



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

SAF • SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE

Gli accordi giudiziali nella crisi d'impresa

nr. **24.** Cesare Zafarana
Mariacarla Giorgetti
Aldo Stesuri

Commissione
Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali

i quaderni



SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE



Gli accordi giudiziali nella crisi d'impresa

nr. **24.** Cesare Zafarana
Mariacarla Giorgetti
Aldo Stesuri

Commissione
Gestione Crisi d'Impresa e Procedure
Concorsuali

I Quaderni della Scuola di Alta Formazione

Comitato Istituzionale:

Diana Bracco, Marcello Fontanesi, Mario Forchetti, Giuseppe Grechi, Luigi Martino, Nicola Mastropasqua, Lorenzo Ornaghi, Carlo Palumbo, Angelo Provasoli.

Comitato Scientifico:

Giancarlo Astegiano, Giuseppe Bernoni, Franco Dalla Sega, Felice Martinelli, Luigi Martino, Guido Marzorati, Renzo Nisi, Lorenzo Pozza, Patrizia Riva, Massimo Saita, Stefania Totaro.

Comitato Editoriale:

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

Commissione Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali:

Delegato del Consiglio: Alessandro Solidoro.

Presidente della Commissione: Cesare Meroni.

Componenti: Andrea Acampora, Vincenzo Agresti, Natascia Alesiani, Roberto Antonelli, Ignazio Arcuri, Gabriele Assanta, Simona Baldassarre, Davide Lorenzo Barosi, Daniela Bergantino, Giorgio Betti, Carlo Bianco, Renato Bissi, Gianantonio Bogoni, Beatrice Bompieri, Francesca Bonalumi, Donatella Beatrice Bonfatti, Lorella Borghetti, Gianluigi Brambilla, Federico Broglia, Elisabetta Brugnioni, Micaela Brunamonti, Gianluca Caimi, Angela Maria Campochiaro, Monica Carnio, Fausto Casarano, Bernardo Casati, Vincenzo Cassaneti, Mario Claudio Cecchi, Barbara Ceriani, Mario Ciampi, Maria Rosaria Cipriano, Maria C. Colombo, Andrea Corti, Carmine Cozzolino, Maddalena Dal Moro, Francesco D'Alessandro, Stefano D'Amora, Alberto De Bernardi, Enrico De Bono, Silvia De Furia, Corrado De Girolami, Vittorio De Luca, Luigi De Paola, Marco De Ruvo, Alberto De Bernardi, Giacomo Degrassi, Ernesto Del Bianco, Paolo Deo, Christian Dominici, Bernardo Draghetti, Maurizio Fabbri, Claudio Ferrario, Antonino Ficalora, Laura Filippi, Gabriella Fiordelisi, Davide Fortunato, Enrico Nestore Fregoni, Pierpaolo Galimi, Pierpaolo Giuseppe Galimi, Raffaele Gargiulo, Marco Gentile, Paolo Gerini, Cecilia Giacomazzi, Michele Giovanardi, Paolo Giovanelli, Carlo Giraud, Umberto Giudici, Roberta Goldoni, Lorenzo Gorgoglione, Paola Grossini, Alfredo Haupt, Stefano Inzoli, Giovanni La Croce, Patrizia La Rocca, Gianluigi La Rosa, Marziano Lavizzari, Piero Giuseppe Lini, Davide Maestroni, Vincenzo Masciello, Raffaella Mattolini, Gianluca Minniti, Erik Mira, Marco Misto', Mario Montevocchi, Sabrina Murri, Giovanni Napodano, Andrea Nappa, Filippo Nicol, Enrico Nicolini, Francesco Novelli, Claudia Oddi, Carlo Pagliughi, Antonio Palumbo, Claudio Pastori, Francesco Paolo Pati, Fabio Pettinato, Paolo Marco Piazzalunga, Giuseppe Piscopo, Giuseppina Pizzamiglio, Fulvio Pizzelli, Rosalba Pizzulo, Roberta Postiglione, Paolo Oronzo Pulito, Giannicola Radoia, Andrea Rinaldi, Patrizia Riva, Giovanni Nicola Rocca, Gianluca Ronzio, Marco Rubino, Fabio Salina, Francesca Sangiani, Pietro Santoro, Dario Schlesinger, Andrea Stefani, Aldo Stesuri, Marco Alfonso Terenghe, Cristina Tracanella, Luca Tracanella, Daniele Tumietto, Giuseppe Ugo, Antonio Vacchelli, Adele Antonia Vasilotta, Mauri Velia, Giuseppe Verna, Federico Vigevani, Marco Vigna Taglianti, Italo Vitale, Alberto Zappa.

Direttore Responsabile:

Patrizia Riva

Segreteria:

Elena Cattaneo

corso Europa, 11 • 20122 Milano

tel: 02 77731121 • fax: 02 77731173

INDICE

Premessa	5
1. Il concordato preventivo	7
1.1. Presupposti per l'ammissione alla procedura	7
1.2. La domanda di concordato	13
1.3. Inammissibilità della domanda e ammissione alla procedura.....	18
1.4. I decreti del giudice delegato.....	23
1.5. Il commissario giudiziale.....	25
1.6. La pubblicità del decreto	30
1.7. Degli effetti dell'ammissione al concordato preventivo	32
2. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti.....	41
2.1. Gli accordi in generale	41
2.2. Efficacia dell'accordo	47
3. Profili fiscali della gestione della crisi d'impresa.....	51
3.1. Discrimine tra obbligazioni tributarie concorsuali e operazioni sorte successivamente all'apertura della procedura.....	51
3.2. Transazione fiscale dei debiti relativi ai tributi amministrati dalle agenzie fiscali	52
3.2.1 Modalità operative.....	53
3.3. Le posizioni dell'Amministrazione Finanziaria e della Giurisprudenza.....	54
3.3.1 L'ultimo intervento del Legislatore in tema di transazione fiscale.....	55
3.4. Coordinamento tra la disciplina particolare (art. 182 ter) e disciplina generale (art. 160 e 162).....	56

3.5.	Il quadro tributario del periodo successivo all'ammissione al concordato	58
3.5.1.	L'intassabilità delle sopravvenienze attive, per riduzione dei debiti (art. 88, comma 4°, TUIR)	58
3.5.2.	L'intassabilità delle plusvalenze nel concordato con cessione dei beni (art. 86, comma 5°, TUIR)	59
3.6.	L'Irap nel concordato preventivo	61
3.7.	Adempimenti fiscali	62
3.7.1	Il ruolo del liquidatore giudiziale dei beni.....	63
3.8.	Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art.182 bis l.f.).....	64
3.8.1.	Profili fiscali	65
3.8.2.	La transazione fiscale negli Accordi di ristrutturazione dei debiti.....	67
4.	Rapporti tra il <i>trust</i> , il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti.....	69
4.1.	Il rapporto tra il trust e concordato preventivo.....	69
4.2.	Il rapporto tra trust e accordo di ristrutturazione dei debiti <i>ex art.</i> 182 bis l.f.	74
4.2.1.	Gli accordi di ristrutturazione dei debiti	74
4.2.2.	Problematiche legate alla disciplina dell'accordo di ristrutturazione dei debiti	77
4.2.3.	L'accordo di ristrutturazione dei debiti ed il trust.....	80

PREMESSA

Il decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito con la legge 14 maggio 2005, n. 80 e il decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169, entrato in vigore il 1° gennaio 2008, recanti modifiche e integrazioni alla legge fallimentare, hanno profondamente inciso l'assetto normativo della legge fallimentare, modificando in modo rilevante l'istituto del concordato preventivo e introducendo *ex novo* gli "accordi di ristrutturazione dei debiti".

Dopo aver analizzato gli aspetti più innovativi e rilevanti introdotti dalla nuova normativa l'analisi si sposterà sul rapporto tra il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti e il *trust*, al fine di mettere in luce gli aspetti positivi e i vantaggi che l'impiego di questo istituto può avere nella fase di gestione "privata" dell'impresa in crisi.

Senza anticipare troppo il seguito della trattazione, in questa sede si può rilevare che la nuova normativa, frutto di plurimi e ravvicinati interventi legislativi, ha inciso interamente sulle regole del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

L'intenzione del legislatore, come si chiarirà meglio in seguito, è stata quella di agevolare l'impiego dei due menzionati istituti, procedurale l'uno (concordato preventivo); negoziale l'altro (accordi di ristrutturazione dei debiti) al fine di consentire all'impresa caduta in uno stato di crisi non ancora irreversibile, ovvero già tale da integrare le caratteristiche dell'insolvenza, di rientrare dai propri debiti e dalla situazione di sofferenza senza il bisogno dell'intervento della procedura fallimentare.

