art. 54.

Di tale principio la Cassazione ha fatto più volte applicazione, giungendo talvolta a conclusioni ineccepibili sul piano formale, ma discutibili nella loro portata concreta.

Così ad es. Cass. 2288/2012, in tema di opposizione allo stato passivo, afferma categoricamente che *“nessuna valutazione circa l'esistenza del bene su cui gravare il privilegio doveva essere effettuata dal Tribunale, che doveva limitarsi a riconoscere il privilegio in ragione della causa del credito essendo rinviato in sede di riparto ogni accertamento sulla esistenza del bene sul quale esercitare in concreto il privilegio”*³, col risultato di decretare l'ammissione al passivo fallimentare di crediti in via privilegiata (nel caso di specie trattavasi di IVA di rivalsa per prestazione professionale) anche nei casi in cui il privilegio riguardi un bene non individuabile, al limite neppure astrattamente.

Dopo la riforma del D. L.vo 169/2007 l'art. 93, 3° comma n. 4 L. Fall. onera il creditore che reclama il privilegio speciale di descrivere nella domanda *“il bene sul quale la prelazione si esercita”*. Il 4° comma del medesimo articolo stabilisce che *“se è omesso o assolutamente incerto il requisito di cui al n. 4, il credito è considerato chirografario”*. Ciò dovrebbe consentire, nel fallimento, di escludere già in sede di verifica, il privilegio pur concesso dalla legge per la causa del credito, qualora gravi su beni non individuabili o che sono definitivamente usciti dal patrimonio del debitore. Non avrebbe senso, invero, l'ammissione in privilegio nei casi in cui già al momento della verifica sia certo che il bene, non acquisito alla massa non potrà esserlo nemmeno in futuro.

Tale situazione però non può verificarsi nel concordato preventivo, dove le parti sono in un certo senso invertite, posto che è onere del debitore individuare tra i crediti da

³ Analogamente Cass. 8685/1991, 12207/1992 e altre.

soddisfare quelli gravati da privilegio, mentre nessuna indicazione del bene su cui dovrà essere esercitato il privilegio è richiesta al creditore che pretenda il pagamento del privilegio che assiste il suo credito.

Ciò comporta conseguenze rilevanti nel caso in cui il debitore non abbia tenuto conto, nel predisporre la proposta, dell'esistenza di privilegi (come prevalentemente è capitato con riferimento al privilegio per l'IVA di rivalsa) su beni usciti dal proprio patrimonio, o che non vi sono mai entrati, oppure che sono stati trasformati o consumati, o addirittura che fin dal sorgere del credito non potevano esistere. La conseguenza che deriva dall'applicazione del principio enunciato dalla Cassazione, infatti, è che in tali casi il credito deve sempre essere soddisfatto integralmente, con la sola eccezione che il debitore abbia fatto ricorso alla possibilità offertagli dall'art. 160, 2° comma L. Fall.⁴

In dottrina, muovendo da un'impostazione pubblicistica della procedura di concordato preventivo, si è osservato che in tal modo viene scardinato il principio dettato dagli artt. 2740, 2741 c.c., che impone la parità di trattamento di tutti i crediti del comune debitore, fatte salve le cause legittime di prelazione⁵.

È agevole però osservare che tale principio trova applicazione nell'esecuzione individuale e nel fallimento, che sono forme di esecuzione forzata, non nel concordato preventivo, che presenta caratteristiche che lo avvicinano a un contratto. La S.C., invero, dichiara apertamente di aderire alla tesi privatistica del concordato preventivo, sia qualificando come *“patto concordatario”* il vincolo giuridico che si crea tra debitore e creditori, sia sottolineando *“l'impianto generale prevalentemente contrattualistico”* di tale procedura (così Cass. 24970/2013 cit.).

⁴ Occorre precisare che la Cassazione non è granitica. La pure recente Cass. 8683/2013, richiamata da Cass. 24970/2013, statuendo in tema di privilegio per IVA di rivalsa nel concordato preventivo, afferma infatti che qualora il liquidatore provi la non sussistenza del bene ceduto, anche a seguito di confusione, il credito viene degradato a chirografario, sicchè, ai fini della soddisfazione del credito privilegiato, *“permane l'obbligo di accertare in concreto l'esistenza del bene ceduto”*.

⁵ DI MARZIO, *Credito assistito da privilegio speciale nel concordato preventivo*, in *“Il Fallimentarista”*, 2 aprile 2014.

Nulla vieta quindi al debitore di proporre ai creditori privilegiati l'integrale soddisfazione anche in ipotesi di inesistenza o incapienza del bene su cui il privilegio grava (del resto appare evidente che se il debitore "può", in presenza delle condizioni di cui all'art. 160, 2° comma L. Fall., offrire a determinati creditori privilegiati una soddisfazione parziale, a maggior ragione può offrire, nella identica situazione, una soddisfazione totale).

