



ORDINE DEI  
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI  
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

SAF • SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE LUIGI MARTINO

# Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma

nr. 43 • Commissione Gestione Crisi di Impresa e Procedure Concorsuali

*i quaderni*



S.A.F. LUIGI MARTINO

Fondazione dei Dottori Commercialisti di Milano





---

# Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma

nr. **43** • Commissione Gestione Crisi di Impresa e Procedure Concorsuali

## I Quaderni della Scuola di Alta Formazione

### Comitato Istituzionale:

Diana Bracco, Vincenzo Delle Femmine, Marcello Fontanesi, Giuseppe Grechi, Nicola Mastropasqua, Lorenzo Ornaghi, Angelo Provasoli, Andrea Sironi, Alessandro Solidoro, Eduardo Ursilli.

### Comitato Scientifico:

Giancarlo Astegiano, Giuseppe Bernoni, Luigi Carbone, Pasquale Cormio, Franco Dalla Sega, Sergio Galimberti, Felice Martinelli, Guido Marzorati, Lorenzo Pozza, Patrizia Riva, Massimo Saita, Paola Saracino, Alessandro Solidoro.

### Comitato Editoriale:

Claudio Badalotti, Aldo Camagni, Ciro D'Aries, Francesca Fieconi, Carlo Garbarino, Francesco Novelli, Patrizia Riva, Alessandro Solidoro, Gian Battista Stoppani, Alessandra Tami, Dario Velo, Cesare Zafarana.

### Commissione Gestione Crisi d'impresa e Procedure Concorsuali:

*Delegato del Consiglio:* Roberta Zorloni.

*Presidente della Commissione:* Carlo Bianco.

*Componenti:* Andrea Acampora, Vincenzo Agresti, Natascia Alesiani, Roberto Antonelli, Ignazio Arcuri, Gabriele Assanta, Simona Baldassarre, Giuseppe Balza, Davide Lorenzo Barosi, Paolo Felice Bazzana, Daniela Bergantino, Giorgio Betti, Renato Bissi, Luca Marco Bizzozzero, Gianantonio Bogoni, Beatrice Bompieri, Francesca Bonalumi, Generoso Bonanno, Donatella Beatrice Bonfatti, Lorella Borghetti, Gianluigi Brambilla, Federico Brogna, Micaela Brunamonti, Gianluca Caimi, Angela Maria Campochiaro, Antonio Caravella, Anna Maria Carletti, Monica Carnio, Fausto Carsarano, Bernardo Casati, Vincenzo Cassaneti, Roberta Caviglia, Mario Claudio Cecchi, Fabio Cesare, Mario Ciampi, Maria Rosaria Cipriano, Francesca Cochetti, Maria Concetta Colombo, Andrea Corti, Carmine Cozzolino, Francesco D'Alessandro, Stefano D'Amora, Maddalena Dal Moro, Enrico De Bono, Silvia De Furia, Corrado De Girolami, Vittorio De Luca, Luigi De Paola, Marco De Ruvo, Giacomo Antonio Maria Degrassi, Ernesto Del Bianco, Paolo Deo', Bernardo Draghetti, Maurizio Fabbri, Giuseppe Fedeli, Claudio Ferrario, Antonino Ficalora, Laura Filippi, Gabriella Fiordelisi, Davide Fortunato, Enrico Nestore Fregoni, Pierpaolo Giuseppe Galimi, Raffaele Gargiulo, Marco Gentile, Paolo Gerini, Tiziana Anna Ghiotto, Cecilia Giacomazzi, Michele Giovanardi, Paolo Giovanelli, Carlo Giraudo, Umberto Giudici, Roberta Goldoni, Lorenzo Gorgoglione, Paola Maria Grossini, Alfredo Haupt, Stefano Inzoli, Giovanni La Croce, Patrizia La Rocca, Gianluca La Rosa, Marziano Francesco Lavizzari, Piero Giuseppe Lini, Davide Maestroni, Antonella Magnani, Roberto Marchi, Roberto Marcianesi, Marco Martinella, Vincenzo Masciello, Raffaele Mattolini, Patrizia Meranda, Cesare Giuseppe Meroni, Erik Mira, Marco Misto', Mario Montevecchi, Diego Moscato, Claudia Motta, Sabrina Murri, Giovanni Napodano, Andrea Nappa, Enrico Nicolini, Letizia Cristina Nociti, Luca Giovanni Novarese, Francesco Novelli, Claudia Clementina Oddi, Carlo Pagliughi, Antonio Palumbo, Cristina Papa, Andrea Arriigo Panato, Paola Parisi, Claudio Pastori, Francesco Paolo Pati, Vincenzo Paturzo, Fabio Pettinato, Diego Pianca, Paolo Marco Piazzalunga, Giuseppina Pizzamiglio, Rosalba Pizzulo, Giuseppe Piscopo, Fulvio Pizzelli, Roberta Postiglione, Maurizio Carlo Prada, Paolo Oronzo Pulito, Giannicola Radoia, Andrea Rinaldi, Rossana Rizzo, Giovanni Nicola Rocca, Massimo Rodanò, Gianluca Ronzio, Chiara Rossini, Giovanni Rovelli, Marco Rubino, Fabio Salina, Pietro Santoro, Dario Schlesinger, Carlotta Maria Cristina Sculco, Deborah Setola, Andrea Stefani, Aldo Stesuri, Massimo Talone, Renato Torsello, Cristina Tracanella, Luca Tracanella, Paolo Troiano, Daniele Tumietto, Adele Antonia Vasilotta, Federico Vigevani, Marco Vigna Taglianti, Italo Vitale, Giorgio Zanetti, Alberto Zappa.

*Osservatori:* Simona Brambilla, Valeria Cafarelli, Alberto De Bernardi, Giovanni Garbagnati, Roberto Guardi, Patrizia Riva, Tommaso Senni, Alessandro Sommariva, Marco Alfonso Terenghi, Massimo Tucci.

### Direttore Responsabile:

Patrizia Riva

### Segreteria:

Elena Cattaneo  
corso Europa, 11 • 20122 Milano  
tel: 02 77731121 • fax: 02 77731155

## INDICE

1. Prefazione ( <i>Giannicola Rocca</i> ) .....	7
2. Introduzione. Il concordato preventivo dopo le modifiche del “Decreto sviluppo” ( <i>Alessandro Danovi</i> ) .....	9
3. Parte Prima • Riflessioni teoriche .....	17
3.1 Concordato preventivo e operazioni straordinarie ( <i>Patrizia Riva</i> ).....	17
3.1.1. Le operazioni straordinarie che caratterizzano la “continuità indiretta” ex art.186- <i>bis</i> l.f: conferimento, cessione e affitto d’azienda.....	17
3.1.2. Concordato preventivo e liquidazione alla luce dell’art. 182- <i>sexies</i> L.F.....	21
3.1.3. Concordato preventivo e fusione.....	23
3.2. Soddisfazione dei crediti e risoluzione nel concordato preventivo: profili di “interferenza” tra diritto concorsuale e disciplina codicistica ( <i>Stefano Ambrosini</i> ) .....	28
3.3. La transazione fiscale e previdenziale nel concordato preventivo: profili evolutivi dell’istituto ( <i>Andrea Corti</i> ) .....	32
3.3.1. Premessa.....	32
3.3.2. Le origini dell’istituto e il “Decreto Salva-Lazio”.....	33
3.3.3. L’art. 182- <i>ter</i> : formulazione originaria .....	35

3.3.4.	L'art. 182- <i>ter</i> : modifiche apportate dal Decreto Correttivo D.Lgs. 12 sett. 2007, n. 169 .....	38
3.3.5.	L'art. 182- <i>ter</i> : modifiche apportate dal D.L. 29 novembre 2008, n. 185 convertito con modifiche dalla L. 2/2009 .....	41
3.3.6.	L'art. 182- <i>ter</i> post manovra correttiva 2010 (D.L. 31.5.2010, n. 78).....	43
3.3.7.	Le ultime novità introdotte dal D.L. 6.7.2011, n. 98.....	45
3.3.8.	I tributi oggetto di transazione.....	45
3.3.9.	Obbligatorietà o facoltatività del ricorso alla transazione fiscale .....	52
3.3.10.	Conclusioni .....	56
3.4.	Il Concordato Preventivo in Continuità ( <i>Carlo Bianco</i> ).....	59
3.4.1.	Premessa .....	59
3.4.2.	Le ragioni economiche e quelle giuridiche del concordato in continuità.....	60
3.4.3.	La verifica economica della continuità aziendale .....	62
3.4.4.	Le fasi successive alla diagnosi .....	64
3.4.5.	Il concordato in continuità secondo la riformata legge fallimentare .....	65
3.4.6.	Conclusione e sintesi.....	69
3.5.	Profili penali delle attestazioni nel concordato preventivo ai sensi dell'art. 236 L.F. ( <i>Gianluca Minniti</i> ).....	69
3.5.1.	La responsabilità dell'attestatore prima del "decreto sviluppo" .....	69
3.5.2.	La fattispecie in generale .....	71
3.5.3.	Il concetto di "informazione" .....	71
3.5.4.	La condotta omissiva ed i limiti della "rilevanza" .....	73
3.5.5.	L'elemento soggettivo .....	75
3.5.6.	La figura dell'attestatore "di fatto" .....	76

4. Parte seconda • Aspetti operativi .....	79
4.1. La domanda: un caso pratico di concordato preventivo ( <i>Silvia Scarantino</i> ).....	79
4.1.1. Sintesi del caso .....	79
4.1.2. La vicenda processuale.....	80
4.1.3. La domanda di concordato preventivo .....	83
4.1.4. Gli allegati alla domanda di concordato preventivo.....	94
4.1.5. Il nuovo soddisfacimento proposto ai creditori .....	97
4.1.6. Il piano a sostegno della proposta .....	100
4.1.7. Conclusioni .....	101
4.2. L'asseverazione ex art. 161 L.F. ( <i>Giannicola Rocca</i> ) .....	102
4.2.1. Premessa.....	102
4.2.2. Tipologie di crisi .....	103
4.2.3. Elementi di innovazione contenuti nella riforma .....	104
4.3. Modificazioni ed integrazioni nella domanda concordataria ( <i>Daniele Tumietto</i> ).....	108
4.3.1. Premessa.....	108
4.3.2. Tempificazione della procedura .....	109
4.3.3. Elementi di novità .....	110
4.4. Il Commissario Giudiziale ( <i>Alberto De Bernardi</i> ).....	111
4.5. Il mandato di liquidazione dei beni e i vincoli rispetto alla proposta concordataria ( <i>Giampiero Zingari</i> ).....	117
4.5.1. Il mandato al liquidatore .....	119
4.5.2. Limiti e vincoli ai poteri del liquidatore.....	121

4.6.	Profili Fiscali del concordato preventivo ( <i>Giampiero Guarnerio</i> ).....	124
4.6.1.	Premessa.....	124
4.6.2.	Deducibilità perdita su crediti in capo ai creditori ...	125
4.6.3.	Trattamento riduzione debiti in capo al debitore (IRES/IRAP).....	126
4.6.4.	Trattamento plusvalenze da cessione di beni in capo al debitore (IRES/IRAP) .....	128
4.6.5.	IVA, note di variazione .....	130
4.6.6.	Registro, tassazione decreto di omologazione .....	131

## 1. PRAFAZIONE<sup>(\*)</sup>

La norme che regolano la Legge Fallimentare sono rimaste sostanzialmente immutate dal R.D. n° 267 del 1942 fino al biennio 2005-2006, per poi arrivare ad una sostanziale modifica e ad una serie di integrazioni ed aggiornamenti che hanno fatto della materia una sorta di “cantiere aperto” i cui lavori si sono protratti fino alle norme contenute nel Decreto Sviluppo ed alle **Misure per facilitare le gestione delle crisi aziendali**.

La Commissione Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali ODCEC ha inteso offrire il proprio contributo ai giovani desiderosi di confrontarsi con le crisi d'impresa, ai colleghi che già operano nel settore ed ai cultori della materia, realizzando una serie di strumenti operativi che sono stati la sintesi dei contributi offerti dai partecipanti ai lavori di studio, ai convegni ed ai seminari realizzati dalla Commissione stessa.

Il lavoro intrapreso con la realizzazione dei Quaderni su “Gli accordi giudiziali nella crisi d'impresa” (n° 24), “La crisi d'Impresa” (n° 27) e “Caratteri e disciplina del Concordato Fallimentare” (n° 38) è proseguito con la realizzazione del Quaderno dedicato al Concordato Preventivo ed alle modifiche contenute nel “Decreto Competitività e Sviluppo” sfociato nella legge 134/2012.

Gli autori hanno affrontato le varie modifiche contenute nella novella e le problematiche emerse soffermandosi sia sulle novità, come per esempio il Concordato Preventivo in Continuità Aziendale o gli aspetti legati all'attestazione dei piani con le stringenti norme sulle responsabilità del professionista “attestatore”, sulle incompatibilità professionali e sugli aspetti tributari, e sia rivisitando in concreto lo strumento del Concordato

---

<sup>(\*)</sup> A cura di Giannicola Rocca, Dottore Commercialista, Revisore Legale, MBA Vice Presidente Commissione Gestione della Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali ODCEC Milano, Autore di Pubblicazioni, Relatore in Convegni e Docente in Seminari sulla crisi d'Impresa.

Preventivo, offrendo casi pratici e riferimenti giurisprudenziali e normativi.

Il Quaderno è suddiviso in due parti: la prima contiene una serie di riflessioni teoriche, la seconda una serie di spunti di carattere pratico, così da offrire uno strumento di riflessione ed un riferimento concreto sia a quanti hanno già dimestichezza con gli argomenti trattati, che a quanti volessero approcciare alla materia della crisi d'impresa ed alle possibili soluzioni della stessa.

Agli autori va un sentito ringraziamento per gli sforzi profusi nella realizzazione degli elaborati ed anche per aver subito in corso d'opera le modifiche contenute nel Decreto Sviluppo in ragione delle quali sono stati costretti ad una riscrittura dei rispettivi contributi.

Un ulteriore ringraziamento va ai componenti della Commissione Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali ODCEC Milano fonte di continui, puntuali e pratici aggiornamenti professionali, ai referenti del progetto editoriale Alessandra Tami e Alessandro Solidoro per i preziosi suggerimenti ed alla paziente Elena Cattaneo per il coordinamento svolto.

In conclusione una dedica speciale a Ludovica e Ginevra per il tempo che non ho dedicato loro a causa dell'impegno editoriale.

Giannicola Rocca

## 2. INTRODUZIONE. IL CONCORDATO PREVENTIVO DOPO LE MODIFICHE DEL “DECRETO SVILUPPO”<sup>(\*)</sup>

Il concordato preventivo, nato per venire incontro alle necessità dell'imprenditore “onesto ma sfortunato” nell'intenzione del legislatore della Riforma concorsuale si è trasformato indubbiamente nel principale procedimento deputato a risolvere le situazioni di crisi d'impresa, attraverso un accordo tra imprenditore e creditori sotto il controllo giudiziario.

L'istituto presenta ancora non poche complessità sia dal punto di vista giuridico che dell'applicazione pratica ma ha conosciuto negli ultimi anni una fortuna mai prima vista, a riprova della sua versatilità.

L'attenzione del legislatore è anche testimoniata dai successivi interventi sul testo normativo, atti via via a precisare vari aspetti della procedura e culminati nel “Decreto Sviluppo” (D.Lgs. 22 giugno 2012, n° 83, convertito con L. 7.8.2012 n° 134) entrato in vigore nel settembre scorso.

Sulla base dell'attuale testo normativo, il debitore che si trovi in stato di crisi presenta ai propri creditori un piano che, come è noto, può prevedere (art. 160, L.F.):

- la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito;
- l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato al c.d. assuntore<sup>(1)</sup>;

---

<sup>(\*)</sup> A cura di Alessandro Danovi, Direttore Osservatorio Crisi e Risanamento delle Imprese Università di Bergamo - Università Bocconi.

<sup>(1)</sup> Possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato.

- la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio, ovvero il suo conferimento in una o più società, anche di nuova costituzione;
- la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei con trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.

Il piano deve essere accompagnato dalla relazione di un professionista, di nomina della società debitrice ma indipendente, iscritto nel registro dei revisori legali dei conti e con i requisiti per la nomina a curatore fallimentare e dall'art. 2399, c.c.. L'attestazione deve confermare, la veridicità dei dati contabili e la fattibilità del piano medesimo. La nuova norma, prevede sanzioni anche di carattere penale ove il professionista esponga informazioni false, oppure ometta di riferirne di rilevanti.

L'iter procedurale è forse quello che è variato meno: il tribunale competente per territorio verifica i presupposti e ammette il debitore al concordato, nominando un giudice delegato, un commissario giudiziale e fissando la data in cui i creditori, riuniti in adunanza, esprimeranno il proprio voto in ordine alla proposta concordataria.

Ai sensi dell'art. 168 L.F., dalla pubblicazione presso il registro delle imprese<sup>(2)</sup> del ricorso per l'ammissione:

- i creditori non possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore;
- i creditori non possono acquistare diritti di prelazione sui beni del debitore, se non con l'autorizzazione del giudice delegato;
- le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato.

In generale, l'imprenditore continua ad amministrare i suoi beni e a gestire l'impresa sotto la vigilanza del commissario giudiziale. Tuttavia, gli atti di straordinaria amministrazione richiedono l'autorizzazione del giudice delegato, a pena di inefficacia nei confronti dei creditori anteriori al concordato, salvo che il tribunale abbia determinato una soglia di valore al di sotto della quale l'autorizzazione è superflua (art. 167, L.F.).

Entro tre giorni dall'adunanza dei creditori il commissario deve depositare una relazione particolareggiata sulla cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulla proposta di concordato e sulle garanzie

---

<sup>(2)</sup> Il momento temporale da cui decorrono gli effetti della presentazione del ricorso, prima individuato nel deposito fisico del ricorso ex art. 161 L.F. presso la cancelleria del tribunale, è stato così modificato dal "Decreto Sviluppo".

offerte ai creditori (art. 172 L.F.), esprimendo un parere sia sulle possibilità di soddisfacimento sia sulla eventuale convenienza della proposta concordataria rispetto all'alternativa del fallimento.

In sede di adunanza, i creditori chirografari (o, se del caso, anche i privilegiati per i quali non è previsto un soddisfacimento integrale) possono esprimere il proprio dissenso alla proposta concordataria. Ai sensi dell'art. 178 L.F. vengono conteggiate ai fini del raggiungimento delle maggioranze anche le dichiarazioni pervenute a mezzo posta nei venti giorni successivi all'adunanza.

Il concordato è approvato qualora la proposta raggiunga la maggioranza assoluta dei consensi; nel caso in cui siano previste diverse classi di creditori, tale maggioranza deve manifestarsi anche nella maggioranza delle classi. È importante evidenziare che la conversione in legge del “Decreto Sviluppo” del 2012, a differenza di quanto disposto precedentemente, prevede che i creditori astenuti debbano considerarsi favorevoli<sup>(3)</sup>.

Nel caso di approvazione, il tribunale fissa l'udienza per il giudizio di omologazione, disponendo che il provvedimento sia pubblicato e notificato dal debitore al commissario giudiziale e agli eventuali creditori che hanno espresso il proprio dissenso. Dieci giorni prima dell'udienza scade il termine per la costituzione in giudizio. Entro il medesimo termine il commissario giudiziale deve presentare il proprio parere motivato.

In sede di udienza il tribunale, valutate le eventuali opposizioni, decide sull'omologa. Analogamente a quanto previsto per il concordato fallimentare, il tribunale può provvedere all'omologa anche di fronte all'opposizione di un creditore appartenente ad una classe dissenziente, ovvero, in assenza di classi, di creditori rappresentanti il venti per cento degli ammessi al voto<sup>(4)</sup>, qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

---

<sup>(3)</sup> La nuova riforma estende quindi al concordato preventivo la stessa modalità di votazione già prevista per il concordato fallimentare; è prevedibile come tale modifica, consentendo un più agevole raggiungimento della maggioranza, incentiverà ulteriormente l'utilizzo della procedura di concordato.

<sup>(4)</sup> La possibilità per il tribunale di ricorrere alla regola del “*cram down*” anche in assenza di classi, è stata inserita dal “Decreto Sviluppo” per il solo concordato preventivo, creando dunque un'incomprensibile differenza con quanto previsto in relazione al concordato fallimentare.

In caso di omologa si passa all'esecuzione del piano, viceversa il debitore può essere dichiarato fallito.

Parimenti il tribunale, su iniziativa del commissario giudiziale, di uno dei creditori, oppure d'ufficio, può disporre la risoluzione del concordato (artt. 173 e 186, L.F.) se in qualunque momento risulta che, in sede di ammissione alla procedura concordataria, l'imprenditore ha commesso atti di frode (occultamento o la dissimulazione di parte dell'attivo, l'omissione dolosa di denunciare uno o più crediti e l'esposizione di passività insussistenti), ovvero qualora risultino venute meno le condizioni di ammissibilità alla procedura stessa.

Con il citato Decreto Sviluppo sono state introdotte anche due sostanziali novità che riguardano l'essenza stessa dell'istituto. La prima relativa alla domanda di ammissione prevede la possibilità di depositare unicamente la richiesta di concordato (beneficiando della protezione da azioni esecutive), rimandando il deposito del piano entro il termine assegnato dal tribunale (tra 60 e 120 giorni eventualmente prorogabili di ulteriori sessanta giorni).

Entro i medesimi termini il debitore può anche richiedere la conversione del concordato preventivo in una procedura di omologazione di accordo ex art. 182-*bis* L.F..

La seconda novità consiste nella esplicita previsione di una nuova tipologia di "concordato con continuità aziendale", regolamentata dall'art. 186-*bis* L.F.. Quest'ultimo prevede che:

- il piano concordatario deve contenere anche un'analitica indicazione di costi e ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura;
- la relazione del professionista deve attestare che la prosecuzione dell'attività è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori;
- il piano può prevedere una moratoria sino a un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione;
- i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'art. 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti;

• L'ammissione al concordato non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici (a particolari condizioni, anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese), quando l'impresa presenta in gara una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, co. 3, lett. d), L.F. che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto e la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto.

Oltre a queste, come anche anticipato, vi sono diverse innovazioni foriere di significativo impatto sulla procedura. Di seguito è presentata una tavola sinottica delle ultime modifiche nella quale si prova ad ipotizzare una prima schematizzazione degli effetti sul debitore, i creditori, i terzi e il sistema. Ovviamente si tratta di un primo tentativo, basato sulle riflessioni di chi scrive e che dovrà essere verificato alla luce della concreta applicazione.

Strumento	Debitore	Creditori	Terzi	Sistema
Art. 67: Precisazioni sull'attestatore	Chiarimenti nomina più complessa attestazione			Positivo a meno di selezione avversa degli attestatori
Nuove esenzioni revocatoria per acquisto immobile sede impresa	Neutro	Peggioro	Positivo (maggiore tutela terzo in buona fede)	Impatto marginale
Art. 161: Domanda di concordato: • precisazione tempi e modalità • nuove attestazioni in corso di cambiamenti	Maggiori oneri	Positivo Maggiori certezze	Neutro	Positivo perché riduce incertezza
Art. 161 co. 6 (concordato con riserva)	Positivo rende più agevole il concordato	Negativo, per 60-120 giorni ignorano cosa succederà	Negativo: anche chi non è creditore ma ha contratti in corso diventa "ostaggio"	Dubbio
Art. 169-bis: Contratti in corso di esecuzione	Grande potere al debitore	*	*	
Art. 168 co. 1 e 3: • Inibitoria azioni esecutive e cautelari • inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei 6 mesi	Positivo, agevola il concordato	Negativo per creditori "attivi" Positivo per gli altri	-	Positivo aumenta la par condicio e riduce comportamenti non cooperativi
Art. 182-bis • Precisazioni attestatore • Pagamento creditori estranei e debiti non scaduti a 120 gg.	Positivo, agevola soluzioni	Modesto sacrificio	-	Come per art. 67 Positivo, agevola accordo

Strumento	Debitore	Creditori	Terzi	Sistema
Art. 182- <i>quater</i> e 182- <i>quingies</i> : Finanziamenti prededucibili	Positivo	Negativo : va a discapito dei creditori esistenti	Positivo per sistema bancario	Può agevolare soluzioni complesse
Art. 182- <i>sexies</i> : Irrilevanza perdite	Utile	-	-	Positivo, toglie adempimenti inutili
Art. 186- <i>bis</i> : Concordato in continuità aziendale	Positivo	Problematico	Controlli	Positivo, agevola continuazione d'impresa

La prima impressione è che gran parte dell'ultima riforma vada a vantaggio del debitore, nel senso di agevolare significativamente la presentazione del concordato e la possibilità di accordo (poiché, ad esempio, i creditori astenuti sono considerati favorevoli).

Il nostro sistema concorsuale, che è sempre stato ritenuto orientato ai creditori, pare aver mutato in parte natura. L'oscillazione del pendolo è forte poiché il legislatore, forse pressato dalla situazione congiunturale, pare aver sposato la tesi della continuità aziendale, orientamento da tempo diffuso in altri ordinamenti (es. Chapter 11).

Va ricordato che la continuità aziendale è un vantaggio ove consente il salvataggio di posti di lavoro e di evitare l'effetto domino che fa sì che l'interruzione dell'attività di un'impresa trascini la sorte delle imprese fornitrici e creditrici. Nondimeno, la continuità aziendale non può essere dogmaticamente assunta quale valore principe, a scapito della tutela degli interessi degli altri *stakeholders*, a pena di effetti distorsivi sul sistema.

Ad esempio l'amministrazione straordinaria nella sua originaria versione (legge 3 aprile 1979, n. 95) era stata prevista per salvare i posti di lavoro e la continuità aziendale anche a prezzo di sacrifici da parte dei creditori. Alcune analisi empiriche hanno dimostrato<sup>(5)</sup> (Floreani, 1996) che la compressione dei diritti dei creditori ha sì consentito i risultati di politica economica desiderati, ma a prezzo di ingiustificati rinvii dei problemi industriali senza operare (specie nel primo decennio di applicazione) un reale risanamento.

<sup>(5)</sup> Cfr. Floreani, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: un'analisi delle procedure dal 1979 al 1996*, in Caprio L. (a cura di), *Gli strumenti per la gestione delle crisi finanziarie in Italia: un'analisi economica*, Milano, Mediocredito Regionale Lombardo, 1997; 329.

Pur con le cautele che il mercato richiede, la Storia dovrebbe insegnare che non è con il semplice rinvio che possono essere risolti i problemi dell'impresa.

Quanto sintetizzato nelle righe che precedono trova ben più completa trattazione nel presente Quaderno della Scuola di Alta Formazione "Luigi Martino" dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Milano.

I colleghi che hanno scritto le varie parti (e il curatore Giannicola Rocca) riprendendo il lavoro utilmente portato avanti in seno alla Commissione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali, danno ampia disamina dei vari aspetti della procedura di Concordato Preventivo.

Seguendo il filo della disposizione normativa, il commento dottrinale si intreccia con la presentazione degli aspetti pratici, di utilità soprattutto a chi ha meno dimestichezza con la materia.

Lo sforzo, rappresentativo dell'attenzione da sempre mostrata dalla categoria, appare encomiabile, soprattutto in un momento in cui le condizioni generali del quadro economico del Paese richiedono da parte di tutti gli operatori rinnovati sforzi per trovare soluzione alle crisi d'impresa.

Alessandro Danovi



## 3. PARTE PRIMA • RIFLESSIONI TEORICHE

### 3.1 Concordato preventivo e operazioni straordinarie<sup>(\*)</sup>

#### 3.1.1. Le operazioni straordinarie che caratterizzano la “continuità indiretta” ex art.186-*bis* lf: conferimento, cessione e affitto d’azienda.

La nozione di concordato preventivo in continuità, introdotta dal legislatore con il decreto sviluppo è più ampia rispetto a quella comunemente invalsa nella prassi. Con l’introduzione dell’art. 186-*bis* L.F. infatti sia il cosiddetto “concordato di ristrutturazione” o con “continuità diretta”, sia il “concordato con cessione” o con “continuità indiretta” vengono fatte rientrare a pieno titolo nella categoria del concordato con continuità aziendale che, a questo punto, comprende tutti i concordati in cui l’attività prosegua in qualunque modo, o in capo allo stesso imprenditore o in capo a terzi. In particolare l’art. 186-*bis* L.F. richiama esplicitamente oltre alla cessione d’azienda, anche il conferimento dell’azienda in una o più società, anche di nuova costituzione. Inoltre è previsto che rientrino in questa definizione anche i concordati preventivi “misti” nei quali al proseguimento dell’attività mediante la continuazione di uno o più rami di azienda si affianca la liquidazione atomistica delle residue attività d’impresa. *De residuo*, quindi, si definiscono ora concordati liquidatori tutti quelli in cui non sarà possibile prevedere altro che la liquidazione dei singoli beni senza alcuna valorizzazione sistemica di tutti o di parte degli stessi. La riqualificazione operata dalle nuove previsioni normative permette di “ripopolare” la categoria logica del

---

<sup>(\*)</sup> A cura di Patrizia Riva, Professore aggregato Università del Piemonte Orientale, Ph.D. Bocconi, Responsabile SAF Scuola di Alta Formazione dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Milano, Dottore Commercialista, Revisore legale.

concordato in continuità. L'obiettivo è raggiunto, non tanto in funzione di un più proficuo utilizzo dell'istituto del "concordato di ristrutturazione", ma pare a chi scrive, mediante la trasmigrazione di un cospicuo numero di procedure da una categoria all'altra grazie alla riqualificazione delle fattispecie più comuni della cessione a terzi. Il nuovo criterio sulla base del quale è impostata la discriminazione tra fattispecie in continuità e fattispecie liquidatorie è, più correttamente rispetto al passato, di natura squisitamente economico aziendale. Ancora una volta il legislatore quindi riconferma la centralità del concetto di azienda come sistema complesso in grado di creare ricchezza e pertanto degno di specifica attenzione e di particolare tutela.

Poiché l'art. 186-*bis* riconduce alla categoria dei concordati in continuità che prevedono la cessione anche il conferimento d'azienda, pare opportuno richiamare brevemente i tratti essenziali dell'operazione distinguendola dalla cessione d'azienda e dalla scissione. Nella cessione d'azienda la contropartita del trasferimento dell'azienda o del ramo di azienda è il pagamento di un prezzo, nel conferimento d'azienda invece un soggetto, denominato conferente, trasferisce un'azienda oppure un ramo aziendale dotato di autonoma capacità di reddito ad un altro soggetto, denominato conferitario, avendone in contropartita una partecipazione in quest'ultimo. Poiché con l'operazione si vengono a istituire rapporti di partecipazione tra conferente e conferitaria, in quanto contropartita del conferimento dell'azienda è l'attribuzione di una partecipazione al capitale della società conferitaria, ne deriva che conseguenza diretta dell'operazione è, nelle situazioni ordinarie, la formazione di gruppi aziendali. Più in particolare, la costituzione di un gruppo viene ottenuta tramite l'aggregazione di più aziende, nel caso dell'apporto per concentrazione, oppure tramite l'enucleazione delle medesime, nel caso di scorporo. Le operazioni di conferimento possono, però, essere deliberate, e sarà questo il caso cui si farà ricorso nei concordati preventivi, anche al fine di mettere in atto sostanziali cessioni di rami d'azienda; in pratica una volta ottenuta la partecipazione nella conferitaria, la società conferente procederà alla cessione della partecipazione medesima.

Conviene per completezza ricordare sinteticamente la differenza esistenti tra operazioni di conferimento e operazioni di scissione, correttamente *non* richiamata dalla normativa fallimentare in quanto incoerente per le sue caratteristiche istituzionali con l'obiettivo principe del concordato preventivo della soddisfazione dei creditori. L'operazione è, in situazione ordinaria, per alcuni aspetti simile all'operazione di

conferimento in quanto anche essa può permettere di raggiungere tanto obiettivi di decentramento, quanto obiettivi di concentrazione. La scissione consiste nel frazionamento totale o parziale di una società, denominata scissa, in due o più parti destinate a confluire in società preesistenti o neocostituite. La società che riceve l'azienda o il ramo d'azienda scisso, denominata beneficiaria, però, aumenta il capitale sociale assegnando le corrispondenti azioni o quote *ai soci* della società scissa. La trasferente, dal canto suo, riduce il proprio capitale sociale per un ammontare proporzionalmente corrispondente al valore contabile dell'azienda trasferita. Anche nel caso del conferimento la conferente trasferisce l'azienda o il ramo di azienda alla conferitaria, che aumenta il capitale sociale, ma le azioni o quote emesse da quest'ultima sono assegnate direttamente alla conferente. L'operazione comporta cioè – nel conferimento e non nella scissione – la sostituzione nel patrimonio della conferente di un insieme di beni di primo grado – l'azienda – con un bene di secondo grado – la partecipazione nella conferitaria.

La cessione e, nell'attuale contesto, il conferimento possono essere preceduti da un periodo più o meno lungo di affitto d'azienda<sup>(6)</sup>. Quest'ultimo configura, dal punto di vista sia giuridico sia economico aziendale, una operazione con la quale il controllo – in termini di potere di gestione e di diritto agli utili di un'azienda – è affidato temporaneamente e nel rispetto di determinate condizioni tecnico organizzative e gestionali, ad un soggetto diverso dal proprietario ricevendone in contropartita un canone. L'operazione ha carattere straordinario e ad essa si ricorre nell'ambito del concordato preventivo in continuità nelle situazioni in cui è necessario, per salvaguardare il valore aziendale, trasferire in tempi brevi, la gestione dal soggetto che presenta una situazione patologica ad un soggetto terzo. È solo il caso di ricordare che la validità dello strumento ha avuto formale riconoscimento in quanto sono state introdotte specifiche previsioni normative con riferimento all'istituto nell'ambito della legge fallimentare. Queste hanno qualificato il medesimo come una opzione utile che nel fallimento il curatore deve considerare e valutare necessariamente ai fini della individuazione della

---

<sup>(6)</sup> Per approfondimenti si rinvia a Riva P., "Affitto d'azienda e crisi", in "L'affitto d'azienda. Profili giuridici, economico-aziendali e contabili. Il suo utilizzo nelle crisi d'impresa", Bavagnoli F., De Tilla C., Ferraro N., Riva P., Egea, 2011.

strada migliore da seguire per la liquidazione dell'attivo. In particolare con l'art. 104-*bis* L.F. rubricato appunto "affitto di azienda o di rami d'azienda" sono stati regolamentati i criteri di scelta dell'affittuario, le forme obbligatorie di tutela del patrimonio fallimentare, la durata, l'eventuale diritto di prelazione a favore dell'affittuario e gli effetti della retrocessione alla procedura. In caso di concordato il contratto è concluso direttamente dall'azienda ed è disegnato dalla medesima con le proprie controparti in modo autonomo con riferimento alla regolamentazione generale dell'istituto. La norma, infatti, non richiama né in tutto né in parte l'art. 104-*bis* L.F. che resta previsione specifica del contesto fallimentare. In linea teorica quindi l'azienda potrebbe proporre nell'ambito del proprio piano soluzioni contrattuali che non rispettano i criteri codificati in quella sede<sup>(7)</sup>. In realtà però il legislatore ha previsto più livelli di verifica della bontà del piano concordatario e di conseguenza anche del contratto di affitto che ne è parte<sup>(8)</sup>. Il rispetto di parametri di ragionevolezza è quindi garantito, non da una previsione normativa specifica in tema di affitto, bensì dall'intervento dei due professionisti indipendenti – l'attestatore prima e il commissario giudiziale poi – nelle due fasi – rispettivamente pre e post ammissione – a garanzia della massa dei creditori.

---

<sup>(7)</sup> L'art. 104-*bis* L.F. individua i criteri che il curatore deve considerare per scegliere l'affittuario. Egli non si deve limitare a valutare il miglior realizzo economico per la procedura e quindi non deve considerare solamente il canone, che pur dovrà essere congruo in base alla citata stima, ma deve basare la sua scelta sulla valutazione di un complesso di quattro elementi: il canone, le garanzie prestate, l'attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, la conservazione dei livelli occupazionali. Ciò abilita il curatore a scegliere il contraente che, pur non offrendo il corrispettivo più alto, comparativamente assicura un beneficio maggiore ai creditori e alla collettività, tramite la prosecuzione dell'attività lavorativa ed il mantenimento in forza di un certo numero di lavoratori dipendenti.

<sup>(8)</sup> In primo luogo vi è il vaglio dell'attestatore che è chiamato dall'art. 161 L.F. ad analizzare la ragionevolezza del piano e quindi è senz'altro tenuto alla valutazione delle operazioni in esso programmate, compreso un eventuale contratto di affitto di azienda. In secondo luogo vi è l'esame svolto dal commissario giudiziale nominato dal Tribunale che deve valutare la bontà del contratto nell'ambito della relazione ex art. 172 L.F. esprimendosi sulla proposta di concordato e sulle garanzie offerte dai creditori. Infine vi è l'espressione di un proprio giudizio informato sul piano da parte dei creditori defalcati, mediante il voto, sulla proposta concordataria e quindi, ove previsto, anche sul contratto che è strumento operativo per porre in essere la proposta stessa.

### 3.1.2. Concordato preventivo e liquidazione alla luce dell'art. 182-sexies L.F.<sup>(9)</sup>

In estrema sintesi va ricordato che secondo il codice civile, allorquando per effetto di perdite il capitale sociale si sia ridotto di almeno un terzo, gli amministratori devono convocare senza indugio l'assemblea per gli opportuni provvedimenti (artt. 2446 e 2482-*bis* c.c.). Qualora le perdite abbiano ridotto il capitale sociale al di sotto del minimo legale, i soci possono coprire le perdite e ricapitalizzare ovvero lasciare che la società si sciolga (salva la possibilità di deliberare la trasformazione). Già in precedenza, la dottrina riconosceva che la disciplina del concordato preventivo dovesse derogare alle citate disposizioni<sup>(10)</sup>, talora prospettando che il divieto di proseguire l'attività di impresa con un capitale sociale eroso fosse sospeso durante il corso della procedura, poiché esso sarebbe stato reintegrato per effetto della falcidia concordataria conseguente l'omologa.