L'animo del legislatore si evince principalmente dal fatto che il nuovo concordato preventivo ha assunto un carattere prevalentemente volto al risanamento della crisi dell'impresa piuttosto che, come in precedenza, alla esclusiva soddisfazione dei creditori. A tal fine nella nuova procedura concordataria il ruolo di protagonista è assunto dal c.d. piano di ristrutturazione dei debiti, il quale deve presentare tutti gli elementi tali da consentire, con qualsiasi strumento giuridico e tenendo conto delle varie posizioni creditorie, il risanamento dell'impresa.

Anche con riferimento ai nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti,

trova conferma l'intenzione del legislatore di favorire il più possibile il ricorso da parte dell'imprenditore-debitore in crisi di strumenti di natura privatistica.

In genere tutti gli accordi di natura stragiudiziale presentano degli svantaggi, tra i quali la possibilità che i creditori esperiscano azioni esecutive individuali, pregiudicando la buona realizzazione degli accordi stessi. Occorre tuttavia segnalare che per gli accordi di ristrutturazione dei debiti questo non vale in assoluto, in quanto tali aspetti negativi si presentano in misura molto più lieve che per le altre tipologie di accordi.

In quest'ottica l'istituto del *trust* potrebbe essere efficacemente impiegato dall'imprenditore debitore per attenuare se non escludere completamente tali effetti, rendendo gli accordi di ristrutturazione dei debiti degli ancor più validi ed efficaci strumenti per risollevare l'impresa in crisi, senza pregiudizio alcuno per i creditori.

Come si vedrà più ampiamente nel corso della trattazione, il *trust* potrebbe trovare facile applicazione anche nel concordato preventivo in quanto, a seguito delle recenti riforme, questo istituto è stato reso molto più elastico rispetto al passato, consentendo all'imprenditore di proporre ai creditori qualsiasi soluzione idonea a risolvere lo stato di crisi e ripianare i debiti dell'impresa.

Ciò detto, non resta che procedere alla disamina prima della nuova disciplina del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, per poi procedere a delineare i rapporti tra i suddetti istituto e il *trust*.

1. IL CONCORDATO PREVENTIVO

1.1. Presupposti per l'ammissione alla procedura

Prima dell'entrata in vigore del D.L. 14 marzo 2005 n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005 n. 80, la legge richiedeva all'imprenditore che volesse proporre domanda di concordato preventivo il possesso di determinati requisiti soggettivi ed oggettivi.

Il primo requisito era rappresentato dalla sussistenza dei presupposti per la dichiarazione di fallimento, sia sotto il profilo soggettivo con riferimento alla fallibilità dell'impresa, sia sotto il profilo oggettivo con riferimento all'esistenza dello stato di insolvenza).

Oltre a questi elementi fondamentali, la normativa richiedeva la presenza di altri e diversi requisiti di natura formale e che si potrebbero definire di natura anche morale. Si richiedeva infatti che l'imprenditore fosse iscritto nel registro delle imprese da almeno due anni, o almeno dall'inizio dell'impresa; che la contabilità fosse tenuta con regolarità; che l'imprenditore nei cinque anni precedenti la proposta di concordato non abbia posto in essere un altro concordato o fosse stato dichiarato fallito; infine che il debitore non avesse subito una condanna per bancarotta o per altro delitto contro il patrimonio, la fede pubblica, l'industria o il commercio.

Da questi requisiti si può notare che, stante la natura prettamente liquidatoria del vecchio concordato preventivo e la somiglianza con la procedura fallimentare, esso veniva visto come un'agevolazione per gli imprenditori integerrimi che avessero avuto difficoltà economiche tali da poter essere esposti al fallimento.

L'ultima riforma della legge fallimentare, che s'è ispirata ai modelli stranieri prediligendo quello statunitense del *Bankruptcy act* ha ridotto le condizioni per l'accesso alla procedura concordataria ad una sola ossia che l'imprenditore-debitore che attui la proposta di concordato versi in stato di crisi.

Per "imprenditore" s'intende l'imprenditore commerciale, sia individuale che collettivo, poiché solo quest'ultimo è soggetto alla

disciplina fallimentare, mentre per “stato di crisi” s’intende una situazione di sofferenza dell’impresa più attenuata e di carattere provvisorio rispetto allo stato d’insolvenza benché quest’ultimo possa rientrare nel primo grazie all’apposita integrazione operata dall’art. 36 d.l. 30 dicembre 2005 n. 273, convertito in L. 23 febbraio 2006 n. 51.

Lo stato di crisi può quindi manifestarsi con degli squilibri economici che non siano risolvibili mediante il ricorso al normale mercato del credito ovvero mediante un piano ordinario di ristrutturazione dei debiti.

Resta tuttavia il problema lasciato all’interprete di tracciare delle linee distintive tra lo stato di crisi e lo stato d’insolvenza dopo che, per espressa previsione dell’ultimo comma aggiunto all’art. 160 l.f., la locuzione “stato di crisi” viene a comprendere anche la condizione d’insolvenza. Da questa unione consegue che il profilo distintivo rappresentato dalla reversibilità della condizione di sofferenza dell’impresa diviene inefficace ai fini definitivi, benché il carattere dell’irreversibilità della crisi rimane per lo stato d’insolvenza ai sensi dell’art. 5 l.f.

Potrebbe allora essere utile all’interprete, sempre ai fini definitivi, la considerazione del trattamento dello stato di crisi, largamente inteso, il quale viene risolto, con il concordato preventivo mediante un piano presentato ai creditori nel quale deve essere configurato il realistico recupero dell’impresa.

Sotto un altro aspetto qualitativo, si può correttamente affermare che la generica ed equivoca espressione “stato di crisi” debba indicare una situazione di minor gravità rispetto all’insolvenza e che si avvicina a quanto previsto nell’art. 187 l.f. – ora abrogato – ossia alla temporanea difficoltà di adempiere alle obbligazioni assunte dall’impresa, piuttosto che a quanto descritto nell’art. 5 della stessa legge.

In questa condizione di “stato di crisi”, con caratteristiche attenuate rispetto all’insolvenza vera e propria, il nuovo art. 160 l.f. da un lato allarga l’ambito di applicazione dell’istituto concordatario, dall’altro opera una distinzione di livello funzionale dell’istituto stesso rispetto al fallimento, destinando il concordato preventivo alla risoluzione amichevole delle controversie tra l’imprenditore-debitore e i suoi creditori.

La situazione riassunta dall’espressione “stato di crisi”, infine, viene ad essere qualcosa di diverso e altro rispetto all’insolvenza, senza le incertezze verificatesi in precedenza con l’utilizzo di locuzioni similari (“insolvenza”, “difficoltà”, “crisi” rispettivamente nella legge fallimentare, nel D.L. 5 ottobre 1978 n. 602 e nella L. 3 aprile 1979 n. 95). Questa alterità dello stato di crisi rispetto all’insolvenza porta a negare l’automaticità della conversione della procedura concordataria in

fallimento nel caso in cui il concordato preventivo non venga omologato dal Tribunale, in quanto, a causa della differenza tra i presupposti oggettivi dell'uno (stato di crisi che non è necessariamente insolvenza) e dell'altro (insolvenza vera e propria ex art. 5 l.f.), per dichiarare il fallimento dell'imprenditore occorre sempre procedere all'accertamento dello stato di insolvenza, mentre prima della riforma la semplice proposta di concordato rappresentava una sorta di confessione d'insolvenza.

La riscrittura dell'art. 160 l.f. compone il concetto di concordato "di liquidazione", consistente in una procedura avente per finalità il puro e semplice soddisfacimento dei crediti esistenti, con quello di concordato "di risanamento", che trova il suo fondamento sul piano di ristrutturazione previsto dal punto a) del primo comma. Mentre il precedente concordato perseguiva la stessa finalità del fallimento, utilizzando semplicemente vie diverse, il nuovo concordato preventivo s'ispira soprattutto all'intenzione di salvare l'impresa in crisi evitandone il fallimento.