È altrettanto evidente, però, che qualora il debitore offrisse ai creditori muniti di privilegio speciale una soddisfazione superiore a quella che sarebbe loro garantita dalla capienza del bene, andrebbe corrispondentemente ad erodere la soddisfazione riservata ai creditori muniti di privilegio generale, e in ultima battuta ai chirografari (fatto salvo il caso dell'utilizzo di nuova finanza). Con una conseguenza facilmente intuibile in punto di convenienza: ossia che per i creditori chirografari potrebbe diventare più conveniente l'ipotesi del fallimento.

La Cassazione, come si è più volte detto, fa salva la possibilità di soddisfazione parziale dei creditori privilegiati in conformità al disposto dell'art. 160, 2° comma L. Fall.: come si declina, allora, in concreto l'attività del debitore e del professionista che rende l'attestazione prevista da tale norma nell'ipotesi di privilegio per l'IVA di rivalsa?

È pacifico che nell'ipotesi in cui vi sia nel patrimonio del debitore il bene al quale il privilegio si riferisce sarà possibile determinare l'entità della soddisfazione che può essere offerta ai creditori muniti di privilegio. In concreto ciò non sempre sarà agevole. Occorrerà infatti effettuare una spesso minuziosa attività di riscontro e di accertamento dei beni mobili e immobili del debitore, rapportandoli ai crediti vantati dai fornitori dei beni e servizi che risultano ancora creditori alla data di apertura del concorso, al fine di verificare l'applicabilità degli artt. 2758 comma 2 e 2772 comma 3 cod. civ. In tale modo sarà possibile proporre ai creditori che godono del privilegio per l'IVA di rivalsa un patto espresso di limitazione della loro soddisfazione per la sola parte del credito che troverebbe capienza nel valore del bene gravato. Considerata la estrema varietà delle

ipotesi che in concreto possono verificarsi, sarà opportuno che il debitore si attenga a criteri prudenziali, tali da garantire ai creditori che godono del privilegio una soddisfazione sicuramente non inferiore a quella realizzabile in ipotesi di liquidazione fallimentare.

Maggiori problemi potrebbe suscitare il caso in cui il bene non sia presente nel patrimonio del debitore. Tale mancanza può infatti essere riconducibile a tre ipotesi:

1) il bene non è mai esistito perchè il servizio prestato dal creditore non si riferiva ad alcun bene suscettibile di valutazione economica (è il caso della gran parte delle prestazioni professionali, relativamente alle quali è arduo rinvenire un bene di riferimento, dato che l'oggetto della prestazione è di regola immateriale);

2) il bene è stato consumato, utilizzato, trasformato nel processo produttivo (è il caso ad es. delle energie che si consumano all'atto stesso della fornitura, quale ad es. l'energia elettrica, o, almeno di regola, nell'ordinario svolgersi dei processi produttivi, come ad es. i carburanti), oppure è invendibile e quindi privo di valore economico (per es. gli alimenti scaduti);

3) il bene non è entrato nel patrimonio del debitore, oppure ne è uscito, ma sussiste la possibilità che vi rientri (ad es. a seguito del vittorioso esercizio dell'azione revocatoria).

Si è fondatamente osservato che nei primi due casi la relazione dell'esperto *ex art. 160 2° comma L. Fall.* non avrebbe senso, sia perchè dovrebbe riguardare beni che per definizione non sono valutabili (perchè non sono mai esistiti o perchè non figurano, né figureranno mai, nel patrimonio del debitore), sia perchè qualsiasi percentuale attribuita al credito chirografario sarebbe più elevata di quella che deriverebbe dalla liquidazione di un cespite inesistente⁶ o di valore nullo. In tale caso potrebbe ritenersi esaustiva l'attestazione di veridicità dei dati, laddove certifichi che i beni di cui trattasi effettivamente non fanno parte del patrimonio del debitore, né potranno farne parte in futuro.

⁶ BONIVENTO, *La Cassazione precisa le regole per l'IVA di rivalsa nei concordati preventivi*, in "Il Fallimentarista", 22 aprile 2014.

Nel terzo caso, invece, la conseguenza logica dell'indirizzo dettato dalla Cassazione è che il bene deve essere valutato, ai fini del privilegio, come se a tutti gli effetti facesse parte del patrimonio del debitore. Il debitore dovrebbe quindi farlo stimare e munirsi di idonea attestazione qualora intendesse proporre la riduzione della misura della soddisfazione del privilegio.