Il decreto sviluppo ha espressamente sancito che, in caso di continuità di impresa, le disposizioni in tema di riduzione del capitale sociale per perdite non trovano applicazione, sicché può dirsi legittima la prosecuzione dell'impresa in concordato con patrimonio netto negativo. Da una lettura preliminare della norma (e delle altre disposizioni che accentuano la tutela del debitore) non si può non riflettere sull'incremento dell'alea gravante sui creditori. Seppure prima dell'introduzione del decreto sviluppo fosse riconosciuta l'esistenza di una eventualità di inadempimento della proposta<sup>(11)</sup>, la piena legittimazione della prosecuzione del rischio di impresa durante la procedura e nella sua fase esecutiva non può che ampliare la misura del rischio riversata sui creditori per effetto del ricorso al concordato in continuità. Tant'è che in qualche misura il debitore in concordato può utilizzare le risorse dei creditori per

<sup>(9)</sup> Il presente paragrafo è stato scritto con la collaborazione di Fabio Cesare, Avvocato in Milano, Dottore di ricerca in Diritto Comparato.

<sup>(10)</sup> Nobili-Spolidoro, *La riduzione di capitale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 6\*, Torino, 1993, 202 ss.;

<sup>(11)</sup> Cfr ad esempio Tribunale di Fermo, 24 novembre 2009 – In [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), Tribunale di Milano, 21 gennaio 2010, In [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), ove si afferma il principio che l'eventuale attribuzione di beni ai creditori nelle forme della *datio in solutum*, fa presupporre in capo ai creditori l'assunzione di un rischio circa la valorizzazione dei beni assegnati con l'esecuzione del concordato.

proseguire l'attività: la garanzia patrimoniale del debitore risulta infatti affievolita dalla possibilità che vengano compiuti atti non conservativi, anche, allorquando il capitale sociale risulti eroso al di sotto del minimo di legge, come espressamente previsto dal richiamato art. 182-*quinquies* L.F. Infatti, a mente della citata disposizione, dalla presentazione della domanda di concordato in bianco sino all'omologazione non si applicano gli artt. 2446, commi 2, 3, 4, 2447, 2482-*bis*, commi 4, 5, 6 e 2482-*ter* c.c. Correlativamente, per lo stesso periodo non trovano applicazione le cause di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484 n. 4 e 2545-*duo decies* c.c.<sup>(12)</sup>.

Il legislatore è parso consapevole che un simile rischio di impresa in capo ai creditori possa concretizzarsi in un evidente pregiudizio. Tant'è che ha correttamente previsto che, ove durante la procedura l'attività di impresa risulti *manifestamente* dannosa ovvero cessi del tutto, il commissario giudiziale dovrà chiedere la revoca del concordato ex art. 173 L.F. In tal caso, è sempre possibile modificare la proposta (si deve ritenere arrestando in tal modo il procedimento di revoca), se del caso provvedendo ad una nuova attestazione del piano, come espressamente consentito dall'art. 161 terzo comma ultima linea L.F. Come a dire che se l'obiettivo primario è la conservazione dell'impresa, non ogni possibile deviazione dal piano originariamente prefissato impone l'arresto della procedura. Solo la verifica di circostanze che rendano *ictu oculi* (manifestamente) lesiva la coltivazione della proposta imporranno la revisione del concordato e se del caso l'applicazione dell'istituto di cui all'art. 173 L.F.<sup>(13)</sup>. Ove diversamente si configuri la mera possibilità che la

---

<sup>(12)</sup> Sul tema del concordato in continuità diretta e la continuazione dell'attività di impresa in patrimonio netto negativo si veda: Quatraro, D'Amora, Israel, Quatraro G., *Trattato teorico-pratico delle operazioni su capitale*, II. Ed., Milano, 2001, p. 788; Macchia M., *Delibera di ricapitalizzazione delle società dopo l'omologa del concordato preventivo con cessione dei beni*, in Fall., 1/1991, pp. 173; Enriques, Macey, *Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditori: una critica radicale alle regole europee sul capitale sociale*, in Riv. Soc., 2002, 78; Denozza, *A che serve il capitale?*, in Giur. Comm., 2002, I, 585; Miola, *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali*, in Riv. Soc., 2005, 1199. Sul nuovo art. 182-*sexies* L.F. rinvio a D'Attorre, *I limiti alla disciplina societaria sulla perdita del capitale*, in il Fallimentarista, 2012.

<sup>(13)</sup> Non è questa la sede per approfondire l'impatto sistematico di un simile ampliamento dell'alea sui creditori nel concordato preventivo in continuità, ma sia consentito almeno una domanda sotto il profilo sistematico: laddove si ritenga che il

continuazione dell'impresa possa comportare un beneficio prospettico, pur con ogni ragionevole dubbio dovuto alla prosecuzione del rischio di impresa, forse è lecito attendersi che la procedura possa e debba proseguire, poiché non ricorre il grado di certezza richiesto dal legislatore quale presupposto per l'arresto della procedura.

### 3.1.3. Concordato preventivo e fusione.

Si affronta ora il tema complesso della compatibilità tra concordato preventivo e fusione.

Potrebbe esserci una società terza interessata ad assorbire la società in crisi e il piano potrebbe prevedere l'incorporazione della società in crisi da parte di un'altra società adeguatamente patrimonializzata e solvibile. In quest'ultima ipotesi la società terza interessata ad assorbire quella in crisi potrebbe limitarsi ad acquisirne, in una prima fase, la partecipazione di controllo, rinviando la fusione a un momento successivo all'omologazione del concordato e al rientro *in bonis* della società fallita o al superamento della crisi, in caso di concordato preventivo; nulla osta, però alla proposizione *ab initio* di un concordato mediante fusione, che potrebbe presentare diversi vantaggi negoziali per l'incorporante<sup>(14)</sup>.

Quando il concordato preventivo è l'opzione scelta per il risanamento non di una singola società, ma di un gruppo aziendale il piano può delineare una fusione per incorporazione della controllata nella casa madre. In questo caso può configurarsi una situazione in cui entrambe le società presentino patrimonio netto negativo e si trovino in liquidazione. Nel caso prospettato le società sono entrambe in liquidazione e la presentazione del piano concordatario rappresenta il mezzo individuato dalle società per la composizione concorsuale delle situazioni debitorie e per il conseguente azzeramento degli squilibri patrimoniali. In altri termini l'esistenza del piano concordatario e l'approvazione dello stesso rappresentano il presupposto per la attuazione della fusione stessa. In

---

concordato preventivo in continuità presenti una componente aleatoria, quali sono i riflessi in tema di inadempimento della proposta? Se infatti si dovessero verificare eventi imprevedibili successivi all'omologa e riferibili al rischio di impresa assunto dai creditori, è comunque possibile proporre il ricorso ex art. 186 l.f. posto che i contratti aleatori non possono essere passibili di risoluzione?

<sup>(14)</sup> Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 77-2007/I, "Concordati giudiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione", pag. 40.

dottrina la legittimità di una operazione come quella delineata è dibattuta e sono in merito rinvenibili due scuole di pensiero. Si legge nel “Quesito n. 151-2011/I del Notariato” che: “Nel caso in cui le perdite della società partecipante alla fusione siano compensate dalle riserve di altre società coinvolte da tale operazione, la fusione è consentita anche nelle ipotesi disciplinate dall’art. 2447 c.c.; la società in perdita si troverà in stato di liquidazione, ma ove non abbia iniziato la distribuzione dell’attivo, potrà partecipare alla fusione ai sensi dell’art. 2501, secondo comma, c.c.. Maggiori dubbi sorgono nel caso in cui le perdite di una o più società partecipanti alla fusione non siano compensate dalle riserve delle altre: qualora si proceda ad una fusione in senso stretto prevale la tesi che esclude la legittimità dell’operazione in quanto la società che si costituisce per effetto della fusione non potrebbe presentare un capitale già inciso da perdite. Se, invece, la fusione avviene per incorporazione, alla tesi che ne esclude comunque la legittimità si contrappone quella, più permissiva, che ammette l’operazione in esame salva la necessità per la società incorporante di provvedere alla copertura delle perdite con i tempi e le modalità previsti dagli artt. 2446-2447 c.c. Analogamente, (i sostenitori di questa tesi) ammettono espressamente la fusione in presenza di perdite ex art. 2447 e 2482-ter c.c., ma presupponendo lo stato di liquidazione della società<sup>(15)</sup>”.

Si individua in questo caso una specifica criticità con riferimento alla collocazione temporale dell’efficacia dell’operazione di fusione. In coerenza con autorevoli studi del Consiglio Nazionale del Notariato<sup>(16)</sup> e

---

<sup>(15)</sup> In questo senso si esprimono: Civerra, *Le operazioni di fusione e scissione*, Milano, 2003, pag. 24; Magliulo, *La fusione delle società*, Milano, 2009, pag. 124.

<sup>(16)</sup> Ci si riferisce allo Studio n. 77/2007/I “Concordati giudiziali e operazioni societarie di riorganizzazione” del Consiglio Nazionale del Notariato (scaricabile all’indirizzo <http://www.notariato.it/it/primo-piano/studi-materiali/studi-materiali/riforma-diritto-fallimentare.html>) in base al quale: “A prescindere dall’aspetto informativo, appare evidente l’opportunità che il “rapporto di servizio” che lega la fusione all’attuazione del concordato venga suggellato formalmente mediante il ricorso al meccanismo condizionale. (...) nulla impedisce di rinviare alla fase esecutiva del concordato, dopo l’omologazione (se del caso definitiva), l’adozione delle delibere societarie richieste per attuare la fusione, limitandosi ad assegnare alla proposta concordataria, sul punto, valore meramente programmatico. La soluzione, per quanto legittima, potrebbe risultare tuttavia meno convincente per i creditori concorsuali e per gli organi della procedura, in quanto soffrirebbe dell’incertezza del procedimento assembleare per via della difficoltà di raggiungere la maggioranza qualificata prevista spesso dagli statuti per le operazioni straordinarie, a prescindere dalla competenza degli

del Consiglio Notarile di Milano<sup>(17)</sup>, potrebbe infatti essere considerato necessario attendere l'omologazione del concordato per poter stipulare l'atto di fusione, ovvero subordinare gli effetti civilistici dello stesso alla prima. È necessario riflettere sul rapporto esistente tra le varie forme di

---

amministratori sulla proposta di concordato. *Pertanto (...) risulta preferibile che il procedimento di fusione venga avviato già all'inizio o nel corso della procedura concorsuale e che il suo esito finale sia condizionato sospensivamente all'omologazione (verosimilmente definitiva) del concordato.* Le vie astrattamente percorribili sono due. (...) Si può immaginare di condurre il procedimento di fusione fino all'ultimo atto della sequenza, cioè fino alla stipula dell'atto di fusione; nel qual caso, la condizione dovrebbe essere apposta all'atto stesso di fusione. (...). La soluzione alternativa potrebbe consistere nell'apposizione della condizione sospensiva alla delibera assembleare di approvazione del progetto". Il documento prosegue evidenziando le criticità di un atto di fusione condizionato e conclude che meglio sarebbe la seconda soluzione in quanto "adottando tale soluzione, si dovrebbe procedere alla stipula dell'atto di fusione soltanto a concordato definitivamente omologato e precisamente in sede di esecuzione del concordato medesimo, così da minimizzare il rischio di incertezze e sopravvenienze, sul piano dei rapporti fra procedura concorsuale e operazione straordinaria. Naturalmente, in tale caso, la mancata stipulazione per qualsivoglia motivo della fusione, con la conseguente mancata assunzione, ex art. 2504 bis, c 1 c.c., dei debiti concordatari da parte della società incorporante ovvero risultante dalla fusione, integrerebbe un'ipotesi di risoluzione del concordato, senza peraltro determinare ripercussioni organizzative di sorta, data la conservazione dell'assetto societario preesistente", cit, p. 42 e ss.. Nello stesso senso Magliulo F. "La fusione delle società", Ipsoa, 2009, pag. 112.

<sup>(17)</sup> Ci si riferisce alla XVII Massima del Consiglio Notarile di Milano, "Delibera di fusione e di scissione subordinata all'esistenza di determinati presupposti", del 9 ottobre 2002 (scaricabile all'indirizzo [http://henry.simplythebest.it/wordpress/wp-content/uploads/2011/11/2011-milano\\_complete.html](http://henry.simplythebest.it/wordpress/wp-content/uploads/2011/11/2011-milano_complete.html)). In particolare, quest'ultima stabilisce, in merito alle deliberazioni assembleari di fusione (e di scissione) la cui attuazione sia subordinata al verificarsi di specifici eventi, che: "... in relazione al pericolo che il presupposto carente al momento della delibera, ove sia un elemento soggetto a controllo di legalità, possa sfuggire a tale controllo, dovendo il notaio richiedere l'iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese già prima del verificarsi dell'evento, occorre precisare che: il problema non sussiste in radice per quegli eventi che a loro volta consistono in atti soggetti al controllo di legalità da parte dello stesso o di altro notaio (es. deliberazioni di assemblee straordinarie e/o atti di fusione o scissione); - nei casi in cui l'evento non si concretizzi in atti di per sé soggetti a controllo di legalità (es. acquisto della totalità delle azioni della incorporanda), questi ultimi saranno pur sempre soggetti al controllo che effettuerà il notaio incaricato della stipulazione dell'atto di fusione o scissione, poiché ne condizionano la ricevibilità e, con essa, la produzione di quell'effetto finale perseguito che - si ripete - le deliberazioni assembleari non sono in grado di realizzare direttamente", cit. pag. 2. Nello stesso senso Magliulo F. "La fusione delle società", Ipsoa, 2009, pag. 112.

tutela dei creditori sociali concorrenti e concomitanti nella fattispecie in esame:

- a. in primo luogo i creditori hanno l'opportunità di opporsi individualmente ex art. 2503 c.c. alla fusione nei sessanta giorni successivi all'ultima delle pubblicazioni della delibera di fusione ex art. 2502-*bis* c.c.;
- b. quindi i creditori approvano a maggioranza il concordato a norma dell'art. 177 L.F.;
- c. infine i creditori possono opporsi individualmente all'omologa del concordato costituendosi nei dieci giorni precedenti l'udienza ex art. 180 L.F.

È stato sostenuto in dottrina che il diritto individuale di opposizione alla fusione potrebbe venire meno quando l'operazione ha luogo nell'ambito di un piano concordatario (preventivo o fallimentare)<sup>(18)</sup>. Il Consiglio Nazionale del Notariato evidenzia infatti che: “la necessità di un coordinamento fra la disciplina legale della fusione e le regole in tema di

---

<sup>(18)</sup> Sempre lo studio n. 77/2007/I “Concordati giudiziali e operazioni societarie di riorganizzazione” del Consiglio Nazionale del Notariato, pag. 46. Ancora si è sostenuto in dottrina – con riferimento alla fattispecie del concordato fallimentare – che ai creditori concorsuali “viene disconosciuto il diritto di opposizione alla fusione previsto dall'art. 2503 c.c.. Si ritiene infatti che tale rimedio si ponga in contrasto con l'art. 128 L.F., il quale subordina l'accettazione del concordato alla maggioranza dei creditori e non già all'unanimità di essi. Più precisamente, si sostiene che laddove il diritto di opposizione *ex* art. 2503 venisse ritenuto invocabile anche dai creditori concorsuali, ne risulterebbe svilita la previsione contenuta nell'art. 128 L.F., in quanto, nonostante l'eventuale voto favorevole della maggioranza, i singoli creditori potrebbero in ogni caso opporsi alla fusione. In definitiva l'unico rimedio che i creditori concorsuali possono invocare contro le decisioni della loro stessa maggioranza sembra essere quello endo-concorsuale dell'opposizione all'omologa del concordato *ex* art. 129 L.F.”. Così Di Sarli M., “Riflessioni sulla fusione di società soggette a procedura concorsuale”, in “Scritti giuridici per Piergaetano Marchetti”, Egea, 2011, pag. 227. Nello stesso senso Magliulo F.: “Maggiori problemi di coordinamento sussistono in relazione all'opposizione dei creditori di cui all'art. 2503 c.c.. Le norme della legge fallimentare (art. 128 e 177 L.F.) infatti sottopongono l'approvazione del concordato al voto maggioritario dei creditori e dunque esse necessariamente escludono che il singolo creditore detenga un potere di opposizione individuale. I diritti individuali dei singoli creditori, invero, si esauriscono in strumenti di impugnativa o di interlocuzione endoprocessuali interni alla procedura concordataria (129 e 180 L.F.). Tale circostanza rende assolutamente incongruo il riconoscimento ai creditori della società soggetta alla procedura concorsuale del potere di opposizione individuale di cui all'art. 2503 c.c., laddove la fusione costituisca uno strumento di attuazione del concordato”. Così Magliulo, “La fusione delle società”, Ipsoa, 2009, pag. 114 e ss.

approvazione della proposta di concordato emerge con evidenza anche rispetto all'istituto della opposizione dei creditori previsto nell'art. 2503 c.c.. Infatti a norma dell'art. 128 L.F., la proposta di concordato fallimentare è approvata se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto (...) e le stesse regole valgono in caso di concordato preventivo, secondo l'art. 177 L.F. I creditori dissenzienti (o anche pretermessi) devono quindi soggiacere alla decisione della maggioranza, salvo il loro diritto di opposizione all'omologazione del concordato (art. 129 e 180 L.F.). È evidente perciò che, qualora la fusione sia contemplata come modalità attuativa di una proposta di concordato approvata dai creditori ed omologata, il riconoscimento di un diritto individuale di opposizione ex art. 2503 c.c. finirebbe per frustrare la scelta legislativa di subordinare le soluzioni negoziate della crisi alla volontà della maggioranza dei creditori, sotto il controllo di legittimità da parte del Tribunale competente. Per superare tale difficoltà, si dovrebbe predicare, quindi, il disconoscimento del diritto individuale di opposizione in capo ai creditori della società proponente il concordato preventivo o fallimentare mediante fusione, affidando ogni loro tutela al rimedio endo-concorsuale dell'opposizione all'omologa, in quanto assorbente ogni altra tutela”.

Potrebbe in ogni caso essere rilevante strutturare l'operazione da un punto di vista temporale in modo tale che la delibera di fusione intercorra prima della presentazione dell'istanza di ammissione al concordato, e la pubblicazione della stessa sia effettuata ai sensi dell'art. 2502-*bis* nei giorni successivi, così che al momento della adunanza dei creditori - e quindi a maggior ragione nel momento successivo a questa di verifica della sussistenza delle maggioranze - i sessanta giorni per l'opposizione ex art. 2503 c.c. siano già decorsi. In questo caso la scansione temporale degli eventi permetterebbe di tenere distinte le eventuali opposizioni alla fusione dalle eventuali opposizioni all'omologa del concordato. Il non esercizio del diritto individuale di opposizione alla delibera di fusione *ex* art. 2503 c.c. potrebbe essere considerato, stante la sua definitività, elemento rilevante di valutazione in caso di presentazione di successive opposizioni all'omologa del concordato fondate su indicazioni di criticità relative alla fusione tra le procedure e proposte da soggetti non opposti nei termini di legge alla attuazione della medesima fusione.

Vale infine la pena di svolgere un ulteriore approfondimento in merito alla opposizione *ex* art. 2503 c.c. Sarebbe in linea teorica possibile a norma del c. 1 dell'art. 2503 c.c. per le società partecipanti alla fusione eliminare la potenziale opposizione dei creditori - salvo che non ci sia il consenso

scritto all'operazione - con due strumenti ossia con il pagamento dei crediti per l'intera somma e con il deposito delle somme corrispondenti presso un istituto di credito. Ad evidenza questa parte della normativa non risulta applicabile *tout court* alla fattispecie in esame non essendo i citati pagamenti possibili a valere sugli attivi concordatari. Questi ultimi rappresentano, per definizione e proprio in forza dell'auspicata ammissione alla procedura, dei "patrimoni destinati" alla soddisfazione dell'intera massa dei creditori in coerenza con quanto indicato in proposta. Pare a chi scrive, pertanto, scontato che non sarebbe lecito tacitare - mediante pagamenti a valere sulle risorse delle aziende proponenti - gli eventuali oppositori alla fusione. Ciò varrebbe probabilmente anche nel caso in cui gli oppositori fossero soggetti aventi diritto al privilegio, in quanto in ogni caso sarebbe ad essi riservato un trattamento preferenziale quantomeno con riferimento alla tempistica dei pagamenti. La società non prevede infatti nel proprio piano nessun intervento di tale sorta.

### **3.2. Satisfazione dei crediti e risoluzione nel concordato preventivo: profili di "interferenza" tra diritto concorsuale e disciplina codicistica<sup>(\*)</sup>**

Nell'enucleare gli elementi contenutistici del piano di concordato, l'art. 160 ne individua alcuni che rivestono carattere eventuale (l'attribuzione delle attività a un assuntore, la suddivisione dei creditori in classi - di là dalle ipotesi, che taluno configura, di classi obbligatorie nel caso di falcidia dell'Erario e dei creditori ipotecari - e la previsione di trattamenti differenziati fra classi) e altri che devono invece ritenersi essenziali: la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti.

Questi ultimi costituiscono, a ben guardare, due facce della stessa medaglia, nel senso che in un'impresa in crisi (anzi, di regola insolvente) in tanto è possibile soddisfare i crediti in misura non irrisoria in quanto si proceda a stralciare, o almeno a riscadenziare, larga parte dei debiti.

La legge non fornisce indicazioni di sorta circa l'entità di tale soddisfazione, né riguardo al tempo entro il quale essa debba avere luogo.

---

<sup>(\*)</sup> A cura di Stefano Ambrosini, Ordinario di Diritto Commerciale nell'Università del Piemonte Orientale, Avvocato in Torino e Milano.

Nondimeno, secondo una corrente di pensiero, nel concordato con cessione dei beni il debitore sarebbe tenuto a indicare la percentuale di soddisfazione che i creditori chirografari devono attendersi, nonché l'arco temporale in cui si prevede che ciò avvenga, e sensibili scostamenti da dette indicazioni comporterebbero la risoluzione del concordato.

L'assunto va vagliato alla stregua dei principi in tema di adempimento delle obbligazioni, con una precisazione preliminare: il concordato preventivo non è definibile *sic et simpliciter* come un contratto fra soggetti privati, non foss'altro in virtù del fatto che (i) il concordato non produce effetto in assenza dell'omologazione da parte del tribunale (mentre la materia contrattuale è retta dal principio consensualistico ex art. 1326 c.c.) e che (ii) il concordato ha effetto anche nei confronti dei creditori dissenzienti (laddove il contratto ha forza di legge fra le parti e non produce effetto rispetto a soggetti diversi, ad eccezione della stipulazione a favore di un terzo: artt. 1372 e 1411 c.c.). Ragioni, queste, in base alle quali l'accordo di ristrutturazione ex art. 182-*bis* ha, esso sì, natura negoziale, in quanto (i) l'omologazione può essere prevista come condizione non essenziale al perfezionamento dell'intesa (essendo indispensabile solo ai fini dell'esenzione da revocatoria fallimentare) e (ii) vincola solo i creditori aderenti e non anche quelli rimasti estranei all'accordo.

Da questa precisazione discende un primo corollario: l'oggettiva difficoltà di utilizzare la disciplina dei contratti con la pretesa di sciogliere per questa sola via i complessi dubbi interpretativi che la materia del concordato preventivo pone. Ciò è a dirsi, ad esempio, dell'art. 1346 c.c., che non consente di per sé di postulare né, attraverso la previsione circa la determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto, l'obbligo di indicare la percentuale da parte del debitore che richieda il concordato, né tanto meno, tramite il requisito della possibilità dell'oggetto, lo scrutinio giudiziale, sin dalla fase di ammissione, in ordine alla fattibilità del piano.

L'oggetto della proposta concordataria, invero, non è la percentuale destinata ai chirografari, bensì la stessa cessione dei beni. Se quindi si è in molti, in dottrina come in giurisprudenza, a predicare la necessità per il debitore di calcolare e indicare detta percentuale, il motivo risiede nella necessità di offrire quanti più elementi possibili ai creditori affinché la loro volontà possa formarsi in modo consapevole e ponderato, non consistendo invece in norme insussistenti o in principi difficilmente trasponibili nell'ambito che ci occupa.

Un discorso differente può essere condotto, invece, per ciò che attiene al tempo della soddisfazione dei creditori, giacché ai sensi dell'art. 1183

c.c., se non è determinato il tempo in cui la prestazione va eseguita, il creditore può esigerla immediatamente. È quindi precipuo interesse dello stesso debitore indicare l'arco temporale entro il quale si presume possano essere realizzate le attività oggetto di cessione (e ciò di là dall'esigenza, anche in questo caso, di tutelare il diritto dei creditori a essere informati del tempo verosimilmente occorrente per la soddisfazione delle rispettive pretese). Non sembra infatti potersi invocare la necessità della previa costituzione in mora ex art. 1454 c.c., quanto meno tutte le volte in cui – come ha chiarito la Cassazione – risulti decorso un periodo eccedente il limite dell'usuale tolleranza.

Appurate le ragioni, diverse tuttavia da quelle invocate da alcuni interpreti, in base alle quali occorre indicare, nella domanda di concordato, percentuale (anche a forbice, purché non irragionevolmente ampia) di soddisfacimento dei crediti chirografari e tempo di realizzo dei beni ceduti, si deve a questo punto affrontare l'interrogativo più delicato, inerente alla vincolatività per il debitore della percentuale indicata e dell'arco temporale preventivato, poiché da ciò consegue, in caso affermativo, la facoltà di ciascun creditore di richiedere la risoluzione del concordato (facoltà che non compete al commissario né al liquidatore giudiziale, neppure – è da ritenere – in dipendenza dei compensi ancora da riscuotere, salvo forse il caso di conclamata incapienza dell'attivo a coprire anche le spese di procedura).

La risposta sembra dipendere dalla configurabilità o meno, nell'ipotesi di significativi disallineamenti dalle suddette previsioni, di un inadempimento da parte del debitore, posto che lo stesso art. 186 circoscrive espressamente – né potrebbe essere altrimenti – il proprio ambito di operatività alla risoluzione per inadempimento.

Sotto questo profilo, rilevanza decisiva assume il tenore della proposta concordataria: ove il debitore abbia con essa fornito ai creditori chirografari assicurazioni circa entità e tempistica della loro soddisfazione, il mancato avveramento di tali situazioni pare integrare gli estremi dell'inadempimento; ove al contrario – come per lo più accade – il debitore abbia esplicitato trattarsi di mere stime previsionali, dichiaratamente non vincolanti (con ciò scontando fatalmente una minor "vis attractiva" della proposta), non pare ravvisabile la possibilità di agire per la risoluzione.

Ed invero, l'esperienza insegna che esistono molteplici variabili, del tutto indipendenti dalla volontà o dalla sfera di controllo del debitore, che possono condurre a una parziale frustrazione delle attese del ceto creditorio (dal generale peggioramento del quadro economico a quello di

un determinato settore merceologico, dall'incremento del costo di energia e carburante alla flessione del mercato immobiliare), sicché difficilmente situazioni di tal genere risultano riconducibili alla nozione civilistica di inadempimento: al punto che persino nel caso dell'assunzione di un impegno a rispettare le previsioni indicate si potrebbe forse, in determinati casi, invocare la valenza scriminante dell'impossibilità della prestazione derivata da causa non imputabile al debitore (art. 1218 c.c.).

L'unico appiglio che parte (in verità minoritaria) della giurisprudenza ha ravvisato in senso contrario è contenuto nella disciplina codicistica della cessione dei beni e, più precisamente nell'art. 1984, ai sensi del quale, salvo patto contrario, il debitore è liberato nei confronti dei creditori solo dal giorno in cui essi ricevono la parte loro spettante sul ricavato della liquidazione e nei limiti di quanto da essi ricevuto.

Senonché l'argomento, per quanto suggestivo, sembra dare per presupposto ciò che invece deve costituire oggetto di dimostrazione, vale a dire la piena riconducibilità della cessione bonorum concordataria al "modello" dell'art. 1977 c.c.

A ben vedere, però, gli elementi distintivi fra le due fattispecie depongono chiaramente nel senso della loro (quanto meno parziale) alterità. Così, a titolo esemplificativo e a tacer d'altro: la cessione concordataria riguarda tutti i beni del debitore ed è destinata all'intero ceto creditorio, mentre quella codicistica può concernere solo una parte dei beni del debitore e può essere convenuta con una parte soltanto dei suoi creditori; i creditori rimasti parzialmente insoddisfatti dopo il riparto ex art. 1982 c.c. sono liberi di instare per il fallimento, mentre il concordato ha notoriamente un effetto esdebitativo generale; la cessione dei beni di cui all'art. 1977 c.c. è un mandato conferito dal debitore ai creditori o ad alcuni di essi per liquidare le sue attività, laddove nel concordato è in linea di principio il tribunale a designare il liquidatore e a stabilire le modalità di liquidazione.

Ma anche a voler accedere, per un attimo, a una concezione "osmotica" del rapporto fra i due istituti (che peraltro si auspica di aver testé confutato), non si potrebbe non tenere conto, proprio nel momento in cui si pretende di applicare il regime codicistico al concordato, della peculiare disciplina di quest'ultimo, sicché l'espressione "se non vi è patto contrario" di cui all'esordio dell'art. 1984 c.c. potrebbe venire riferita all'approvazione del concordato, seppur attraverso la regola maggioritaria e non da ciascuno dei creditori, garantendo in tal modo il permanere dell'effetto esdebitativo dell'omologazione.

In definitiva, non sembrano rinvenirsi, nella disciplina concorsuale

come in quella codicistica, un indice testuale affidante né un percorso ermeneutico lineare che confermino la tesi della natura vincolante della percentuale di soddisfazione e del tempo di realizzo, pur doverosamente esplicitati dal debitore nella proposta di concordato; il che, al postutto, risulta coerente con quell'ineludibile margine di alea che contraddistingue tutte le situazioni nelle quali si è chiamati a effettuare valutazioni prognostiche sui tempi e sul risultato dell'alienazione di beni, di qualsivoglia natura essi siano. D'altronde, pare che neppure la sfera di cristallo del matematico e occultista britannico John Dee avesse dato, a dispetto dell'esistenza di un manuale di istruzioni per l'uso (sic!), grande prova di sé già nell'Inghilterra del XVI secolo.

### **3.3. La transazione fiscale e previdenziale nel concordato preventivo: profili evolutivi dell'istituto<sup>(\*)</sup>**

#### **3.3.1. Premessa**

A seguito della riforma del diritto fallimentare messa in atto attraverso il D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, conformemente alla delega contenuta nell'art. 1, comma 5, del D.L. 14 marzo 2005, n. 35 (convertito, con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80), è stata introdotta, nel Titolo III, capo V, della legge fallimentare, la possibilità di presentare la domanda di transazione delle obbligazioni tributarie, sulla base dell'art. 182-*ter* della legge fallimentare.

La transazione fiscale rappresenta una particolare procedura "transattiva" tra Fisco e contribuente ed ha ad oggetto la possibilità di pagamento in misura ridotta e/o dilazionata del credito tributario privilegiato, oltre a quello chirografario.

Tale istituto, previsto originariamente ed esclusivamente per i soggetti rientranti nella procedura di concordato preventivo, è stato esteso – a seguito delle modifiche operate dall'art. 16, comma 5, del D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, all'art. 183-*ter* della legge fallimentare – dal 1° gennaio 2008, anche nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-*bis* del novellato R.D. 16 marzo 1942, n. 267.

---

<sup>(\*)</sup> A cura di Andrea Corti, Dottore Commercialista e Revisore Legale, Componente della Commissione Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali ODCEC Milano.

È utile precisare, fin da ora, che la transazione fiscale non si aggiunge agli altri strumenti deflattivi – per dirimere eventuali controversie già sorte o prevenirne l’insorgenza – previsti dall’ordinamento tributario, ma la sua applicabilità resta circoscritta all’interno delle procedure concorsuali e subordinata esclusivamente alla presentazione del concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti.

### 3.3.2. Le origini dell’istituto e il “Decreto Salva-Lazio”

In base all’ormai abrogato art. 3, comma 3, del D.L. 8 luglio 2002, n. 138 (convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 2002, n. 178), per effetto dell’art. 151 del D.Lgs. n. 5/2006, l’ordinamento tributario aveva previsto la possibilità, per l’Agenzia delle entrate, qualora a seguito dell’inizio della procedura esecutiva venisse riscontrata l’insolvenza del debitore ovvero fosse sopraggiunta una procedura concorsuale, di “patteggiare” i propri crediti iscritti a ruolo – in attuazione del principio di economicità – al fine di conseguire, seppur limitatamente agli importi transatti, l’incasso di somme che altrimenti potevano essere vanificate dando seguito alle azioni esecutive.

Il provvedimento normativo, meglio conosciuto come “Lodo Lazio”, prevedeva che il pagamento dei tributi erariali potesse avvenire mediante la riduzione del carico fiscale del 30% e la rateizzazione al tasso del 2,5% del debito residuo in 23 anni. Le disposizioni contenute nel provvedimento normativo summenzionato si applicavano ai tributi iscritti a ruolo e il cui gettito fosse di esclusiva spettanza dello stato<sup>(19)</sup>.

Al fine di aderire alla transazione era richiesto che si fosse dato inizio della procedura esecutiva da parte del concessionario della riscossione e che l’imprenditore versasse in uno stato di insolvenza o fosse assoggettato a procedure concorsuali. Inoltre la transazione non poteva essere accettata autonomamente dall’ufficio, ma necessitava di parere conforme della Commissione Consultiva per la riscossione<sup>(20)</sup>, acquisiti altresì gli ulteriori pareri obbligatoriamente prescritti dalle vigenti disposizione di legge. Nell’evidente fine di contenere il procedimento in termini brevi, la legge prescriveva che gli organi tenuti a esprimere il proprio parere lo rendessero nei 45 giorni successivi alla richiesta da parte del Direttore

<sup>(19)</sup> Restavano escluse, per esempio, le addizionali Irpef il cui gettito è attribuito agli enti locali.

<sup>(20)</sup> Art. 6, D.Lgs. 112/1999.

dell’Agenzia delle Entrate, con l’eventuale mancato rilascio del parere che era configurato come silenzio-assenso.

La ratio sottesa all’istituto era di favorire la possibilità di individuare un accordo transattivo del debito che fosse economico e proficuo, in ossequio al principio di buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.)<sup>(21)</sup>, per evitare di ricorrere alla procedura di riscossione coattiva, spesso con esiti non positivi per il concessionario<sup>(22)</sup>.

Accanto ai rinnovati istituti della rateizzazione e dilazione delle imposte, scaturenti sia dalla dichiarazione che dall’attività di accertamento, l’Agenzia delle Entrate veniva a disporre di un ulteriore importante strumento per definire le posizioni debitorie in sofferenza, per le quali l’eventuale azione espropriativa intrapresa dal concessionario avrebbe potuto non garantire il soddisfacimento del credito erariale<sup>(23)</sup>.

Il “Lodo Lazio” ha suscitato non poche polemiche poiché il provvedimento legislativo di favore è stato emanato ad hoc, generando un trattamento differenziato rispetto a chi voleva far diventare la transazione fiscale uno strumento generale che consentisse a tutte le società ed imprese di risanare i debiti con il Fisco qualora si fossero trovate nelle medesime condizioni della società calcistica.

Nei fatti l’istituto della “transazione dei ruoli” non è stato quasi mai applicato nel nostro ordinamento, sia per la carenza di adeguate istruzioni di riferimento (circolari) non emanate agli Uffici, sia per l’obiettivo responsabilità attribuita ai Direttori degli Uffici nella definizione dei soggetti che avrebbero potuto accedere ai benefici di legge.

La circolare esplicativa n. 8 del 4 marzo 2005, ha definitivamente decretato la fine delle possibilità di attuazione della transazione tributaria poiché ha “messo in guardia” gli Uffici circa i rischi che sarebbero stati corsi nel caso di transazione tributaria attuata nei confronti di soggetti aventi le caratteristiche di imprenditori commerciali suscettibili di successivo fallimento.

---

<sup>(21)</sup> Motivo per il quale non si faceva distinzione tra tipo di imposta, tra credito privilegiato e chirografo.

<sup>(22)</sup> Pellegrinelli P., *Procedimento e controllo giurisdizionale nella soluzione negoziale della crisi*, p. 232. Al riguardo la C.M. 4 marzo 2005, n. 8/E ha specificato che il principio di economicità dell’azione amministrativa assurgeva ad elemento qualificante dell’istituto ed al tempo stesso elemento importante di valutazione per la sua applicazione.

<sup>(23)</sup> Felicioni A., *La transazione fiscale e contributiva*, in ItaliaOggi 12 lug. 2010.

Si è difatti ritenuto di dover escludere la possibilità di concludere accordi transattivi con debitori che rivestono la qualifica di imprenditore commerciale assoggettabile al fallimento, ai sensi dell'art. 1 del R.D. n. 267 del 1942 se non a condizione che l'accordo proposto all'Agenzia si inserisse in un piano di riassetto dell'impresa di più ampia portata e di ristrutturazione del debito che prevedesse il coinvolgimento di tutti i creditori, quali risultanti da certificazione rilasciata da uno dei soggetti di cui all'art. 2409-*bis* del c.c.; con la precisazione che i creditori assistiti da privilegio di grado pari o superiore a quello dell'Erario dovessero esprimere il loro assenso all'accordo proposto all'Agenzia. Di qui è sorta l'esigenza del legislatore di inserire la norma della transazione fiscale non più nel corpus delle norme di diritto tributario, ma direttamente nel corpus delle norme di diritto fallimentare affinché il procedimento transattivo da attuarsi nei confronti delle pretese dell'Agenzia delle Entrate, potesse integrarsi con il trattamento da riservare alle altre categorie di creditori<sup>(24)</sup>.