Questa inversione di tendenza rispetto alla funzione del concordato preventivo emerge chiaramente dalla stessa formulazione dell'art. 160 l.f., ove si prevede che, il piano di risanamento nel quale consiste la proposta di concordato può prevedere la ristrutturazione dei debiti. Non vi sono dubbi allora che il nuovo concordato, grazie anche al supporto costituito dalla relazione dell'esperto di cui all'art. 161 l.f. da un lato crei uno stretto legame con la previsione del nuovo art. 182-bis l.f. e dall'altro possa essere sviluppato, nella sua forma più semplice, in un progetto che escluda ogni finalità liquidatoria. Con il nuovo concordato viene, quindi, esaltata la massimo grado la libertà e l'autonomia delle parti nella fase di formulazione del progetto, residuando al Tribunale solo un controllo formale. Esemplificando, il nucleo centrale del piano potrebbe essere costituito da un progetto con esclusiva finalità di risanamento che non proponga alcun rientro immediato dall'esposizione debitoria ma fornisca una rappresentazione credibile dell'evoluzione economico finanziaria dell'impresa che ricorra a nuove strategie industriali quali l'abbassamento dell'occupazione, l'abbandono di rami d'attività, l'incremento di investimenti in altri rami di attività ritenuti più convenienti in un ottica di mercato; ciò costituirebbe la garanzia per i creditori che l'impresa rientri in futuro dall'esposizione debitoria a differenza di un piano esclusivamente liquidatorio che costringe nella quasi totalità dei casi a rientri parziali.

L'ultima riforma del 2007 ha eliminato anche le difficoltà causate dalla presenza dei creditori privilegiati. Sotto la vecchia normativa,

argomentando dall'art. 177, terzo comma, l.f., si poteva ritenere che essi dovessero essere soddisfatti integralmente mentre oggi deve prevalere la tesi opposta, confortata dalla previsione secondo la quale la proposta può anche prevedere che i creditori privilegiati non vengano interamente soddisfatti, a condizione che, *expressis verbis* il piano ne preveda la liquidazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, con riguardo al valore di mercato dei beni o al reddito oggetto della garanzia indicato nella relazione dell'esperto.

È posto un unico limite secondo il quale il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione.

Occorre tuttavia rilevare che il problema dei creditori privilegiati in questo modo è mal posto. A ben vedere il legislatore riformista non ha voluto pronunciarsi espressamente sulla questione se detta classe di creditori dovesse essere integralmente soddisfatta o meno, in quanto la nuova funzione del concordato preventivo si basa sulla libertà dell'accordo, libertà che verrebbe fortemente limitata dalla previsione del dovere di onorare integralmente il credito dei privilegiati e che costituirebbe un'evidente disincentivazione all'adozione del concordato stesso nonché un ostacolo nella formulazione della proposta.

La facoltà di pagamento parziale nei confronti dei creditori, compresi quelli privilegiati, può essere ricavata anche nel testo dell'art. 160 l.f. modificato dall'intervento correttivo vigente dal 1° gennaio 2008 il quale tace in proposito.

La norma in questione prevede, infatti, senza alcuna eccezione⁽¹⁾ la possibilità di trattamento differenziato tra creditori appartenenti a classi diverse, senza distinguere espressamente tra chirografi e privilegiati e senza imporre obblighi all'imprenditore concordatario nei confronti di

⁽¹⁾ La recente giurisprudenza di legittimità ha precisato che "il debitore può procedere ad una suddivisione in classi dei creditori purché detta suddivisione avvenga secondo posizioni giuridiche e interessi economici omogenei. Pertanto, deve escludersi che i soci finanziatori possano essere inseriti nel piano di cui facciano parte anche altri creditori chirografari; non solo per la loro diversa posizione nei confronti della società rispetto ai terzi, ma soprattutto per la previsione di cui all'art. 2467 comma 1 c.c., che ha introdotto il principio della postergazione delle loro ragioni creditorie rispetto a quelle degli altri creditori, con l'obbligo, oltre tutto, di restituzione se il pagamento in loro favore sia avvenuto nell'anno precedente alla dichiarazione di fallimento" (Cass. 04 febbraio 2009, n. 2706, in *Dir. Gius.*, 2009).

questi ultimi, sicché l'unica lettura della norma, aderente alla sua *ratio* e alla sua funzione, è senza dubbio quella orientata alla possibilità di attuare il trattamento differenziato anche nei confronti dei creditori privilegiati aderenti al piano.

Occorre ribadire che requisito indispensabile per la presentazione della proposta di concordato è la redazione del piano di ristrutturazione dei debiti e non il rientro dai debiti il quale è lasciato alla libertà delle parti e alla certificazione dell'esperto, potendosi quindi prescindere, come ipotesi estrema, dalla previsione di un immediato pagamento quando sussistano le condizioni sulle quali fondare la futura e certa salvezza dell'impresa che potrà ricominciare a pagare i propri creditori.

Ne consegue la non tassatività dell'elenco delle possibilità attuative (cessione dei beni, garanzie, operazioni di attribuzione di titoli azionari, ecc.) contenute nell'art. 160 l.f..

Il piano di ristrutturazione dei debiti, secondo la lettera della norma, può essere previsto in "qualsiasi forma" e, a titolo esemplificativo, sono indicate la *cessio bonorum*, l'accollo, le operazioni straordinarie, compresa l'attribuzione ai creditori di titoli azionari, quote di società ed altri strumenti finanziari.

Sempre nell'ambito delle modalità attuative del piano, la legge prevede al punto b) dell'art. 160 l.f., che l'attività d'impresa possa essere attribuita ad un assunto anche se vanti dei crediti verso l'impresa stessa o società da lui partecipate anche costituende nella procedura qualora, in ipotesi, i creditori nutrano sfiducia nella capacità dell'imprenditore di attuare il piano, ovvero per altri motivi sempre legati all'aspetto attuativo del programma.

Si comprende allora come il legislatore, nel formulare il testo del nuovo art 182-*bis*, il quale come già annunciato presenta un legame diretto con l'articolo in commento, abbia volutamente omissivo di specificare il contenuto dell'accordo di ristrutturazione, permettendo quindi al proponente la massima libertà nella sua determinazione. L'accordo potrà quindi essere assai eterogeneo, potendo svilupparsi in dilazioni nel pagamento, postergazione, rinuncia parziale al pagamento di crediti, *pactum de non petendo*, concessione di garanzie, ecc.

La complessità del piano è, come si è però voluto specificare in precedenza, comunque subordinata alla sua idoneità ad assicurare il pagamento regolare dei creditori estranei all'accordo, che non possono vedere pregiudicata la loro posizione senza consenso.

Sul piano della forma, l'accordo deve avere necessariamente forma scritta per poter essere depositato ai fini dell'omologa giudiziale.

Le caratteristiche del piano di ristrutturazione sono le seguenti: è elemento sostanziale ed imprescindibile della proposta di concordato preventivo alla luce della normativa riformata; può aver natura meramente liquidatoria (nelle forme del pagamento, della *cessio bonorum* o di rientro garantito), mista (nelle forme di rientro parziale dei crediti accompagnato da un progetto industriale di risanamento che consenta la sopravvivenza dell'impresa in crisi), ovvero natura di risanamento (nelle forme di garanzia del credito che consentano la sopravvivenza dell'impresa e, salvaguardandone l'operatività, permettano la sua definitiva ripresa, attraverso l'adozione di un adeguato piano industriale).

Infine, un'ultima ma rilevante novità del nuovo concordato, sotto il profilo dei presupposti, consiste nella previsione della divisione dei creditori in classi (punto c), differenziate secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei nonché nel trattamento diverso tra creditori appartenenti a classi differenti (punto d).

Questa possibilità, come già anticipato, viene da modelli esteri, già collaudati. Per questo aspetto, il nuovo istituto contrasta, o quantomeno pregiudica in modo sostanziale, il principio della *par condicio creditorum* ma, nello stesso tempo, anche questa incisiva innovazione, certamente dirompente all'interno delle classiche logiche fallimentari, può essere invocata ad ulteriore conferma del *favor* versato dal legislatore per la componente di risanamento del concordato preventivo, in luogo di quella tradizionale della soddisfazione delle ragioni creditorie. Lo stesso art. 177 l.f., determinando una concorrenza delle maggioranze delle singole classi per l'approvazione del concordato, ha l'effetto di favorire la probabilità di approvazione del concordato, ove il progetto dell'imprenditore abbia tenuto in debito conto gli interessi delle singole classi.