### Evoluzione dell'istituto della transazione fiscale

	D.L. 138/2002	Art. 182- <i>ter</i>
Oggetto	Tributi iscritti a ruolo, per i quali fossero già state avviate azioni esecutive.	Anche tributi non iscritti a ruolo e per i quali non sia necessariamente iniziata l'attività esecutiva da parte del concessionario della riscossione.
Ratio	Maggiore proficuità ed economicità dell'accordo transattivo rispetto alle procedure di esecuzione forzata.	Non solo convenienza ma soprattutto evitare il dissesto irreversibile dell'imprenditore in stato di crisi, salvaguardia dei livelli occupazionali, necessità di preservare la continuità aziendale.
Istituto	Istituto autonomo.	Strumento preconcorsuale/paraconcorsuale.
Iniziativa	Agenzia delle entrate.	Debitore.

#### 3.3.3. L'art. 182-*ter*: formulazione originaria

Per effetto dell'abrogazione della precedente disciplina da parte dell'art. 151, D.Lgs 9 gen. 2006, n. 5, detto istituto è oggi disciplinato dall'art. 182-*ter* della legge fallimentare.

Il legislatore si è ispirato ad alcuni modelli di soluzioni concordate fra fisco e contribuente, quali l'accertamento con adesione o la c.d.

<sup>(24)</sup> Dominici C., La transazione tributaria art. 182-*ter*, SAF, 28 ottobre 2008.

transazione dei ruoli, col fine di concludere una sorta di “concordato fiscale” destinato a inserirsi in una procedura di concordato preventivo, idoneo a rendere certa la quantificazione del debito fiscale e, inoltre, potenzialmente a consentire il pagamento delle pretese erariali privilegiate in misura inferiore a quella integrale, purché non intervenga un trattamento peggiore rispetto ad analoghi privilegi di altri creditori ed in ogni caso una violazione dell’ordine dei privilegi fissato dal codice civile e dalle leggi speciali.

Per questo è stato ideato come una sorta di concordato nel concordato, che può essere richiesto da chi si trovi in crisi ed a maggior ragione in insolvenza, ed abbia intenzione di depositare domanda di concordato preventivo, offrendo il pagamento anche parziale dei tributi e dei relativi accessori anche se non sono ancora iscritti a ruolo, con la sola esclusione dei tributi costituenti risorse proprie dell’Unione Europea<sup>(25)</sup>.

A differenza della transazione dei ruoli, che richiedeva una ponderazione del sacrificio imposto alla pretesa tributaria con le prospettive di realizzo del credito, la transazione fiscale risulta tutt’oggi carente di esplicite e precise direttive legislative in grado di indirizzare la decisione dell’amministrazione finanziaria sulla proposta di transazione fiscale, costituendone dunque uno dei più gravi limiti, fonte di difficoltà e incertezze applicative<sup>(26)</sup>.

L’istituto della transazione fiscale costituisce una deroga al generale principio di indisponibilità dell’obbligazione tributaria, per cui non è possibile pervenire ad una soddisfazione parziale del credito tributario al di fuori della specifica ed esclusiva ipotesi di cui all’art. 182-ter<sup>(27)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> Paluchowski A., in *Codice Pajardi* ed. 2009.

<sup>(26)</sup> Cosentino N., *Transazione fiscale e concordato preventivo*, Varese, 5 apr. 2011.

<sup>(27)</sup> Cosentino N., *Transazione fiscale e concordato preventivo*, Varese, 5 apr. 2011.

La dottrina e la giurisprudenza che tentano di difendere l’interpretazione della norma che impone – sempre e comunque – il pagamento integrale dell’IVA fanno leva anche sul principio di indisponibilità dell’obbligazione tributaria, che – sostengono – essere anch’esso costituzionalmente garantito; in verità, tale principio è stato, pressoché, superato proprio dall’introduzione della transazione fiscale ex art. 182-ter L.F. Sul punto, autorevole dottrina ha avuto modo di osservare che “La transazione fiscale ha rappresentato una conferma del tramonto – se non altro come dogma – del principio di indisponibilità dell’obbligazione tributaria [Le cui origini si trovano nell’art. 49 della L. 29 maggio 1924, n. 827 (“Regolamento per l’amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato”), laddove dispone che “nei contratti non si può

La collocazione nell'ambito della legge fallimentare e, più specificatamente, nel contesto della disciplina del concordato preventivo, conferma che il novellato istituto è possibile solo nell'ambito delle procedure concorsuali.

Nella sua originaria formulazione, l'art. 182-*ter* consentiva, ai soli contribuenti che potevano usufruire della procedura di concordato preventivo, di pervenire al pagamento parziale dei tributi amministrati dalle agenzie fiscali, non definendo tuttavia in modo chiaro ed indiscutibile il ruolo dell'Agenzia delle Entrate e i criteri cui tale soggetto avrebbe dovuto uniformarsi per valutare se accettare o meno la transazione<sup>(28)</sup>.

La ratio che giustifica il ricorso a detto strumento transattivo, si lega essenzialmente all'esigenza di voler privilegiare la composizione concordata della crisi, evitando così, per quanto possibile, il dissesto irreversibile dell'imprenditore commerciale. D'altro canto l'inserimento della transazione fiscale nell'ambito delle procedure di concordato preventivo garantisce il controllo da parte di organi giudiziari all'interno di una procedura che vede la partecipazione dei creditori.

In quest'ottica si comprende anche il motivo per cui l'art. 3, co. 3, D.L. 138/2002 attribuiva l'iniziativa della transazione all'Agenzia delle Entrate,

---

convenire esenzione da qualsiasi specie di imposte o tasse vigenti all'epoca della loro stipulazione"]. Tale principio invero, pur essendo ispirato all'art. 53 Cost., non ha mai avuto una vera e propria copertura costituzionale, poiché l'obbligo per ciascun cittadino di concorrere alle spese pubbliche convive con il valore costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), il quale comporta il poterdovere di quest'ultima di evitare che il procedimento di applicazione e riscossione di un tributo generi, in concreto, costi superiori alle entrate" (Vella Paola, "La problematica scissione tra facoltatività procedimentale e obbligatorietà sostanziale dell'art. 182-*ter* LF", in *Il Fallimento* 2/2012, Ipsoa).

<sup>(28)</sup> "Sembra si debba sottoscrivere l'auspicio di una rimodulazione della discrezionalità amministrativa in sede di proposta della transazione fiscale, valorizzando non tanto generiche ed arbitrarie valutazioni dei riflessi occupazionali ed economici del salvataggio aziendale, quanto istanze (saldamente ancorate all'art. 97 Cost.) di maggior efficacia, economicità, proficuità e rapidità della riscossione dei crediti fiscali, riprendendo l'impostazione di fondo sottesa alla "vecchia" transazione dei ruoli. In tale prospettiva è possibile riconoscere il valore di conservazione dell'impresa, ma solo se essa sia fondata su un piano concordatario realmente fattibile che lasci ragionevolmente prognosticare la sopravvivenza, con l'impresa, di un soggetto ancora in grado di produrre, in futuro, gettito fiscale che giustifichi il sacrificio imposto all'Erario", Cosentino N., *Transazione fiscale e concordato preventivo*, Varese, 5 apr. 2011.

mentre l'art. 182-*ter* stabilisce che la proposta di transazione può essere avanzata dal debitore con il piano di concordato preventivo<sup>(29)</sup>.

È possibile, nell'analisi delle modifiche intervenute, distinguere due linee succedutesi nel tempo; la prima volta ad allargare l'ambito applicativo della transazione fiscale, sia da un punto di vista delle procedure coinvolte sia con riferimento ai crediti istituzionali transigibili. La seconda, più recente, volta invece a limitare e arginare alcuni fenomeni di abuso delle misure introdotte, evidentemente alla luce delle esperienze via via maturate.

### 3.3.4. L'art. 182-*ter*: modifiche apportate dal Decreto Correttivo D.Lgs. 12 sett. 2007, n. 169

#### Transazione fiscale e accordi di ristrutturazione

Un primo intervento modificativo all'originaria stesura dell'articolo 182-*ter* L.F. è risultato quello, ad opera del D.Lgs. 12 set. 2007, n. 169, che ha introdotto al 6° comma dell'art. 182-*ter* L.F. la possibilità di proporre l'istanza di transazione anche nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti previsti dall'articolo 182-*bis* L.F., disponendo che la proposta debba essere avanzata nel corso delle trattative che precedono la stipula di detti accordi.

Tale disposizione pare fare un parallelo con l'ipotesi della transazione fiscale nell'ambito del concordato preventivo, nel senso che la proposta di transazione entra a far parte integrante dell'accordo di ristrutturazione e che non possa, dunque, innestarsi in un accordo già pubblicato nel registro delle imprese di cui si sia già richiesta l'omologa<sup>(30)</sup>.

Occorre sottolineare come, a differenza del concordato nel quale gli effetti sdebitatori si realizzano anche nei confronti dei creditori minoritari non aderenti alla proposta di concordato, nell'ipotesi di accordi di

---

<sup>(29)</sup> L'istituto regolato dall'art. 182-*ter* L.F. non può dirsi essere connotato dai medesimi principi di economicità e controllo, sicché la sua applicazione resta in balia di una pericolosa arbitrarietà di valutazione da parte dell'amministrazione, la quale, privata dell'identificazione normativa del fine cui ispirare la propria scelta, quello del maggiore introito, potrà accettare o meno proposte di transazione con motivazioni le più astruse e disparate tra loro confliggenti (La Croce G., *La transazione Fiscale*, 2011, Ipsoa, p. 6).

<sup>(30)</sup> Ferrajoli L., *Transazione fiscale: natura e applicazione*, in *ilsole24ore* 6 giugno 2009.

ristrutturazione, che vincola esclusivamente i creditori che aderiscono, la transazione fiscale risulta essere l'unico strumento per raggiungere un accordo con l'Amministrazione finanziaria. Detto accordo postula comunque che l'Amministrazione finanziaria valuti la proposta tenuto conto della circostanza che esiste comunque un riferimento normativo al co. 1 dell'art. 182-ter, che limita la possibilità di addivenire alla transazione fiscale stabilendo che i crediti erariali, previdenziali ed assistenziali non possono avere trattamento deteriore rispetto a quelli di rango almeno pari.

Se la disposizione di cui al 1° co., art. 182-ter L.F. ha un preciso senso nel concordato preventivo, nel quale i creditori hanno un trattamento omogeneo, salva la suddivisione in classi, essa finisce per costituire una grave remora alla soluzione della crisi facendo ricorso agli accordi ex art. 182-bis L.F., in cui la regolazione delle pretese dei singoli creditori dipende dalla contrattazione individuale, essendo fisiologica una sostanziale diversità nella soddisfazione delle varie pretese<sup>(31)</sup>.

Come affermato recentemente dalla giurisprudenza milanese, agli accordi di ristrutturazione è inapplicabile la regola espressa nel 1° comma dell'art. 182-ter L.F., posto che all'interno degli stessi è ben possibile raggiungere accordi individuali che comportino trattamenti differenziati tra i vari creditori, senza alcuna necessità di rispettare il rango rispettivo, ed anzi ammettendosi trattamenti migliori a creditori in posizione deteriore<sup>(32)</sup>.

Un aspetto procedurale distintivo tra le transazioni fiscali in ambito concordatario e quelle nell'ambito degli accordi di ristrutturazione è che nel primo caso la proposta di transazione è contestuale alla presentazione della domanda di ammissione alla procedura, nel secondo caso invece la proposta di transazione viene sviluppata nell'ambito delle trattative che precedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione. Nel primo caso la tutela del debitore e degli altri creditori nei confronti di atti esecutivi posti in essere dall'Erario avviene per legge in forza dell'art. 168 L.F. Nel secondo caso tale tutela non sussiste, in quanto il divieto di azioni cautelari ed esecutive sul patrimonio del debitore decorre, per il limitato periodo di sessanta giorni, dalla data di pubblicazione dell'accordo nel registro imprese.

---

<sup>(31)</sup> Trentini C., *Accordi di ristrutturazione dei debiti: questioni varie ed impar condicio creditorum*, in Fall. 4/2012, p. 471.

<sup>(32)</sup> Tribunale di Milano, 15 novembre 2011.

Anche in assenza di una norma espressa è ragionevole pensare che l'ente deputato alla riscossione sospenda le proprie attività esecutive per il tempo necessario all'ufficio per pervenire alle proprie determinazioni<sup>(33)</sup>.

### Trattamento del credito IVA

Con il medesimo intervento modificativo, il legislatore ha sgomberato il campo da alcune polemiche che erano sorte nel corso dei primi mesi di applicazione della disposizione, con riferimento, in particolare, al trattamento da riservare all'imposta sul valore aggiunto.

L'esclusione espressa dei tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea, sui quali lo stato italiano non ha competenza a transigere, era stata estesa, a livello di prassi dell'Agenzia delle entrate (circolare 40/E del 18 aprile 2008), anche all'IVA, ovviamente solo per la quota capitale.

In verità alcuni tribunali e la dottrina maggioritaria, con un orientamento che si andava via via consolidando, avevano negato che le previsioni normative riferite ai tributi propri della Comunità Europea potessero essere traslate all'IVA. Ciò nel presupposto, si diceva, che l'IVA è comunque un tributo nazionale, seppur di matrice comunitaria e soprattutto la quota di riversamento che lo stato è chiamato a fare a favore della Comunità europea è ancorata al livello di Pil e ad altri dati che non sono in alcun modo legati all'effettivo tributo riscosso dall'amministrazione finanziaria italiana.

È chiaro che l'eventuale inclusione dell'IVA tra i tributi falcidiabili avrebbe mutato parecchio lo scenario della transazione dal momento che si tratta di uno dei tributi che più spesso rappresentano il debito tributario dell'imprenditore. Per evitare, quindi, qualsiasi malinteso il legislatore ha normativamente indicato che il trattamento dell'IVA nella transazione fiscale può prevedere solo la dilazione di pagamento senza alcuna possibilità di falcidiare l'importo in linea capitale<sup>(34)</sup>.

### Tributi non iscritti a ruolo

Il decreto correttivo, modificando l'art. 182-*ter*, co. 6, L.F., ha fatto luce sul dibattito formulato sull'art. 182-*ter* originario e i tributi non iscritti a ruolo.

---

<sup>(33)</sup> La Croce G., *La transazione Fiscale*, 2011, Ipsoa, p. 85.

<sup>(34)</sup> Codice Fallimentare Pajardi.

Il 6° comma novellato fa esplicito riferimento all'assenso alla transazione che deve rilasciare il direttore dell'ufficio, su conforme parere della competente Direzione regionale, "relativamente ai tributi non iscritti a ruolo ovvero non ancora consegnati al concessionario del servizio nazionale per la riscossione".

Di conseguenza deve potersi affermare che oggetto di accordo transattivo possono essere anche i tributi autodichiarati dal contribuente e ancora non controllati dagli uffici.

Il debito tributario oggetto di domanda transattiva è dunque attribuito alla competenza di due distinti centri decisionali: l'Agenzia delle Entrate e il concessionario incaricato della riscossione (oggi Equitalia Spa), ognuno dei quali avrà dinanzi una distinta domanda presentata dal contribuente, contenente, per l'Agenzia, i debiti autodichiarati per i quali ancora non sono scaduti i termini per l'accertamento (o anche in corso di accertamento ancora non definitivo), e, per il concessionario, i debiti tributari che debbono essere iscritti al ruolo e notificati mediante il particolare procedimento previsto per la riscossione<sup>(35)</sup>.

### 3.3.5. L'art. 182-ter. modifiche apportate dal D.L. 29 novembre 2008, n. 185 convertito con modifiche dalla L. 2/2009

#### La transazione previdenziale

La transazione previdenziale, ovvero la possibilità di transigere i contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza ed assistenza obbligatoria e dei relativi accessori, è stata introdotta dal D.L. 185/2008, che al co. 6 dell'art. 32 demandava ad un apposito decreto del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da emanare entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto, per quanto concerne le modalità di applicazione nonché i criteri e le condizioni di accettazione da parte degli enti previdenziali degli accordi sui crediti contributivi.

Il legislatore ha ampliato l'ambito della transazione oltre al debito meramente fiscale, rendendosi opportunamente conto che spesso la maggior parte del debito privilegiato contratto dall'imprenditore è nei

---

<sup>(35)</sup> Paluchoswki A., in Codice Pajardi ed. 2009.

confronti degli enti previdenziali, in particolare verso l'INPS, poiché nella prassi il primo e più comune modo di autofinanziamento dell'imprenditore in crisi finanziaria coincide con la omissione dei versamenti contributivi e con l'utilizzo delle somme non versate come previsto dalla legge per finanziare l'attività imprenditoriale<sup>(36)</sup>.

L'apposito decreto, emanato dal Ministro del Lavoro il 4 agosto 2009, definisce all'art. 1, co. 2, l'ambito di applicazione: dunque possono essere oggetto di transazione previdenziale i crediti per contributi, premi ed accessori di legge assistiti da privilegio o aventi natura chirografari, iscritti o non iscritti a ruolo. Restano invece esclusi, per espressa previsione del terzo comma: a) i crediti oggetto di cartolarizzazione ai sensi dell'art. 13, legge n. 448 del 1998 e successive modificazioni; b) i crediti dovuti in esecuzione delle decisioni assunte dagli organi comunitari in materia di aiuti di Stato.

Tale decreto, all'art.3, definisce altresì le soglie di trattamento minimo dei crediti previdenziali, particolarmente elevate, al di sotto delle quali l'Ufficio è tenuto a negare il proprio assenso: 100% per i crediti assistiti dal privilegio di cui all'art. 2778 1° comma n. 1, c.c., 40% per i crediti assistiti dal privilegio di cui all'art. 2778 1° comma n. 8, c.c. e 30% per i crediti chirografari.

Inoltre l'eventuale dilazione non può superare le sessanta rate mensili, con applicazione degli interessi al tasso legale vigente pro tempore.

Vi è però da sottolineare che il mancato rispetto di tali indicazioni vale solo a giustificare il rifiuto degli enti previdenziali e assistenziali alla transazione contributiva, ma non incide sulla proponibilità della transazione contributiva.

Riguardo alle condizioni di accettazione da parte degli enti previdenziali preposti, l'art. 4 fissa cinque parametri valutativi costituiti da: a) idoneità dell'attivo ad assicurare il soddisfacimento dei crediti anche mediante prestazione di eventuali garanzie; b) riconoscimento formale ed incondizionato del credito per contributi e premi e rinuncia a tutte le eccezioni che possano influire sulla esistenza ed azionabilità dello stesso; c) correntezza nel pagamento dei contributi e premi dovuti per i periodi successivi alla presentazione della proposta di accordo; d) versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali operate sulle retribuzioni dei lavoratori dipendenti ai fini dell'accesso alla dilazione dei crediti; e)

---

<sup>(36)</sup> Felicioni A., *La transazione fiscale e contributiva*, in Italia Oggi 27 lug. 2010.

essenzialità dell'accordo ai fini della continuità dell'attività dell'impresa e di ogni possibile salvaguardia dei livelli occupazionali, tenuto conto dell'importanza che la stessa riveste nel contesto economico-sociale dell'area in cui opera<sup>(37)</sup>.

### Trattamento del credito IVA

Il D.L. 185/2008 ha stabilito che la proposta di transazione fiscale, per quanto concerne l'IVA, deve prevedere in via esclusiva la dilazione di pagamento, con la conseguenza che la proposta del contribuente può disciplinare la mera dilazione del pagamento e non la rinuncia, anche parziale, a titolo transattivo.

Con la circolare n. 14/E del 10 aprile 2009 l'amministrazione è intervenuta a illustrare la modifica recata dall'articolo 32, comma 5, lettera a) del D.Lgs. n. 185/2008 salutandola come una "estensione" alla disciplina di cui all'articolo 182-ter L.F.; ciò nel presupposto che prima dell'intervento normativo, l'ammissione del tributo indiretto alla transazione era considerata esclusa tout court. In verità tale esclusione era stata assunta in via interpretativa dall'agenzia (circolare n. 40/E del 18 aprile 2008) in assenza di qualsiasi riferimento normativo; anzi, in sede di primissima applicazione dell'istituto, la giurisprudenza di merito aveva più volte disconosciuto l'orientamento ministeriale ammettendo concordati preventivi con transazioni fiscali caratterizzate da falcidia dell'IVA (Tribunale di Pavia, 08 ottobre 2008, Tribunale di Milano 16 aprile 2008 e da ultimo, Tribunale di Mantova, 26 febbraio 2009). Del resto l'intervento d'imperio induce a ritenere che proprio in previsione di una sfavorevole interpretazione giurisprudenziale della vicenda si sia voluto sancire, una volta per tutte, il concetto prima disinvoltamente espresso in via interpretativa<sup>(38)</sup>.

#### 3.3.6. L'art. 182-ter post manovra correttiva 2010 (D.L. 31.5.2010, n. 78)

Già l'esclusione dalla transazione fiscale, in ordine al quantum, dell'IVA aveva di fatto limitato la portata applicativa dell'istituto,

<sup>(37)</sup> Mattei E., *La transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, doc. 104/2008 in ilcaso.it.

<sup>(38)</sup> Codice Fallimentare Pajardi.

costituendo l'IVA una delle poste debitorie più considerevoli e ricorrenti nelle imprese in stato di crisi. A tale limitazione si aggiunge, in seguito al D.L. 31.5.2010, n. 78, l'esclusione delle ritenute alla fonte operate e non versate dal novero dei tributi transigibili: tale scelta, peraltro, era stata già adombrata dalla dottrina, proprio in considerazione del peculiare rapporto tributario che è alla base del debito del contribuente.

Come noto, il debitore per ritenute è tenuto al versamento in quanto sostituto d'imposta, e non quale contribuente onerato del tributo riscosso per interposta persona.

In questo modo l'obbligazione tributaria viene concentrata su pochi soggetti e si crea un contrasto di interessi che agevola la riscossione del tributo facendo leva sull'autonomia delle sanzioni irrogabili sul sostituto in caso di inadempimento dei suoi obblighi.

In questo contesto risulta chiara la ratio dell'esclusione delle ritenute dalla possibilità di transazione fiscale: l'imprenditore che proponesse la transazione delle ritenute lo farebbe per tributi non suoi ma di pertinenza del sostituto.

Per le ritenute fiscali operate e non versate, in conclusione, la proposta di transazione fiscale può essere di tipo esclusivamente dilatorio.

La manovra finanziaria del 2010 ha introdotto altresì un nuovo reato tributario, derivante dall'infedele rappresentazione della situazione patrimoniale dell'impresa in occasione della presentazione della proposta di transazione fiscale ex art.182-ter, L.F.

Il Legislatore ha voluto in tal modo prevenire la possibilità che il debitore, al fine di rendere più appetibile per l'Amministrazione finanziaria la proposta di transazione fiscale, sia indotto ad alterare la sua situazione patrimoniale esponendo attività inferiori a quelle effettive, ovvero elementi passivi fittizi.

In entrambi i casi la punibilità scatta qualora l'alterazione del deficit patrimoniale sia di ammontare complessivo superiore ad € 50.000. Tale soglia di punibilità appare particolarmente bassa come valore assoluto.

Sarebbe, quindi, auspicabile che la soglia di punibilità venisse espressa sia in valori assoluti, sia in termini percentuali, con riferimento all'ammontare delle attività patrimoniali<sup>(39)</sup>.

---

<sup>(39)</sup> Zenati S., *Transazione fiscale post manovra correttiva*, in Sole24ore 9 settembre 2010.

La manovra finanziaria ha chiarito che, anche nell'ipotesi di transazione fiscale proposta nell'ambito di un accordo di ristrutturazione dei debiti vada, presentata la documentazione richiesta dall'art. 161, co. 2, L.E, e cioè una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione, l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore, il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili, oltre che una relazione di un professionista sull'attuabilità dell'accordo ed, in particolare, sull'idoneità dello stesso ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo.

Tale documentazione deve essere accompagnata da una dichiarazione sostitutiva ex DPR 445/2000 resa dal debitore sul fatto che la documentazione presentata rappresenti fedelmente ed integralmente la situazione dell'impresa, con particolare riguardo alle poste attive del patrimonio.

Per prevenire abusi nel ricorso alla transazione fiscale nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti, viene prevista la sanzione della revoca di diritto degli effetti della transazione nel caso in cui il debitore non provveda a dare integrale esecuzione agli obblighi di pagamento dei debiti fiscali o previdenziali dovuti alle Agenzie fiscali ed agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie entro 90 giorni dalle scadenze previste.

### 3.3.7. Le ultime novità introdotte dal D.L. 6.7.2011, n. 98

L'art. 23, co. 43, del D.L. 6.7.2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla l. 15.7.2011, n. 111, ha disposto che "in attesa di una revisione complessiva della disciplina dell'imprenditore agricolo in crisi e del coordinamento delle disposizioni in materia, gli imprenditori agricoli in stato di crisi o di insolvenza possono accedere alle procedure di cui agli articoli 182-*bis* e 182-*ter* L.F.

### 3.3.8. I tributi oggetto di transazione

Possono formare oggetto dell'accordo transattivo di cui all'art. 182-*ter*, i tributi amministrati dalle Agenzie Fiscali del nostro Paese, così come definite dal D.Lgs 300/1999, i relativi accessori ad eccezione dei tributi consistenti risorse proprie dell'Unione Europea, nonché a norma del co.

1 modificato dall'art. 32, co. 5 del c.d. decreto anti-crisi (decreto legge 29 nov. 2008/185 convertito in l. 28 gen. 2009, n. 2) i contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e dei relativi accessori.

Le agenzie fiscali sono attualmente quattro: l'Agenzia delle Entrate, l'Agenzia delle Dogane, l'Agenzia del Demanio, l'Agenzia del Territorio.

Conseguentemente sono passibili di transazione fiscale quei tributi di competenza dell'Agenzia delle Entrate: IRPEF, IRES, IRAP, IVA (questi ultimi due casi con le precisazioni che seguono), imposta di registro, imposta ipotecaria e catastale, imposta di bollo, imposta sulle successioni e donazioni, imposta sugli intrattenimenti.

Sono amministrati dalle Agenzie del Demanio le imposte demaniali. Non sono invece transigibili i canoni demaniali che non configurano un'obbligazione tributaria, ma un'entrata conseguente alla gestione del patrimonio.

Sono amministrati dall'Agenzia delle Dogane i dazi d'importazione ed esportazione, le imposte di fabbricazione e di consumo.

L'Agenzia del Territorio eroga servizi connessi al catasto, alle pubblicità immobiliare e alle cartografia, riscuotendo taluni tributi quali, a titolo esemplificativo, l'imposta di bollo e le tasse ipotecarie.

La nozione di amministrazione dei tributi fa riferimento alla competenza amministrativa a gestire il tributo, a nulla rilevando né la spettanza del gettito, né la potestà impositiva. Ciò costituisce ulteriore connotato di distinzione rispetto alla previgente disciplina di cui al D.L. 2002/138 che ammetteva la transazione per i soli tributi amministrati dall'Agenzia delle entrate, il cui gettito fosse di esclusiva spettanza dello Stato (in tal senso Agenzia delle Entrate circ. 18 apr. 2008, 40/E).

Per effetto di ciò sono ricompresi nei tributi transigibili quelli amministrati dalla Agenzia delle Entrate, che pur danno luogo ad un gettito non erariale (quali IRAP, tasse automobilistiche, addizionali regionali e comunali), mentre restano esclusi i tributi propri degli enti locali (ICI, TOSAP, TARSU), imposta comunale sulla pubblicità e diritto sulle pubbliche affissioni.

Passando invece al tema dell'esclusione della transazione fiscale dei tributi che costituiscono risorse proprie dell'Unione Europea, essi sono identificati dall'art. 2, dec. Consiglio 2000/597/ CEE Euratom del 29 sett. 2000. Si tratta di dazi doganali, prelievi agricoli, CECA e altri diritti sugli scambi, della percentuale dell'IVA (attualmente dello 0,50% degli imponibili IVA armonizzati di ciascun Stato), di una quota di PIL degli Stati membri (attualmente l'1,2%).

Si rileva infine che possono essere oggetto della transazione tributaria i crediti tributari privilegiati e chirografari.

Se il credito tributario ha natura chirografaria, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari.

Se il credito tributario è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle Agenzie Fiscali.

Il trattamento dei crediti tributari diversi dall'IVA e dalle ritenute non presenta problemi sotto il profilo sistematico, in quanto conforme al generale principio della graduazione dei privilegi richiamato all'art. 160, 2° co., L.F.

Più articolato è il ragionamento da svolgere con riguardo ai crediti verso l'Erario per l'IVA, i quali godono, ai sensi dell'art. 2778, n. 19 c.c., di un grado di privilegio piuttosto basso e, in base al citato principio, tutti i crediti privilegiati di grado superiore all'IVA dovrebbero anch'essi essere pagati per intero.

La dottrina, sul punto, ha rilevato come il citato divieto di alterazione dell'ordine dei privilegi riguardi soltanto i trattamenti proposti discrezionalmente dal debitore, e non quelli imposti dalla legge, tanto più se questa è speciale e posteriore rispetto alla disciplina generale.

La Corte di Cassazione si è pronunciata a tal proposito con sentenza n. 22931 del 4 novembre 2011, chiarendo che “la disposizione che sostanzialmente esclude il credito IVA da quelli che possono formare oggetto di transazione, quantomeno in ordine all'ammontare del pagamento, è una disposizione eccezionale che attribuisce al credito in questione un trattamento peculiare e inderogabile”.

Il debitore che intenda proporre una transazione fiscale nell'ambito del concordato preventivo, pertanto, potrà eccezionalmente prevedere il pagamento totale dell'IVA e di ritenute non versate e quindi, per definizione, un trattamento peggiore o, comunque, non migliore, per gli altri crediti dotati di un grado di privilegio più elevato, nella consapevolezza che questa è un'eccezione giustificata dalla specifica norma<sup>(40)</sup>.

---

<sup>(40)</sup> Guiotto A., *Opportunità della transazione fiscale e disciplina dei crediti privilegiati inso ddisfatti*, Fall. 11/2010, p. 1280.

Secondo parte della dottrina, bisogna, dunque, prendere atto che nel nostro sistema vige il principio generale della inalterabilità della graduazione delle cause di prelazione e la deroga a questo criterio può essere apportata soltanto attraverso la transazione fiscale nell'ambito della quale l'art. 182-*ter*, come eccezione all'eccezione della transigibilità dei crediti tributari, considera non transigibile il credito IVA; in mancanza di transazione, il credito IVA, in quanto privilegiato, va pagato per intero solo se le disponibilità residue, dopo la soddisfazione integrale dei creditori con collocazione precedente, lo consentono, secondo quanto stabilito dall'art. 160, comma secondo<sup>(41)</sup>.

### Possibili profili di incostituzionalità nel trattamento dell'IVA

Il trattamento dell'IVA nell'ambito del concordato preventivo, come sopra delineato, che venga oppure no proposta la transazione fiscale, potrebbe presentare dei profili di illegittimità costituzionale.

Infatti, tale norma, nella parte in cui prevede che “con riguardo all'imposta sul valore aggiunto ed alle ritenute operate e non versate, la proposta può prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento“, impone appunto di pagare l'IVA (e le ritenute) integralmente a prescindere dal pagamento proposto ai creditori di grado superiore, ivi compresi i crediti assistiti dal privilegio di cui all'art. 2751-*bis* c.c.

Si rammenta che tale ultimo articolo attribuisce il privilegio, di grado particolarmente elevato, a tutti i crediti di lavoro ed assimilabili; in sostanza, tale privilegio è accordato a tutti i crediti riconducibili al lavoro, inteso in senso lato, ovverosia in tutte le sue forme ed applicazioni (subordinato, autonomo, professionale, artigiano, agricolo, in forma cooperativa, ecc.).

Tale norma è, all'evidenza, espressione di norme della Costituzione quali l' art. 1, 4, 35, 36, 38 della Costituzione<sup>(42)</sup>.

---

<sup>(41)</sup> Bozza G., *Il trattamento dei crediti privilegiati nel concordato preventivo*, in Fall. 4/2012.

<sup>(42)</sup> L'art. 1 Cost. stabilisce: “L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro [...]”;

l'art. 4 Cost. sancisce: “La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto. Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società“ (grassetto e sottolineature nostre);

Tra le norme citate, dalle quali emerge la protezione costituzionale conferita al lavoro “in tutte le sue forme ed applicazioni”, merita particolare attenzione l’art. 36 Cost., che garantisce, come detto, al lavoratore una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa.

L’art. 182-ter L.F. consente di sovvertire l’ordine delle cause legittime di prelazione, imponendo di pagare un creditore di grado 19 (penultimo) prima e a discapito di un creditore – il lavoratore – il cui diritto a percepire la retribuzione integralmente è garantito dalla costituzione.

Ad avviso dello scrivente, l’illegittimità costituzionale di quella parte dell’art. 182-ter L.F. è evidente.

Infatti, non può essere considerata legittima una norma che, nell’ipotesi in cui il patrimonio sociale non fosse sufficiente a pagare integralmente lavoratori ed IVA, al preciso fine di favorire l’Agenzia delle Entrate, imponga un pagamento parziale della retribuzione che, in quanto appunto parziale, non sarebbe idoneo a realizzare il fine dell’art. 36 Cost., nemmeno sarebbe possibile affermare che, percependo solo una quota della retribuzione, sarebbe garantito il precetto dell’art. 4 Cost., in quanto non sarebbero state promosse le condizioni necessarie a rendere effettivo il diritto al lavoro.

La medesima sorte attende gli altri crediti protetti dall’art. 2751-bis c.c. che, come si è visto, è, in ogni sua parte, espressione dei principi costituzionali di cui agli art. 4 e 35 Cost. e i crediti degli enti previdenziali e assistenziali, tutelati dall’art. 38 Cost.

Ne consegue che l’art. 182-ter L.F., nella parte in cui prevede “con riguardo all’imposta sul valore aggiunto ed alle ritenute operate e non versate, la proposta può prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento”, ove ne fossero confermate le modalità applicative stabilite dalla Suprema Corte nella citata sentenza del novembre 2011, sarebbe costituzionalmente illegittimo.

l’art. 35 Cost. che prevede: “La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni. Cura la formazione e l’elevazione professionale [...]”;

l’art. 36 Cost. sancisce “Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa [...]”;

l’art. 38 Cost. tutela, infine, le forme di previdenza e di assistenza sociale.

E ciò a prescindere dal fatto che l’IVA sia ritenuta intangibile solo nell’ambito della transazione fiscale oppure che sia ritenuta sempre e comunque intangibile.

In entrambi i casi, infatti, nell’ipotesi in cui il patrimonio sociale non fosse sufficiente a pagare sia i privilegiati ex art. 2751-*bis* c.c. ed ex art. 2778 nn. 1 e 8 c.c. sia l’IVA integralmente, l’IVA dovrebbe essere pagata a discapito dei primi, ai quali non verrebbe garantito il pagamento, nonostante i loro crediti siano tutelati dalla Costituzione.

È quindi evidente che il principio di indisponibilità dell’obbligazione tributaria non vale comunque a sminuire la tutela costituzionale dei crediti ex art. 2751-*bis* c.c., né tantomeno a rendere legittima la parte dell’art. 182-*ter* L.F. in esame.

Sulla questione appena affrontata è dunque auspicabile una pronuncia della Corte Costituzionale che sancisca l’illegittimità o meno del pagamento integrale dell’IVA nell’ambito della transazione fiscale ex art. 182-*ter* e che chiarisca altresì il suo trattamento in ipotesi di concordato preventivo senza transazione fiscale.

Nella seguente tabella vengono indicati i tributi e i contributi che possono formare oggetto di tra sanzione fiscale.

Tributo/Contributo	Falcidia	Dilazione	Grado di privilegio	Peculiarità
IRPEF	Si	Si	Art. 2752, n. 18 c.c.	
IRPEF - Interessi	Si	Si	Art. 2752, n. 18 c.c.	
IRPEF - Sanzioni	Si	Si	Art. 2752, n. 18 c.c.	
Addizionale regionale IRPEF	Si	Si	Art. 2752, n. 18 c.c.	
Addizionale comunale IRPEF	Si	Si	Art. 2752, n. 18 c.c.	
Addizionali IRPEF - Interessi	Si	Si	Art. 2752, n. 18 c.c.	
Addizionali IRPEF - Sanzioni	Si	Si	Art. 2752, n. 18 c.c.	
IRES	Si	Si	Art. 2752, n. 18 c.c.	
IRES - Interessi	Si	Si	Art. 2752, n. 18 c.c.	

Tributo/Contributo	Falcidia	Dilazione	Grado di privilegio	Peculiarità
IRES - Sanzioni	Si	Si	Art. 2752, n. 18 c.c.	
IRAP	Si	Si	Art. 2752, n. 18 c.c.	
IRAP - Interessi	Si	Si	Art. 2752, n. 18 c.c.	
IRAP - Sanzioni	Si	Si	Art. 2752, n. 18 c.c.	
IVA	No	Si	Art. 2752, n. 19 c.c.	
IVA - Interessi	Si	Si	Art. 2752, n. 19 c.c.	
IVA - Sanzioni	Si	Si	Art. 2752, n. 19 c.c.	
Ritenute alla fonte operate ma non versate	No	Si	Art. 2752, n. 18 c.c.	Ritenute operate dall'imprenditore al lavoratore dipendente e non versate
Ritenute - Interessi	Si	Si		
Ritenute - Sanzioni	Si	Si		
Imposta di registro	Si	Si	Art. 2758, n.7 c.c.; Art. 2772, n. 4.	
Imposte ipotecarie e catastali	Si	Si	Art. 2758, n.7 c.c.; Art. 2772, n. 4.	
Imposta di successione e donazione	Si	Si	Art. 2758, n.7 c.c.; Art. 2772, n. 4. c.c.	
Tassa di concessione governativa	Si	Si		
Dazi di esportazione/importazione	Si	Si	Art. 2758, n.7 c.c.; Art. 2772, n. 4.	Sono esclusi i dazi doganali di fonte comunitaria
ICI	No	No	Art. 2752, n. 20 c.c.	
IMU	No	No	Art. 2752, n. 20 c.c.	
TARSU - TIA	No	No	Art. 2752, n. 20 c.c.	