L'apparente estraneità del credito privilegiato, il quale sembra essere privo di legittimazione al voto sulla proposta di concordato, non impedisce di trarre questa conclusione, potendo accadere che si verificino ipotesi quali la soddisfazione extra concorsuale e stragiudiziale dei crediti, che potrebbero portare a quella rinuncia alla prelazione che, secondo l'art 177, comma secondo, l.f., consente ai creditori muniti di privilegio di votare favorevolmente per l'adozione del concordato.

La suddivisione in classi dei creditori serve a semplificare il raggiungimento degli accordi tra i creditori e l'imprenditore-debitore e può essere svolta sia avuto riguardo alla posizione giuridica dei creditori, sia tenendo conto della loro posizione economica.

Il criterio della posizione giuridica comporta la classica suddivisione dei creditori tra privilegiati e chirografari. In questo caso, giusto dettato

dell'art. 177 l.f., salvo rinuncia dei privilegiati, il concordato sarà approvato con la maggioranza dell'unica classe votante, quella dei chirografari.

Il secondo criterio attiene invece alla funzione economica dei singoli creditori e comporta il loro accorpamento sulla base dell'incidenza sull'operatività dell'impresa. Esemplificando, potranno essere distinti i fornitori dalle banche, dalle assicurazioni e dagli investitori o potranno essere distinti tra loro creditori portanti interessi relativi a rami dell'impresa che dovranno essere abbandonati da quelli che invece hanno pretese economiche pertinenti aspetti del piano industriale che andranno implementati.

Ne consegue che il diverso trattamento di cui al punto d) dell'art. 160 l.f. diviene una conseguenza normale della differenziazione per classi del ceto creditorio tanto più che il diverso trattamento rappresenta dal punto di vista operativo l'elemento che rende effettiva la scelta di suddivisione sulla base degli accordi tra l'imprenditore e i creditori stessi.

1.2. La domanda di concordato

La riforma è intervenuta in modo sostanziale anche sull'articolo 161 l.f. allo scopo di raccordare le disposizioni relative alla redazione ed alla presentazione della domanda di concordato preventivo con la nuova qualificazione "contrattuale" di quest'ultimo prevista dal nuovo art. 160 l.f..

Restano invariate, invece, due disposizioni, rispettivamente previste nel primo e nell'ultimo comma della norma.

Il primo comma non è stato mutato, se non per precisare l'irrilevanza del mutamento di sede dell'impresa nell'ultimo anno precedente alla proposizione della domanda di concordato. La disposizione recepisce l'attuale orientamento della giurisprudenza, teso all'eliminazione della possibilità di "scelta" del foro (*c.d. forum shopping*).

La domanda, a mente del primo comma, dovrà essere presentata nella forma del ricorso al tribunale competente dal debitore e da esso sottoscritta (anche senza il patrocinio di un legale).

Resta sempre competente il Tribunale del luogo ove ha sede principale l'impresa (identificando la sede che interessa in quella legale, purché essa coincida con il luogo ove, sostanzialmente, l'impresa venga amministrata e diretta).

L'ultimo comma rimane invariato, continuando a prevedere che la domanda di concordato debba essere sottoscritta da coloro che abbiano

la rappresentanza della persona giuridica.

Radicale, al contrario, la riscrittura del secondo comma. In allegato al ricorso, il debitore deve presentare: a) un'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 diritti di prelazione; c) l'elenco dei titolari di 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.

Con il ricorso dovrà essere depositata la relazione di un professionista che abbia i requisiti per la nomina a curatore del fallimento, il quale dovrà attestare la veridicità dei dati aziendali nonché la fattibilità del piano presentato.

Secondo la nuova normativa del 2007, il professionista in questione dovrà essere individuato ai sensi dell'art. 67, terzo comma, lett. d), l.f., ai fini di un rigoroso controllo di professionalità.

Prima di trattare il nuovo istituto, ossia la relazione del predetto professionista, è necessario chiarire esattamente quale sia il contenuto del ricorso propriamente detto.

Si è visto in precedenza, trattando delle novità previste dall'art. 160 l.f., come risulti ora indefettibile la presentazione del c.d. piano di ristrutturazione dei debiti. Si è altresì visto come nel nuovo art. 160 l.f. non sia più prevista quale requisito per la presentazione della domanda di concordato preventivo la regolare tenuta delle scritture contabili. Orbene, le previsioni del nuovo art. 161 l.f. permettono, attraverso la necessaria allegazione della documentazione ivi prevista, di sopperire alle esigenze di chiarezza sullo stato economico, patrimoniale e finanziario dell'impresa, senza che, l'indicazione di detti parametri, implichi, di per sé, una valutazione sulla pregressa amministrazione dell'impresa.

Dal punto di vista pratico, il ricorso dovrà contenere dei cenni storici sull'impresa, con l'indicazione dell'attività svolta dal momento della sua nascita. Il debitore dovrà poi descrivere i mutamenti della situazione economica e finanziaria dell'impresa, con riferimento alle difficoltà in cui essa versa ossia dovrà descrivere le cause del dissesto (o delle mere difficoltà economiche), con riferimenti precisi e documentali, per poi passare a descrivere analiticamente la proposta di concordato ossia il piano di risanamento che intende proporre ai propri creditori.

In particolare, il nucleo fondamentale del ricorso dovrà contenere la proposta di concordato ossia se, ai sensi dell'art. 160 l.f., s'intende sanare i debiti, in che misura, eventualmente dividendo in classi differenti i propri

creditori ed attribuendo loro i relativi livelli di soddisfacimento dei crediti. L'imprenditore proponente dovrà descrivere le linee evolutive dell'attività d'impresa, individuando un piano industriale aziendale, descrivendo i settori di attività che l'impresa intende abbandonare o implementare, con riferimento specifico agli indici di mercato ed alle attendibili tendenze dello stesso nel settore di attività dell'impresa. Il piano dovrà anche tenere in considerazione e quindi descrivere l'attuale stato patrimoniale dell'impresa in crisi, con l'indicazione specifica (esattamente secondo i criteri e l'impostazione del tradizionale bilancio) dei beni e dei crediti di cui l'impresa dispone e dell'esposizione debitoria (anche riferita ai soci illimitatamente responsabili).

Nel ricorso si dovrà rendere conto, oltre che alle previsioni industriali proprie del piano proposto, anche della condizione dello stato patrimoniale, economico e finanziario dell'impresa, secondo gli ordinari indicatori economici, attraverso modelli identificabili nei prospetti contabili aziendali ossia lo stato patrimoniale, il conto economico ed il prospetto relativo alla dinamica dei flussi finanziari di capitale (circolante, netto e di cassa).

Per quanto riguarda l'attivo, dovranno quindi rinvenirsi l'attuale liquidità dell'impresa sotto il profilo di cassa, la situazione attiva nei confronti delle banche, dei clienti, con conseguente descrizione analitica dei crediti non riscossi e della data della loro scadenza, le immobilizzazioni, eventuali opere e forniture in corso non ancora consegnate ed in generale tutti i crediti imputabili all'impresa.

Per quanto attiene invece al passivo dovranno essere elencati tutti i debiti nei confronti dei fornitori e di altri soggetti, con specifica indicazione di tutti gli elementi per la corretta indicazione del credito (scadenza, importo, eventuali condizioni sospensive), il TFR dei lavoratori.

Ulteriore elemento a corredo del ricorso, secondo quanto previsto dal nuovo articolo 161 l.f., è costituito dalla relazione dell'esperto di cui al terzo comma.

La relazione persegue due fondamentali funzioni. La prima funzione è di natura sostanziale e tecnica e si integra con la relazione svolta dall'imprenditore nel ricorso in merito allo stato dell'impresa, attestando la veridicità dei dati ivi indicati, al fine di conferire maggiore attendibilità, sostenibilità e coerenza al piano di ristrutturazione.

In altre parole la relazione dell'esperto serve a rendere il piano compatibile con le dinamiche di mercato attinenti al settore industriale al quale partecipa l'attività di azienda e coerente con la storia dell'azienda

medesima e a garantire che sia realizzabile secondo un giudizio prognostico equilibrato, tenendo conto delle attuali possibilità economico-finanziarie dell'impresa e delle future entrate previste ed infine a rendere possibile la sua correlazione tutto interna al piano stesso.