Tributo/Contributo	Falcidia	Dilazione	Grado di privilegio	Peculiarità
TOSAP - COSAP	No	No	Art. 2752, n. 20 c.c.	
Crediti relativi a recuperi di aiuti di stato dichiarati illegali e incompatibili dalla Commissione Europea	No	No		
INVIM	Sì	Sì	Art. 2772, 1° co., c.c.	
Diritto annuale Camera di Commercio			Chirografo	
Diritto annuale Camera di Commercio - Interessi			Chirografo	
Diritto annuale Camera di Commercio - Sanzioni			Chirografo	
INPS – Contributi previdenziali e assistenziali	No, ma solo ai fini della possibilità che la transazione venga accettata ai sensi del Decreto del Ministero del Lavoro del 4 agosto 2009	Sì (nel limite di 60 rate mensili)	Art. 2753, n. 1 c.c.	Sono esclusi i Crediti Cartolarizzati ai sensi della L. 448/1998
50% Somme aggiuntive	Sì, ma nel limite del 60%	Sì (nel limite di 60 rate mensili)	Art. 2754, n. 8 c.c.	
50% Somme aggiuntive	Sì, ma nel limite del 70%	Sì (nel limite di 60 rate mensili)	Chirografo	
INAIL – Rate premio	No, ma solo ai fini della possibilità che la transazione venga accettata ai sensi del Decreto del Ministero del Lavoro del 4 agosto 2009	Sì (nel limite di 60 rate mensili)	Art. 2754, n. 1 c.c.	Sono inclusi i Crediti Cartolarizzati ai sensi della L. 448/1998
50% Somme aggiuntive	Sì, ma nel limite del 60%	Sì (nel limite di 60 rate mensili)	Art. 2754, n. 8 c.c.	
50% Somme aggiuntive	Sì, ma nel limite del 70%	Sì (nel limite di 60 rate mensili)	Chirografo	

### 3.3.9. Obbligatorietà o facoltatività del ricorso alla transazione fiscale

Una delle principali criticità dell'istituto è rappresentata dalla delicata questione del carattere obbligatorio o facoltativo del ricorso alla transazione fiscale nei casi in cui l'impresa in crisi proponga, in sede di concordato preventivo, la falcidia e/o la dilazione dei debiti fiscali.

La tesi a favore dell'obbligatorietà della transazione ex art. 182-ter è fermamente sostenuta dall'Agenzia delle Entrate, la quale, con numerosi

e ripetuti interventi di prassi<sup>(43)</sup>, ha affermato l'inammissibilità del concordato preventivo, che preveda lo stralcio o la dilazione del debito tributario, in assenza di richiesta di transazione fiscale.

Infatti, l'istituto della transazione, tipico nel diritto civile (articolo 1965 c.c.), appare del tutto innovativo nell'ordinamento tributario, dove è tradizionalmente vigente il principio di indisponibilità del credito tributario. La relativa disciplina normativa, in quanto derogatoria di regole generali, è di stretta interpretazione e non è suscettibile di interpretazione analogica o estensiva. Pertanto, secondo l'Amministrazione Finanziaria, l'unico strumento legale per superare il principio dell'indisponibilità tributaria è la transazione ex art. 182-ter L.F.<sup>(44)</sup>.

Dunque, la disposizione contenuta nel comma 2 dell'art. 160 L.F., che ammette il trattamento falcidiato dei crediti privilegiati nell'ambito della proposta di concordato preventivo, può riferirsi ai crediti avente natura tributaria soltanto qualora il debitore osservi puntualmente il meccanismo procedurale previsto dal succitato art. 182-ter.

La tesi dell'Agenzia delle Entrate è stata inoltre sostenuta anche da una corrente giurisprudenziale minoritaria<sup>(45)</sup>, la quale fonda l'obbligatorietà della transazione fiscale su tre argomentazioni:

a) l'art. 182-ter L.F. non configura un accordo transattivo distinto ed autonomo rispetto al concordato preventivo, tale da conferire all'erario un potere di veto sulla proposta. La norma in questione si limita infatti a prevedere esclusivamente una disciplina procedurale per consentire l'espressione del proprio voto agli uffici fiscali, i quali, al pari degli altri creditori, sono soggetti e vincolati all'esito delle votazioni ed all'eventuale omologazione del concordato<sup>(46)</sup>;

---

<sup>(43)</sup> Da ultimo, la circolare n. 40/E del 2008, la risoluzione n. 3/E del 2009, la Circolare 14/E del 2009.

<sup>(44)</sup> Circolare 40/E, 18 aprile 2008, p. 18.

<sup>(45)</sup> Corte di Appello di Milano, 14 maggio 2008, in unijuris.it; Tribunale di Roma, 20 aprile 2010, in ilcaso.it; Tribunale di Monza, 23 dicembre 2009, in ilcaso.it; Tribunale di Roma, 16 dicembre 2009, in ilcaso.it; Tribunale di Piacenza, 1 luglio 2008, in ilcaso.it; Tribunale di Milano, 13 dicembre 2007, in ilcaso.it; Tribunale di Milano, 25 ottobre 2007, in ilcaso.it.

<sup>(46)</sup> Tribunale di Monza, 23 dicembre 2009, cit.; nello stesso senso il Tribunale di Roma afferma che: "La norma in questione si limita infatti a prevedere esclusivamente una disciplina procedurale per consentire l'espressione del proprio voto agli uffici fiscali, i quali, al pari degli altri creditori, sono soggetti e vincolati all'esito delle votazioni ed all'eventuale omologazione del concordato", Tribunale di Roma, 27 gennaio 2009, in ilcaso.it.

b) se il ricorso all'istituto della transazione fiscale non fosse obbligatorio, si derogherebbe al principio costituzionale dell'indisponibilità tributaria, non compromettibile se non con una norma di carattere eccezionale;

c) il rapporto di specialità della regola dell'art. 182-*ter* L.F. rispetto alle regole generali contenute all'art. 160 L.F. valide dunque per tutti i crediti, ad eccezione dei crediti erariali e previdenziali<sup>(47)</sup>.

Fanno tabula rasa di tale orientamento le recenti pronunce della Corte di Cassazione<sup>(48)</sup>, che sanciscono la non obbligatorietà della transazione fiscale ai fini della falcidia dei crediti erariali. Il ricorso a tale istituto costituisce, dunque, una mera facoltà del debitore, che può presentare un'istanza di ammissione al concordato che preveda il pagamento non integrale dei crediti fiscali, ad eccezione dei crediti IVA, senza la necessità di attivare il complesso procedimento ex art. 182-*ter* L.F. e, in caso di omologazione, l'Agenzia delle Entrate è tenuta ad adeguarsi al provvedimento emanato, in virtù della disposizione tassativa contenuta nell'art. 184 L.F. che obbliga tutti i creditori, indipendentemente dal loro voto o dalla loro partecipazione al procedimento. A fondamento della propria tesi, la Suprema Corte pone l'"irrilevanza" del voto dell'Amministrazione Finanziaria nell'ambito della procedura concordataria. Infatti "se il voto negativo del fisco escludesse di per sé la possibilità di omologazione, non avrebbe senso e contrasterebbe con i principi del giusto processo far votare l'Amministrazione unitamente a tutti gli altri creditori quando la sua volontà e l'eventuale veto ben potrebbero essere accertati preliminarmente"<sup>(49)</sup>. Inoltre, la ritenuta obbligatorietà della transazione fiscale, presupporrebbe la dimostrazione dell'esistenza di un interesse concreto e degno di tutela dell'Amministrazione ad essere comunque sollecitata a svolgere le attività previste all'art. 182-*ter* L.F.; tale interesse non è da ravvisarsi in quanto "l'Ufficio, anche in assenza dell'interpello, non viene minimamente pregiudicato nel suo diritto di evidenziare compiutamente le sue pretese e di perseguire l'accertamento prima e il soddisfacimento poi"<sup>(50)</sup>.

---

<sup>(47)</sup> Tribunale di Roma, 20 aprile 2010, cit.

<sup>(48)</sup> Cass. 4 nov. 2011, n. 22931 e n. 22932 in [ilfallimentarista.it](http://ilfallimentarista.it).

<sup>(49)</sup> Cass. 4 nov. 2011, n. 22931, cit.

<sup>(50)</sup> Cass. 4 nov. 2011, n. 22931, cit.

Quest'impostazione, già adottata da alcuni giudici di merito<sup>(51)</sup>, coincide con l'orientamento dottrinale prevalente, che ritiene indispensabile la richiesta di cui all'art. 182-ter L.F. soltanto nell'ipotesi in cui l'imprenditore miri al raggiungimento dell'effetto della transazione fiscale, ovvero, da un lato, l'accordo con l'erario e, dall'altro, il consolidamento del debito (anche) grazie alla definizione della pretesa tributaria e dunque la cessazione della materia del contendere nelle liti aventi ad oggetto i tributi transati.

In questa prospettiva, la transazione fiscale si configura come una mera eventualità: non può essere promossa dagli uffici finanziari e non è detto che il contribuente abbia interesse a richiederla<sup>(52)</sup>.

Viene in tal modo smentita la tesi propugnata dall'Agenzia delle Entrate basata sull'obbligatorietà della transazione fiscale in ragione della ritenuta indisponibilità della pretesa erariale. Sul punto, la Corte di legittimità ha messo in luce che "tale indisponibilità – esiste nella misura in cui la legge non vi deroghi e non sono certo estranee all'ordinamento ipotesi di rinuncia dell'Amministrazione all'accertamento (condoni c.d. tombali) o alla completa esazione dell'accertato in vista di finalità particolari". Muovendo da questo assunto, i Giudici di legittimità hanno definitivamente chiarito che, in materia concordataria, la disposizione dalla quale promana la deviazione dalla suddetta regola va identificata non già nell'art. 182-ter L.F., bensì nell'art. 184 L.F., il quale stabilisce che, una volta omologato, il concordato spiega effetti nei confronti di tutti i creditori anteriori, senza distinzione di sorta e, in particolare, senza che sia dato ravvisare alcuna esenzione in favore del Fisco.

Lo strumento di cui all'art. 182-ter L.F. mira dunque a un obiettivo diverso dalla pura individuazione del trattamento da riservare al Fisco nell'ambito del concordato: come correttamente evidenziato dalla sentenza in commento, "con la transazione fiscale il debitore ottiene il

---

<sup>(51)</sup> Corte di Appello di Genova, 19 dicembre 2009, in [ilcaso.it](http://ilcaso.it) (massimario); Corte di Appello di Firenze, 13 aprile 2010, in [ilcaso.it](http://ilcaso.it); Corte di Appello di Torino, 23 aprile 2010, in [ilcaso.it](http://ilcaso.it); Tribunale di Rossano, 31 gennaio 2012, in [ilcaso.it](http://ilcaso.it); Tribunale di La Spezia, 2 luglio 2009, in [ilcaso.it](http://ilcaso.it); Tribunale di Salerno, 9 novembre 2010, in [ilcaso.it](http://ilcaso.it); Tribunale di Bergamo, 10 febbraio 2011 in [ilcaso.it](http://ilcaso.it).

<sup>(52)</sup> "magari proprio per evitare il consolidamento di un ingente e gravoso debito tributario, che una volta prodottasi la paventata risoluzione del concordato preventivo possa poi pregiudicare il concordato fallimentare", Ambrosini S. e Aiello M., *La transazione fiscale ex art. 182-ter L.F. in una recente pronuncia della Cassazione: contribuenti allegri ... ma non troppo*, in [ilfallimentarista.it](http://ilfallimentarista.it).

vantaggio della apprezzabile o assoluta certezza sull'ammontare del debito e quindi una maggiore trasparenza e leggibilità della proposta con conseguente maggiore probabilità di ottenere, oltre all'assenso del fisco, anche quello degli altri creditori. Tutto ciò ha però un costo che è dato dalla sostanziale necessità di accogliere tutte le pretese dell'Amministrazione, non essendo plausibile che la stessa, dopo aver indicato il proprio credito, accetti in questa sede di discuterlo e ridurlo. Escludendo il ricorso alla transazione fiscale il debitore non ottiene i richiamati benefici ma può optare per la contestazione della pretesa erariale in vista di un minore esborso se gli importi in contestazione non incidono in modo rilevante e se quindi il consenso del fisco non è decisivo ai fini del raggiungimento della maggioranza<sup>(53)</sup>.

In altre parole, l'imprenditore che si appresti a depositare domanda di concordato è posto dinanzi alla seguente alternativa: "a) trattare il debito erariale con le regole del concorso nell'ambito di un ordinario concordato preventivo, oppure b) trattare tale tipologia di debito utilizzando la regola dell'istituto dell'art. 182-ter L.F."<sup>(54)</sup>.

Esistono dunque due binari paralleli e indipendenti, in forza dei quali la posizione del Fisco in seno al concordato è equiparabile a quella di tutti gli altri creditori (dovendo pertanto soggiacere alla par condicio e alla regola della maggioranza), mentre la sua volontà resta essenziale – e incoercibile – laddove si miri a ottenere l'effetto di consolidamento del debito tributario di cui all'art. 182-ter L.F.<sup>(55)</sup>.

### 3.3.10. Conclusioni

Sono ormai trascorsi sette anni dall'introduzione dell'istituto della transazione fiscale.

Lo stesso si è rivelato un istituto atto a svolgere un'utile funzione nella composizione delle crisi d'impresa, anche in considerazione del fatto che i crediti erariali e previdenziali rappresentano generalmente una rilevante parte dei debiti delle imprese in crisi (l'omissione dei pagamenti di tributi e contributi, piuttosto che quelli diretti a fornitori e dipendenti, risulta assai più facile e poco limitativa dell'attività d'impresa).

---

<sup>(53)</sup> Cass. 4 nov. 2011, n. 22931, cit.

<sup>(54)</sup> Corte di Appello di Firenze, 13 aprile 2010, cit.

<sup>(55)</sup> Ambrosini S. e Aiello M., cit.

Tuttavia alcune modifiche della sua disciplina renderebbero possibile un ampliamento del suo utilizzo, amplificandone conseguentemente i benefici.

In particolare, in un ottica di esaustivo utilizzo di detto istituto, sarebbe auspicabile:

- consentirne l'uso anche indipendentemente dal ricorso ai tradizionali istituti del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione del debito, ancorché pur sempre in presenza di adeguate garanzie circa la verifica della situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa e l'attuabilità della proposta di transazione fiscale formulata;

- un intervento del legislatore diretto a chiarire la portata dell'effetto di "consolidamento" della posizione fiscale del contribuente generato dalla transazione fiscale. Infatti, mentre, secondo un primo indirizzo, dall'approvazione della proposta di transazione fiscale e dalla omologazione dell'accordo di cui all'art. 182-*bis* L.F. o del concordato discende, per l'Amministrazione finanziaria, la preclusione di ulteriori attività accertative in relazione ai debiti oggetto della transazione fiscale (da cui deriva il suddetto "consolidamento"), secondo una diversa interpretazione tale effetto preclusivo riguarderebbe solo i controlli automatici formali e non anche quelli, assai più rilevanti, di natura sostanziale e, soprattutto, sostenendo una terza tesi, l'Agenzia delle entrate ritiene che l'approvazione della proposta di transazione fiscale e la omologazione dell'accordo di ristrutturazione del debito o del concordato a essa connessi non impongono in realtà alcun impedimento di ulteriori attività accertative nei confronti dell'impresa;

- un ulteriore intervento legislativo dovrebbe espressamente prevedere la possibilità di accorpare nella proposta di transazione fiscale eventuali istanze di accertamento con adesione o di conciliazione giudiziale relative a liti fiscali già radicate o potenziali;

- sarebbe assai utile una norma di interpretazione diretta a chiarire che la transazione fiscale è facoltativa e che il pagamento parziale dei debiti erariali può essere alternativamente proposto, sebbene senza conseguire altri effetti tipici della transazione fiscale (qual è il testé menzionato consolidamento del debito), anche mediante la previsione di apposite classi di creditori ai sensi dell'art. 160 L.F.;

- sarebbe altrettanto utile, una volta stabilita tale facoltatività, una disposizione che chiarisse se, in assenza di una proposta di transazione fiscale, i debiti aventi a oggetto l'IVA e le ritenute operate e non versate possono essere soddisfatti parzialmente al pari di tutti gli altri crediti privilegiati o se, invece, come sostiene l'Agenzia delle Entrate e come ha

sostenuto - a dire il vero - anche la Corte di cassazione (con le sentenze n. 22391 e n. 22932 del 2011), tali debiti devono essere sempre soddisfatti integralmente, posto che tale trattamento è previsto espressamente da una disposizione dell'art. 182-*ter* L.F., che troverebbe applicazione, secondo la Suprema Corte, anche quando la proposta di transazione fiscale non è formulata (va da sé che questa precisazione ha senso solo ove si assuma la possibilità di prevedere un pagamento parziale di tali debiti anche senza far ricorso all'istituto della transazione fiscale, perché nell'opposto caso di formulazione della proposta di transazione fiscale il disposto dell'art. 182-*ter* L.F. non potrebbe non trovare applicazione);

- infine, alcuni uffici dell'Agenzia delle Entrate sono soliti rigettare le proposte di transazione fiscale formulate da imprese che sono state poste in liquidazione e, conseguentemente, sono destinate a non proseguire la loro attività; ciò, evidentemente, sulla base del principio secondo cui l'Amministrazione finanziaria può essere indotta a rinunciare a parte dei propri crediti e/o a concedere ampie dilazioni di pagamento solo in presenza di un corrispondente vantaggio che ben può essere costituito, oltre che dal fatto che l'offerta formulata rappresenta comunque il miglior risultato conseguibile, dai positivi effetti che la prosecuzione di un'attività imprenditoriale è certamente atta a generare. Tale principio è senza dubbio corretto, ma l'analisi "costi-benefici" che l'Amministrazione finanziaria deve eseguire deve essere basata su una comparazione complessiva tra gli effetti generabili dalla transazione fiscale e quelli che si produrrebbero in assenza di quest'ultima; questa comparazione deve certamente considerare anche i benefici derivanti dalla eventuale continuazione dell'attività dell'impresa, ma, se questa non è prevista, non può esserne tratta automaticamente la conclusione che i benefici generabili dalla transazione fiscale sono, per l'Amministrazione finanziaria, per ciò stesso inferiori ai costi che essa comporta, perché la soluzione transattiva può rivelarsi comunque più vantaggiosa della liquidazione fallimentare dell'impresa, che il più delle volte costituisce, per l'impresa debitrice, l'unica alternativa possibile all'accordo di ristrutturazione o al concordato preventivo proposto ai creditori contestualmente alla formulazione della transazione fiscale. Anche questo profilo meriterebbe quindi una precisazione.

Un intervento del legislatore che meglio definisse questi aspetti sarebbe assai opportuno e ciò anche nel caso in cui risultasse diverso da quello qui auspicato, perché eliminerebbe comunque le incertezze interpretative attualmente esistenti, le quali creano, a loro volta, incertezze circa l'esito stesso di numerose proposte di concordato preventivo e di

ristrutturazione del debito che, alternativamente, sarebbero destinate a essere risolte dalla giurisprudenza in tempi assolutamente troppo lunghi, non compatibili con le esigenze di risanamento delle imprese. E a questo proposito non può non essere censurato il ritardo con cui, in assenza di un termine perentorio stabilito dalla legge, gli uffici dell’Agenzia delle Entrate si pronunciano sulle proposte di transazione loro presentate; la previsione legislativa di un termine perentorio potrebbe evitare gli effetti negativi generati da tale prassi<sup>(56)</sup>.

### 3.4. Il Concordato Preventivo in Continuità<sup>(\*)</sup>

#### 3.4.1. Premessa

Le nuove disposizioni in materia di concordato preventivo hanno fissato le regole che disciplinano il cosiddetto concordato in continuità. Queste regole, introdotte con l’art. 33 del D.Lgs. 22 giugno 2012 n. 83 convertito in L. 7 agosto 2012 n. 134 sono entrate in vigore l’11 settembre 2012 e nello specifico hanno introdotto tre nuovi articoli nella legge fallimentare così rubricati:

- Art. 169-*bis* **Contratti in corso di esecuzione**
- Art. 182-*quinquies* **Disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti**
- Art. 186-*bis* **Concordato con continuità aziendale.**

Mentre gli artt. 182-*quinquies* e 186-*bis* trattano nello specifico le condizioni della continuità, l’art. 169-*bis* ha una valenza generale che riguarda i rapporti giuridici pendenti, che interessano tanto i concordati in continuità quanto quelli liquidatori. In ogni caso la portata delle disposizioni normative contenute nell’art. 169-*bis*, come si vedrà in avanti, svolge un ruolo preminente in prevalenza nelle condizioni della continuità.

---

<sup>(56)</sup> Andreani G., “*Transazione fiscale: una proposta per renderla più efficace*” Quotidiano Ipsoa 17/05/anno 2012.

<sup>(\*)</sup> A cura di Carlo Bianco, Dottore Commercialista, Revisore Legale, Presidente Commissione Gestione Crisi d’Impresa e Procedure Concorsuali ODCEC Milano, Autore di Pubblicazioni in materia fallimentare e concorsuale, Relatore in Convegni e Docente in Seminari.

La novella normativa prevede da un lato limiti di operatività nella continuità, a tutela dei creditori, ma dall'altro opportunità che ne agevolano la fattibilità. Entrambe le caratteristiche saranno affrontate in questo capitolo dopo aver delineato prima le ragioni economiche che determinano la scelta della continuità rispetto a quella liquidatoria.

### 3.4.2. Le ragioni economiche e quelle giuridiche del concordato in continuità.

Prima ancora di entrare nel merito delle regole giuridiche che disciplinano il concordato in continuità occorre innanzitutto verificare se e quando ricorrono le condizioni economiche perché la scelta abbia una sua valida ragione.

La crisi dell'impresa pone l'operatore davanti al bivio se procedere con la cessazione dell'attività d'impresa e prevederne la continuità. Tale scelta non è esclusiva del concordato preventivo, ma è praticabile, seppur in condizioni difficili e verificatene le condizioni, anche in caso di fallimento, con l'esercizio provvisorio. A maggior ragione la continuità è nell'uso degli altri strumenti di soluzione della crisi, come il piano di risanamento e gli accordi ristrutturazione dei debiti.

In altre parole lo stato di insolvenza, o di crisi, non riguarda necessariamente le condizioni di esistenza della prosecuzione dell'attività di impresa che, a certe condizioni oggi meglio precisate dall'Ordinamento, potranno persistere e autorizzate nella prosecuzione.

Lo stato di insolvenza o di crisi riguarda la condizione del debitore e non investe necessariamente l'esercizio dell'impresa nel suo intero o per parte di essa.

È quindi il debitore che non è nelle condizioni di soddisfare le ragioni dei creditori, ma non l'impresa che, a determinate condizioni, può avere ancora una sua ragione economica e che in quanto tale va salvaguardata.

Il legislatore in realtà distingue, nelle disposizioni fallimentari, gli inadempimenti dell'imprenditorie/debitore dall'esercizio dell'impresa che, a sua volta, si distingue in modo più ampio dall'azienda definita dal codice civile come *“complesso di beni organizzati dall'imprenditorie per l'esercizio dell'impresa”*.

Il codice civile infatti conosce solo l'imprenditore (art. 2082 c.c.) e l'azienda (art. 2555 c.c.) come oggetto a disposizione dell'imprenditore ma non l'impresa. La legge fallimentare invece, a partire dalla riforma del 2006, ha riqualficato il concetto dell'esercizio dell'impresa individuandone le sue diverse ragioni in modo autonomo rispetto

all'imprenditore, e non più in casi del tutto eccezionali, come nel passato era inteso l'esercizio provvisorio.

Tuttavia, occorre rappresentare che la diversa attenzione dell'impresa nella legge fallimentare fa fatica a farsi strada, essendo inserita in un contesto contraddittorio di norme che è rappresentato da un lato dalla figura dell'imprenditore, quale unico legittimato alla direzione dell'impresa, dall'altro dal patrimonio dell'impresa in esercizio che in primo luogo dovrebbe soddisfare le ragioni dei creditori e che solo in seconda battuta, se ne esistono le condizioni, consentire il permanere dell'imprenditore in capo all'impresa.

Tale convincimento è tratto dall'assunto economico che il legame tra l'imprenditore e l'impresa è l'esistenza di un capitale proprio investito e che, se questo non è più esistente a causa delle perdite conseguite, si sarà sciolto indirizzando di fatto l'imprenditore e l'impresa verso due diversi destini, con evidenti diversi problemi da risolvere.

In termini di logica economica la legittimazione all'imprenditore di disporre di un patrimonio aziendale è dato dall'esistenza del capitale proprio e se questo non esiste potrà servire solo alla soddisfazione dei creditori secondo regole concorsuali. Tale visione che trova conforto nella logica economica contrasta con una concezione, non condivisa, del diritto che tutela la proprietà come "diritto assoluto", anche in contrasto con il dettato costituzionale sancito nell'art. 42, in cui si prevede che il diritto di proprietà abbia lo scopo di assicurare la funzione sociale, e nell'art. 41 in cui si prevede che l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale. La previsione del dettato costituzionale quindi farebbe prevalere le ragioni sociali, e quindi economiche, dell'impresa sul diritto dell'imprenditore di disporre del patrimonio aziendale pur in assenza di condizioni legittimanti.

La contraddizione tra logica economica e giuridica è oggi ancora di più accentuata dall'introduzione del nuovo art. 182-*sexies* che, con il deposito del ricorso per concordato preventivo o accordo di ristrutturazione dei debiti, sospende gli effetti degli artt. 2446, 2447, 2482-*bis* e 2482-*ter*, riguardanti gli obblighi di ripristino del capitale sociale perduto e in difetto le cause di scioglimento della società.

In questo contesto normativo, difficile e contraddittorio, occorre identificare le ragioni economiche dell'impresa autonome e distinte rispetto a quelle dell'imprenditore. L'impresa è il luogo ideale dell'interazione delle risorse umane, che pur avendo interessi diversi, in essa convergono nel suo esercizio economico. In questo occorre riferirsi, quindi, ad un "soggetto economico" d'impresa costituito non solo

dall'imprenditore ma dai fornitori, dalle banche, dai lavoratori, dai consumatori, dall'Amministrazione statale, dagli Enti previdenziali, che insieme esercitano i loro diritti perseguendo i loro interessi essendo tra essi legati e legittimati dai rapporti giuridici ed economici contratti nell'impresa.

### 3.4.3. La verifica economica della continuità aziendale

La crisi dell'impresa pone sempre l'operatore davanti al bivio se procedere con la cessazione dell'attività d'impresa e prevederne la continuità.

Lo strumento conoscitivo più immediato e accessibile è comunque lo schema di conto economico secondo la classificazione cosiddetta "scalare" che pone in evidenza la remunerazione dei fattori produttivi.

Lo schema di conto economico "scalare", adottato da oltre due decenni dal codice civile, che sostituì il vecchio schema a sezioni contrapposte, è quello che meglio evidenzia le criticità dell'andamento economico in quanto distribuisce tra fattori produttivi (lavoro, materie e capitale) idealmente il valore aggiunto creato nell'esercizio dell'attività di impresa.

Nell'esame diagnostico del conto economico si individuano le evidenze della crisi e partendo da esse si ipotizzano le possibili soluzioni.

Partendo dal "Valore della produzione" e detraendo i costi diretti, quali gli acquisti ed il costo del personale, se il risultato è già negativo le prospettive di continuità sono praticabili solo attraverso interventi sul processo produttivo che interessano tanto il fattore "lavoro" quanto il fattore "materie". La causa del margine negativo potrà risiedere negli scarsi ricavi di vendita rispetto alla struttura produttiva o nella scarsa competitività rappresentata dal rapporto dei fattori produttivi Lavoro/Materie. Nel primo caso, riguardante l'insufficienza dei volumi di vendita, le possibilità di continuità potranno risiedere, oltre che nel ripristino dei volumi sperati, nella ristrutturazione dell'impianto produttivo attraverso la riduzione del personale. Nel secondo caso, riguardante il rapporto Lavoro/Materie, la soluzione è di carattere tecnologico perché solo incidendo sul processo produttivo si potranno ottenere migliori risultati con la modifica del rapporto. In altri termini la maggiore efficienza del sistema produttivo deve necessariamente passare attraverso il miglioramento tecnologico del processo.

Quindi in presenza di margini negativi dopo la detrazione dei costi diretti le soluzioni della continuità risiedono nella possibilità di aumento

dei volumi di vendita o nell'intervento sul processo produttivo modificando il rapporto lavoro/materie.

Si ipotizza ora, sempre secondo lo schema "scalare", di individuare i risultati negativi dopo aver contemplato gli oneri finanziari. In tale situazione l'analisi porta a ritenere che i margini positivi del processo non sono sufficienti alla remunerazione dell'intero capitale investito, intendendo questo composto da quello proprio più quello di terzi. L'indagine quindi sulle possibilità della continuità si sposta dall'esame del processo produttivo a quello finanziario. Le ragioni risiederanno nel rapporto capitale proprio/capitale di terzi, quindi nell'insufficienza del primo rispetto al secondo nell'alimentazione del processo produttivo e nel finanziamento del ciclo temporale del capitale circolante netto.

Essendo nota, nel sistema economico italiano, la scarsa componente di capitale proprio rispetto a quello di terzi (banche in particolare) le soluzioni non potranno che risiedere nella modifica di detto rapporto, e quindi nella capacità (e volontà!) dell'imprenditore di immettere capitali propri nell'impresa. Se la strada non è praticabile per mancanza di disponibilità, o volontà, si aprirà la via dell'avvicendamento di nuove figure imprenditoriali in capo all'impresa in sostituzione dell'imprenditore originario (*turnaround*).

L'analisi della struttura finanziaria dell'impresa porta ad individuare le aree in cui si perde efficienza finanziaria. In particolare nel cosiddetto ciclo del circolante si rilevano tempi lunghi del ritorno dei flussi finanziari determinati dall'ampiezza temporale del ciclo:

gg durata del Circolante: gg giacenza di magazzino + gg incasso da clienti - gg pagamento debiti a breve

In assenza di risorse finanziarie sufficienti, il ciclo temporale del circolante è finanziato da banche con anticipazioni e *factoring*.

Modificare la tempistica del circolante nelle condizioni attuali del sistema può essere considerata mera utopia, ma almeno in linea teorica la questione deve essere quantomeno posta.

Quindi in assenza di margini sufficienti a coprire gli oneri finanziari le soluzioni della continuità risiedono nella modifica del rapporto capitale proprio/capitale di terzi o nella riduzione della durata del ciclo del capitale circolante.

Per concludere sull'analisi del conto economico, quando i risultati negativi si riscontrano nella fascia che contempla le componenti straordinarie le cause sono esogene quindi non più imputabili alla commistione dei fattori produttivi all'interno dell'impresa, ma derivano da componenti esterne.

In questi ultimi periodi è sempre più frequente riscontrare, in imprese ritenute sane, l'identificazione delle perdite determinate da mancati incassi di crediti. Si tratta del tanto temuto effetto domino, in cui le crisi di imprese provocano a loro volta crisi di altre imprese, legato quindi alla difficoltà dell'intero sistema dei pagamenti. Le soluzioni di continuità in tali situazioni risiedono nella capacità dell'impresa di **penetrare in nuovi mercati** non afflitti dalla crisi del sistema dei pagamenti, quale purtroppo risulta con sempre maggiore evidenza essere afflitto il nostro. Soluzioni chimeriche, tenuto conto della bassa competitività delle nostre imprese. Anche l'immissione di nuovi e ulteriori mezzi finanziari per coprire le perdite, in assenza della rimozione delle cause critiche, non pare la scelta economicamente più logica poiché, in assenza di adeguate contromisure, nel breve tempo quelle risorse verrebbero ugualmente erose.

L'individuazione schematica delle cause della crisi e delle possibili soluzioni deve però, nella pratica, fare i conti con l'insieme delle concause che determinano le perdite e conseguentemente con una pluralità di contromisure utili per contrastare la crisi ed ipotizzare il percorso della continuità.

#### 3.4.4. Le fasi successive alla diagnosi

Una volta identificate le cause della crisi e la disponibilità delle opportunità per accedere alle soluzioni occorre procedere nelle fasi successive che richiedono un costante e sistematico **“monitoraggio”** delle condizioni dell'azienda.

Nel concordato preventivo occorre tenere conto che l'obiettivo dei creditori è la soddisfazione dei loro crediti, che può essere raggiunto attraverso il risanamento dell'impresa a cui è stata concessa la continuità, tanto che questo avvenga nell'ambito della stessa impresa, tanto se l'azienda è stata oggetto di cessione o affitto a società terze anche di nuova costituzione.

Nel primo caso l'azienda tornerà, in un arco temporale ragionevole, che i creditori avranno accettato, in condizioni di equilibrio finanziario da riuscire ad eseguire i pagamenti con regolarità, nel secondo caso i creditori saranno remunerati con il ricavato del corrispettivo della cessione dell'azienda che sarà stata trasferita a terzi.

Secondo il nuovo ordinamento sono considerati concordati in continuità sia la soluzione del risanamento interno che la soluzione dell'affitto e cessione a terzi.

In entrambe le soluzioni occorrerà tenere in considerazione i flussi di

cassa generati che consentiranno la soddisfazione dei creditori nei termini e condizioni proposte nel piano.

Evidentemente l'evoluzione della continuità dovrà essere prospettata in un piano che servirà innanzitutto agli stessi operatori economici per razionalizzare le aspettative di risanamento attraverso un procedimento di analisi preventiva noto come *budget*.

Il percorso prospettico porterà all'individuazione dei costi e dei ricavi secondo le nuove potenzialità di cui si potrà tenere conto, che non potranno però prescindere dalla rimozione totale o parziale delle cause della crisi individuate nella fase di diagnosi.

Occorrerà quindi individuare un arco temporale nel quale l'azienda potrà dirsi risanata e di durata ritenuta accettabile ai creditori che, al termine del quale, riusciranno ad avere soddisfazione dei loro crediti alle condizioni concordatarie.

I flussi economici prospettici derivanti dai *budget* annuali dovranno essere rappresentati in flussi di cassa tenendo conto dei tempi medi di incasso e pagamenti e delle linee di fido disponibili derivanti in particolare dal ceto bancario.

I flussi economici verranno quindi rappresentati come flussi finanziari ponendo in evidenza i saldi di cassa all'inizio e alla fine del periodo o sub periodo considerato.

Il *budget economico* ed il *budget finanziario* saranno gli strumenti cognitivi principali degli operatori, che saranno poi riportati nei piani di concordato per il vaglio, prima dell'attestatore, poi degli organi del concordato e dei creditori che dovranno accettare la proposta.

Il risultato finale della prospettazione dovrà rendere un saldo di cassa sufficiente a soddisfare il fabbisogno concordatario.

### 3.4.5. Il concordato in continuità secondo la riformata legge fallimentare

Come riportato nella premessa del capitolo, le modifiche della legge fallimentare, introdotte nel giugno e agosto del 2012 che riguardano il concordato in continuità sono trattate nei nuovi articoli 169-*bis*, 182-*quinquies* e 186-*bis*.

Di seguito si esaminano gli articoli menzionati con il seguente ordine: prima l'art. 169-*bis*, avendo una valenza per il concordato in generale, poi il 186-*bis* che definisce il concordato in continuità e poi il 182-*quinquies* che interessa il tema dei finanziamenti nella continuità aziendale.

Con l'art. 169-*bis*, che non riguarda necessariamente il concordato in

continuità, si regolamentano i **contratti in corso di esecuzione**. La portata della norma è di rilievo in quanto consente importanti agevolazioni in ordine alla prosecuzione, sospensione o scioglimento dei contratti in essere.

Infatti, è consentito al debitore in concordato tanto lo scioglimento dal contratto pendente quanto la sospensione dall'esecuzione del contratto. La vera novità però è riportata al secondo comma in cui si stabilisce che, l'indennizzo riconosciuto al contraente per il danno dallo stesso subito, sarà soddisfatto come credito anteriore al concordato. Con questa previsione l'indennizzo non sarà più prededucibile, bensì sarà pagato con moneta concorsuale. Il valore economico di tale previsione potrà agevolare l'ipotesi di continuità, in quanto la ristrutturazione dell'impresa consentirà di rivedere non solo i contratti passivi, come i contratti di *leasing* e di somministrazione di forniture, ma anche quelli attivi come gli appalti, la cui prosecuzione potrà essere rivalutata in considerazione del fatto che l'abbandono o la sospensione temporanea comporterà un onere che verrà soddisfatto in tempi e condizioni indicati nel piano di concordato.

Dalla previsione dell'art. 169-*bis* sono esclusi le clausole compromissorie i rapporti di lavoro subordinato, i preliminari di vendita di immobili trascritti per abitazione e ad uso di impresa e per i contratti di locazione in cui chi propone il concordato è il locatore.

L'art. 186-*bis*, al primo comma, definisce il **concordato in continuità**, come una modalità dell'adempimento della proposta, rinviando in questo all'art. 161 secondo comma, lett. e).

Inoltre prevede tanto la prosecuzione dell'attività dell'impresa in capo al debitore quanto la cessione dell'impresa in esercizio o il conferimento della stessa in capo a terzi soggetti. Sempre il primo comma prevede che per tali situazioni l'applicazione delle regole contenute nello stesso articolo ed in generale per il concordato preventivo.

Sempre il primo comma considera l'ipotesi che la continuità possa riguardare non necessariamente l'intera azienda ma solo parte di essa, prevedendo la liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa.

La scelta della continuità comporta che il piano debba contenere **un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività dell'impresa e le risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura**.

La domanda che si è posta è se l'applicazione di tale obbligo informativo incomba anche in capo ai soggetti terzi che interagiscono col

debitore ricorrente per la circostanza di essere cessionari, affittuari o conferitari dell'azienda.

La risposta dovrebbe essere negativa in quanto gli effetti del concordato riguardano il debitore e i creditori limitatamente alle loro ragioni di credito, ma non può estendersi, salvo espressa previsione legislativa in capo a terzi.

A parere di chi scrive, in attesa di eventuali contributi dottrinari e giurisprudenziali a riguardo, gli obblighi informativi riguarderanno solo la posizione del ricorrente e pertanto i costi e i ricavi attesi dovranno essere quelli derivanti dal pendente contratto di affitto, dal corrispettivo della cessione o dal valore dei titoli derivante dal conferimento.

In tali casi si ritiene opportuno che il piano debba essere corroborato dalle informazioni utili a considerare affidabile il contraente nell'adempimento degli obblighi che si assume con la procedura.

Nel caso invece in cui la prosecuzione dell'attività dell'impresa avverrà da parte del debitore, il piano dovrà riportare l'analisi economica previsionale di cui si è trattato nel paragrafo precedente ritenuta, prima che un obbligo giuridico, un elemento basilare ed imprescindibile di previsione e controllo dell'attività economica. Pertanto i piani dovranno riportare i budget economici e finanziari e le eventuali risorse di nuova finanza con l'indicazione della successiva copertura.

La **condizione legale per la continuità** è indicata al secondo comma lett. b) ed è la seguente: **la prosecuzione dell'attività dell'impresa prevista nel piano è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori**. La collocazione di tale condizione nella costruzione dell'articolo non pone in evidenza l'importanza che merita che, come vedremo è richiamata con la medesima formulazione nell'art. 182-*quinquies*. La previsione della migliore soddisfazione dei creditori deve interpretarsi in termini comparativi con la prospettiva liquidatoria. Conseguentemente il piano nella sua redazione non potrà prescindere dalla doppia prospettiva: liquidatoria e di continuità, poiché solo dal confronto delle due potrà prospettarsi che la continuità garantirà la migliore soluzione per i creditori.

Tale condizione prioritaria deve essere nello specifico attestata dal professionista incaricato all'attestazione dell'intero piano concordatario.

L'art. 186-*bis* dispone poi sulle **agevolazioni** di chi opta per la continuità.

Al secondo comma lett. c) si prevede un termine di **moratoria pari un anno dall'omologazione, se richiesto dal piano, per il pagamento dei creditori muniti i privilegio, pegno o ipoteca, salvo che prima del**

decorrere del termine sia prevista l'alienazione dei beni o diritti su cui sussiste il diritto di prelazione.

Il terzo comma prevede che **in contratti in corso di esecuzione**, fatta salva la volontà del debitore ex art. 169-*bis*, **non si risolvono** per l'effetto dell'apertura della procedura, rendendo espressamente inefficaci eventuali patti contrari. Pertanto le clausole inserite nei contratti che prevedono la risoluzione in caso di procedure concorsuali non avranno effetto per il concordato in continuità. Previsione valida **anche per i contratti con le pubbliche amministrazioni**. La continuazione di contratti pubblici richiederà però **l'attestazione** del professionista designato che il proseguimento del contratto è conforme al piano e che il debitore adempirà agli obblighi contrattuali.

Gli effetti di tali **benefici**, per espressa disposizione del legislatore, **si potranno trasferire anche in capo alla società cessionaria o conferitaria dell'azienda** per i contratti trasferiti.

L'ammissione al concordato in continuità non impedisce la **partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici** a condizione che; a) il professionista designato ne **attesta la conformità al piano e la capacità di adempiere al contratto**; b) che un **terzo operatore**, avente i necessari requisiti per l'affidamento dell'appalto, **si impegna** a mettere a disposizione le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e **subentrare** qualora l'impresa ausiliata fallisca nel corso dell'esecuzione dell'appalto. L'impresa in concorrenza **anche riunita in un raggruppamento temporaneo di imprese**.

Il venir meno in qualsiasi momento della condizione di continuità, per effetto della cessazione anticipata o il venir meno della condizione principale di miglior soddisfacimento delle ragioni dei creditori comporta la revoca ex art. 173 del concordato preventivo, fatta salva la facoltà del debitore di modificare la domanda.

L'**art. 182-quinquies** tratta sulle tematiche dei finanziamenti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione di cui al 182-*bis*. In particolare il debitore può essere autorizzato a contrarre **finanziamenti prededucibili** se questi sono **funzionali al migliore soddisfacimento dei creditori**. La condizione già presa in considerazione nell'art. 186-*bis* è ripresa nel 182-*quinquies* e quindi si rimarca la caratteristica di **condizione legale**, che dovrà essere attestata dal professionista designato a cui è affidata anche la verifica del fabbisogno finanziario fino all'omologazione.

Un'ulteriore facilitazione, sempre consentita condizionatamente all'attestazione della funzionalità al migliore soddisfacimento dei creditori è data, specificatamente nell'ipotesi di concordato in continuità, dopo le

necessaria autorizzazione del tribunale, a **pagare creditori anteriori** al deposito del ricorso, se tali prestazioni di beni e servizi sono **essenziali** alla prosecuzione dell'attività di impresa. L'attestazione non sarà necessaria se i pagamenti verranno effettuati con nuova finanza senza obbligo di restituzione.

### 3.4.6. Conclusione e sintesi

Le nuove norme che regolano la continuità possono essere schematizzate come segue.

Il **vincolo legale** è la funzionalità al miglior soddisfacimento dei creditori.

La **condizione** è che il vincolo sia attestato dal professionista designato ai sensi dell'art.67.

L'**obbligo** di dare analitica indicazione dei costi, dei ricavi e delle risorse necessarie a consentire la continuità dell'impresa.

Le **agevolazioni** si compendiano nella possibilità di moratoria di un anno nel pagamento dei crediti privilegiati, nell'inefficacia delle clausole di risoluzione dei contratti pendenti in casi di procedure concorsuali, nella possibilità di partecipare a gare pubbliche anche con associazioni temporanee di impresa, nella capacità di contrarre finanziamenti prededucibili e pagare creditori anteriori al concordato se ritenuti essenziali.

## 3.5. Profili penali delle attestazioni nel concordato preventivo ai sensi dell'art. 236 L.F.

### 3.5.1. La responsabilità dell'attestatore prima del "decreto sviluppo"

L'esigenza condivisa di colpire il fenomeno non certamente irrilevante rappresentato dalle attestazioni false aveva generato un ampio dibattito dottrinale, finalizzato ad individuare, nel diritto vivente, quella fattispecie in grado di poter essere applicata per tutelare la genuinità delle perizie predisposte a difesa degli interessi del ceto creditorio. Il tentativo di

---

<sup>(\*)</sup> A cura di Gianluca Minniti, Dottore Commercialista e Avvocato Componente della Commissione Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali ODCEC Milano, Autore di pubblicazioni sui reati penali in ambito fallimentare.

colmare quello che, secondo alcuni autori, era un vero e proprio **vuoto legislativo**<sup>(57)</sup> aveva però provocato non poche incertezze.

In particolare, l'esigenza di individuare un presidio penale era sostenuta da chi stigmatizzava la mancanza di rigorose previsioni normative che potessero garantire un'effettiva indipendenza dell'attestatore rispetto al suo cliente, l'imprenditore in crisi. Ciò nonostante, l'unica certezza raggiunta all'esito del dibattito dottrinale cui si è assistito prima della nascita della nuova fattispecie è rappresentata dalla configurabilità - peraltro difficilmente riscontrabile nella realtà - della responsabilità dell'attestatore quale **concorrente esterno nei reati fallimentari**, con particolare riferimento all'art. 236, comma 2, L.F., ma anche in relazione ai reati di bancarotta preferenziale e causazione del fallimento per effetto di operazioni dolose.

Molto meno agevole è stato, invece, il percorso finalizzato a ricercare una figura di reato direttamente applicabile all'attestatore infedele. Nonostante qualche opinione dottrinale favorevole, la giurisprudenza di merito aveva negato la possibilità di attribuire una qualifica pubblicistica in capo all'esperto, così da rendere **inapplicabile il reato di falso in atto pubblico** di cui all'art. 479 c.p.<sup>(58)</sup>.

La dottrina si era, pertanto, orientata verso ipotesi di reato contigue, facendo riferimento all'illecito di cui all'art. 481 c.p. (ritenendo l'esperto assimilabile all'"esercitante un servizio di pubblica necessità")<sup>(59)</sup>, ovvero a quello di "falsità ideologica commessa da privato in atto pubblico", di cui all'art. 483 c.p., per quegli autori che negavano al ruolo del professionista qualsivoglia valenza pubblicistica. In effetti, è stato proprio l'art. 483 c.p. che la giurisprudenza di merito ha ritenuto di applicare in una delle rarissime sentenze di condanna note prima della introduzione dell'art. 236-*bis* L.F.<sup>(60)</sup>.

---

<sup>(57)</sup> Lanzi M., *Nuovi reati di false attestazioni da parte del professionista*, in *ifallimentarista.it*.

<sup>(58)</sup> Tribunale Torino, 31 marzo 2010, *Il Fallimento*, 2010, 1439.

<sup>(59)</sup> Gianoglio, *Strumenti di soluzione della crisi di impresa, ruolo dell'attestatore e profili penali*, *ifallimentarista.it*, 17.7.2012; Lanzi M., *Il professionista incaricato della relazione per l'ammissione al concordato preventivo non è pubblico ufficiale*, *Fall.*, 2011, 1440.

<sup>(60)</sup> Tribunale di Rovereto 12 gennaio 2012, *Il Fallimento*, 2012, 834, che appare opportuno segnalare anche per il suo contenuto anticipatorio delle problematiche che si porranno nell'applicare la nuova fattispecie.

### 3.5.2. La fattispecie in generale

La risposta del legislatore alla già evidenziata esigenza di tutela penale nel campo delle attestazioni è stata articolata. Infatti, il c.d. “decreto sviluppo” (D.L. n. 83/2012) ha, da un lato, introdotto, all’art. 67, comma 3, lett. d), una complessa previsione in ordine ai requisiti soggettivi a garanzia dell’indipendenza dell’attestatore, così da prevenire possibili conflitti di interesse con il debitore o con altri soggetti interessati al risanamento. Inoltre, il medesimo decreto ha previsto la norma in commento, al fine di superare le manifeste incertezze applicative segnalate al precedente paragrafo.

La condotta punibile è stata descritta mediante la previsione sia di una **modalità commissiva** (esposizione di informazioni false), che di una **modalità omissiva** (la mancata comunicazione di informazioni rilevanti).

### 3.5.3. Il concetto di “informazione”

La norma individua l’**oggetto della condotta illecita** limitando la punibilità esclusivamente a quelle falsità che riguardano “**informazioni**”. Circa l’ampiezza di tale concetto, sembra opportuno far riferimento a al giudizio espresso dalla migliore dottrina in tema di false comunicazioni sociali. Si era all’epoca, infatti, giudicata sostanzialmente ininfluenza la sostituzione del termine “**fatti**” proprio con quello di “**informazioni**”<sup>(61)</sup>. Nel solco del descritto orientamento, la nozione di “**informazioni**” dovrebbe ricomprendere non solamente i “**dati contabili**”, ma anche tutte le notizie, gli scenari e le analisi che l’esperto utilizza nelle sue valutazioni. Ed è sotto questo profilo che deve individuarsi un invalicabile **limite all’applicazione del precetto penale**: mentre sono certamente rilevanti tutte le informazioni che costituiscono il fondamento del procedimento valutativo, deve ritenersi estranea all’ambito applicativo dell’art. 236-*bis* L.F. la **valutazione in ordine alla fattibilità del piano**, come anche tutte quelle valutazioni strumentali che ne costituiscono il presupposto.

Il riferimento che il legislatore ha inteso fare al concetto di “informazione” deve avere quale effetto quello di evitare di includere tra

<sup>(61)</sup> Musco, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007, 51.

le falsità rilevanti anche quelle che investono i giudizi, le prognosi, che - come è noto - rappresentano una parte rilevante del lavoro dell'attestatore<sup>(62)</sup>.

In concreto il più delle volte, l'attestatore deve misurarsi con la "tenuta" del piano industriale elaborato dal debitore, avuto particolare riguardo ai flussi di cassa futuri destinati a soddisfare i creditori. Ebbene, deve ritenersi che la falsità, per essere penalmente punibile, dovrà avere ad oggetto gli elementi di fatto (di natura contabile, economica o finanziaria) ai quali l'attestatore fa riferimento nel suo giudizio di probabilità in ordine al successo del piano (si pensi alla sottoscrizione di contratti di fornitura pluriennale, alla apertura della cassa integrazione straordinaria, alla realizzazione di una *partnership* finalizzata al contenimento dei costi). Al contrario, sarà penalmente irrilevante il percorso logico - argomentativo, specie se coerente con le *best practices* di riferimento, in base al quale l'esperto è giunto alla sua conclusione sulla bontà del piano. In ultima analisi, sembra ragionevole ritenere che il legislatore abbia voluto preservare il momento più delicato dell'operazione dell'attestatore dagli inevitabili rischi derivanti dalla sua sottoposizione al vaglio penale. La previsione di limitare le falsità sanzionabili a quelle che hanno ad oggetto esclusivamente "informazioni" è intesa a tutelare l'operato dell'attestatore, istituendo un'area protetta, proprio con riferimento a quella parte di attestazione ove ben difficilmente possono trovare spazio valutazioni di verità/falsità. Tale conclusione è coerente con "l'esigenza sistematica di garantire tutela alla comunicazione complessivamente portata nella relazione o nella attestazione: la fondatezza ex ante del giudizio che esse esprimono (e sul quale anche si basa la soluzione concordata della crisi d'impresa) deve poter esser valutata dai creditori (e, più in generale, da tutti i soggetti interessati) secondo parametri razionalmente controllabili, quali indubbiamente sono le grandezze economiche, così come le metodologie applicate per giungere alla formulazione di un giudizio"<sup>(63)</sup>.

Va, da ultimo, precisato che l'interpretazione proposta sembra essere rispettosa di quell'orientamento giurisprudenziale<sup>(64)</sup> secondo cui il falso ideologico sussisterebbe anche quando ha ad oggetto valutazioni da

---

<sup>(62)</sup> Mucciarelli F., *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "falso in attestazioni e relazioni"*, [ilfallimentarista.it](http://ilfallimentarista.it).

<sup>(63)</sup> Così, testualmente, Mucciarelli F., op. cit.

<sup>(64)</sup> Cass. sez. V, 9 febbraio 1999, n. 3552.

svolgersi secondo schemi operativi tecnicamente indiscussi, posto che, nel caso delle attestazioni, residuano, pur nell'ambito di linee guida sufficientemente delineate, margini discrezionali non certamente irrilevanti, che, fatto salvo ogni giudizio in punto di responsabilità civile, certamente non possono in alcun modo condurre a conseguenze sul piano penale.

### 3.5.4. La condotta omissiva ed i limiti della "rilevanza"

Soffermandosi sulla condotta omissiva, la stessa pare configurare, in realtà, non tanto un vero e proprio reato omissivo, quanto un c.d. "falso ideologico per omissione", sulla falsariga di quello punito in materia di false comunicazioni sociali dagli artt. 2621 e 2622 c.c.<sup>(65)</sup>, posto che l'attestatore, in realtà, rappresenta falsamente l'idoneità del piano per effetto dell'occultamento di informazioni, che, ove rese note, avrebbero condotto ad un giudizio diverso.

Il riferimento alle approfondite riflessioni effettuate in tema di false comunicazioni sociali è quanto mai opportuno anche per meglio definire la portata del concetto di "rilevanza", posto a delimitazione del disvalore penale dell'informazione omessa. In particolare, come affermato in tema di falso in bilancio, "solo un riferimento ai contenuti prescritti dalla legge civile alle singole comunicazioni può riempire un concetto aperto come quello di "nascondimento", che rimanda ad un obbligo di comunicazione<sup>(66)</sup>", e, così, il contenuto dell'informazione omessa dovrà essere confrontato con quanto imposto all'attestatore dalla disciplina di riferimento prevista dalla legge fallimentare. Non solo, coerentemente con la previsione del precetto penale quale *extrema ratio* a tutela dell'ordinamento, appare doveroso non limitarsi al mero rinvio alle norme concorsuali, introducendo un "quid pluris" necessario per integrare la fattispecie, individuato proprio nella mancata evidenziazione di un dato significativo rispetto al giudizio di fattibilità del piano<sup>(67)</sup>. Sembra coerente con la descritta impostazione, la non inclusione nell'area del penalmente

<sup>(65)</sup> In tema, Iacoviello, *Il falso ideologico per omissione*, in Cass. Pen., 1996, 1425.

<sup>(66)</sup> Pedrazzi, *Profili penali dell'informazione societaria*, in A.A., *L'informazione societaria*, II, Milano, 1982, 1130.

<sup>(67)</sup> Sul concetto di "significatività" si veda Pedrazzi, voce *Società commerciali (disciplina penale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIII, Torino, 1998, 358.

rilevante di tutte quelle omissioni inidonee ad influire sul giudizio di fattibilità reso dall'esperto. Occorrerà, pertanto, valutare se “la presenza di quella informazione (altrimenti doverosa) avrebbe mutato il segno del giudizio stesso”<sup>(68)</sup>.

Ciò vale anche e soprattutto per il giudizio sulla veridicità dei dati contabili che l'attestatore è chiamato ad effettuare. Si tratta di un'operazione non fine a se stessa, ma strumentale e prodromica rispetto al vero oggetto della valutazione dell'esperto, che riguarda la fattibilità del piano. Compito precipuo dell'attestazione è quello di trasmettere una valutazione, complessa ed articolata, relativa alla bontà del piano proposto dal debitore, che, ovviamente - come tale - non può prescindere da un'analisi e verifica della correttezza dei “numeri” su cui il piano stesso si fonda. A riguardo va precisato che la verifica che l'esperto è chiamato a compiere a riguardo rileva non in assoluto (come quella operata dal curatore in sede di relazione ex art. 33 L.F.), ma esclusivamente in relazione allo scopo finale dell'attestazione.

In quest'ottica, la mancata indicazione e valorizzazione di una potenziale attività della società debitrice, se certamente può rilevare - anche penalmente - sotto altri profili (si pensi all'occultamento di “beni”, di cui all'art. 216 L.F.), non influenza evidentemente il giudizio dell'attestatore in punto di fattibilità del progetto di risanamento. Tutt'al più l'omessa evidenza di un attivo liquidabile potrebbe rilevare in ordine al giudizio di convenienza della proposta rispetto alle alternative concretamente attivabili dal debitore, ma anche questo profilo esula da quella che è la precipua finalità dell'attestazione, sia essa resa in relazione ad un concordato preventivo, ad un accordo di ristrutturazione o ad un piano attestato.

Conseguentemente è da ritenersi irrilevante anche l'eventuale infedele giudizio reso dall'attestatore riguardo alla congruità dei corrispettivi per le cessioni previste nell'ambito del piano concordatario. Non è, infatti, certamente compito dell'esperto (ma, piuttosto, del commissario giudiziale) quello di prevenire atti distrattivi o depauperativi del patrimonio del debitore.

L'attestatore, come tale, ha, infatti l'obbligo giuridico di elaborare un giudizio fedele in tema di fattibilità del piano proposto dal debitore, e, pertanto, la sua posizione di garanzia ha un ambito ben delimitato, che

---

<sup>(68)</sup> Così, testualmente, Mucciarelli F., op. cit.

non può certamente ricomprendere l'impedimento o la denuncia di atti distrattivi da parte del debitore.

In ultima analisi, deve ritenersi che non possano rilevare, ai fini penali, quelle “**informazioni**” inerenti al **giudizio di convenienza** della proposta concordataria rispetto alle alternative concretamente praticabili, come anche quelle relative all'eventuale **sussistenza di “atti in frode”** di cui all'art. 173. Entrambi i temi, pur certamente rilevanti nell'economia di una proposta di soluzione della crisi, non sono però significativi rispetto all'oggetto delle valutazioni dell'attestatore, che, lo si ripete, riguarda esclusivamente l'idoneità del piano ideato dal debitore.

### 3.5.5. L'elemento soggettivo

Non pienamente condivisibile è la previsione di punire il falso dell'attestatore a titolo di **semplice dolo generico**, così come confermato dalla specifica aggravante applicabile nel caso in cui il reato sia posto in essere “**al fine di conseguire un ingiusto profitto per sè o per altri**”. Sarà, infatti, sufficiente la coscienza e volontà del falso per fondare la responsabilità penale dell'attestatore, a prescindere dall'effettiva finalità perseguita. Ben più coerente con le esigenze concrete perseguite dal legislatore e parimenti efficace dal punto di vista generale e preventivo sarebbe stata la previsione di restringere la punibilità ai soli falsi decettivi, posti in essere con la precisa intenzione di ingannare creditori e Tribunale.

La natura generica dell'elemento soggettivo rischia, infatti, di comportare **numerose incertezze interpretative**, che, oggettivamente, incrementano la possibilità che attestatori “**onesti ma sfortunati**” possano essere coinvolti loro malgrado in procedimenti penali. Si pensi, in particolare, alla previsione di una **responsabilità a titolo di dolo eventuale**. Per meglio valutarne le conseguenze, occorre richiamare quanto sino ad oggi elaborato in tema di reati di falso ideologico. Secondo la dottrina prevalente, il dolo di falso, benché generico, comprenderebbe, infatti, non solo la coscienza dell'*immutatio veri*, ma anche la consapevolezza di ledere l'interesse protetto, con la conseguenza che occorrerebbe, in capo all'agente, la percezione di provocare un'alterazione dotata di effettiva rilevanza giuridica e potenzialmente idonea ad ingannare. E ciò perchè il fatto tipico dei reati di falso ricomprenderebbe anche l'offesa all'interesse della veridicità, quantomeno sotto il profilo della sua effettiva messa in pericolo. Da un punto di vista più strettamente pratico, tale impostazione conduce ad individuare tra la “**verità**” e la “**falsità**” un'**area di “dubbio”**, caratterizzata dall'esistenza in capo all'agente di un effettivo margine di

incertezza circa la verità o falsità della sua affermazione. Ed è proprio in questa situazione di dubbio soggettivo che potrebbe insinuarsi la responsabilità dell'attestatore a titolo di dolo eventuale. Ciò, beninteso, sempre che l'esperto abbia effettivamente posto in essere una reale valutazione costi-benefici in ordine alla decisione di predisporre un'attestazione potenzialmente falsa, restando, ovviamente, relegata nell'ambito della colpa cosciente, e, pertanto, del penalmente irrilevante, quelle falsità frutto di atteggiamenti meramente negligenti, superficiali o avventati.

Ben più delicata è, invece, l'applicazione del dolo eventuale con riferimento alla fattispecie omissiva, posto che lo stato di "dubbio" in cui versa l'agente deve avere ad oggetto dati aventi un grado di oggettività elevato, dovendo gli stessi poter essere, appunto, valutati in termini di "verità"/"falsità". Ben difficilmente, invece, il giudizio in merito alla rilevanza di un'informazione omessa può essere valutato, salvo casi scarsamente significativi, in termini oggettivi, dovendosi, invece, fare ricorso alla dicotomia corretto/errato. In conclusione deve ritenersi che il giudizio di valore effettuato dall'attestatore in ordine alla rilevanza del dato omesso mal si presterebbe ad una valutazione di penale rilevanza fondata sul paradigma del dolo eventuale e che, pertanto, lo stesso potrebbe, al più, applicarsi soltanto con riferimento alle condotte commissive.

### 3.5.6. La figura dell'attestatore "di fatto"

Il fenomeno delle attestazioni elaborate da professionisti diversi da colui che formalmente se ne attribuisce la paternità si è manifestato sin dall'istituzione della relativa figura, trovando la sua giustificazione, soprattutto, in esigenze di contenimento dei costi e di riduzione delle tempistiche di attestazione. A seguito dell'entrata in vigore dei requisiti in tema di autonomia ed indipendenza dell'attestatore e dell'introduzione delle sanzioni penali a carico del medesimo, tale fenomeno potrebbe ulteriormente incrementarsi.

Se così fosse, occorrerà certamente valutare la possibile applicazione del reato in argomento anche nei confronti del c.d. attestatore di fatto.

A riguardo si potrebbero riesumare le medesime considerazioni che avevano condotto giurisprudenza e dottrina a ritenere destinatario delle norme incriminatrici in tema di reati fallimentari anche colui che avesse esercitato in concreto le prerogative tipiche dell'amministratore, prima della "istituzionalizzazione" della figura dell'amministratore di fatto,

avvenuta con la modifica dell'art. 2639 c.c. Se si seguisse tale impostazione, sarebbe sufficiente, ai fini dell'applicabilità del reato proprio, dimostrare l'effettivo espletamento dei controlli e la "paternità" delle valutazioni in capo ad un soggetto diverso dal professionista che sottoscrive l'attestazione.



## 4. PARTE SECONDA • ASPETTI OPERATIVI

### 4.1. La domanda: un caso pratico di concordato preventivo<sup>(\*)</sup>

#### 4.1.1. Sintesi del caso

A seguito della crisi che ha investito il settore tessile italiano, XXX S.p.A., Società che aveva avviato fin dal 2003 un processo di espansione e diversificazione su differenti produzioni di filati, si trova in una situazione di tensione finanziaria che gli azionisti non sono più in grado di fronteggiare.

In data 25 ottobre 2006 l'assemblea straordinaria degli azionisti di XXX S.p.A. delibera la conseguente messa in liquidazione e la nomina del Liquidatore sociale, a cui attribuisce i poteri necessari per ricorrere ad un'eventuale procedura concorsuale.

Il Liquidatore, analizzata la situazione in cui versa la Società, al fine di garantire il mantenimento dei valori aziendali a beneficio della massa dei creditori, procede alla predisposizione e al deposito di una domanda per l'ammissione alla procedura del concordato preventivo per liquidazione dei beni.

La società XXX S.p.A. all'epoca ha due rami aziendali di produzione, rispettivamente di filato di acetato il primo e di viscosa il secondo.

Il piano di concordato presentato prevede la prosecuzione dell'attività del ramo aziendale acetato al fine di mantenerne l'avviamento aziendale in ottica di cessione e la progressiva chiusura del ramo produttivo viscosa.

Il prolungarsi delle trattative per l'affitto e la successiva cessione del ramo aziendale acetato determinano maggiori perdite rispetto a quelle stimate nella prima proposta di concordato.

---

<sup>(\*)</sup> A cura di Silvia Scarantino, Dottore Commercialista e Revisore Legale in Milano.

In data 21 maggio 2007 la XXX S.p.A. procede quindi a depositare una nuova proposta di concordato sulla base delle risultanze contabili aggiornate e opportunamente rettificata.

Tale proposta viene accettata dalla maggioranza dei creditori in sede di votazione e la procedura di concordato è definitivamente omologata nel mese di ottobre 2007.

#### 4.1.2. La vicenda processuale

XXX S.p.A. ha depositato in data 30 ottobre 2006 ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo con cessione di tutti i beni ai Creditori.

Con decreto del 30 novembre depositato il 1 dicembre 2006 il Tribunale di Milano ha ammesso la Società alla procedura richiesta ed ha nominato Giudice Delegato e Commissario Giudiziale.

Il decreto di ammissione alla procedura ha fissato l'Adunanza dei creditori per il giorno 16 marzo 2007.

Il piano di ristrutturazione sul quale è basata la proposta di concordato inizialmente formulata dalla Società prevedeva:

- a) la cessione dell'azienda funzionante;
- b) il realizzo delle giacenze di magazzino;
- c) l'incasso dei crediti della Società.

Per poter attuare la cessione di cui sub a) la Società ha dovuto proseguire l'attività di produzione e vendita svolta nel sito di Magenta; in assenza di ciò, infatti, non sarebbe stato possibile preservare i valori attivi del ramo d'azienda.

Il ramo d'azienda di Rieti è, invece, inattivo dal 30 settembre 2006 eccezion fatta per l'attività di vigilanza e controllo del sito che è proseguita a causa della giacenza di sostanze e materiali inquinanti.

La gestione dell'attività della Società ha generato le perdite economiche riflesse nella Situazione Patrimoniale ed Economica al 31 marzo 2007, perdite preventivate nel piano di ristrutturazione presentato dalla Società in Euro 5 milioni.

Con informativa del 26 gennaio 2007 il Commissario Giudiziale ha segnalato al Tribunale, anche ai sensi dell'art. 173 L.F.<sup>(69)</sup>, le proprie

---

<sup>(69)</sup> L'articolo 173 della Legge Fallimentare sancisce infatti che il commissario giudiziale, accertati presupposti che il debitore abbia occultato o dissimulato parte

perplessità in ordine alle perdite economiche che la Società stava generando nel corso della procedura, concludendo per il venir meno dei presupposti di ammissibilità della procedura stessa, non ritenendo possibile il realizzo di somme sufficienti a pagare integralmente i crediti assistiti da prededuzione ed i crediti muniti di diritto di prelazione.

Il Commissario Giudiziale ha ritenuto altresì di dover segnalare al Tribunale presunte violazioni delle norme di legge commesse dal Liquidatore della Società, violazioni che avrebbero dovuto, secondo il Commissario Giudiziale, portare all'interruzione della procedura ancor prima dell'Adunanza dei Creditori.

La legge fallimentare stabilisce infatti espressamente che, nel corso della procedura, l'attività si deve svolgere sotto stretta vigilanza del commissario giudiziale, il quale a sua volta assume le vesti di pubblico ufficiale in tutta la procedura. In questo caso il tribunale può offrire al debitore l'opportunità di variare il proprio piano con la conseguente formulazione di nuova documentazione in un lasso di tempo di almeno quindici giorni.

La Società XXX ha illustrato al Tribunale le proprie considerazioni in fatto ed in diritto in ordine alle censure mosse dal Commissario Giudiziale ed ha altresì proposto le proprie stime che, al contrario, hanno portato a concludere per il pagamento integrale dei crediti assistiti da prededuzione, pur nel maggior ammontare determinatosi nel corso della procedura a causa del prolungarsi della gestione operativa dell'attività e dei crediti muniti di diritto di prelazione; le stime della Società hanno consentito anche di determinare nel 10% circa la percentuale di soddisfacimento dei creditori chirografari.

La Società, alla luce dell'incremento delle perdite di gestione maturate in prededuzione, ha quindi chiesto di poter aggiornare la proposta di concordato preventivo sulla base dei dati contabili al 31 marzo 2007 al fine di fornire una stima della percentuale di pagamento dei debiti della Società basata su dati più recenti e completi.

---

dell'attivo, dolosamente omissivo di denunciare uno o più crediti, esposto passività insistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori. L'art. 17 del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, recante le "Modifiche alla legge fallimentare e al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270" aggiunge all'articolo 173, primo comma, in fine, il seguente periodo: "La comunicazione ai creditori è eseguita dal commissario giudiziale a mezzo posta elettronica certificata".

Ciò ha comportato anche la necessità di chiedere il differimento della data fissata per l'adunanza dei creditori dovendo il Commissario Giudiziale esaminare la nuova proposta di concordato preventivo ed esprimere il proprio parere al riguardo.

Il Tribunale di Milano, con provvedimento datato 5 marzo 2007, ha quindi accolto le richieste della Società ed ha:

- a) chiuso il procedimento ex art. 173 L.F. attivato dal Commissario Giudiziale;
- b) fissato per il 6 luglio 2007 la nuova data dell'Adunanza dei Creditori.

In data 5 aprile 2007, esaurita la procedura sindacale ex art. 47 Legge 428/1990, è stato quindi sottoscritto un contratto di affitto di ramo d'azienda con la Società JJJ propedeutico alla cessione del ramo d'azienda stesso.

In data 21 maggio 2007, su richiesta del Commissario Giudiziale, è stata depositata la nuova proposta modificativa per i creditori che prevedeva:

- il pagamento integrale dei debiti in prededuzione e dei debiti privilegiati;
- il pagamento dei creditori chirografari nella misura del 10%.

In data 30 luglio 2007 il conteggio dei voti manifestati all'udienza dei creditori tenutasi in data 6 luglio 2007 e nei 20 giorni successivi ha riportato voti favorevoli nella misura del 71,7%. Di conseguenza, il Tribunale ha approvato la proposta di concordato fissando per l'11 ottobre 2007 l'udienza ex art. 180 L.F.<sup>(70)</sup>

---

<sup>(70)</sup> Si riporta una sintesi di quanto sancito dall'art. 180 L.F.: Se il concordato è stato approvato dalla maggioranza dei creditori ex art. 177 L.F., il giudice delegato riferisce al tribunale il quale fissa un'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale.

Il debitore, il commissario giudiziale, gli eventuali creditori dissenzienti e qualsiasi interessato devono costituirsi almeno dieci giorni prima dell'udienza fissata. Nel medesimo termine il commissario giudiziale deve depositare il proprio motivato parere.

Se non sono proposte opposizioni, il tribunale, verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame.

Se sono state proposte opposizioni, il Tribunale assume i mezzi istruttori richiesti. Se un creditore appartenente ad una classe dissenziente contesta la convenienza della proposta, il tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

Il concordato preventivo è approvato, a norma dell'articolo 177 comma 1 della legge fallimentare, solo ed esclusivamente quando raggiunge il voto favorevole di tutti i creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto.

Se la proposta prevede svariate classi di creditori, il concordato supera la fase dell'approvazione se in tutte le classi si riscontra il voto favorevole della maggioranza dei crediti ammessi al voto.

#### 4.1.3. La domanda di concordato preventivo

Si riporta qui di seguito uno stralcio della originaria proposta di concordato preventivo formulata ai creditori.

TRIBUNALE DI MILANO  
\* \* \*

**RICORSO PER L'AMMISSIONE  
ALLA PROCEDURA DI CONCORDATO PREVENTIVO**  
\* \* \*

La XXX S.p.A. in Liquidazione, con sede in Milano, ....., C.F.: ..... (all. sub 1), in persona del Liquidatore, Dott. ....., dotato dei poteri necessari al presente atto con Assemblea Straordinaria in data 25/10/06 (all. sub 2), esercitati con determinazione autenticata per atto notaio ..... di Milano in data 30/10/06 (all. 2/bis) ed ivi elettivamente domiciliata, alla Via S. ...., presso lo studio degli Avv.ti ..... del Foro di Milano che la rappresentano e difendono, in virtù di procura stesa in calce al presente atto,

PREMESSO CHE

- la istante versa, per le ragioni che saranno di seguito esposte, in stato di crisi;
- sussistono, come sarà appresso specificato, le condizioni di ammissibilità alla procedura di concordato preventivo richieste dall'art. 160 L.F.;

Il Tribunale provvede con decreto motivato comunicato al debitore e al commissario giudiziale, che provvede a darne notizia ai creditori.

Il decreto è pubblicato ed è provvisoriamente esecutivo. Le somme spettanti ai creditori contestati, condizionali o irreperibili sono depositate nei modi stabiliti dal tribunale, che fissa altresì le condizioni e le modalità per lo svincolo.

Il Tribunale, se respinge il concordato, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, dichiara il fallimento del debitore.

## TANTO PREMESSO

la XXX S.p.A. in Liquidazione, come sopra rappresentata, difesa e domiciliata,

## PROPONE

ai creditori sociali un Concordato Preventivo che, attuando la ristrutturazione dei debiti attraverso la cessione dei beni, consentirà – come risulta dal piano allegato sub 7 – il pagamento integrale delle spese di procedura e di funzionamento della società, dei debiti privilegiati, nonché, in misura che si ritiene di poter indicare prossima al 25%, dei debiti chirografari.

Stante la già effettuata cessazione della produzione nel ramo di azienda sito in Rieti, operativo nel settore della produzione del filato di viscosa, la programmata cessione del ramo di azienda sito in Magenta, operativo nel settore della produzione del filato di acetato, permetterà la prosecuzione dell'attività di tale secondo comparto aziendale, salvaguardandone i relativi livelli occupazionali ed i connessi valori di impresa ed evitando, altresì, di aggravare i conti sociali con le perdite generate dallo stabilimento di Rieti.

\* \* \*

## BREVE PROFILO DELLA RICORRENTE

A. Storia della società

La XXX S.p.A. in liquidazione è stata costituita in data 17/01/1952 (atto Notaio ..... ) nella forma di società per azioni.

La sede legale è oggi in Milano, alla Via ..... e gli stabilimenti industriali sono ubicati in Magenta, viale ..... ed in Rieti, viale .....

Il capitale sociale, nel bilancio approvato al 31/12/2005 era di € 7.983.000,00.

L'oggetto sociale è il seguente: “*L'industria ed il commercio di fibre, filati e tessuti in genere .....*”.

Il progetto imprenditoriale perseguito si è indirizzato, dal 2003, verso la costituzione di un “polo cellulosico”, consistente nell'aggregazione in una unica realtà economico-industriale della produzione e commercializzazione delle tre fibre di base del prodotto tessile: viscosa, acetato e cupro.

Come si illustrerà nell'espone i motivi della crisi, tale progetto non si è potuto realizzare e da ciò, oltreché dalla generalizzata crisi del settore sono derivate difficoltà che si sono cronicizzate, determinando la obiettiva impossibilità di proseguire la normale attività.

Le ulteriori rilevanti perdite maturate nel corso dell'anno 2006 e l'impossibilità dei soci di fronteggiarle, finanziando un progetto di ristrutturazione pur validato da ..... S.p.A., hanno determinato la messa in liquidazione della società.

Nel corso dell'Assemblea Straordinaria dei soci del 25/10/06 (all. sub 2) si è pertanto proceduto alla nomina del liquidatore, nella persona del Dott. .... e si è deliberato di conferire allo stesso tutti i poteri, ivi compreso quello di presentare la domanda di ammissione alla procedura concorsuale minore del concordato preventivo, finalizzata – come detto – alla preservazione dei valori d'impresa ed alla migliore soddisfazione possibile dei creditori sociali.

Il Liquidatore ha preso atto della puntuale relazione degli amministratori resa per l'assemblea del 25/10/2006 e della dichiarata impossibilità dei soci a ricapitalizzare la società, e ciò nonostante ..... S.p.A. abbia validato il già avviato progetto di ristrutturazione industriale della società (all. sub 13). Il nominato liquidatore si è, così, subito attivato per la definizione e presentazione della presente proposta di concordato, su cui il cessato organo amministrativo aveva già effettuato gli opportuni approfondimenti, avendola individuata come una delle possibili soluzioni alla crisi. Ovviamente, tale scelta tiene conto ed è influenzata dalle manifestazioni d'interesse che il mercato, come riferito al liquidatore, ha espresso per il ramo d'azienda sito in Magenta, regolarmente operativo ed economicamente equilibrato, da salvaguardare quindi e da mantenere in esercizio proprio per questi motivi.