Più precisamente il contenuto del controllo svolto dal professionista varia a seconda che il piano abbia natura di risanamento ovvero natura liquidatoria in senso stretto. Nel primo caso la relazione si incentrerà soprattutto sull'attendibilità evolutiva e dinamica del piano industriale che prevede la continuazione dell'impresa. Nel secondo caso la relazione dovrà soffermarsi sull'affidabilità delle garanzie prestate e sull'effettivo realizzo dell'attivo indicato nella relazione dell'imprenditore.

La seconda funzione a cui deve essere ispirata la relazione del professionista non è tecnica, ma giuridica. Nel contesto di assoluta libertà contrattuale che il nuovo concordato ha assunto nell'ordinamento, la relazione ottempera alle valutazioni istruttorie di ammissibilità "tecnica" che prima della recente riforma venivano assolute dal tribunale in sede di omologazione.

L'attuale omologa, infatti, consiste solo in un controllo formale, all'esito del quale il tribunale si limita a dare l'*imprimatur* al concordato che è già stato approvato da parte del ceto creditorio.

Sulla natura della relazione, si possono individuare ad oggi due tesi tra loro contrapposte.

La prima tesi assegna alla relazione il ruolo di requisito fondamentale indefettibile, sotto il profilo formale, della domanda, con la conseguenza che la sua eventuale assenza o la sua insufficienza intrinseca, ne causerebbero il rigetto.

Secondo l'altra tesi, invece, gli eventuali difetti o mancanze in ordine alla relazione, si risolverebbero in una mera irregolarità, soggetta a sanatoria, tanto ciò vero che, secondo questa opinione, il legislatore avrebbe inserito l'obbligatorietà della relazione nell'art. 161 l.f. ossia nella esplicazione del contenuto del ricorso, e non nell'art. 160 l.f. che attiene invece ai presupposti di ammissibilità del concordato.

A parere di chi scrive, la relazione del professionista *ex art.* 161 terzo comma l.f. rappresenta il nucleo centrale della domanda di concordato sia sotto il profilo tecnico che giuridico e deve essere valorizzata soprattutto dopo l'attuale modifica del controllo giudiziale che si limita ad attribuire l'*imprimatur* al concordato medesimo.

Ne consegue che la mancanza della relazione o la sua approssimata redazione che sia poco coerente e ragionevole con riferimento al piano industriale proposto, conferirebbe alla procedura un'intollerabile

aleatorietà, proprio perché non il tribunale, ma solo l'esperto, possiede gli strumenti (di natura soprattutto aziendalistica) necessari alla valutazione della proposta dell'imprenditore.

Un concordato carente del substrato oggettivo conferito dal professionista, potrebbe anche risultare dannoso per i creditori, i quali potrebbero fare affidamento esclusivamente sull'omologa di natura formale.

Nella sua relazione, il professionista deve valutare, sotto la propria responsabilità e in piena autonomia, anche discrezionale, la proposta dell'imprenditore nella sua interezza ed esprimere le proprie valutazioni in modo analitico e motivato, fornendo le ragioni in base alle quali ritiene che il piano presentato abbia possibilità di esito positivo, manifestando anche le critiche alla proposta, con indicazione delle possibili alternative.

Sulla base delle valutazioni del professionista, infatti, la domanda può essere modificata, anche se solo in termini migliorativi per i creditori, fino all'omologa ed anche revocata; nel caso di revoca è controverso se il *dies ad quem* sia l'omologa stessa ovvero l'assenso dei creditori.

La relazione del professionista assume notevole importanza anche sotto un diverso profilo se solo si considera che essa viene ad essere l'unica attività istruttoria nella fase preliminare della nuova disciplina del concordato preventivo, essendo diretta a sostituire, come si è già rilevato, l'attività istruttoria del tribunale in funzione di garanzia per i creditori.

Il carattere di necessaria sufficienza ed autonomia della relazione a fronte del carattere meramente formale dell'omologazione è attestata anche dalla prima giurisprudenza di merito pubblicata a seguito della riforma. Le prime pronunce di merito hanno infatti sancito l'inammissibilità del concordato, in ipotesi di difficoltà od impossibilità di ricostruzione dell'*iter* logico dell'argomentazione del professionista, non sotto il profilo del controllo di merito (come noto, escluso dalla nuova normativa), quanto nell'ottica della comprensibilità della relazione, proprio a garantire la necessaria trasparenza della proposta di concordato a tutela del ceto creditorio.

Da ultimo deve essere evidenziato che l'intervento correttivo del legislatore del 2007 ha imposto la comunicazione della domanda di concordato al pubblico ministero mediante l'aggiunta del quinto comma all'art. 161 l.f.⁽²⁾

⁽²⁾ Tribunale di Pescara, Decreto n. 4/08 del 27 novembre. 2008 - dep. il 2 dicembre. 2008.

1.3. Inammissibilità della domanda e ammissione alla procedura

L'ultima riforma della legge fallimentare, entrata in vigore il 1° gennaio 2008, ha modificato l'art. 162 l.f., il quale era rimasto indenne all'intervento riformatore del 2005, superando così i problemi di coordinamento che questa norma poneva rispetto alla disciplina del concordato preventivo.

La prima questione riguardava il riferimento espresso che nella norma in commento veniva fatto all'art. 160 l.f., che – come si è visto – è stato radicalmente modificato dal legislatore.

Il secondo problema consisteva nel rapporto tra l'art. 162 l.f. e il nuovo testo del successivo art. 163 l.f.

Le diverse interpretazioni prospettate in ordine al rapporto tra questi tre articoli potevano portare a ritenere ancora vigente la norma ovvero a ritenerla implicitamente abrogata.

Con riferimento al primo problema deve essere subito evidenziato come, anche per coloro che lo avessero ritenuto ancora vigente, si sarebbe dovuto già considerare abrogato il riferimento al primo comma dell'art. 160 l.f. In primo luogo si argomenta che il nuovo art. 160 ha solo un comma e in secondo luogo, come si è visto, le condizioni per l'ammissione al concordato preventivo risultano ora diverse rispetto a quelle precedenti e informate ad una visione radicalmente mutata dell'istituto.

Prima della recente integrazione del 2007, la parte rimanente della norma sarebbe stata, pertanto, solo una fase della procedura nella quale il tribunale (sentito il pubblico ministero e se occorre il debitore) con decreto non reclamabile avrebbe dovuto dichiarare inammissibile la proposta di concordato, dopo aver verificato che non ricorressero le condizioni di cui all'art. 160 l.f. In tali casi il tribunale avrebbe dovuto dichiarare automaticamente il fallimento.

A parere di chi scrive, considerando con attenzione le implicazioni sottese alla norma così residua, in relazione agli artt. 160 e 163 l.f., è indubbio che essa dovesse essere ormai ritenuta del tutto, implicitamente, abrogata.

Tale opinione è confortata dal fatto che verrebbe da chiedersi quale necessità ci sarebbe stata di sentire il pubblico ministero, per un accordo di natura contrattuale e privatistica come il concordato. Alla luce delle recenti correzioni del legislatore, pare invece confermato, quantomeno, l'obbligo di comunicare al pubblico ministero la domanda di concordato *ex* art. 161 quinto comma l.f.

Sotto un secondo profilo, la disposizione che obbligava il tribunale a dichiarare automaticamente il fallimento in difetto delle condizioni dell'art. 160 l.f. non poteva ritenersi più applicabile alla luce delle condizioni stesse previste dalla normativa per l'ammissione alla procedura *de qua*. Si è infatti visto come non vi sia più coincidenza tra i requisiti oggettivi del fallimento e del concordato preventivo, laddove il primo continui a prevedere l'accertamento dello stato di insolvenza, mentre il secondo principalmente lo stato di crisi. Ne discende, per logica, che qualora il tribunale, in ossequio alla disposizione della norma in commento, non avesse ritenuto sussistenti le condizioni per l'ammissione al concordato, non avrebbe potuto automaticamente dichiarare il fallimento del debitore, perché quest'ultimo ben avrebbe potuto svolgere domanda di concordato preventivo a causa di un mero stato di crisi dell'impresa, senza l'integrazione degli estremi dell'art. 5 l.f.

Pertanto, anche a volere ad ogni costo salvare la norma, è indubbio che essa dovesse essere (almeno) interpretata nel senso che in difetto dei presupposti dell'art. 160 l.f. il tribunale dovesse accertare lo stato di insolvenza. Il problema che si poneva nell'ambito della riforma prima della correzione del 2007 era che questo accertamento sarebbe stato statuito con decreto non soggetto a reclamo, mentre nella ordinaria procedura l'accertamento dell'insolvenza e quindi la dichiarazione di fallimento erano e sono impugnabili *ex art.* 18 l.f.