B. Soci della proponente

I soci di XXX, attualmente, sono:  
(omissis)

C. Organi sociali in carica

Come si è detto, i soci, nel corso dell'assemblea del 25/10/06, hanno nominato liquidatore il Dott. ....

In precedenza, la società era stata amministrata da un Consiglio d'Amministrazione così formato:

(omissis)

Il Collegio Sindacale è composto da:

(omissis)

**CAUSE DELLA CRISI E SUA EVOLUZIONE**

La crisi della società può ascrivere a due concomitanti fattori, l'uno esterno, di carattere generale, proprio del settore tessile, l'altro, interno,

consistente nella mancata realizzazione del progettato “polo cellulosico”, che avrebbe consentito a XXX di diventare l’unico operatore in grado di produrre le tre fibre – acetato, viscosa e cupro –, con evidenti ritorni positivi sulle quote di mercato specifiche e complessive e sulla capacità di influenzare la politica dei prezzi. L’insufficienza dei ricavi, invece e la conseguente difficoltà finanziaria, dovuta anche agli investimenti sostenuti, hanno reso impossibile il completamento delle programmate ristrutturazioni e non hanno consentito di alimentare il “circolante”, necessario al sostegno ed allo sviluppo della produzione.

La tensione finanziaria si è accentuata nell’ultimo periodo, a causa della riduzione e, in taluni casi, della revoca delle agevolazioni finanziarie da parte delle Banche.

Riguardo al settore tessile, il posizionamento dei prodotti XXX in una fascia di qualità intermedia li ha esposti a subire più di altri la concorrenza, dal basso, dei prodotti esportati dai paesi “emergenti”, in particolare asiatici, capaci di realizzare il filato a bassi costi, ancorché con qualità inferiore e, dall’alto, dei prodotti di altissima qualità.

A ciò deve aggiungersi la generale contrazione del mercato delle fibre sintetiche dovuta anche all’utilizzo delle fibre naturali nel campo della moda medio-alta.

Ciò ha comportato una contrazione di ordini, specialmente nel settore della viscosa, cui la XXX, non essendosi potuto realizzare il “polo cellulosico”, ha tentato di reagire elaborando un nuovo progetto di ristrutturazione (all. sub 13), le cui linee essenziali (riassumibili nella chiusura del ramo aziendale sito in Rieti ed operante nel settore della viscosa e nella prosecuzione del ramo di azienda sito in Magenta ed operante nel settore dell’acetato), sono state condivise dalla citata ..... S.p.A.. All’esecuzione del piano non si è potuto dar seguito per la mancanza dei necessari supporti finanziari.

Conseguentemente, l’assemblea dei soci, nella citata Assemblea Straordinaria del 25/10/06, dopo aver posto la società in liquidazione, ha nominato il Dott. .... Liquidatore della stessa, conferendogli i poteri di presentare il presente ricorso.

#### BILANCI

Per la puntuale verifica e migliore analisi dell’andamento della gestione, si allegano, sub. 3 e sub. 4, i bilanci degli esercizi 2004 e 2005, completi di nota integrativa e corredati dalla relazione sulla gestione e dalla relazione del Collegio Sindacale, unitamente ai verbali delle

Assemblee di approvazione degli stessi.

Si allega, altresì, la situazione patrimoniale, economica e finanziaria, alla data del 30/9/06 (all. sub. 5), con la relazione sulla stessa comprensiva delle rettifiche del liquidatore (all. sub. 6).

\* \* \*

#### a. CONDIZIONI PER L'AMMISSIONE ALLA PROCEDURA

Sussistono le condizioni di ammissibilità alla procedura di concordato preventivo richieste dalla Legge Fallimentare in quanto:

- la XXX S.p.A. in Liquidazione è iscritta nel Registro delle Imprese di Milano;
- la società versa in stato di crisi, come risulta dalla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa (all. sub. 5) e dalla relazione esplicativa (all. sub. 6);
- la presentazione della proposta di concordato preventivo è stata decisa dal liquidatore, giusti i poteri allo stesso attribuiti dall'Assemblea Straordinaria del 25/10/06 e formalizzata con atto raccolto dal Notaio Elia, di Milano, in data 30/10/06 (all. 2 bis);
- la Società ha predisposto e deposita, in uno con il presente ricorso:
  - a. relazione sulla situazione patrimoniale economica e finanziaria della impresa al 30/9/06, con le rettifiche del liquidatore (doc. sub. 6);
  - b. stato analitico ed estimativo delle attività (doc. sub. 10);
  - c. elenco nominativo dei creditori, con indicazione dei crediti e delle cause di prelazione (doc. sub. 8);
  - d. elenco dei titolari dei diritti reali o personali sui beni di proprietà o in possesso del ricorrente (doc. sub. 9);
  - e. piano di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei creditori (doc. sub. 7);
  - f. relazione del Dott. .... attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano di cui alla lettera che precede (doc. sub. 12).

#### IL "PIANO": LA RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI E LA SUA "FATTIBILITÀ".

La nuova disciplina del concordato preventivo prevede che il ricorrente alleggi alla domanda di ammissione un piano che contenga, per quanto qui interessa, il progetto relativo alla *"ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie ....."*.

La novella prevede inoltre che la fattibilità di detto piano venga

certificata da un professionista.

La ricorrente ha, quindi, elaborato un piano che, attraverso la ristrutturazione dell'indebitamento e la cessione dei beni, consentirà - come meglio illustrato nell'elaborato prodotto sub 13, l'integrale pagamento delle spese di procedura, di funzionamento della società, di assistenza legale e tecnica, nonché dei creditori privilegiati e di quelli chirografari in misura che si ritiene possa approssimarsi al 25%.

Punto di partenza per l'elaborazione del piano è stata la constatazione che, per il rilancio delle attività d'impresa, erano necessari mezzi finanziari superiori a quelli che gli attuali soci potevano mettere a disposizione.

Il mancato reperimento di nuovi soci disposti ad apportare capitale di rischio e l'impossibilità di fare ricorso al credito bancario hanno, quindi, indotto l'Assemblea a deliberare la messa in liquidazione, mandando al liquidatore di fare ricorso ad una procedura concorsuale minore.

Tra le diverse "opzioni" offerte dal "nuovo" concordato preventivo, tenuto conto di quanto sopra esposto, è apparsa decisamente preferibile quella della "ristrutturazione" dell'indebitamento e della soddisfazione dei creditori attraverso il ricavato della liquidazione dell'attivo, nell'ambito della quale assume particolare rilievo la cessione del ramo d'azienda sito in Magenta, mantenuto appositamente in esercizio e salvaguardato nella sua capacità produttiva.

Tale prosecuzione di attività, unitamente ad alcune necessarie attività di ristrutturazione, consentirà al ramo di azienda in discorso, come da piano aziendale condiviso da ..... S.p.A. (all. sub. 13), di produrre, già nel medio periodo, un margine industriale positivo, tale da incrementarne il valore in funzione del profilo reddituale prospettico, come asseverato e meglio esposto nella valutazione del Dott. ....

Il trasferimento dell'azienda in esercizio, inoltre, consentendo la prosecuzione dell'attività di impresa, preserverà un'occupazione diretta di oltre n. 250 (duecentocinquanta) risorse, nonché la rilevante occupazione indotta nell'area. Sarà così scongiurato l'oramai troppo frequente fenomeno della delocalizzazione dei siti produttivi del tessile, alla ricerca di (spesso solo apparenti) riduzioni dei costi industriali.

Per un'analitica esposizione delle componenti dell'attivo da realizzare, e della entità e rango dei debiti, si rimanda alla situazione patrimoniale alla data del 30/9/06 (all. sub. 5) ed alla relazione sulla stessa (all. sub. 6).

Ai fini del presente scritto è sufficiente esporre i dati che hanno immediata rilevanza sul piano sottoposto all'esame dei creditori, opportunamente rettificati, con riferimento all'attivo, dai valori stimati nelle perizie redatte dai professionisti incaricati dalla società.

\* \* \*

## ATTIVO

Descrizione	Risultanze contabili al 30/09/06	Rettifiche extra-contabili	Situazione estimativa	Situazione contabile rettificata per la procedura
1 Partecipazioni [Nota 1]	5.872.174	(5.872.174)	0	0
2 Crediti v/ clienti	19.712.867	(4.112.867)	15.600.000	15.600.000
3 Crediti v/ imprese controllate	75.000	(75.000)	0	0
4 Crediti v/ altri comprensivi dei depositi cauzionali [Nota 2]	9.504.610	(9.504.610)	0	0
5 Crediti v/ erario	607.785	(319.510)	288.275	288.275
6 Rimanenze materiali (materie prime)	2.870.106	(2.307.233)	562.873	562.873
7 Rimanenze materiali (prodotti finiti)	12.647.792	2.419.140	15.066.932	15.066.932
8 Rimanenze materiali (prodotti in corso di lavorazione)	1.706.567	(227.800)	1.478.687	1.478.687
9 Immobilizzazioni materiali (attrezzature ed impianti al netto dei fondi di ammortamento non compresi nei complessi aziendali di Magenta e Rieti)			1.543.260	1.543.260
10 Immobilizzazioni materiali (attrezzature ed impianti al netto dei fondi di ammortamento afferenti il ramo d'azienda di Rieti) [Nota 3]	9.883.389	(9.883.389)	0	0
11 Immobilizzazioni materiali (attrezzature ed impianti al netto dei fondi di ammortamento afferenti il ramo d'azienda di Magenta)	7.024.727	10.591.093	17.615.820	17.615.820
12 Valore avviamento afferente il ramo d'azienda di Magenta (come differenziale fra la voce immobilizzazioni materiali di cui sopra e la valutazione dell'azienda)		1.200.000	1.200.000	1.200.000
13 Immobilizzazioni immateriali (marchi, concessioni e licenze) [Nota 4]	7.260.584	(7.260.584)	0	0
14 Disponibilità liquide	816.577	(0)	816.577	816.577
15 Immobilizzazioni finanziarie (titoli e valori a garanzia)	14.548.752	(8.171.179)	6.377.573	6.377.573
<b>Totale attivo</b>	<b>92.530.930</b>	<b>(33.524.193)</b>	<b>60.549.997</b>	<b>60.549.997</b>

### NOTA 1.

Il valore delle partecipazioni è stato prudenzialmente valutato a zero ai fini della determinazione dell'attivo concordatario, pur dovendosi ricordare l'indubbia possibilità di sviluppo e di vendita sul mercato della partecipazione totalitaria detenuta in YYY S.p.A., società che gestisce

due centrali per la produzione di energia elettrica e vapore, suscettibili, alla luce della normativa vigente, di ampliamento e potenziamento.

#### NOTA 2.

La voce “Crediti v/ Altri” è stata anch’essa cautelativamente azzerata, in quanto, per la gran parte, composta da un credito verso la Amministrazione Straordinaria della XYX in liquidazione S.p.A. (pari contabilmente ad Euro 9.504.610,00), oltre ad altre voci di credito in corso di quantificazione.

Bene potranno, di contro, gli organi della procedura, esaminata la formazione di detto credito, valutarne la compensabilità, in tutto o in parte, con il debito verso la medesima Amministrazione Straordinaria della XYX in liquidazione S.p.A. (pari ad Euro 11.785.930), esposto, invece, al 100% nei debiti chirografari.

#### NOTA 3.

Il valore dell’impianto industriale di Rieti, essendone stato interrotto l’esercizio, nonostante il considerevole valore periziato per l’ipotesi di continuità dell’attività (Euro 12.730.850,00), come da perizia, all. 10 bis), è stato prudenzialmente azzerato.

#### NOTA 4.

L’azzeramento del valore delle immobilizzazioni immateriali, essenzialmente costituite dal marchio “XXX”, è diretta conseguenza del contenzioso in corso con la procedura di Amministrazione Straordinaria della XYX in liquidazione s.p.a., da cui, nell’anno 2003, il marchio stesso venne acquistato per Euro 10.000.000,00 (all. 10-*quinques*).

\* \* \*

### PASSIVO

Nel procedere all’enunciazione delle posizioni debitorie aziendali si è ritenuto utile, rappresentare i valori nominali dei debiti, così come rinvenienti dalle scritture contabili, aggiornandoli al 30/9/06 e gravandoli, per quanto riguarda i privilegiati, degli interessi fino alla data del previsto pagamento.

\* \* \*

### PASSIVO PRIVILEGIATO

Descrizione	Situazione contabile	Rettifiche sui debiti	Situazione contabile rettificata	
Passivo privilegiato				
1 Debiti v/ dipendenti per stipendi, ratei e indennità	3.907.773	+383.539	4.291.312	

Descrizione	Situazione contabile	Rettifiche sui debiti	Situazione contabile rettificata	
Passivo privilegiato				
2 Debiti v/ dipendenti per TFR	9.042.795	(2.472.492)	6.570.303	
3 Istituti previdenziali	2.064.609	0	2.064.609	
4 Erario	1.682.147	+190.332	1.872.479	
5 Professionisti per assistenza per la Procedura di Concordato Preventivo			1.600.000	
6 Istituti bancari per pegni	5.056.323	0	5.056.323	
7 Debiti v/ fornitori privilegiati			7.379.771	
8 Interessi sui debiti privilegiati		600.000	600.000	
<b>Totale passivo privilegiato</b>			<b>29.434.797</b>	<b>29.434.797</b>

\* \* \*

### PASSIVO CHIROGRAFARIO

Descrizione	Situazione contabile al 30/09/2006	Rettifiche del liquidatore	Situazione contabile rettificata	
Passivo chirografario				
1 Deviti v/ banche	25.457.897		25.457.897	
2 Fornitori per fatture ricevute	23.138.466		26.239.901	
3 Fornitori per fatture da ricevere	14.365.065		11.863.943	
4 Debiti v/ altri	3.183.608	+6.775.423	9.959.031	
<b>Totale passivo chirografo</b>	<b>66.144.036</b>		<b>73.520.770</b>	<b>73.520.770</b>

\* \* \*

### PROGRAMMA DEGLI INCASSI E DEI PAGAMENTI

Le disponibilità liquide saranno integrate dagli incassi dei crediti e dalle rivenienze delle cessioni degli attivi.

Il realizzo del prezzo per la cessione del ramo d'azienda sarà richiesto all'acquirente secondo le usuali modalità di mercato e, comunque, in modo tale da assicurare le tempistiche di rimborso ai creditori come indicate nel piano.

In coordinamento temporale con gli incassi sono dunque previsti e schedulati, anche in ragione dell'andamento della procedura, i pagamenti dovuti ai creditori.

È evidente che, con le disponibilità liquide attuali ed in formazione,

verranno fronteggiate le esigenze immediate, con particolare riferimento agli oneri per la gestione corrente sino alla attesa omologazione.

\* \* \*

## INCASSI

	Entro due mesi dalla data di presentazione della domanda (31/12/06)	Nei sei mesi successivi al decreto di omologa (ipotesi 30/09/07)	Nei successivi tre mesi (ipotesi 31/12/07)	Nei successivi sei mesi (ipotesi 30/06/08)	
Crediti v/ clienti	8.500.000	7.100.000			
Crediti v/ erario	288.275				
Rimanenze materiali (materie prime, prodotti in corso di lavorazione, prodotti finiti)	1.000.000	16.108.492			
Immobilizzazioni materiali non comprese nei complessi aziendali di Magenta e Rieti		1.543.260			
Ramo d'azienda di Magenta				10.000.000	8.815.820
Disponibilità liquide	816.577				
Immobilizzazioni finanziarie (titoli e valori a garanzia)	6.377.573				
<b>Totali</b>	<b>16.982.425</b>	<b>24.751.750</b>	<b>10.000.000</b>	<b>8.815.820</b>	<b>60.549.997</b>

\* \* \*

## PAGAMENTI

	Pagamenti da disporsi immediatamente	Al 15/10/2007	Al 15/01/2008	Al 15/07/2008
<b>Predeuzioni 100%</b>				
Spese di giustizia	300.000	600.000		600.000
Spese per assistenza tecnica legale successiva alla ammissione e per il giudizio di omologa		300.000		
Oneri per la gestione della liquidazione volontaria comprensivi delle somme da accantonare per la fase successiva all'omologa		500.000	500.000	500.000
Ulteriori oneri per la gestione corrente (professionisti -compreso l'esperto-, ratei, personale, imposte e riorganizzazioni)	1.000.000	2.000.000	1.000.000	1.000.000
Spese per la bonifica del complesso industriale di Rieti	1.000.000	1.000.000		
<b>Creditori privilegiati 100%</b>				
Debiti v/ dipendenti per stipendi, ratei e indennità		4.291.312		
Debiti v/ dipendenti per TFR			1.587.769	4.982.534
Istituti previdenziali		2.064.609		

	Pagamenti da disporsi immediatamente	Al 15/10/2007	Al 15/01/2008	Al 15/07/2008
Erario		1.872.479		
Debiti per fornitori privilegiati		7.379.771		
Professionisti per assistenza per la procedura di Concordato Preventivo		1.600.000		
Istituti bancari per pegni		5.056.323		
Interessi ai creditori privilegiati		600.000		
<b>Creditori chirografari 25%</b>			25% di quanto spettante agli stessi sulla base della previsione del 25%	75% di quanto spettante agli stessi sulla base della previsione del 25%
Debiti v/ banche (6.364.474)			1.591.118	4.773.356
Fornitori per fatture ricevute (6.559.975)			1.639.993	4.919.982
Fornitori per fatture da ricevere (2.965.985)			741.496	2.224.489
Debiti v/ altri (2.489.757)			622.439	1.867.318
<b>Totale</b>	<b>2.300.000</b>	<b>27.264.494</b>	<b>7.682.815</b>	<b>20.867.679</b>

Totale pagamenti = (58.114.988).

\* \* \*

e. ONERE DERIVANTE DALL'ESECUZIONE DEL PIANO

In base ai dati sopra esposti, il fabbisogno concordatario, conteggiato sulla base della percentuale di soddisfo prevista dal piano, può così essere quantificato:

Debiti privilegiati (da pagare integralmente)	29.434.797
Debiti chirografari (già ridotti al 25%)	18.380.191
Spese di giustizia per l'intera procedura (in prededuzione) da pagarsi:	
- subito dopo l'ammissione	300.000
- nel corso della procedura	1.200.000
Spese di assistenza legale successiva all'ammissione e per il giudizio di omologazione (in prededuzione)	300.000
Oneri per la gestione della liquidazione volontaria comprensivi delle somme da accantonare per la fase successiva all'omologa (in prededuzione)	1.500.000
Ulteriori oneri per la gestione corrente (ratei personale, imposte, professionisti, ecc.) (in prededuzione)	5.000.000
Oneri per la bonifica ambientale del sito di Rieti (in prededuzione)	2.000.000
<b>Totale</b>	<b>58.114.988</b>

L'attivo, stimato anche sulla base delle perizie, pari ad € 60.549.997,

autorizza a prevedere il pieno raggiungimento degli obiettivi della ristrutturazione in favore dei creditori chirografari in percentuale anche superiore a quella ipotizzata. Basti pensare, al riguardo, che, come già esposto e come ampiamente si documenterà in seguito, si è ritenuto, per prudenza di non valorizzare nell'attivo cespiti di sicuro rilievo, quali lo stabilimento di Rieti, i marchi "XXX", la partecipazione in YYY S.p.A. ed i crediti verso XYX S.p.A. in A.S.

In ogni caso, l'eccedenza di € 2.435.009 rispetto all'onere di € 58.114.988 è largamente sufficiente per fronteggiare eventuali sopravvenienze di passività - attualmente non ipotizzabili - che dovessero emergere nel corso della procedura, minori recuperi che dovessero derivare dai crediti, oltreché eventuali maggiori spese di gestione corrente.

\* \* \*

Tutto quanto sopra premesso, la XXX S.p.A. in Liquidazione, come in epigrafe rappresentata, difesa e domiciliata

CHIEDE

che l'Ecc.mo Tribunale, ammetta la stessa alla procedura di Concordato Preventivo, con ogni altro conseguente provvedimento in ordine al prosieguo.

Con riserva di produrre l'ulteriore documentazione che si rendesse necessaria ed opportuna.

#### 4.1.4. Gli allegati alla domanda di concordato preventivo

I presupposti richiesti dalla legge per poter essere ammessi a beneficiare di questa procedura sono esplicitamente formulati dall'articolo 160 della legge fallimentare.

In base a quello che stabilisce questo articolo, l'imprenditore che versa in uno stato di crisi può proporre ai suoi creditori un accordo che può prevedere alternativamente:

- la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti in qualsiasi forma, anche attraverso cessione dei beni, acollo o altre azioni straordinarie, compresa l'attribuzione ai creditori nonché a società da questi partecipate o azioni, quote, oppure obbligazioni anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari o titoli di debito;
- l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato a un assuntore. Si possono costituire come assuntori anche

i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano dirette a essere attribuite ai creditori per effetto del concordato;

- la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei;
- i trattamenti differenziati tra creditori che appartengono a classi diverse.

Assuntore è un soggetto terzo, che si accolla tutti i debiti dell'imprenditore, in via solidale, o anche con la sua immediata liberazione.

La domanda deve essere presentata necessariamente (diversamente dal concordato fallimentare) dall'imprenditore commerciale "non piccolo" (ai sensi dell'articolo 1 comma 2 L.F.) al tribunale del luogo nel quale l'impresa ha la propria sede principale.

Al fine di una maggiore tutela dei terzi, il legislatore impone al debitore di corredare questa domanda con una serie di altri documenti che permettono di effettuare una attendibile e corretta valutazione riguardo l'opportunità o no di ricorrere a questo strumento, accompagnati a loro volta da una relazione di un professionista (ragioniere, commercialista, avvocato regolarmente iscritto all'albo anche dei revisori contabili se occorre) che certifichi con chiarezza la regolarità dei dati forniti e la fattibilità del piano in base a quello che stabilisce l'articolo 161 della legge fallimentare.

La domanda di concordato preventivo all'epoca depositata dalla Società XXX era integrata dai seguenti allegati, depositati contestualmente al deposito del ricorso:

1. certificato di iscrizione al Registro delle Imprese;
2. verbale della Assemblea Straordinaria del 25 ottobre 2006 che ha messo in liquidazione la società ed incaricato il nominato liquidatore di ricorrere alla procedura di c.p.;

*2-bis* verbale redatto dal Notaio ....., di Milano, ex. art. 152 L.F., riportante la decisione di accedere alla procedura di concordato preventivo;

3. bilancio esercizio 2004 ed allegati;
4. bilancio esercizio 2005 ed allegati;
5. situazione patrimoniale, economica e finanziaria alla data del 30/09/2006;
6. relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;
7. piano di ristrutturazione dei debiti e cessione dei beni con indicazione dei flussi di cassa e del programma dei pagamenti;

8. elenco nominativo dei creditori suddivisi in sezioni separate (privilegiati e chirografi);
9. elenco dei titolari di diritti reali sui beni di proprietà o in possesso della ricorrente;
10. stato analitico ed estimativo delle attività;
- 10-*bis* perizia valutativa del magazzino e dei macchinari dello stabilimento di Rieti, redatta dal Geom. Caio;
- 10-*ter* perizia valutativa del magazzino e dei macchinari dello stabilimento di Magenta, redatta dal Geom. Caio;
- 10-*quater* aggiornamento dei valori indicati sub. 10-*bis* e 10-*ter* del geom. Caio;
- 10-*quinques* perizia asseverata sui marchi “XXX”;
11. valutazione asseverata del ramo di azienda di Magenta redatta dal Dott. Tizio;
12. relazione del Dott. Sempronio attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano;
13. piano di ristrutturazione aziendale redatto dal Dott. ...., con allegata relazione della ..... S.p.A.

L'allora vigente articolo 161 della Legge Fallimentare prevedeva infatti che il debitore dovesse presentare con il ricorso:

- a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;
- b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
- c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore;
- d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili.

Il piano e la documentazione dovevano essere accompagnati dalla relazione di un professionista che attestasse la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo.

Per la società la domanda doveva essere approvata e sottoscritta a norma dell' articolo 152 L.F.

Il decreto legge approvato dal Consiglio dei Ministri del 15 giugno 2012 – pubblicato in Gazzetta Ufficiale del 26 giugno 2012, n. 147 ha introdotto significative modifiche in tema di concordato.

Tra queste, il riformato articolo 161 della Legge Fallimentare contiene un nuovo quinto comma che prevede la possibilità di depositare il ricorso per l'ammissione alla procedura concordataria riservandosi di presentare

la proposta di concordato, il piano e la documentazione integrativa della proposta in un termine fissato dal Giudice e compreso tra 60 e 120 giorni (eventualmente prorogabile per ulteriori 60 giorni).

Tale norma consente di ottenere il divieto di inizio e prosecuzione di azioni esecutive o cautelari da parte dei creditori, nonché il divieto ad acquisire titoli di prelazione, a fronte del deposito di un ricorso “minimo”, che può addirittura prescindere dalla proposta di concordato vera e propria.

Entro lo stesso termine, il debitore può – in alternativa – depositare domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-*bis* Legge Fallimentare.

In definitiva, la nuova disciplina: (i) consente al debitore di accedere ai benefici della presentazione della domanda di concordato prima che sia depositata la proposta; e (ii) permette al debitore di depositare la domanda di ammissione al concordato preventivo senza precludersi la possibilità di richiedere successivamente l'omologazione di un accordo di ristrutturazione ex art. 182-*bis* Legge Fallimentare

Dopo il deposito del ricorso e fino al decreto con cui il giudice dichiara aperta la procedura, il debitore può compiere atti di ordinaria amministrazione, nonché – previa autorizzazione del Tribunale – gli atti urgenti di straordinaria amministrazione.

#### 4.1.5. Il nuovo soddisfacimento proposto ai creditori

Come anticipato nei paragrafi che precedono, la Società ha successivamente provveduto ad aggiornare i dati economici e patrimoniale del ricorso iniziale, presentando la seguente situazione patrimoniale, economica e finanziaria al 31 marzo 2007, di cui si riepilogano le principali poste di sintesi:

	Euro/000
<b>Attività</b>	
Immobilizzazioni	7.034
Attivo circolante	27.003
Ratei e risconti attivi	75
<b>Totale attività</b>	<b>34.112</b>
<b>Passività</b>	
Fondi rischi	7.096

	Euro/000
T.F.R.	6.714
Debiti	88.143
Ratei e risconti passivi	2.772
<b>Totale passività</b>	<b>104.725</b>
<b>Patrimonio netto</b>	<b>(70.613)</b>

Il Conto Economico al 31 marzo 2007 è sintetizzato nei seguenti dati (Euro/000):

Valore della produzione	7.178
Costi della produzione	(11.123)
Differenza tra valore e costi della produzione	(3.945)
Gestione finanziaria	(73)
Oneri e proventi straordinari	(1.621)
<b>Perdita del periodo</b>	<b>(5.639)</b>

Apportando le opportune rettifiche alla situazione patrimoniale contabile, il nuovo attivo della procedura è risultato così composto:

Attività	Valore contabile	Valore effettivo realizzo
Immobilizzazioni immateriali	109.680	109.680
Immobilizzazioni materiali	6.861.902	6.861.902
Plusvalenza Ramo Magenta		13.028.418
Rimanenze di magazzino	12.293.475	12.293.475
Crediti immobilizzati	62.704	62.704
Partecipazioni	0	500.000
Crediti verso Clienti	12.704.720	6.000.000
Crediti verso Erario	1.333.188	1.333.188
Altri crediti	41.319	0
Disponibilità liquide	630.331	630.331
Ratei e risconti attivi	74.702	74.702
<b>Totale Attività</b>	<b>34.112.02</b>	<b>40.894.400</b>

I debiti di XXX al 31 marzo 2007 risultavano così costituiti:

	Euro
Debiti verso soci	3.675.500
Debiti per TFR	6.714.332
Debiti verso altri finanziatori	621.144
Debiti verso controllate	2.099.111
Debiti verso banche	25.038.291
Debiti verso fornitori	49.506.699
Debiti verso Erario	1.958.152
Debiti verso Istituti di Previdenza	3.089.318
Altri debiti	4.926.479
<b>Totale</b>	<b>97.629.026</b>

I Fondi Rischi e Oneri erano complessivamente determinati in € 7.096.035 così costituiti:

	Euro
Rischi da rapporti di agenzia	585.538
Rischi da rapporti di lavoro	1.062.364
Rischi per sanzioni previdenziali	604.500
Rischi da bonifica Rieti	1.987.633
Oneri della fase di liquidazione	2.856.000
<b>Totale</b>	<b>7.096.035</b>

Le spese della gestione corrente che la Società aveva sostenuto nel mese di aprile 2007 e che avrebbe sostenuto in futuro, ipotizzando la chiusura del sito di Rieti entro la fine del mese di maggio 2007, erano le seguenti:

	Euro
Costi stimati della gestione corrente aprile/maggio 2007	496.000
Costi stimati di gestione giugno 2007/dicembre 2008	1.760.000
<b>Totale</b>	<b>2.256.000</b>

Nei costi di gestione del periodo 2007/2008 erano incluse le spese di

esistenza della Società quali i compensi dovuti a legali, al Collegio Sindacale, ai consulenti fiscali e amministrativi, al Liquidatore, le spese societarie necessarie a svolgere una ordinata fase di liquidazione di XXX ed a consentire il regolare svolgimento della procedura di Concordato Preventivo.

Erano inoltre inclusi gli interessi passivi maturandi a fronte dei crediti privilegiati e un accantonamento generico per imprevisti e sopravvenienze passive.

Ai debiti ed ai Fondi rischi stimati dalla Società si aggiungevano poi i seguenti importi, ulteriori rispetto agli accantonamenti precedentemente effettuati:

	Euro
Onorari a Professionisti	100.000
Spese di giustizia	500.000
<b>Totale</b>	<b>600.000</b>

#### 4.1.6. Il piano a sostegno della proposta

La Società proponeva il pagamento integrale dei crediti assistiti da prededuzione ed i crediti privilegiati.

Residuando per i creditori chirografari le seguenti somme:

	Euro
Attivo stimato	40.894.400
Crediti in prededuzione	(10.996.432)
Crediti privilegiati	(17.459.378)
Attivo residuo	12.438.590

Il residuo attivo di € 12.438.590 consente di stimare il pagamento a favore dei creditori chirografari nella misura del 10% circa.

L'attuazione del piano sopra illustrato prevedeva il realizzo della maggior parte delle risorse finanziarie necessarie a pagare i Creditori nell'arco di 90/120 giorni dalla data dell'omologa della proposta di concordato preventivo. Pertanto, la Società prevedeva di pagare quanto dovuto ai Creditori privilegiati entro 120 giorni dalla data del passaggio in giudicato del Decreto di omologa ed i Creditori chirografari entro il 30 giugno 2009 (in più riparti secondo il formarsi delle disponibilità liquide).

### 4.1.7. Conclusioni

Relativamente al profilo giuridico civilistico il caso presenta uno spunto di riflessione attuale a seguito delle riforme antecedenti lo stesso.

Il prevalente orientamento della dottrina riteneva e ritiene che il Tribunale debba limitarsi ormai ad un controllo meramente formale della completezza e regolarità della documentazione allegata alla domanda di concordato preventivo e non più, come accadeva prima della Riforma del 2005, accertare la fattibilità del piano, da compiersi attraverso un controllo dei dati aziendali esposti e dell'iter logico attraverso il quale il professionista è giunto ad esprimersi in termini positivi sul piano.

Il legislatore della riforma avrebbe, infatti, abdicato al precedente carattere pubblicistico della procedura in favore di quello privatistico, attribuendo al consenso dei creditori, rispetto al controllo giudiziale, decisiva prevalenza.

Gli organi della procedura, segnatamente il Tribunale ed il Commissario giudiziale, dovrebbero ormai dedicarsi soltanto ad una ben precisa funzione: garantire che il consenso espresso dai creditori non sia frutto di una falsa rappresentazione della realtà.

Il Commissario giudiziale può e deve chiaramente compiere indagini al fine di accertare la veridicità dei dati aziendali sottoposti alla valutazione dei creditori. Lo svolgimento di tale attività presupporrebbe la completezza della documentazione prodotta dal ricorrente e che la stessa sia inquadrabile effettivamente nel tipo legale descritto dalla disposizione dell'art. 161 L.F. Quest'ultimo controllo è l'oggetto del sindacato giurisdizionale della fase di ammissione al concordato preventivo. Il sindacato giurisdizionale consisterebbe cioè in un controllo di "legittimità sostanziale" avente i seguenti limiti: a) divieto di valutare la fattibilità del piano; b) divieto di effettuare accertamenti in ordine alla veridicità dei dati aziendali, riservati esclusivamente al commissario giudiziale, il quale ove ne riscontri la mancanza deve procedere a denunciare ciò al Tribunale per l'apertura d'ufficio del procedimento di revoca.

Il ricorso, pertanto, dovrà essere dichiarato inammissibile ai sensi dell'art. 162 L.F. solo nel caso in cui la proposta e la documentazione allegata non rispondano al "tipo" descritto dal legislatore negli artt. 160 e 161 L.F.

Il procedimento di ammissione al concordato preventivo non ha ad oggetto l'accertamento di un diritto soggettivo, bensì l'esistenza dei presupposti - soggettivi ed oggettivi - necessari per l'ammissione alla procedura di concordato.

Per quanto concerne il caso descritto nel presente articolo, giova precisare che entrambe le proposte di concordato preventivo di cui si discute sono state formulate sulla base di quanto previsto dagli artt. 160-186 L.F., come modificati dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 e dal decreto legislativo n. 5 del 16 gennaio 2006. Nel corso del procedimento, pertanto, non sono state tenute in considerazione le modifiche legislative successivamente intervenute agli articoli della legge fallimentare ora menzionati. Le questioni giuridiche esposte facevano, pertanto, riferimento alla normativa in vigore all'epoca della presentazione della domanda, avvenuta prima del settembre 2007.

In sede di commento, è stata indicata la recente disciplina successivamente intervenuta alla normativa concorsuale e in nota sono stati riportati stralci degli articoli della Legge Fallimentare oggi vigente.

## 4.2. L'asseverazione ex art. 161 L.F.<sup>(\*)</sup>

### 4.2.1. Premessa

Con il D.L. 14 marzo 2005, n° 35, convertito nella L. 14 Maggio 2005 n° 80, e successive modifiche ed integrazioni fino alle modifiche contenute nel “Decreto Competitività e Sviluppo” sfociato nella legge 134/2012, il legislatore ha inteso affrontare in maniera culturalmente diversa il problema della crisi d'impresa fornendo ai protagonisti della crisi gli strumenti per intervenire proattivamente nelle varie fasi della stessa.

In questo senso, la riforma è ispirata ad un nuovo concetto che è quello di privilegiare il rapporto diretto intercorrente fra il debitore ed il creditore, nel senso che in linea generale il primo propone una certa soluzione, e, l'altro diventa arbitro dell'esito della stessa<sup>(71)</sup>.

La novità è consistita principalmente nel riconoscimento della possibilità che le imprese, nel corso della loro vita, possano incorrere in situazioni di crisi o di squilibrio che se non correttamente diagnosticate o qualificate possono condurre l'impresa stessa ad una crisi definitiva, e

---

<sup>(\*)</sup> A cura di Giannicola Rocca, Dottore Commercialista, Revisore Legale, MBA Vice Presidente Commissione Gestione della Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali ODCEC Milano, Autore di Pubblicazioni, Relatore in Convegni e Docente in Seminari sulla crisi d'Impresa.

<sup>(71)</sup> Commissione Gestione delle Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali, ODCEC Milano in Quaderno SAF n° 27 “La Crisi d'Impresa”

nell'aver quindi fornito un ventaglio di strumenti operativi il cui corretto utilizzo può spesso significare il salvataggio delle imprese.

Ed infatti il legislatore si è soffermato sul riconoscimento del ruolo sociale ed economico delle imprese, ha inteso accrescere il ruolo del Commissario Giudiziale, limitando quello del Tribunale, ed ha inteso valorizzare la figura del professionista esperto.

#### 4.2.2. Tipologie di crisi

Tendenzialmente quindi la condizione di crisi può essere ricondotta alle seguenti tipologie tipiche<sup>(72)</sup>: crisi finanziaria, cioè impresa economicamente sana (*safe business*) ma in squilibrio finanziario; crisi economica, quando l'impresa non è nelle condizioni di gestire marginalità positive (*no safe business*) a livello "operativo"; crisi mista o complessa, quando l'impresa già incapace di gestire marginalità positive a livello di reddito operativo, aggrava la propria condizione di squilibrio anche in relazione ad un eccessivo indebitamento ed al conseguente peso degli oneri finanziari.

Un tempestivo e puntuale approccio alla crisi, consente a chi l'affronta con sufficiente serenità e distacco, di trovare negli strumenti proposti dal legislatore, la risposta alla esigenze riscontrate nell'attività di analisi. Gli strumenti di gestione della crisi variano in funzione della natura della stessa. La crisi può essere definita reversibile, quando cioè l'impresa è nelle condizioni di superare le condizioni che hanno causato lo squilibrio economico finanziario, o irreversibile quando l'impresa non è nelle condizioni di superare tale squilibrio e si deve quindi procedere alla liquidazione.

In condizioni di reversibilità gli strumenti forniti dal legislatore sono: il Piano Attestato ex art. 67, 3° comma lettera d) L.F; il Piano Attestato, di risanamento o di ristrutturazione ex art. 182-*bis* L.F; Il Concordato Preventivo, di risanamento o di ristrutturazione ex art. 160 e ss L.F. e con le ultime modifiche contenute nel Decreto Sviluppo si è inteso porre l'accento sul Concordato Preventivo in Continuità che a parere dello scrivente potrebbe rappresentare, pur con le opportune rivisitazioni, il principale strumento per la gestione delle crisi d'impresa stante gli evidenti limiti applicativi del piano di risanamento, lasciando un ruolo più

---

<sup>(72)</sup> Commissione di Studio in materia Fallimentare e Concorsuale, ODCEC Lecco in "Il Concordato Preventivo".

defilato agli accordi di ristrutturazione dei debiti.

In questi casi l'intervento mira a recuperare l'equilibrio aziendale preesistente all'insorgere della crisi.