Non si sarebbe nemmeno potuto obiettare che, anche in precedenza, la dichiarazione automatica di fallimento *ex art.* 162 l.f., non fosse reclamabile, proprio perché la natura del precedente concordato era tale che la stessa domanda per l'ammissione alla procedura presupponeva la confessione dell'insolvenza, mentre ora, anche a seguito della riforma del 2005, certamente non è più così. Nel caso in cui, quindi, la norma fosse stata ritenuta ancora vigente, si sarebbe posto un problema di costituzionalità per evidente violazione del diritto di difesa del debitore in relazione agli art. 24 e 111 della Costituzione.

In aggiunta alle considerazioni testé svolte, che già avrebbero dovuto far propendere per la tacita abrogazione della norma in commento, si doveva anche considerare la sua inutilità in relazione al primo comma del successivo art. 163 l.f., che prevede che il tribunale, verificata la completezza e la regolarità della documentazione, con decreto non soggetto a reclamo, dichiari aperta la procedura di concordato preventivo.

Se si fosse ritenuto ancora vigente l'art. 162 l.f. si sarebbe dovuto anche pensare che il tribunale dovesse svolgere due verifiche: una preventiva sulle "condizioni" dell'art. 160 ai sensi dell'art. 162 l.f.; l'altra sulla

“completezza e la regolarità della documentazione” ai sensi dell’art. 163 l.f..

Questo duplice controllo si palesava inutile e contrario alla *ratio* del nuovo concordato. Se infatti la natura della verifica fosse stata la medesima (ossia solo il controllo formale della completezza e della regolarità della documentazione, descritta *sub* art. 161 l.f.) non sarebbe stata comprensibile questa inutile duplicazione (teoricamente fonte di due distinti decreti non reclamabili del tribunale).

Se invece si fosse ritenuto che al controllo “formale” espressamente previsto dall’art. 163 l.f. si accompagnasse una verifica di merito delle condizioni di ammissibilità, ci si sarebbe posti al di fuori dell’attuale logica dell’istituto, ove è previsto il solo *imprimatur* del tribunale in presenza della regolarità formale della domanda e dell’assenso dei creditori.

A *fortiori*, pertanto, dovendosi escludere il controllo di merito (invero, come si è già enunciato, svolto nella relazione del professionista *ex* art. 161 terzo comma l.f.) sarebbe residuata solo una incomprensibile duplicazione di quello formale, che il tribunale deve già svolgere ai sensi dell’art. 163 l.f..

Ecco quindi che la norma in commento, a parere di chi scrive, o si poneva in contrasto con la nuova formulazione del concordato, oppure era del tutto inutile.

Con la nuova veste dell’articolo 162 il legislatore ha risolto le problematiche ed i dubbi ora espressi.

Invero, il nuovo art. 162 l.f. prevede che il tribunale, ove ravvisi motivi di inammissibilità della proposta, possa concedere al debitore un termine (non superiore a quindici giorni) per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti.

A questo punto si apre una fase incidentale di verifica, all’esito della quale, se persistono i motivi di inammissibilità, il tribunale non può dichiarare immediatamente il fallimento, ma deve sentire in camera di consiglio il debitore e dichiarare inammissibile la proposta di concordato.

A questo punto su istanza di parte (pubblico ministero o creditore) e solamente dopo aver accertato la sussistenza dei presupposti di cui agli artt. 1 e 5 l.f. (dovendosi quindi valutare se il presupposto della domanda di concordato sia l’insolvenza ovvero lo stato di crisi, secondo la nuova disciplina), il tribunale dichiara il fallimento del debitore.

Avverso la sentenza di fallimento è proponibile reclamo *ex* art. 18 l.f., potendo il debitore anche far valere i motivi attinenti l’ammissibilità della proposta di concordato.

Anche il successivo art. 163 l.f. ha subito modifiche ad opera del

recente intervento correttivo.

Il legislatore ha, anzitutto, eliminato l'obbligatorietà del già censurato "doppio controllo", della completezza della documentazione, precedentemente previsto dagli artt. 162 e 163 l.f.

Allo stato attuale, infatti, il tribunale vi deve provvedere solo ove non lo abbia già fatto ai sensi dell'articolo precedente.

L'art. 163 l.f. contempla quindi due distinte fasi della procedura.

Nel primo comma descrive la natura del controllo operato dal tribunale sulla domanda di concordato. Nel secondo prevede il contenuto del provvedimento adottato all'esito dell'accertamento di cui al comma precedente.

Venendo all'accertamento previsto dalla norma, si nota come esso si basi su di una verifica meramente formale, dovendo il tribunale esclusivamente controllare se la domanda di concordato soddisfi tutti i requisiti documentali previsti dall'art. 161 l.f.

L'accertamento del tribunale non dovrebbe spingersi alla valutazione della realizzabilità del piano di ristrutturazione, che, come più volte detto, è in questa fase già stata valutata dalle parti e dall'esperto ex art. 161 terzo comma l.f.

Sotto un secondo profilo il tribunale deve valutare (anche ai fini di verificare la corretta formazione delle maggioranze per il successivo art. 177 l.f.) la correttezza della formazione delle diverse classi di creditori, al fine di evitare il perpetrarsi di indebiti abusi nei confronti di alcune categorie.

Si deve quindi ritenere che questo controllo sia informato al generale criterio della *par condicio creditorum* ed alla tutela ivi sottesa.

Il compito del tribunale, in relazione a questo specifico aspetto, deve attenere ad una valutazione dei criteri di formazione delle classi creditorie, considerando la correttezza dell'inserimento di ogni creditore nella classe di appartenenza e non certamente (ed anche sotto questo profilo viene confermata la tesi della natura esclusivamente formale dell'accertamento giudiziale ex art. 163 l.f.) ad un sindacato sulla opportunità di divisione in classi ovvero sulla bontà delle classi stesse come determinate nella domanda di concordato.

Il decreto per espressa previsione normativa non è reclamabile in quanto, per consolidata giurisprudenza, non dotato di definitività, potendo essere modificato in sede di omologazione del concordato.

A questo punto, alla luce della correzione operata dal legislatore, è opportuno verificare la congruenza della previsione sulla non reclamabilità del decreto *de quo*. Se infatti si svolge una comparazione tra

i controlli operati *ex art.* 162 e 163 l.f. deve evidenziarsi quanto segue.

Se, *ex art.* 162 l.f., il tribunale dichiara inammissibile la domanda di concordato e non vengono proposte istanze di fallimento da parte dei soggetti legittimati, il decreto (esplicitamente qualificato come non reclamabile) è il provvedimento che termina la procedura, nulla ostando alla eventuale ripresentazione della domanda di concordato.

Se invece, come probabilmente accadrà nella maggioranza dei casi, si dovesse giungere alla dichiarazione di fallimento del debitore, quest'ultimo ha facoltà di proporre reclamo avverso la sentenza di fallimento, potendo però, con lo stesso atto, anche far valere i motivi di ammissibilità del concordato così, nella sostanza, reclamando il decreto espressamente "non soggetto a reclamo".

È invero ipotesi deteriore e marginale, ma non si può non notare come, pur essendo il controllo *ex art.* 162 l.f. identico ed alternativo a quello *ex art.* 163 l.f., nel primo caso, sarà indirettamente possibile ottenere una nuova verifica delle condizioni di ammissibilità del concordato, nel contesto del reclamo contro la sentenza di fallimento che potrà quindi determinare la revoca dello stesso e la diretta ammissione del debitore al concordato senza necessità di ripercorrere tutte le tappe della procedura; in caso di esito negativo del controllo *ex art.* 163 l.f., invece, nessuna nuova verifica potrà essere svolta nell'ambito della procedura, restando il debitore sprovvisto di rimedi e quindi costretto a presentare nuovamente la domanda di concordato.

Per evitare questa discrasia dovrebbe ipotizzarsi quantomeno che, stante la identica natura dei due controlli e la loro alternatività, il tribunale possa all'esito negativo del controllo *ex art.* 163 l.f. concedere al debitore il termine di cui al nuovo art. 162 comma primo l.f. per integrare il piano e produrre nuovi documenti.

Nessun problema si pone invece in caso di verifiche positive, atteso che il decreto che dichiara ammissibile il concordato, sia *ex art.* 162 che *ex art.* 163 l.f., potrà essere modificato in sede di omologazione del concordato stesso.

Se il tribunale verifica con esito positivo la sussistenza di tutti i requisiti per l'ammissione alla procedura, con il decreto suddetto provvede: 1) a delegare un giudice per la procedura di concordato; 2) a nominare un commissario giudiziale (che deve possedere i requisiti per la nomina a curatore *ex art.* 28 l.f. ed accettare la nomina *ex art.* 29 l.f.); 3) ad ordinare la convocazione dei creditori non oltre trenta giorni dalla data del decreto stabilendo un termine per la comunicazione del provvedimento agli stessi; 4) a stabilire un termine, non superiore a quindici giorni, entro il quale il

ricorrente deve depositare in cancelleria la somma pari al 50% delle spese che si presumono necessarie per l'intera procedura, ovvero la diversa somma, non inferiore al 20% di tali spese, determinata dal giudice. È inoltre previsto che su proposta del commissario giudiziale, il giudice possa disporre che dette somme vengano investite ai sensi dell'art. 34 comma primo 1.f..

Anche in merito a questo aspetto, il legislatore del 2007 ha inteso ovviare alla vaghezza della precedente formulazione. La facoltà concessa al giudice di diminuire, anche in modo consistente, l'importo da versarsi, rappresenta un opportuno espediente, per evitare che una giusta garanzia patrimoniale richiesta al debitore si trasformi, in caso di procedure di valore ingente, in un odioso ostacolo all'accesso alla procedura.

Il mancato deposito di detta somma provoca l'automatica dichiarazione di fallimento del ricorrente senza che sia necessaria una sua nuova convocazione.

Sotto questo specifico aspetto, il problema sopra evidenziato dell'accertamento dell'insolvenza si pone con meno vigore, poiché il mancato versamento della somma, di per sé, costituisce grave indizio dell'insolvenza del debitore.

1.4. I decreti del giudice delegato

La procedura di concordato preventivo richiede l'intervento del pubblico ministero e dell'assemblea dei creditori, ma si ritiene che solamente il tribunale, il giudice delegato ed il commissario rivestano il ruolo di organi della procedura.

Nel concordato, inoltre, il giudice delegato assume un ruolo più flessibile e meno incisivo rispetto a quello rivestito nel fallimento, in quanto al giudice è concesso un ampio potere sulla conduzione della procedura e sulle scelte da adottare nella gestione dell'attività dell'impresa in concordato, anche se le decisioni specifiche più rilevanti sono comunque demandate al tribunale.

Il giudice può emanare dei provvedimenti nella fase della liquidazione dei beni ben potendo, tra l'altro, sospendere la vendita nonché autorizzare e liquidare le spese e i compensi di legali e periti. Proprio tale potere rappresenta un segmento delicato nell'ambito delle funzioni attribuite al giudice in quanto quest'ultimo è l'organo a cui è affidata in via esclusiva la competenza in ordine alla liquidazione degli ausiliari e dei professionisti, tanto che tale compito non può essere esercitato in via sostitutiva dal

tribunale fallimentare.

Il giudice delegato, nella procedura fallimentare, è titolare di ulteriori poteri tutori in materia di costituzione in giudizio della curatela, in quanto ad esso è affidato sia il potere di autorizzare (e non) il fallimento ad agire in giudizio o a resistere alle domande proposte nei confronti della procedura, sia il compito di nominare un legale che assista tecnicamente il curatore nel processo; infatti il curatore fallimentare, pur essendo l'organo deputato ad assumere la qualità di parte nelle controversie inerenti la procedura, non è fornito di capacità processuale autonoma, capacità che deve essere integrata dall'autorizzazione del giudice delegato in relazione a ciascun grado di giudizio.

Con riferimento alla tipologia dei provvedimenti giudiziari, emessi ai sensi dell'art. 164 l.f., occorre precisare che essi non assumono la veste di ordini, tali cioè da dover essere osservati dai destinatari, ma di autorizzazioni e quindi, appartengono a quella categoria di atti che sono rivolti a rimuovere un ostacolo frapposto in generale dalla legge al libero esercizio di un diritto, con la conseguenza che, da un lato, il diritto non può essere esercitato senza la preventiva autorizzazione a pena di inefficacia e, dall'altro, che l'interessato, una volta chiesta ed ottenuta l'autorizzazione, è libero di decidere se esercitare o meno il diritto.

I decreti del giudice sono sempre soggetti a reclamo ai sensi dell'art. 26 l.f. davanti al tribunale fallimentare, in particolare i provvedimenti di ammissione o esclusione al voto, ritenuti anch'essi reclamabili immediatamente.

Quali ulteriori mezzi di impugnazione, nel caso in cui il giudice delegato ecceda i limiti dei suoi poteri emettendo provvedimenti "abnormi", sono stati ipotizzati anche l'azione di nullità e il ricorso ai sensi dell'art. 111 della Costituzione.

Il mezzo del reclamo è stato stravolto prima dalle pronunce del giudice delle leggi e poi da quelle del giudice di legittimità, con la conseguenza che oggi la scelta dei mezzi di gravame dipende dalla natura del provvedimento che si intende impugnare.

Si ritiene che la legittimazione attiva all'impugnazione nella procedura fallimentare spetti al curatore, al fallito, al comitato dei creditori e a ciascun creditore e, specularmente al commissario giudiziale e al debitore concordatario nella procedura concordataria.

Legittimati ad impugnare sono in ogni caso tutti coloro che vi abbiano interesse, purché l'interesse sia qualificato, tanto è vero che in base al principio per il quale la società di capitali gode di soggettività giuridica piena, è stato impedito ai singoli soci, titolari di un interesse proprio e

diretto, di esperire il reclamo a norma dell'art. 26 l.f. che attribuisce la legittimazione alla relativa impugnazione a "chiunque ne abbia interesse" contro i provvedimenti del giudice delegato concernenti la vendita di beni della società fallita, in funzione di un miglior risultato liquidatorio.

Così descritto, l'istituto del reclamo di cui già all'art. 26 l.f. si fonda sulle seguenti regole: a) se sono in discussione decreti di natura ordinatoria attinenti alla conduzione della procedura (es. autorizzazione ad agire, autorizzazione allo scioglimento di un rapporto pendente, accantonamento di somme nei piani di riparto, dichiarazione del mancato raggiungimento delle maggioranze previste per l'approvazione del concordato preventivo, ecc...) il reclamo va proposto entro tre giorni; b) se, invece, il decreto assume carattere decisorio (es. liquidazione dei compensi dei coadiutori ed ausiliari, dichiarazione di esecutività del piano di riparto, assegnazione di complessi aziendali e rapporti con l'affittuario, determinazione della quota di reddito da assegnare al fallito, ecc...) va proposto entro dieci giorni.

Il reclamo va depositato presso la cancelleria del Tribunale fallimentare dopodiché il Presidente (o il giudice delegato) fissa l'udienza in camera di consiglio per la discussione del gravame in modo da assicurare il diritto al contraddittorio.

Terminato il procedimento camerale, il Tribunale provvede con decreto motivato il quale può essere impugnato con ricorso per Cassazione se ha natura decisoria mentre non è ricorribile il decreto avente contenuto ordinatorio. A tal proposito infatti la riforma intervenuta il 16 luglio 2006 ha eliminato il 2° comma art. 164 l.f, il quale prevedeva che "*...il decreto del Tribunale che decide su reclamo non è soggetto a gravame*".

1.5. Il commissario giudiziale

Le norme che disciplinano il commissario giudiziale operano un mero richiamo a quelle relative al curatore fallimentare.

Nella procedura fallimentare il curatore ricopre un ruolo centrale in quanto gli spetta in via principale l'amministrazione della procedura, sotto la direzione del giudice delegato.

La figura e il ruolo del curatore ha occupato a lungo e occupa la dottrina, la quale s'è divisa fra coloro che gli attribuiscono il ruolo di rappresentante dei creditori e/o del debitore e coloro che lo considerano il sostituto del fallito e/o dei creditori.

L'opinione maggioritaria riconosce al curatore fallimentare una funzione pubblica.

Secondo tale corrente di pensiero il curatore è un ausiliario del giudice delegato, destinato ad operare al suo fianco e sotto la sua direzione nell'interesse della giustizia stessa trovandosi, nel ruolo ed in forza dei poteri che la legge gli riconosce, anche a sostituire il debitore fallito nella sua titolarità di rapporti e, contemporaneamente, a tutelare gli interessi dei creditori.