Nelle condizioni di non reversibilità della crisi, gli strumenti a disposizione dell'impresa e degli attori coinvolti sono costituiti da: il Piano Attestato di liquidazione, ex art. 182-*bis* L.F.; il Concordato Preventivo di liquidazione, ex art. 160 e ss L.F.; il Fallimento ex art. 1 e ss L.F. ed il Concordato Fallimentare.

Le norme di comportamento per una corretta gestione aziendale, se correttamente utilizzate, possono consentire un efficace monitoraggio sullo stato di salute dell'azienda. In conseguenza di ciò, tali azioni possono consentire, ad un utilizzatore attento, capace e responsabile - l'imprenditore i manager, i consulenti dell'impresa e dell'imprenditore, i soggetti deputati al controllo - di prevedere l'insorgere della crisi e di gestirla nella maniera più adeguata utilizzando al meglio gli strumenti messi a disposizione del legislatore.

Un'analisi efficace e tempestiva può consentire di scegliere lo strumento più efficace, e la scelta corretta spesso offre maggiori garanzie per l'impresa e per tutti i suoi portatori d'interesse.

La scelta dello strumento da utilizzare per la gestione della crisi, non è elemento secondario, ed anzi spesso l'individuazione dello strumento più adeguato consente una soluzione più efficace per tutti gli attori coinvolti e per tutti i portatori d'interesse nei confronti della società e del business sottostante. Infatti le varie soluzioni alla crisi d'impresa presentano caratteristiche distintive che ne differenziano l'ambito e le modalità d'intervento, con esiti diversi.

Le caratteristiche che devono essere adeguatamente valutate riguardano le modalità di avvio della crisi stessa, l'eventuale coinvolgimento giudiziale, l'identificazione dei soggetti coinvolti - professionisti ed eventuali manager e/o esperti in ristrutturazioni aziendali - la durata eventuale della crisi e l'applicabilità della soluzione - astratta - al caso specifico, la durata e gli effetti, l'eventuale revocatoria e le eventuali responsabilità penali, la prededuzione e gli eventuali benefici fiscali e non da ultimo i costi della procedura e/o della soluzione prospettata.

### 4.2.3. Elementi di innovazione contenuti nella riforma

La Legge Fallimentare ante riforma non prevedeva l'intervento di figure professionali nella procedura di Concordato Preventivo, infatti l'art.

161 L.F. stabiliva semplicemente che la domanda doveva essere firmata dal debitore<sup>(73)</sup> e doveva contenere una descrizione della cause che avevano determinato l'insolvenza e doveva altresì contenere la proposta di concordato. La proposta concordataria poteva essere strutturata con due sole modalità di esecuzione:

- a) Concordato con garanzia
- b) Concordato con cessione dei beni

che prevedevano entrambe il pagamento di una percentuale non inferiore al 40% dei crediti chirografari oltre alle totalità dei creditori privilegiati.

La riforma della disciplina fallimentare avviata a partire dal biennio 2005/2006 ha comportato un radicale cambiamento normativo e forse culturale. Per effetto delle modifiche intervenute, l'accesso alla procedura può avvenire attraverso qualsiasi forma, *“anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, a società o Enti da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito”*<sup>(74)</sup>. La medesima riforma prevedeva, al terzo comma dell'art. 161 L.F., che il piano e la documentazione allegata alla richiesta di ammissione alla procedura di Concordato Preventivo, dovessero essere accompagnati dalla relazione di un professionista in possesso di determinate capacità che attestasse la *“veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo*. A distanza di due anni dalla prime modifiche, con il D.Lgs 12.9.2007, n° 169, veniva introdotta una seconda figura di professionista a cui, ai sensi e per gli effetti dell'art. 160, 2° comma, L.F., viene attribuito il compito di valutare con apposita relazione tecnica, il valore di mercato dei beni su cui è basata in parte la proposta di ammissione del debitore alla procedura, sempre che su quei beni sussista un diritto dei creditori per effetto di un privilegio, di un pegno o di un'ipoteca.

L'art. 161 L.F. fa riferimento all'art. 28 L.F. per quel che riguarda i requisiti richiesti per la nomina a curatore, stabilendo le *“caratteristiche”* che non deve assolutamente avere il nominando per poter essere nominato, stabilendo quindi le incompatibilità.

---

<sup>(73)</sup> Gian Mario Perugini *“ Il Professionista nel Concordato Preventivo”*.

<sup>(74)</sup> Gian Mario Perugini *“opera citata”*.

Al professionista chiamato ad intervenire, nella qualità di attestatore, nelle fasi di ammissione al Concordato Preventivo si applicano quindi le medesime condizioni richieste ai curatori fallimentari e ciò allo scopo di garantire una migliore tutela del ceto creditorio, rendere più forte lo strumento, così da consentire una sua applicazione più pervasiva, e non ultimo di rafforzare il ruolo del professionista attestatore quale garante della fede pubblica.

Infatti il professionista non può essere legato all'impresa, così come ai portatori di un qualche interesse nella stessa e nell'operazione di ristrutturazione o risanamento, *da rapporti di interesse tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio*<sup>(75)</sup>.

L'attestazione deve garantire la **veridicità** dei dati aziendali e la **fattibilità** del piano con il quale il debitore s'impegna a rendere esecutive le azioni che hanno ispirato l'esecuzione del piano medesimo<sup>(76)</sup>. Ogni modifica sostanziale, nella proposta o nel piano, deve necessariamente essere accompagnata da nuova attestazione.

Il Concordato Preventivo modificato ha previsto la possibilità di presentazione di una domanda di ammissione alla procedura che non contiene il piano ma che contiene una richiesta di autorizzazione a contrarre finanziamenti per i quali si richiede la prededucibilità. Nel caso quindi che il debitore presenti una domanda di ammissione con riserva di produzione del piano, ma con richiesta di prededucibilità dei finanziamenti contratti, al professionista è richiesta una verifica del fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione del piano oltre ad un'ulteriore e sostanziale attestazione sul miglioramento delle soluzioni offerte ai creditori per effetto dei nuovi finanziamenti.

In questo caso il richiedente, cioè l'imprenditore debitore, ha facoltà di presentare la domanda di ammissione ad una procedura di concordato preventivo, corredata dai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi sociali e senza l'ausilio dell'avvocato, riservandosi di presentare il piano e la documentazione richiesta entro un termine – fissato dal Giudice – compreso fra sessanta e centoventi giorni che sono ulteriormente prorogabili, ove ne sussistano le ragioni, di altri sessanta giorni. Nei medesimi tempi, ovviamente in alternativa e con conservazione degli effetti prodotti dal ricorso fino alla data di omologazione, il debitore può

---

<sup>(75)</sup> Valentino Lenoci "Il Fallimentarista".

<sup>(76)</sup> Osservazioni sul contenuto delle relazioni del professionista nella composizione giudiziale della crisi d'impresa, CNDCEC.

proporre un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi e per gli effetti dell'art. 182-*bis* 1° comma.

In relazione a ciò è recentemente intervenuto il Tribunale Fallimentare di Milano<sup>(77)</sup> con il documento denominato “*Interpretazione delle norme di carattere concorsuale contenute nel Decreto Sviluppo, prassi da adottare*”. In particolare per quel che concerne l'assistenza del legale, il documento prevede che la domanda debba essere sempre presentata con l'assistenza di un avvocato, trattandosi di una domanda formulanda con ricorso.

Al di là delle giuste considerazioni espresse dal Tribunale di Milano nel documento citato, la riforma contenuta nel Decreto Sviluppo alza il livello di attenzione richiesta al professionista attentatore.

Infatti da un lato le nuove norme rafforzano ruolo e funzione dell'attestatore, ma dall'altro ne acuisce le responsabilità ed i rischi, di natura sia civile che penale, legati alla funzione richiesta ed alla implicite assunzioni richieste dal giudizio di attestazione. Nella sostanza l'attestazione stessa consiste in una assunzione di responsabilità in merito ad un efficace controllo sui dati aziendali, controllo che è prodromico ad una fattibilità che può essere verosimile in quanto discendente da un controllo efficace e che quindi possa in ultima analisi generare una verosimile riuscita del piano stesso, a garanzia dell'interesse dei creditori e della fede pubblica. Lo sforzo richiesto dal novellatore è stato quello di richiedere al professionista non soltanto o non semplicisticamente un mero parere di certificazione in relazione alla conduzione storica dell'azienda o un'analisi sulle cause che hanno ne causato il dissesto, ma soprattutto un giudizio tecnico sulle prospettive future dell'azienda desumibili anche ma non solo dall'analisi del piano, cioè in ordine alla **fattibilità** del piano sottoposto necessariamente **al giudizio del professionista** prima che a quello dei creditori.

La relazione di cui all'art. 161, 3° comma L.F. prevede che al professionista venga pertanto richiesto di esprimere il proprio formale parere in relazione alle soluzioni, previste dall'imprenditore nella proposta di concordato, per raggiungere gli scopi contenuti nella proposta.

L'attestatore deve quindi interrogarsi, per poter procedere ad un'attestazione che rispetti il dettato normativo e che possa offrirgli una certa sicurezza in merito alla sue responsabilità – comunque non del tutto

---

<sup>(77)</sup> Tribunale di Milano, seconda sezione civile – fallimenti, “Plenum del 20 Settembre 2012”.

eliminabili - sulla correttezza dei dati aziendali presenti nella proposta concordataria e sulla rispondenza dei dati contabili ai fatti gestionali che hanno caratterizzato la vita dell'azienda. Solo in questo modo il professionista può “certificare una prognosi”<sup>(78)</sup> che pur essendo basata sulla propria esperienza pregressa e sull'acquisita capacità di analisi, rimane pur sempre una congettura in ordine alla attuazione del piano.

Fra le caratteristiche del professionista attestatore, che giova ricordarlo è necessariamente **nominato dal debitore**, molta attenzione è prestata all'indipendenza. Infatti il nominato non deve aver prestato una qualsiasi attività in favore del debitore, né deve essersi ingerito nell'attività d'impresa del debitore nei due anni precedenti alla dichiarazione di fallimento, ciò per evitare qualsiasi potenziale conflitto d'interessi, estendendo le ragioni del conflitto d'interesse anche ai soci ed ai partner dello studio professionale associato di cui faccia parte il professionista o uno dei professionisti del debitore o il professionista attestatore.

A questa norma bisognerà, a parere dello scrivente, porre un correttivo per evitare che professionisti di banche, o *utilities*, o altre grandi società generalmente presenti quali creditori nella maggior parte dei fallimenti, debbano di fatto venire esclusi dall'assunzione di ruoli nei futuri concordati preventivi per il semplice fatto di aver prestato la propria attività professionale in vicende del tutto scollegate dalla procedura.

### 4.3. Modificazioni ed integrazioni nella domanda concordataria<sup>(\*)</sup>

#### 4.3.1. Premessa

Il D.L. 22 giugno 2012 n. 83, c.d. Decreto Sviluppo pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 26 giugno 2012, il legislatore ha apportato importanti modifiche alla disciplina del concordato preventivo, nell'ottica di farlo diventare uno strumento più efficace per la soluzione della crisi d'impresa.

---

<sup>(78)</sup> CNDCEC, opera citata.

<sup>(\*)</sup> A cura di Daniele Tumietto, Ragioniere Commercialista e Revisore Legale, Componente della Commissione Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali ODCEC Milano, autore di pubblicazioni, relatore in convegni e docente in seminari.

Tra le varie novità introdotte assume particolare importanza quella di una maggiore responsabilizzazione dell'attestatore.

### 4.3.2. Tempificazione della procedura

Giova osservare che la procedura di presentazione di una domanda di ammissione al concordato preventivo si sviluppa con un iter definito di atti.

Il primo atto si ha con la redazione della domanda con cui il debitore dichiara di avere intenzione di ricorrere alla procedura concorsuale del concordato preventivo e a tal fine chiede di poter beneficiare di un termine definito (120 giorni) per poter presentare il ricorso corredato di tutti i dettagli previsti dalla normativa.

Il ricorso in particolare deve contenere:

- a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;
- b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
- c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore;
- d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili;
- e) un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta (novità introdotta dall'art. 33, c. 1, lett.b), n. 1) del D.L. 22/06/12 n. 83, pubblicato sulla G.U. 26/06/2012, n. 147 S.O. n.129).

Il debitore ha la facoltà di chiedere al Tribunale una proroga, che deve essere giustificata, nel caso in cui il termine di 120 giorni fosse insufficiente.

Tale proroga non potrà superare i 60 giorni, ed è liberamente concessa dal Tribunale.

Come precedentemente detto il debitore dovrà integrare il ricorso con la documentazione richiesta, spiegando nel piano l'oggetto specifico della domanda.

Tale domanda potrà muoversi tra una delle figure di concordato già previste dalla normativa, ovvero ricorrere alla nuova procedura di concordato con continuità aziendale o, in alternativa, presentare la domanda di omologazione per un accordo di ristrutturazione dei debiti.

L'intento del legislatore è chiaramente quello di aiutare l'emersione anticipata della crisi, garantendo al debitore in crisi di beneficiare

immediatamente, con la semplice presentazione del ricorso, di quella protezione data dalla pendenza della domanda completa, in attesa di perfezionare la proposta e il piano, e di portare a termine l'attestazione completando la documentazione.

Il ricorso contenente la domanda deve essere pubblicato nel registro delle imprese e da quel momento scatta il divieto delle azioni esecutive e cautelari ex art. 168. Con i commi settimo e ottavo il legislatore regola gli effetti dell'attività svolta nel periodo che arriva fino al decreto di ammissione, disponendo di poter compiere, sin dalle primissime fasi della procedura, gli atti di ordinaria amministrazione ed anche quelli di straordinaria amministrazione urgenti, purché autorizzati dal tribunale.

Infine anche l'erogazione di nuova finanza interinale è stato normato con l'art. 182-*quinquies*, garantendo, da un lato, la prededuzione dei crediti sorti in tale periodo e, dall'altro, la stabilità degli atti compiuti. Il legislatore in questo modo permette al debitore di proseguire nell'attività d'impresa durante la fase preliminare di preparazione della proposta di concordato con minori rischi.

Tale passaggio procedurale appare fondamentale perché, in mancanza dell'integrazione del ricorso, il tribunale inevitabilmente dichiarerà inammissibile la domanda e, su richiesta di un creditore o del pubblico ministero, dichiarerà il fallimento.

### 4.3.3. Elementi di novità

Il legislatore ha inteso innovare non solo nell'elencazione della documentazione da allegare alla domanda ma anche, recependo la differenziazione che la dottrina ha fatto nel corso degli ultimi anni, tra la domanda, la proposta e il piano presentato.

In particolare è richiesto ora che il piano debba contenere "la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta", statuizione necessaria specie per i concordati con cessione dei beni, ove le modalità di attuazione del concordato sono indispensabili altrimenti, a norma dell'art. 182, provvede il tribunale in sede di omologa.

Rilevante appare la possibilità per il giudice di intervenire già nella fase di ammissione, mediante richiesta al debitore integrazione e completamento del piano, andando anche a dettagliare le modalità ed i tempi con chiaro intento di rendere più precisa l'esecuzione e chiara la possibilità di risoluzione del concordato.

Altra innovazione riguarda la nomina del professionista attestatore che

deve essere chiamato dal debitore e, soprattutto, che la relazione è necessaria non solo quando si presenta la domanda di concordato, ma ogni volta che si realizzano delle modifiche sostanziali alla proposta o al piano.

La portata innovativa della norma è di grande rilevanza perché ammette espressamente che possono essere apportate modifiche anche sostanziali alla domanda, con la conseguenza che il concordato continua, ancorché modificato nella sostanza rispetto alla iniziale proposta, ovviamente a condizione che la variazione introdotta sia accompagnata da una nuova relazione.

L'intento del legislatore è sicuramente apprezzabile, ma sulla sua riuscita si può esprimere più di qualche dubbio in considerazione del fatto che la prassi consolidata è quella di rivolgersi al giudice quando la situazione è già fortemente compromessa, mentre l'innovativo strumento è più indicato per essere utilizzato in una situazione in cui vi è possibilità di uscire dalla crisi, e non di essere in una situazione di insolvenza.

Infine giova osservare che il nuovo art. 182-*sexies* contiene anche una deroga espressa alla disciplina relativa alla perdita e riduzione del capitale sociale normata dal codice civile.

Essa non sarà applicabile al debitore nel periodo compreso tra la data del deposito della domanda di ammissione alla procedura concordataria sino all'omologazione stessa.

Per lo medesimo periodo è esclusa l'operatività della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale.

Mentre, per il periodo anteriore al deposito della domanda mantiene efficacia l'applicazione dell'art. 2486 del c.c. relativo ai poteri degli amministratori successivamente al verificarsi di una causa di scioglimento della società e sino alla consegna della stessa ai liquidatori.

#### 4.4. Il Commissario Giudiziale<sup>(\*)</sup>

La figura del commissario giudiziale ha acquisito per effetto della nuova legge fallimentare un diverso ruolo pur non essendo variate le

---

<sup>(\*)</sup> A cura di Alberto De Bernardi, Dottore Commercialista e Revisore Legale, Componente della Commissione Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali ODCEC Milano.

attività che lo stesso deve porre in essere: in particolare si è parzialmente modificato il contenuto delle attività ed i destinatari.

Con riferimento ai destinatari occorre infatti dire che la riforma è stata ispirata da principi privatistici e di attribuzione dei processi cognitivi e valutativi a soggetti esterni alla sede giudiziaria. Mi riferisco in particolare a due aspetti: da un lato il Tribunale, ad eccezione della pratica del *cram down*, è sollevato dal giudizio sulla convenienza della proposta, essendo i creditori, in occasione dell'adunanza, a decidere e, dall'altro, è stata introdotta una nuova figura, un professionista esterno, scelto dal debitore ricorrente, che attesta la veridicità dei dati e la fattibilità del piano.

La norma, prima della riforma, attribuiva un forte potere di valutazione e di convenienza della proposta al Tribunale (art. 181 c. 1 L.F.). Il novellato testo legislativo sposta invece il baricentro del potere decisionale sui creditori e viene, in gran parte, meno la valenza pubblica che aveva il processo concordatario, per dare spazio alle decisioni dei creditori.

Del tutto espunto anche il requisito della meritevolezza dell'imprenditore, requisito fondamentale che il Tribunale doveva vagliare in fase di omologazione e che era insito anche nei presupposti soggettivi di cui al precedente art. 160 c. 1 L.F.

Ed ancora. Nella precedente normativa, il concordato preventivo era lo strumento "concesso" all'imprenditore, onesto ma sfortunato, per evitare le conseguenze nefaste del fallimento (reati fallimentari, restrizione delle libertà personali e dell'iniziativa economica, ecc.) e comunque poteva essere considerato l'anticamera del fallimento, dovendo il Tribunale dichiararlo qualora non sussistessero i presupposti. La nuova formulazione degli artt. 162 L.F. (Inammissibilità della proposta) e 163 L.F. (Ammissione alla procedura) prevede che se non sussistono i presupposti per l'accoglimento della domanda, il Tribunale non pronunci d'ufficio il fallimento ma rimetta ai creditori od al Pubblico Ministero l'iniziativa.

Anche in questo caso al centro della procedura concordataria sono i creditori: l'unica possibilità di intervenire per il Tribunale è individuata nel compimento di atti di frode da parte del debitore sia prima che dopo il ricorso per l'ammissione al concordato preventivo (art. 173 L.F.).

Appare quindi evidente che le finalità del nuovo concordato preventivo sono, oltre a quelle di evitare il danno sociale di un'eventuale procedura fallimentare (con dissolvimento dei valori immateriali e sociali insiti in un'azienda), quelle di permettere ai creditori di decidere sulla convenienza della proposta.

Tutti gli attori del processo di formazione della volontà concordataria, che trova il suo culmine nell'adunanza dei creditori e nella sentenza di omologazione, si muovono per permettere che ai creditori giungano le informazioni necessarie per poter valutare la convenienza della proposta. Mi riferisco al debitore, al professionista ex art. 161 3c L.F. ed al commissario giudiziale.

Ritornando pertanto a quanto detto all'inizio circa il cambiamento del ruolo del commissario giudiziale, si comprende come la sua attività sia funzionale alla decisione dei creditori ed inoltre rappresenti una figura di raccordo tra l'autorità giudiziaria ed il debitore, in particolare sia sotto l'aspetto di una conoscenza e verifica diretta delle informazioni e dei dati riconducibili al debitore, sia sotto l'aspetto di informare il Tribunale degli "atti di frode" sopra citati.

Tuttavia non sono variata le sua attività. Come nel precedente dettato normativo il commissario giudiziale vigila sull'operato del debitore, per il fatto che il debitore conserva l'amministrazione dei beni e l'esercizio dell'impresa. Nella procedura è venuta meno la direzione del giudice delegato, il quale autorizza i soli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione. (art. 167 L.F.).

Altra attività invariata rispetto alla precedente normativa è la verifica dell'elenco creditori (art. 171 L.F.) e dei debitori, eventualmente rettificato; la convocazione dell'adunanza dei creditori, nella quale è contenuta la proposta del debitore e la redazione dell'inventario del patrimonio del debitore.

Anche la "relazione particolareggiata" che deve essere depositata tre giorni prima dell'adunanza dei creditori era prevista nella precedente normativa. Questa relazione, tuttavia, assume una diversa connotazione in quanto in essa dovranno essere riflesse tutte quelle informazioni, derivanti da verifiche ed accertamenti, indagini e valutazioni sulla realtà aziendale e sul debitore, che mettono il creditore in grado di prendere una decisione informata. Si comprende pertanto la rilevanza, nell'ambito della procedura e con riguardo agli scopi del nuovo concordato preventivo, di questa prima relazione e della sua illustrazione ai creditori in occasione dell'adunanza.

Da questa prima relazione dovrà infatti emergere:

- se negli anni precedenti la domanda di concordato preventivo siano stati posti in essere comportamenti riconoscibili come atti di frode (ad es. falso in bilancio);
- se i dati e le informazioni richieste dagli art. 160 L.F. e 161 L.F. hanno i requisiti della veridicità così come attestata dal professionista

esterno o in caso contrario quale sia lo “scostamento” rilevati dal commissario giudiziale e se esso abbia una qualche rilevanza ai fini della fattibilità del piano;

- se il piano presentato nel complesso ha i requisiti di fattibilità richiesti dalla legge ed attestati da professionista esterno, evidenziando anche i punti critici e le sensibilità dei risultati del piano a cambiamenti delle eventuali variabili da cui esso dipenda.

Dovrà inoltre riferire:

- sulle cause del dissesto;
- sulla condotta del debitore, nella misura in cui possa influire sulla realizzabilità del piano;
- sulle garanzie offerte ai creditori;
- sugli altri elementi che possono portare il creditore a prendere una decisione in rapporto alla convenienza del concordato preventivo, rispetto ad “alternative concretamente praticabili”<sup>(79)</sup>;

Ecco che, pertanto, il creditore deve esser messo nelle condizioni di fare dei confronti tra alternative. Tra queste si possono annoverare un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-*bis* L.F. o un concordato preventivo diversamente articolato, ma sicuramente l’alternativa naturale e prevista dal legislatore, se sussistono i requisiti, è il fallimento.

Occorre considerare che il fallimento aumenta la consistenza patrimoniale del debitore grazie alle eventuali azioni di responsabilità intraprendibili verso il legale rappresentante o gli organi che hanno gestito o controllato l’azienda, ma soprattutto per le azioni revocatorie fallimentari che mirano a ricostituire il patrimonio cercando di eliminare quegli atti che erano stati posti in essere per aggirare la cosiddetta *par condicio credito rum*.

Il commissario giudiziale dovrà verificare nell’*an*, nel *quantum* e nel *quando* le possibili azioni revocatorie e le azioni di responsabilità che un’ipotetica consequenziale procedura fallimentare potrebbe porre in essere, qualora il debitore le abbia espone nella sua domanda/proposta. In alternativa ovvero in mancanza di tale informazione sarà il commissario che dovrà ottenere dal debitore tutte le informazioni necessarie per una valutazione delle conseguenze patrimoniali derivanti da un fallimento: infatti il testo della norma (art. 160 e 161 L.F.) non prevede che nel piano o allegato al piano siano espone le eventuali risultanze di azioni revocatorie o azioni di responsabilità o di ogni altra azione

---

<sup>(79)</sup> C. Mascarelli, in *La riforma della legge fallimentare*, Jorio, Bologna, 2006, 334.

fallimentare che vada ad aumentare la consistenza patrimoniale del debitore.

Purtuttavia questo è un passaggio indispensabile per permettere ai creditori di valutare la convenienza della procedura concordataria rispetto ad un possibile/probabile fallimento.

Va segnalato che l'estensione delle indagini e valutazioni del commissario giudiziale circa la ricostruzione della situazione patrimoniale in caso di fallimento, richiede molto tempo, mentre, proprio per l'economia dell'impresa in crisi e della possibilità di destinare maggiori risorse alla soddisfazione dei creditori, il tempo a disposizione del commissario giudiziale non è particolarmente ampio. Si consideri che in imprese che producono perdite, più passa il tempo, più ciò si traduce in una perdita patrimoniale per i creditori.

Il tempo a disposizione del commissario giudiziale può andare da un minimo teorico di ventisette giorni, dovendo il commissario depositare la propria relazione almeno tre giorni prima dell'adunanza dei creditori, fino ad un massimo teorico di sei-otto mesi, termine stabilito dalla norma per l'omologazione del concordato preventivo: infatti il termine di trenta giorni dalla data del provvedimento di ammissione (art. 163 2 c L.F.) per l'adunanza dei creditori non è ritenuto perentorio.

Tra le attività che il commissario giudiziale deve porre in essere la verifica dell'elenco dei creditori e dei debitori sulla scorta delle scritture contabili presentate a norma dell'art. 161 (art. 171 L.F.) riveste particolare rilievo. Si ritiene<sup>(80)</sup> che tutti i dati che il commissario ritiene necessari ed utili per una corretta valutazione dei crediti e di ogni altro elemento attivo o passivo del patrimonio del debitore possa-debba essere oggetto di analisi al fine di compiutamente rispondere alla richiesta di una particolareggiata relazione sulla proposta del debitore di cui all'art. 172 1 c L.F. Sembra pertanto che il commissario giudiziale debba procedere ad una valutazione dei dati, delle informazioni e della storia dell'azienda in maniera autonoma ovvero senza necessariamente prendere per certe e consolidate le informazioni che provengono non solo dal debitore ma anche dai professionisti esterni che hanno fornito le proprie relazioni (società di revisione e sindaci, ecc)<sup>(81)</sup> in merito ai bilanci ed alle operazioni

---

<sup>(80)</sup> Conca, *Il nuovo diritto fallimentare*, Jorio-Fabiani, 2006, 2444.

<sup>(81)</sup> Pajardi, Paluchowski, *Manuale del diritto fallimentare*, Milano, 2008 cap. XIX, par. 5.3.

compiute nel passato dal debitore. Ed infatti, oggetto di verifica sono gli stessi dati che sono già stati oggetto di verifica da parte del professionista ex art. 161 3c L.F.

Queste le verifiche per quanto riguarda ciò che è accaduto fino al momento della presentazione della domanda di concordato preventivo ovvero per ciò che riguarda il passato.

Ma sicuramente altrettanto importante è l'attività di verifica che riguarda il futuro ovvero sugli atti che il debitore propone di porre in essere per realizzare il piano proposto.

Infatti, è vero che il punto di partenza economico-patrimoniale è importante, ma molto più importante e decisivo è la proposta di come le azioni future contribuiranno, non solo a non ridurre il patrimonio iniziale di cui sopra, ma eventualmente ad aumentarlo e soprattutto a renderlo disponibile e liquido (ovvero trasformato in attività finanziarie tali da potere essere utilizzate come mezzo di pagamento accettate dai creditori secondo il piano proposto).

L'attività di verifica dovrà inoltre estendersi alle garanzie prestate. A titolo di esempio, qualora il piano proposto dal debitore prospetti l'affitto dell'azienda e, costituendo l'affitto una tra i maggiori introiti e quindi tra le maggiori garanzie della proposta, il commissario giudiziale dovrebbe valutare la solvibilità dell'affittuario. Ciò comporta un giudizio di merito sulla possibilità che il business plan si realizzi, sia dal punto di vista economico, sia da quello dei flussi finanziari e nel caso in cui ci siano dei dubbi sulla realizzabilità, sulle garanzie collaterali che l'affittuario mette a disposizione.

L'analisi che il commissario giudiziale dovrà intraprendere dovrà considerare anche la fattibilità del piano futuro.

Non basta infatti che i dati prospettici siano veritieri, ma occorre che essi siano fattibili con riferimento alla correttezza delle ipotesi ed allo sviluppo dei calcoli, ma anche alla congruenza, consequenzialità e logica della fasi del piano.

In sintesi, il commissario giudiziale dovrà spingere la sua analisi fino ad un dettaglio sufficiente per poter formulare un parere circa la fattibilità del piano. Infatti egli prosegue, nello sviluppo del suo incarico, l'attività di verifica iniziata dal Tribunale: il depotenziamento del ruolo del Tribunale nelle valutazioni di merito circa la proposta del debitore attribuisce al parere formulato dal commissario giudiziale un'importanza maggiore rispetto alle precedente normativa. Occorre sottolineare, tuttavia, che una prima valutazione di merito era già stata espressa dal professionista attentatore: è il commissario giudiziale che garantisce definitivamente la

terzietà nella valutazione della proposta ed inoltre, dalla posizione di pubblico ufficiale per effetto dell'art. 165 L.F.

Si diceva, innanzi, della prima relazione del commissario giudiziale.

Una seconda relazione, sotto forma di motivato parere dovrà essere depositata almeno dieci giorni prima dell'udienza fissata dal Tribunale per il giudizio di omologazione: da essa dovrà emergere il motivato parere del commissario il cui destinatario è il Tribunale.

#### 4.5. Il mandato di liquidazione dei beni e i vincoli rispetto alla proposta concordataria<sup>(\*)</sup>

Il decreto di omologazione chiude la procedura di concordato preventivo ai sensi dell'art. 180 L.F. e s.s. e, nel caso di concordato per cessione dei beni<sup>(82)</sup>, segna l'inizio dell'attività di liquidazione ad opera del liquidatore giudiziale.

Secondo l'orientamento prevalente in dottrina e giurisprudenza, la fase liquidatoria del concordato si atteggia in modo diverso a seconda che la proposta concordataria abbia previsto e disciplinato le modalità di cessione dei beni in favore dei creditori, ovvero non vi abbia provveduto o vi abbia provveduto solo parzialmente<sup>(83)</sup>.

Infatti, in caso di mancata o parziale previsione ad opera del debitore, soccorrerebbe, la disciplina di cui all'art. 182 L.F. (provvedimenti in caso

---

(\*) A cura di Gianpiero Zingari, Avvocato in Milano, Autore di Pubblicazioni in materia fallimentare e concorsuale.

(82) La cessione dei beni non costituisce l'unica modalità di soddisfazione dei crediti, cfr M. Ferro a cura di, *La legge Fallimentare*, Padova 2011, pagina 2084 "*oggi la cessione non solo può accompagnarsi (e combinarsi con) qualsiasi altra forma di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti, ma può riguardare anche solo alcuni beni del debitore (o di terzi) e non necessariamente l'intero patrimonio di quest'*".

(83) Il D.L. n. 83 del 22 giugno 2012 pubblicato in G.U. in data 26 giugno 2012, ha modificato l'art. 161 L.F. che ora alla lettera e) prevede che il piano contenga la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta. In tal modo il legislatore della riforma ha espresso la necessità che il piano concordatario sia maggiormente dettagliato sia quanto alla tempistica sia quanto alle forme e modalità di adempimento.

di cessione dei beni) che regola la liquidazione dei beni ceduti ai creditori.

Al riguardo si osserva che la citata disposizione normativa, anche a seguito dell'intervento correttivo del 2007<sup>(84)</sup>, conserva il suo carattere suppletivo e derogabile rispetto alla predeterminazione operata dal debitore<sup>(85)</sup>.

Pertanto, in virtù della prevalente natura privatistica e della dimensione pattizia acquisita dall'istituto dopo la riforma, la proposta concordataria prevale sulle previsioni di cui all'art. 182 L.F.

In tal modo laddove il debitore abbia determinato nella proposta concordataria le modalità attraverso cui procedere alla liquidazione dei propri beni in favore dei creditori, il piano concordatario andrebbe senza dubbio applicato, escludendo il ricorso alle previsioni di cui all'art. 182 L.F.

L'art. 182 L.F. al primo comma dispone, infatti, che in caso di concordato preventivo con cessione di beni, qualora la proposta concordataria non contenga previsioni (o precise previsioni) relative alla liquidazione (il concordato non disponga diversamente), il Tribunale nomina nel decreto di omologazione uno o più liquidatori e un comitato di tre o cinque creditori per assistere alla liquidazione e determina le altre modalità della liquidazione.

Di talché la liquidazione regolamentata dal Tribunale con il decreto di omologazione trova uno spazio applicativo assolutamente residuale, ai soli casi in cui il piano concordatario non si spinge a disciplinare anche la fase esecutiva del concordato.

Ciò in ragione del fatto che nel caso in cui il piano concordatario che regola anche gli aspetti relativi alla sua fase esecutiva passa attraverso l'approvazione da parte dei creditori e l'intervento successivo dell'omologazione, che ne consacreranno la legittimità.

Occorre peraltro segnalare la contraria impostazione di parte della dottrina, secondo cui le disposizioni di cui all'art. 182 L.F. trovano

---

<sup>(84)</sup> Nulla in tal senso è stato modificato dalla recente riforma del 2012.

<sup>(85)</sup> In tal senso A. Maffei Alberti, Commentario breve alla legge fallimentare, Padova 2009 pag. 1040 e M. Vitiello, Il Concordato Preventivo, Il concordato per cessione dei beni, pagina 257, *“Nei casi in cui il contenuto del piano concordatario si estenda a disciplinare anche la fase esecutiva del concordato, quindi l'art. 182 non dovrebbe trovare spazio applicativo”*.

generale applicazione in ogni ipotesi e anche nel caso in cui la proposta concordataria regoli ed organizzi la liquidazione dei beni<sup>(86)</sup>.

Secondo tale orientamento, restringere e limitare la portata dell'art. 182 L.F., ai soli casi in cui l'offerta concordataria non contenga disposizioni liquidatorie o ne contenga di parziali, non pare compatibile con il dato letterale di cui alla riferita norma, che nei commi successivi al primo, non circoscrive affatto la sua portata al mero caso di supplenza o di diverse indicazioni del piano concordatario.

Inoltre, la disciplina legale dovrebbe costituire la regolamentazione minima e cogente della fase esecutiva della cessione bonorum cui qualsiasi piano concordatario dovrebbe adeguarsi, a pena di inammissibilità o non omologabilità del concordato<sup>(87)</sup>.

Tale indirizzo interpretativo propone, tuttavia, un eccessivo irrigidimento del sub procedimento di liquidazione del patrimonio del debitore, con ciò disattendendo la ratio dell'istituto che nelle intenzioni del legislatore del 2007 doveva essere ispirato a ragioni di flessibilità e funzionalità, a garanzia del soddisfacimento dei creditori.

#### 4.5.1. Il mandato al liquidatore

La distinzione tra liquidazione predeterminata dal debitore e quella regolamentata dal Tribunale si riflette necessariamente anche sulla qualificazione giuridica della figura del liquidatore e del suo mandato.

La proposta concordataria che contenga l'indicazione del liquidatore vincola il Tribunale che non ha potere di intervento o di modifica rispetto alla volontà così manifestata dal debitore.

Nell'ipotesi in cui il debitore abbia scelto ed indicato nel piano concordatario il nominativo del futuro liquidatore, non vi è dubbio che questi sia titolare di un mandato conferitogli da un soggetto privato<sup>(88)</sup>.

Si tratta, in particolare, di un mandato ex lege, cioè di un ufficio di diritto privato finalizzato a tutelare gli interessi dei creditori e del debitore

---

<sup>(86)</sup> Cfr A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro a cura di, Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione. Artt. 160-186 L.F. Estratto da La legge fallimentare dopo la riforma, Torino 2011 pagina 2235.

<sup>(87)</sup> Cfr Di Cecco in A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro a cura di, Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione. Artt. 160-186 L.F. Estratto da La legge fallimentare dopo la riforma, Torino 2011 pagine 2234 e ss.

<sup>(88)</sup> M. Vitiello, Il Concordato Preventivo, Il concordato per cessione dei beni, pagina 263, si tratterebbe in tal caso di un liquidatore sociale.

in posizione di terzietà ed indipendenza rispetto alla volontà degli interessati<sup>(89)</sup>.

Nel caso, invece, di mancanza di previsioni ad hoc nella proposta concordataria, il liquidatore deve essere nominato secondo le previsioni di cui all'art. 182 L.F. dal Tribunale in sede di omologazione e pertanto il liquidatore andrebbe considerato come un organo della procedura, investito di un ufficio di chiara matrice pubblicistica.

Nel sistema previgente, dottrina e giurisprudenza erano orientate a considerare la figura del liquidatore ora come organo della procedura, ora come mandatario dei creditori o del debitore, a seconda della natura più spiccatamente pubblicistica o privatistica riconosciuta al concordato preventivo.

Con la novella del 2007, all'art. 182 L.F. sono stati aggiunti quattro ulteriori commi che mediante il sistema del "rinvio" rendono applicabile al liquidatore la disciplina prevista per il curatore fallimentare in tema di requisiti necessari alla nomina (art. 28 L.F.), all'accettazione dell'incarico (art. 29 L.F.), alla revoca (art. 37 L.F.), alla responsabilità (art. 38 L.F.), al compenso (art. 39 L.F.) ed al rendiconto (art. 116 L.F.).

Tale previsione sembrerebbe peraltro attribuire alla figura del liquidatore una connotazione pubblicistica, in quanto investito dall'autorità giudiziaria e soggetto alla disciplina prevista in tema di attività liquidatoria di cui agli artt. 105 e 108-ter L.F.

Norme comuni applicabili in entrambi i casi (liquidazione prevista dal debitore/liquidazione governata dal Tribunale) riguardano il possesso dei requisiti di cui all'art. 28 L.F., nonché l'assoggettamento al potere di vigilanza del commissario giudiziale che, in via generale, lo esercita con riferimento all'adempimento complessivo del concordato ai sensi dell'art. 185 L.F.<sup>(90)</sup>.

Ne deriva, per la riconosciuta assoggettabilità del liquidatore all'art. 28 L.F.<sup>(91)</sup> che il debitore nella proposta concordataria non potrà nominare

---

<sup>(89)</sup> Cfr B. Quatraro, AA.VV. Le soluzioni concordate della crisi di impresa, pagina 77).

<sup>(90)</sup> Nel caso in cui il liquidatore venga nominato dal Tribunale con il decreto di omologazione, l'art. 182 L.F. impone la sua assoggettabilità alle norme ivi espressamente richiamate dettate per il curatore fallimentare.

<sup>(91)</sup> "la nomina del liquidatore da parte dell'imprenditore nella richiesta di concordato deve avvenire nel rispetto dei requisiti previsti dall'art. 28 L.F., sussistendo altrimenti il potere-dovere del Tribunale di nominare un diverso liquidatore, disattendendo le indicazioni della proposta" (Cass. Civ. 15/7/2011).

liquidatore se stesso, il suo legale rappresentante, i suoi creditori ed anche il commissario giudiziale, in quanto in conflitto di interessi stante la sua posizione di terzo supervisore dell'esecuzione del concordato.

Non sono peraltro mancati casi in cui, al fine di favorire la speditezza della fase di cessione dei beni, al medesimo soggetto è stata attribuita la qualifica di commissario giudiziale e liquidatore.

In tutti i casi in cui il contenuto della proposta concordataria comprenda le modalità, le operazioni ed i tempi di liquidazione, si esclude la legittimità dell'intervento del Tribunale.

#### 4.5.2. Limiti e vincoli ai poteri del liquidatore

I poteri del liquidatore trovano limite nelle previsioni contenute nel decreto di omologazione, in caso di nomina ad opera del Tribunale, ovvero nelle previsioni della proposta concordataria, in casi di designazione imputabile al debitore.

Nel caso di disciplina convenzionale, essendosi già formato il consenso dei creditori, non sarà ammissibile un intervento del Tribunale contrario e/o incompatibile con le previsioni determinate nel piano.

In tal senso le indicazioni contenute nel piano con riferimento alle modalità di liquidazione e soddisfacimento dei creditori, non costituiscono una mera indicazione di massima, ma, per effetto dell'approvazione ottenuta ad opera dei creditori, acquisiscono forza cogente ed inderogabile, senza necessità di alcuna ulteriore autorizzazione.

Diversamente, nell'ipotesi in cui sia il decreto di omologazione a determinare le modalità di liquidazione, il Tribunale dovrà tenere conto di eventuali modalità esecutive che emergano in fieri dalla proposta concordataria come formulata dal debitore.

In ogni caso, il liquidatore ha il potere di compiere tutti gli atti necessari e comunque funzionali alla liquidazione dei beni ceduti in virtù dell'incarico conferito dal debitore o della designazione operata dal Tribunale.

Tale potere incontra necessariamente limiti intrinseci nel contenuto del piano ed in particolare nel programma di liquidazione dei beni cedenti ai creditori, al quale la liquidazione è preordinata.

In particolare, una volta approvata ed omologata la proposta, il liquidatore dovrà attenersi, nell'esecuzione del piano concordatario, alle direttive in esso contenute e necessariamente seguire le indicazioni operative e temporali (laddove previste) prescritte.

Secondo alcuni, alla liquidazione concordataria risulterebbe applicabile la disciplina della vendita fallimentare, unicamente nel caso in cui la proposta concordataria non abbia diversamente regolato le modalità di vendita dei beni del debitore<sup>(92)</sup>.

Per altri, risultano comunque applicabili le norme richiamate dall'art. 182 L.F. in materia di vendita fallimentare ed in particolare le disposizioni di cui agli artt. 105 a 108-*ter* L.F., in quanto esse limiterebbero la discrezionalità conformativa del Tribunale ed anche la discrezionalità del liquidatore<sup>(93)</sup>.

A tale orientamento estensivo, va tuttavia obiettato che il rinvio agli artt. 105 a 108-*ter* L.F., nei limiti di compatibilità, costituisce in sostanza riaffermazione della derogabilità della disciplina legale e del ricorso alla stessa solo per gli aspetti non regolati dal piano e dunque, di nuovo in funzione suppletiva di questo.

Si segnala, infine, il mancato richiamo all'art. 104-*ter* L.F. vincola l'autonomia operativa del liquidatore nelle modalità di liquidazione dell'attivo, al fine di garantire gli interessi dei creditori, al cui soddisfacimento la liquidazione è preordinata.

In proposito, l'assenza di rinvio al disposto dell'art. 104-*ter* L.F. esclude che il liquidatore possa o debba predisporre un programma di liquidazione da sottoporre all'approvazione del comitato dei creditori.

---

<sup>(92)</sup> Cfr. La cessione dei beni non costituisce l'unica modalità di soddisfazione dei crediti, cfr. M. Ferro a cura di, *La legge Fallimentare*, Padova 2011, pagina 2101.

<sup>(93)</sup> Al riguardo, con riferimento all'art. 105 L.F., laddove la proposta concordataria non disponga o disponga che la vendita di singoli beni componenti un complesso aziendale e non la vendita in blocco, il liquidatore avrebbe comunque l'obbligo di verificare la possibilità concreta di dare attuazione al precetto di cui all'art. 105 L.F. primo comma, sottoponendo al comitato dei creditori le proprie valutazioni prima di procedere alla vendita dei singoli beni, cfr. Di Cecco in A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro a cura di, *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione. Artt. 160-186 L.F. Estratto da La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino 2011 pagine 2245. Di diverso avviso Lo Cascio, *Il concordato* pagina 816, secondo cui *“l'applicabilità della disciplina fallimentare alle vendite compiute durante la liquidazione concordataria non possono che dipendere unicamente dal contenuto della proposta e dalle modalità che possono esser conseguentemente disposte. Ciò dovrebbe indurre a ritenere che il ricorso alla vendita coattiva dei beni nel concordato preventivo per cessione non può configurarsi sulla base della mera richiesta del liquidatore giudiziale al giudice delegato, essendo questi obbligato a rispettare le modalità anzidette”*.

Peraltro, in caso di liquidazione regolamentata dal decreto di omologa, il liquidatore dovrà chiedere la autorizzazione del comitato dei creditori in caso di atti di particolare importanza.

In caso di nomina ad opera del debitore, invece, tale autorizzazione non sarà necessaria, non essendo l'operato del liquidatore sociale soggetto al potere del comitato dei creditori.

Infine, qualora il liquidatore abbia compiuto atti esorbitanti rispetto al mandato ricevuto e che travalichino i limiti intrinseci ed estrinseci posti dal piano concordatario o dal decreto di omologazione, incorrerà inevitabilmente in profili di responsabilità.

In tal senso, secondo alcuni, laddove il liquidatore sia stato nominato dal debitore si configurerebbe un'ipotesi di responsabilità contrattuale nei confronti del debitore medesimo ed extracontrattuale nei riguardi dei creditori e di eventuali terzi danneggiati.

In caso di nomina giudiziale, ricorrerebbe unicamente l'ipotesi di responsabilità extracontrattuale nei confronti di tutti i soggetti potenzialmente pregiudicati dal suo comportamento<sup>(94)</sup>.

Ciò senza trascurare profili di responsabilità penale in caso di bancarotta post fallimentare, ovvero di ipotesi di responsabilità del curatore fallimentare, in virtù del richiamo di cui all'art. 182 L.F. che gli attribuisce la qualifica di pubblico ufficiale.

Risulta, invece, incerta la facoltà di invalidare gli atti compiuti dal liquidatore in costanza di superamento dei limiti funzionali all'incarico (giudiziale o negoziale) ricevuto.

In merito, non essendovi alcun espresso richiamo in materia, non pare applicabile al liquidatore la disciplina di cui all'art. 36 L.F. in materia di reclamo contro gli atti del curatore.

Pertanto egli, in caso di inadempimento del mandato ricevuto, ovvero laddove non abbia assolto con diligenza l'incarico di realizzare il valore del patrimonio del debitore, ovvero di ripartire il ricavato secondo le modalità prescritte nel decreto di omologazione o nella proposta concordataria, incorrerà unicamente nelle ipotesi di responsabilità civile ed eventualmente penale sopra evidenziate.

---

<sup>(94)</sup> Cfr. M. Vitiello *Il Concordato Preventivo, Il concordato per cessione dei beni*, pagina 266.

## 4.6. Profili Fiscali del concordato preventivo<sup>(\*)</sup>

### 4.6.1. Premessa

In occasione delle diverse fasi del concordato preventivo, a differenza di altre procedure come il fallimento o la liquidazione, il normale susseguirsi degli esercizi non subisce cesure.

Il debitore infatti, durante la procedura di concordato, sotto la vigilanza del commissario giudiziale, conserva l'amministrazione dei propri beni e l'esercizio dell'impresa.

Di conseguenza, il concordato preventivo non comporta regimi dichiarativi particolari ai fini delle imposte dirette e dell'IVA.

Tuttavia, la normativa fiscale fa discendere dal concordato preventivo alcune conseguenze in capo ai **creditori** (ricorrenza degli elementi certi e precisi per la deduzione delle perdite su crediti a fini IRES/possibilità di emettere note di variazione IVA per la parte di credito rimasto insoddisfatto dalla procedura) ed in capo al **debitore** (non rilevanza a fini IRES delle componenti positive di reddito da riduzione dei debiti e delle plusvalenze da cessione di beni).

Con riferimento alle imposte d'atto, il trattamento del decreto di omologa del concordato preventivo sembra aver trovato una soluzione. Se nel passato convivevano interpretazioni che propendevano per la tassazione in misura fissa con altre che invece propendevano per la tassazione proporzionale, gli ultimi orientamenti della Corte di Cassazione (Sent. 19141/2010) e della prassi (Ris. 27/E/2012) risolvono la questione nel senso della applicazione dell'imposta di registro in misura fissa. Ciò nella considerazione che con la sentenza di omologa non si verifica un effetto traslativo dei beni dell'imprenditore sottoposto alla procedura concordataria. Salvo però il caso di concordato con cessione di beni all'assuntore, nel qual caso si applica l'aliquota proporzionale sul valore dei beni trasferiti.

Va in ultimo menzionato come la Manovra 2011 (D.Lgs. 98/2011) abbia esteso i privilegi attribuiti ai crediti tributari, sanzioni comprese, peraltro con efficacia retroattiva. Tale circostanza rischia di ridurre gli ambiti di applicabilità dell'istituto in esame, alla luce delle maggiori risorse

---

<sup>(\*)</sup> A cura di Giampiero Guarnerio, Dottore Commercialista e Revisore Legale, Autore di Pubblicazioni sulla normativa tributaria domestica e comunitaria.

che dovranno essere attribuite ai crediti fiscali a discapito dei creditori chirografari.

#### 4.6.2. Deducibilità perdita su crediti in capo ai creditori

Art. 101, 5°c. Tuir/Norma comportamento 172-2008 Aidc/ Assonime 69-2005

La questione è regolata dall'art. 101, 5°c. Tuir, il quale in via generale ammette la deducibilità delle perdite su crediti quando risultino da “**elementi certi e precisi**”, ed in via particolare ammette la deduzione “**in ogni caso, se il debitore è assoggettato a procedura concorsuale**”.

Il requisito dell'assoggettamento alla procedura va quindi letto come un caso speciale in cui il fisco ammette *ipso iure* l'esistenza degli elementi certi e precisi per la deducibilità della perdita.

Al contrario, la deducibilità della perdita è esclusa ai fini IRAP.

Le questioni critiche riguardano gli aspetti temporali e quantitativi.

In ordine all'aspetto temporale, si osserva che il tenore della norma è improntato più ad evitare al contribuente di dare la prova di certezza della perdita in una circostanza sotto questo profilo “rovesciata” rispetto ad una situazione ordinaria, piuttosto che ad imporre la rilevazione della stessa per il solo fatto che è intervenuta la procedura concorsuale. Giacché non si può escludere che le condizioni di deducibilità si siano già verificate prima dell'ammissione alla procedura, oppure che, in relazione alle aspettative di realizzo, si verifichino successivamente.

In tal senso, sia la Associazione Italiana dei Dottori Commercialisti (norma di comportamento 172/2008) che la giurisprudenza (Cass. 16330/2005) ammettono la possibilità che, in relazione alle ordinarie regole di competenza (art. 109 Tuir) e di redazione del bilancio (il “prudente apprezzamento” degli amministratori), la perdita su crediti possa essere dedotta in esercizi diversi da quello di ammissione alla procedura, purché tale comportamento sia frutto di una decisione positiva e motivata, e non di una mera “dimenticanza”.

In ordine all'aspetto quantitativo, corre l'obbligo evidenziare come l'agevolazione concessa dall'art. 101 Tuir verte più sul sollevamento dall'onere probatorio della mancata riscossione del credito, più che sulla sua misura.

Talché se da un lato l'Amministrazione finanziaria non potrà escludere “tout court” una svalutazione fiscale integrale di un credito concordatario per il solo fatto che, ad esempio, le percentuali di pagamento promesse consentono un recupero almeno parziale del credito, dall'altro lato

l'impresa deve dare conto delle ragioni per le quali si è ritenuto di svalutare di più o di meno il credito *de quo*.

Sarà quindi utile giustificare eventuali svalutazioni che si discostano da quelle conseguenti alla mera applicazione delle percentuali proposte (prima dell'omologa) od approvate (con l'omologa) dal concordato, sia in un senso che nell'altro. Fermo restando il fatto che ben difficilmente potrà essere contestato alcunché al contribuente che si fosse attenuto a quelle percentuali.

Va infine operato un distinguo in relazione alla componente IVA del credito.

Sebbene l'esperienza professionale non ci abbia dato particolari segnali di attenzione sul tema, l'IVA sottesa al credito in sofferenza non dovrebbe costituire una perdita definitiva, visto il rimedio consentito dall'art. 26 comma 2 DPR 633/1972. Pertanto le suddette svalutazioni dovrebbero riguardare soltanto la componente netta del credito.

#### 4.6.3. Trattamento riduzione debiti in capo al debitore (IRES/IRAP)

Art. 88, 4°c. Tuir/Art. 5, 4°c. D.Lgs. 446/1997 (Cassazione 1763, 28-07-2010).

L'assolvimento parziale, ma con effetto liberatorio, delle obbligazioni dell'impresa genera una sopravvenienza attiva. Considerato che l'impresa in concordato preventivo non ha un regime fiscale diverso da quello ordinario, la sopravvenienza attiva sarebbe gravata dall'onere tributario.

Come giustamente osservato<sup>(95)</sup>, la tassazione provocava un effetto particolarmente dannoso per il soggetto interessato per via di un curioso "corto circuito". In effetti l'imposta emergente non veniva considerata (forse erroneamente) come spesa di procedura, né poteva essere iscritta tra le passività del concordato essendo successiva all'apertura. Finiva quindi per essere richiesta direttamente all'imprenditore, il quale, proprio per le ragioni che lo hanno indotto a chiedere il concordato e che ne hanno consentito l'omologa (situazione di insolvenza e necessità di destinare tutte le proprie risorse in favore dei creditori), si trovava nella impossibilità di farvi fronte, provocando così il fallimento.

Con una norma di favore, che ha così risolto tale problematica, e nel

---

<sup>(95)</sup> Quaderno SAF n° 24, *Gli accordi giudiziali nella crisi d'impresa*, Cesare Zafarana, Mariacarla Giorgetti, Aldo Stesuri.

presupposto di un controllo “automatico” circa l’assenza di intenti elusivi che nasce dalla contrapposizione di interessi tra l’impresa in crisi ed i terzi creditori, si è stabilito di tenere indenne da tassazione tali sopravvenienze (cfr. art. 88 4° c. Tuir).

Se la questione si è risolta positivamente ai fini delle imposte dirette, non altrettanto può dirsi ai fini IRAP.

La questione è che le sopravvenienze attive emergenti hanno natura straordinaria e quindi possano essere classificate nella voce E20 del conto economico<sup>(96)</sup>. Tuttavia, per il principio di correlazione contenuto al comma 4 dell’art. 5 D.Lgs. 446/97, il trattamento di tali sopravvenienze dipenderà dall’origine del debito falcidiato<sup>(97)</sup>. Se il debito si è originato da costi sostenuti che hanno concorso a determinare la base imponibile, la sopravvenienza è a sua volta imponibile. Viceversa, se il debito non si è così originato (es. un mutuo), la sopravvenienza non è imponibile.

Posto che questo è il pensiero condiviso anche dalla Cassazione (17603/2010), ci permettiamo di sollevare qualche perplessità, che, se vogliamo, consegue dalla struttura quantomeno impropria e poco organica dell’imposta stessa.

Il ragionamento della Corte è semplice: la scelta di non rendere deducibili le perdite su crediti è una libera scelta del legislatore. La sopravvenienza sul mancato pagamento del debito, invece, non rientra tra tali casistiche. Perciò non v’è ragione per non tassarlo.

Ci pare che nel ragionamento della Corte manchi la considerazione sulla natura ordinaria o straordinaria di tali sopravvenienze. Laddove avessero natura ordinaria, il ragionamento sarebbe condivisibile. Ma laddove la natura fosse straordinaria, la ragione per la non tassazione starebbe nella iscrivibilità di tale componente nell’area straordinaria del bilancio.

Più raffinato è il ragionamento dell’amministrazione finanziaria: stante il richiamato principio di correlazione (che però viene applicato non sul debito in sé – che come tale non ha contribuito al valore della produzione – ma sul costo sottostante), la sopravvenienza attiva, ancorché

---

<sup>(96)</sup> Aspetto che non risulta controverso, né dall’Agenzia delle Entrate (cfr. interpello 09/06/2011 n° 904-111/2011 DRE Lombardia) né dalla giurisprudenza (cfr. Cass. Civ. 17603/2010).

<sup>(97)</sup> cfr. Cerato Sandro e Bana Michele, Eutekne info 04/06/2011, “*Concordato Preventivo in esenzione IRES*”.

classificabile tra i componenti straordinari, assume rilevanza se relativa ad un costo a suo tempo deducibile.

Ebbene, a ben vedere, se si applicasse pienamente il principio di correlazione non vi sarebbe ragione di escludere dalla partecipazione al valore della produzione le perdite su crediti e non “gli utili sui debiti”.

D'altra parte, se l'obiettivo dell'imposta fosse quello di escludere dalla tassazione le componenti finanziarie, sarebbe necessario escludere sia le perdite che gli utili. Se invece si volesse dare preminenza al principio di correlazione del costo (o del ricavo) sottostante, occorrerebbe dare rilevanza ad entrambi i casi.

Emerge quindi una asimmetria applicativa: per le perdite su crediti si stabilisce l'indeducibilità in ragione della loro natura finanziaria. Per gli “utili su debiti”, di natura straordinaria, invece, non si riconosce (nemmeno) la natura finanziaria e si pretende di risalire al sottostante per determinarne la eventuale imponibilità.

#### 4.6.4. Trattamento plusvalenze da cessione di beni in capo al debitore (IRES/IRAP)

Art. 5, 3° e 4° c. D.Lgs. 446/1997

Anche su tale tema si verifica una distonia tra il trattamento IRES e quello IRAP.

L'art. 86, 5° c. Tuir prevede espressamente che le plusvalenze relative alla cessione dei beni, delle rimanenze, ed anche dell'avviamento, effettuate in favore dei creditori del concordato non si considerano realizzate.

Tale norma è stata interpretata estensivamente dalla giurisprudenza (*ex pluribus*, Cass 11699/2007), acconsentendo che l'esclusione in parola sia valida non solo in relazione ai beni ceduti “ai creditori”, ma anche alle cessioni effettuate ai terzi al fine del soddisfacimento dei creditori concordatari.

#### Registro, tassazione decreto di omologazione

DPR 131/1986, Art. 8, 1° c. lettera b) [3%] e lettera g) [misura fissa]/ Cassazione 19141, 07-09-2010/ Ris. 27-E 2012

Il procedimento per la concessione del concordato preventivo, si conclude con l'omologazione da parte del tribunale. L'art. 180 co. 3 L.F. stabilisce, infatti, che se non vi sono opposizioni, il tribunale, verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il concordato

con decreto motivato non soggetto a gravame.

La tassazione del decreto di omologazione del concordato preventivo ha presentato delicate problematiche ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro, che hanno generato orientamenti interpretativi ondivaghi sia nella prassi che nella giurisprudenza.

Prima della riforma della legge fallimentare l'omologa del concordato preventivo avveniva con sentenza e non con decreto. Seguendo l'orientamento iniziale dell'amministrazione finanziaria, la sentenza di omologazione, scontava l'imposta di registro in misura proporzionale. L'inclusione del concordato nell'ambito dell'Art. 8, della Tariffa, Parte Prima del DPR. 131/1986 trovava la sua giustificazione nella considerazione degli effetti obbligatori della sentenza del concordato e nel carattere pubblicistico attribuito alla procedura concorsuale. Tale atto, munito di forza giurisdizionale autoritativa, dava luogo ad una nuova situazione soggettiva di natura patrimoniale, ravvisandosi così la fattispecie previsto della lettera b) del suddetto articolo.

Tale posizione da parte dell'amministrazione non è mutata neanche con l'avvento della riforma della legge fallimentare.

Dopo un periodo di pareri non sempre univoci, in giurisprudenza è inizialmente prevalso l'orientamento secondo il quale la tassazione del decreto di omologazione sarebbe dovuta avvenire in misura proporzionale in caso di concordato "con garanzia" e in misura fissa in caso di concordato "con cessione" dei beni ai creditori.

Solo ultimamente, con la sentenza 7.5.2007 n. 10352, la Cassazione, discostandosi dal precedente orientamento, ha ritenuto che l'imposizione debba avvenire sempre nella misura fissa.

Su tale punto tuttavia l'Agenzia delle Entrate ha ribadito la sua posizione dell'applicazione della misura proporzionale nella ris. 28/E/2008 confermata di recente dalle pronunce.

Tuttavia, recentemente il Fisco è nuovamente intervenuto sulla questione, probabilmente sulla scorta di ulteriori sentenze della Suprema Corte che confermavano il nuovo orientamento (Sent. 19.5.2010 n. 12257 e 7.9.2010 n. 19141). Sicché con la ris. 26.3.2012 n27/E converge con il parere della giurisprudenza chiarendo che il decreto di omologazione del concordato preventivo, con garanzia o con cessione di beni, non realizza alcun effetto traslativo in quanto i beni rimangono in proprietà del debitore. Conseguentemente non può essere assoggettato all'imposta in misura proporzionale.

La medesima soluzione aggiunge il documento non trova, invece, applicazione in caso di concordato con trasferimento di beni al terzo

assuntore, in quanto si realizzano effetti traslativi. proporzionale.

Perciò, si può concludere che, tranne il caso di concordato con trasferimento al terzo assuntore, la tassa di registro può essere applicata in misura fissa.

Viceversa, in mancanza di una analoga previsione ai fini IRAP, per quest'ultima si applicano le regole generali.

Perciò, tranne che nel caso della cessione d'azienda (circ. 27/E 2009), le plusvalenze in parola rilevano ai fini IRAP in virtù del principio di correlazione – principio letto in relazione al concorso di tali beni al valore della produzione in virtù del processo di ammortamento.

#### 4.6.5. IVA, note di variazione

Art. 26, 2° c. DPR 633/1972/Ris 161-E 2001/Circ. 77-E 2000

L'infruttuosità del concordato preventivo può dare luogo alla variazione in diminuzione dell'imponibile e dell'imposta sul valore aggiunto qualora il debito oggetto di falcidia risulta da una fattura. In capo al creditore nasce il diritto a procedere all'emissione della nota di variazione, ai fini IVA relativamente alla parte rimasta insoddisfatta a norma dell'art. 26, 2°c del DPR 633/1972.

A tale riguardo l'eliminazione del riferimento all'“avvio” della procedura nel art. 26, 2°c DPR 633/1972 quale momento rilevante ai fini dell'emissione della nota di variazione implica che la variazione in diminuzione è subordinata alla “infruttuosità” della procedura, la quale “è verificabile soltanto in seguito alla ripartizione dell'attivo e, comunque, con la chiusura della procedura” (circ. Assonime 9.6.97 n. 64).

Si rileva che una parte della dottrina ritiene che tale facoltà possa essere esercitata già in sede di omologazione del concordato preventivo, poiché rappresenta il momento giuridico in cui si verifica la certezza della perdita.

La prassi sembra tuttavia dare esclusivamente rilevanza al momento del pagamento conclusivo a beneficio dei creditori. Secondo il parere della Circolare Ministeriale 17.4.2000 n. 77/E, il momento rilevante è da assumersi nella scadenza del termine per le osservazioni dei creditori al piano di riparto predisposto dal giudice delegato ovvero, in assenza del piano di riparto, nella scadenza del termine per il reclamo al decreto di chiusura del fallimento.

Con l'emissione della nota di variazione seguiranno gli obblighi generali IVA per i soggetti interessati, come la registrazione nel registro delle fatture emesse in diminuzione o in quelle ricevute per i creditore

maturando il suo diritto alla detrazione. Il debitore procederà alla registrazione secondo modalità ordinarie senza tuttavia essere tenuto al versamento del relativo tributo. La registrazione della predetta nota non comporta, per il debitore concordatario, l'obbligo di rispondere verso l'Erario di un debito sul quale si sono già prodotti gli effetti estintivi del concordato preventivo (Ris 161- E 2001).

A tale riguardo si rammenta che la procedura di variazione dell'IVA potrebbe avere riflessi sui rimborsi IVA richiesti da parte dell'imprenditore soggetto a concordato preventivo che risulta a credito. Potendo infatti la controparte emettere nota di variazione per recuperare anche parzialmente l'imposta già versata all'erario si verificherebbe un potenziale doppio recupero dell'imposta. Di questo parere il C.T. Prov. Treviso 15.7.2009 n. 90 che ha stabilito legittima la sospensione dell'riscossione IVA in quanto in tal modo si violerebbe il principio della neutralità dell'imposta.

#### 4.6.6. Registro, tassazione decreto di omologazione

DPR 131/1986, art. 8, 1° c. lettera b) [3%] e lettera g) [misura fissa]/ Cassazione 19141, 07-09-2010/ Ris. 27-E 2012.

Il procedimento per la concessione del concordato preventivo, si conclude con l'omologazione da parte del tribunale. L'art. 180 co. 3 L.F. stabilisce, infatti, che se non vi sono opposizioni, il tribunale, verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame.

La tassazione del decreto di omologazione del concordato preventivo ha presentato delicate problematiche ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro, che hanno generato orientamenti interpretativi ondivaghi sia nella prassi che nella giurisprudenza.

Prima della riforma della legge fallimentare l'omologa del concordato preventivo avveniva con sentenza e non con decreto. Seguendo l'orientamento iniziale dell'amministrazione finanziaria, la sentenza di omologazione, scontava l'imposta di registro in misura proporzionale. L'inclusione del concordato nell'ambito dell'art 8, della Tariffa, Parte Prima del DPR. 131/1986 trovava la sua giustificazione nella considerazione degli effetti obbligatori della sentenza del concordato e nel carattere pubblicistico attribuito alla procedura concorsuale. Tale atto, munito di forza giurisdizionale autoritativa, dava luogo ad una nuova situazione soggettiva di natura patrimoniale, ravvisandosi così la fattispecie previsto della lettera b) del suddetto articolo.

Tale posizione da parte dell'amministrazione non è mutata neanche con l'avvento della riforma della legge fallimentare.

Dopo un periodo di pareri non sempre univoci, in giurisprudenza è inizialmente prevalso l'orientamento secondo il quale la tassazione del decreto di omologazione sarebbe dovuta avvenire in misura proporzionale in caso di concordato "con garanzia" e in misura fissa in caso di concordato "con cessione" dei beni ai creditori.

Solo ultimamente, con la sentenza 7.5.2007 n. 10352, la Cassazione, discostandosi dal precedente orientamento, ha ritenuto che l'imposizione debba avvenire sempre nella misura fissa.

Su tale punto tuttavia l'Agenzia delle Entrate ha ribadito la sua posizione dell'applicazione della misura proporzionale nella ris. 28/E/2008 confermata di recente dalle pronunce.

Tuttavia, recentemente il Fisco è nuovamente intervenuto sulla questione, probabilmente sulla scorta di ulteriori sentenze della Suprema Corte che confermavano il nuovo orientamento (Sent. 19.5.2010 n. 12257 e 7.9.2010 n. 19141). Sicché con la ris. 26.3.2012 n.27/E converge con il parere della giurisprudenza chiarendo che il decreto di omologazione del concordato preventivo, con garanzia o con cessione di beni, non realizza alcun effetto traslativo in quanto i beni rimangono in proprietà del debitore. Conseguentemente non può essere assoggettato all'imposta in misura proporzionale.

La medesima soluzione aggiunge il documento non trova, invece, applicazione in caso di concordato con trasferimento di beni al terzo assuntore, in quanto si realizzano effetti traslativi. proporzionale.

Perciò, si può concludere che, tranne il caso di concordato con trasferimento al terzo assuntore, la tassa di registro può essere applicata in misura fissa.

## NUMERI PUBBLICATI

### Anno 2007

- nr. 1 L'amministrazione nelle S.r.l. • *Simone Alodi*
- nr. 2 Lo Statuto dei diritti del contribuente • *Alessandro Turchi*
- nr. 3 Finanziamento dei Soci • *Giorgio Zanetti*
- nr. 4 Le norme del codice di procedura civile applicabili al Processo Tributario • *Paolo Brecciaroli*
- nr. 5 Bilancio e misurazione della performance delle organizzazioni non profit: principi e strumenti • *Marco Grumo*
- nr. 6 La normativa Antiriciclaggio. Profili normativi, obblighi ed adempimenti a carico dei dottori commercialisti • *Gian Gaetano Bellavia*
- nr. 7 Limiti dell'informativa societaria e controllo dei bilanci infrannuali • *Roberta Provasi, Daniele Bernardi, Claudio Sottoriva*
- nr. 8 La previdenza nella professione di Dottore Commercialista • *Ernersto Franco Carella*
- nr. 9 L'introduzione dei Principi contabili internazionali e il coordinamento con le norme fiscali • *Mario Difino*
- nr. 10 La governance delle società a partecipazione pubblica e il processo di esternalizzazione dei servizi pubblici locali • *Ciro D'Aries*
- nr. 11 Il Consolidato fiscale nazionale (artt. 117-129 Tuir e DM 9 giugno 2004) • *Ambrogio Piccoli*
- nr. 12 Il bilancio sociale nelle piccole e medie imprese • a cura di *Adriano Propersi*
- nr. 13 Le parti e la loro assistenza in giudizio • *Mariacarla Giorgetti*

### Anno 2008

- nr. 14 Il nuovo ordinamento professionale: guida alla lettura del d.lgs n. 139 del 28 giugno 2005 • a cura della Commissione *Albo, Tutela e Ordinamento 2005-2007*
- nr. 15 Carta Europea dei diritti del contribuente • a cura della Commissione *Normative Comunitarie 2005-2007*
- nr. 16 Elementi di procedura civile applicati alle impugnazioni del processo tributario • *Mariacarla Giorgetti*
- nr. 17 Il processo di quotazione delle PMI tra presente e futuro: il ruolo del dottore commercialista in questa fase di cambiamento • *Carlo Arlotta*

- nr. 18 Controlled Foreign Companies Legislation: Analisi comparata negli stati comunitari • *Sebastiano Garufi*
- nr. 19 Il codice di condotta EU: Finalità e analisi comparativa a livello europeo • *Paola Sesana*
- nr. 20 Il dottore commercialista e la pianificazione e il controllo nella PMI • *Aldo Camagni, Riccardo Co da, Riccardo Sclavi*
- nr. 21 La nuova relazione di controllo contabile (art. 2409-ter del Codice Civile) • *Daniele Bernardi, Gaspare Insaudo, Maria Luisa Mesiano*

### Anno 2009

- nr. 22 L'azionariato dei dipendenti come forma di incentivazione: ascesa e declino delle stock option? • *Vito Marraffa*
- nr. 23 Norme ed orientamenti rilevanti della Revisione Contabile • *Maria Luisa Mesiano, Mario Tamborini*
- nr. 24 Gli accordi giudiziali nella crisi d'impresa • *Cesare Zafarana, Mariacarla Giorgetti, Aldo Stesuri*
- nr. 25 Il bilancio consolidato e le scritture di consolidamento • *Francesco Grasso, Paolo Terazzi*
- nr. 26 Conciliazione e mediazione: attualità legislative e profili operativi • *Aldo Stesuri*

### Anno 2010

- nr. 27 La crisi d'impresa - L'attestazione di ragionevolezza dei piani di ristrutturazione ex art. 67, 3° comma, lettera d) L.F. • *Commissione Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali*
- nr. 28 Il Consolidato fiscale nazionale (artt. 117-129 Tuir e DM 9 giugno 2004) seconda edizione • *Ambrogio Picolli*
- nr. 29 L'arbitrato - Analisi e commenti dalla recente prassi • *Commissione Arbitrato - a cura di Alessandro Augusto*
- nr. 30 Il bilancio di sostenibilità delle multiutilities: esperienze a confronto • *Commissione Bilancio Sociale - a cura di Francesco Randazzo, Cristiana Scenna, Gabriele Badalotti, Eros A. Tavernar*
- nr. 31 La riforma della revisione legale in Italia: una prima analisi del D.Lgs. 39 del 27 gennaio 2010 • *Commissione Controllo Societario - Gruppo di lavoro: Daniele Bernardi, Antonella Bisestile, Alessandro Carturani, Annamaria Casasco, Gaspare Insaudo, Luca Mariani, Giorgio Morettini, Marco Moroni, Gianluca Officio, Massimiliano Pergami, Roberta Provasi, Marco Rescigno, Claudio Sottoriva, Mario Tamborini*
- nr. 32 Obbligo P.E.C. - Opportunità e problematiche per gli studi professionali • *Commissione Informatica e C.C.I.A.A. - Gruppo di lavoro: Fabrizio Baudo, Davide Campolunghi, Filippo Caravati, Alberto De Giorgi, Gianluca De Vecchi, Pietro Longhi, Daniele Tumietto*
- nr. 33 Nuova tariffa professionale - Commento alle modifiche intervenute • *Mario Tracanella*

## Anno 2011

- nr. 34 Perdite di valore e avviamento secondo i principi IFRS • *Riccardo Bauer, Claudia Mezzabotta*
- nr. 35 Patrimonializzare e sostenere la competitività delle PMI italiane: la quotazione su AIM Italia • *Commissione Finanza e Controllo di Gestione - Gruppo di lavoro: Carlo Arlotta, Franco Bertolotti, Elisabetta Coda Nègozio, Carlo Pesaro, Giorgio Venturini*
- nr. 36 La mediazione civile – Novità normative e contesto operativo • *Gruppo di studio Commissione Mediazione e Conciliazione - a cura di Maria Rita Astorina e Claudia Mezzabotta*
- nr. 37 La mediazione civile – Le tecniche di gestione dei conflitti • *Gruppo di studio Commissione Mediazione e Conciliazione - a cura di Maria Rita Astorina e Claudia Mezzabotta*
- nr. 38 Caratteri e disciplina del concordato fallimentare • *Carlo Bianco, Mariacarla Giorgetti, Patrizia Riva, Aldo Stehuri, Cesare Zafarana*
- nr. 39 Remunerare gli amministratori - Compensi incentivi e governance • *Gianluigi Boffelli*

## Anno 2012

- nr. 40 Scritti di Luigi Martino • *Comitato Editoriale - a cura di Gianbattista Stoppani e Dario Vèlo*
- nr. 41 Aspetti fiscali delle operazioni straordinarie per i soggetti IAS/IFRS • *Commissione Diritto Tributario Nazionale - a cura di Emanuela Fusa*
- nr. 42 L'accertamento tecnico dell'usura per le aperture di credito in conto corrente • *Commissione Banche, Intermediari Finanziari e Assicurazioni - a cura di Marco Capra, Roberto Capra*

finito di stampare  
nel mese di ottobre 2012

**3LB srl**  
Osnago (LC)



# nr. 43.

Le norme che regolano la Legge Fallimentare sono rimaste sostanzialmente immutate dal R.D. n° 267 del 1942 fino al biennio 2005-2006, per poi arrivare ad una sostanziale modifica e ad una serie di integrazioni ed aggiornamenti che hanno fatto della materia una sorta di “cantiere aperto” i cui lavori si sono protratti fino alle norme contenute nel Decreto Sviluppo ed alle Misure per facilitare la gestione delle crisi aziendali. La Commissione Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali ODECEC ha inteso offrire il proprio contributo ai giovani desiderosi di confrontarsi con le crisi d'impresa, ai colleghi che già operano nel settore ed ai cultori della materia, realizzando una serie di strumenti operativi che sono stati la sintesi dei contributi offerti dai partecipanti ai lavori di studio, ai convegni ed ai seminari realizzati dalla Commissione stessa.

Il lavoro intrapreso con la realizzazione dei Quaderni su “Gli accordi giudiziali nella crisi d'impresa” (n° 24), “La crisi d'Impresa” (n° 27) e “Caratteri e disciplina del Concordato Fallimentare” (n° 38) è proseguito con la realizzazione del Quaderno dedicato al Concordato Preventivo ed alle modifiche contenute nel “Decreto Competitività e Sviluppo” sfociato nella legge 134/2012.

Il Quaderno è opera di Stefano Ambrosini, Carlo Bianco, Andrea Corti, Alberto De Bernardi, Giampiero Guarmerio, Gianluca Minniti, Patrizia Riva, Silvia Scarantino, Daniele Tumietto, Giampiero Zingari ed è stato curato da Giannicola Rocca, con l'introduzione di Alessandro Danovi.

Il curatore e gli autori che hanno contribuito alla sua redazione sono specializzati, a vario titolo, anche in materia fallimentare.