Di conseguenza il curatore, il quale nell'espletamento delle sue funzioni assume la qualifica di pubblico ufficiale, deve esercitare personalmente le proprie azioni, potendo delegarle esclusivamente per singole operazioni, previa autorizzazione del giudice delegato; può inoltre effettuare transazioni o riduzioni di crediti, previo parere positivo del comitato dei creditori, può effettuare la cancellazione di ipoteche o la restituzioni di pegni, può, infine tra l'altro, subentrare nei contratti di locazione o di somministrazione.

Nell'ambito della sua attività di proseguimento dell'impresa, il curatore deve, entro 60 giorni dalla redazione dell'inventario ai sensi dell'art. 87 l.f., predisporre il programma di liquidazione, che consiste in un documento in cui devono essere indicate le modalità e i termini previsti per la realizzazione dell'attivo precisando le ragioni che giustificano o non l'opportunità di disporre dell'esercizio provvisorio dell'impresa o dei singoli rami di essa, la valutazione di proposte di concordato, l'indicazione di eventuali possibili azioni risarcitorie, revocatorie o di recupero crediti, la possibilità di cessione dell'azienda intesa nel suo complesso o dei singoli rami di essa e le condizioni di vendita dei singoli cespiti.

Tale programma prima di essere sottoposto all'approvazione del giudice delegato, deve ottenere il parere favorevole del comitato dei creditori.

Nella procedura di concordato preventivo anche il commissario giudiziale è pubblico ufficiale ma svolge solamente azioni di controllo e consultive perché nel concordato preventivo non si verifica lo spossessamento del debitore concordatario.

Il commissario giudiziale, a differenza del curatore fallimentare, non è dotato di legittimazione processuale attiva e passiva che rimane in capo al debitore e non ha la rappresentanza dei creditori, sicché egli non può agire in via surrogatoria del debitore-creditore, né può impugnare provvedimenti nell'inerzia del debitore, neppure per contestare per incompetenza la sentenza dichiarativa di fallimento di un altro tribunale; infine non è legittimato a ricevere le notifiche degli atti diretti al debitore

concordatario⁽³⁾.

Il curatore fallimentare svolge svariate attività, spesso delicate e complesse: si occupa della ricostruzione, del reintegro e amministrazione del patrimonio del fallimento, dell'esercizio dei diritti, della riscossione dei crediti, e dà impulso ad ogni più opportuna iniziativa, anche giudiziale, a ciò finalizzata come, ad esempio, le azioni revocatorie nei confronti di istituti di credito e fornitori, le azioni di recupero crediti, le azioni di responsabilità civile degli amministratori e sindaci, ecc...).

Il curatore è inoltre titolare del potere di richiedere l'estensione del fallimento ad altri soggetti e quello di dare impulso alle iniziative necessarie per la tutela del patrimonio fallimentare dalle azioni, anche legali, intentate da terzi.

Più variegata e complessa è la valutazione della posizione assunta dal curatore nell'ambito della conduzione della procedura fallimentare. Il curatore subentra infatti negli stessi diritti di cui era titolare il fallito e, dal punto di vista processuale, assume una posizione processuale di sostituto del fallito; subentra nei diritti di cui già erano titolari i creditori assumendo la posizione processuale di sostituto dei creditori; infine, assume una posizione autonoma non riconducibile né al fallito, né ai creditori e ciò accade ogni volta che vengono in gioco diritti prettamente concorsuali come, ad esempio, per le azioni revocatorie fallimentari e il procedimento di accertamento dello stato passivo, con la conseguenza che il curatore assume la posizione processuale di terzo.

⁽³⁾ La Corte di Cassazione ha chiaramente stabilito che “il debitore ammesso al concordato preventivo subisce uno «spossessamento attenuato», in quanto conserva, oltre ovviamente alla proprietà (come nel fallimento), l'amministrazione e la disponibilità dei propri beni, salve le limitazioni connesse alla natura stessa della procedura, la quale impone che ogni atto sia comunque funzionale all'esecuzione del concordato. In particolare, nel concordato con cessione dei beni, la legittimazione a disporne viene attribuita al commissario liquidatore, che agisce in una veste generalmente qualificata come di mandatario dei creditori, mentre il debitore in ogni caso mantiene (oltre che la proprietà dei beni) la legittimazione processuale, mancando nel concordato una previsione analoga a quella dettata dall'art. 43 l. fall. per il fallimento. Ne consegue che, come il debitore è parte in senso sostanziale di tutti gli atti che concernano il suo patrimonio, così lo rimane anche per i rapporti tributari, che pertanto a lui fanno direttamente capo, e sui quali è legittimato processualmente a interloquire. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata, rilevando che nel giudizio di primo grado, aperto su ricorso presentato da liquidatore, legittimato in quanto agente nella veste qualificata di mandatario dei creditori, non era stato integrato il contraddittorio nei confronti del debitore)” (Cass. 25 febbraio 2008, n. 4728, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 2, 289).

Il commissario giudiziale invece svolge solo azioni di controllo e di collaborazione: procede alla verifica dell'elenco dei creditori e dei debitori della procedura, normalmente già fornito dal debitore nella proposta di ammissione alla procedura concordataria; comunica ai creditori la data dell'adunanza e le proposte contenenti il ricorso *ex art.* 161 l.f.; redige l'inventario del patrimonio del debitore ed una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulla proposta di concordato e sulle garanzie offerte.

Le altre attività che il commissario giudiziale deve svolgere sono: la redazione dell'inventario dei beni di proprietà della società; il raccoglimento di tutta la documentazione relativa ai beni di proprietà giacenti presso terzi e, da ultimo, la verifica dell'esistenza di beni di terzi presso i locali del debitore concordatario. In questa attività di ricostruzione del patrimonio dell'impresa il commissario può farsi assistere da uno o più stimatori dai quali potrà ottenere le valutazioni utili alla predisposizione della relazione particolareggiata di cui sopra.

La relazione deve contenere le considerazioni del commissario giudiziale in merito all'esistenza o meno delle condizioni concrete per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, oltre che ad indicare le cause del dissesto e la condotta del debitore concordatario. In questa analisi il commissario deve accertare l'esistenza del patrimonio aziendale attraverso un'attività di verifica e controllo della contabilità e della documentazione inerente e deve determinare il patrimonio netto dell'impresa in procedura attraverso l'analisi della tipologia di garanzie offerte e/o dei valori di liquidazione delle attività e l'entità delle passività, avvalendosi dei documenti ufficiali quali il bilancio contenuto nel ricorso per l'ammissione alla procedura concordataria e i bilanci relativi agli esercizi precedenti e depositati presso il Registro delle Imprese o messi a disposizione dagli organi della procedura.

L'attività del commissario va tuttavia oltre alla formazione pura e semplice in quanto egli è tenuto ad attuare una procedura di circolarizzazione dei clienti, fornitori e dei creditori in genere, delle banche, dei legali e dei consulenti al fine di verificare l'autenticità dei saldi contabili; una riconciliazione dei saldi contabili con quelli rilevati alle comunicazioni ricevute da terzi, per determinare un corretto importo contabile; un'analisi incrociata del registro dei beni ammortizzabili, delle schede contabili riferite alle immobilizzazioni materiali ed immateriali e delle fatture di acquisto, allo scopo di verificare l'effettiva proprietà delle stesse ed, infine, un'analisi della documentazione varia, quali ad esempio i contratti di acquisto di brevetti, di partecipazione, e di dichiarazione dei

redditi e fiscali in genere, per poter verificare l'effettivo titolo di proprietà o l'esistenza di potenziali passività future.

Tra i compiti riconosciuti al commissario giudiziale vi è anche quello di dare immediata notizia al Giudice delegato dei propri accertamenti in ordine ad eventuali frodi del debitore, di intervenire nell'adunanza dei creditori per illustrare la propria relazione, di esprimere il proprio parere definitivo circa l'omologazione del concordato, di sorvegliare l'esecuzione del concordato secondo le modalità e i tempi fissati nella proposta omologata dal tribunale, di riferire al giudice delegato per la risoluzione o l'annullamento della procedura concordataria.

Altro importante compito del commissario è, infine, quello di verificare il compimento da parte del debitore concordatario di atti non autorizzati *ex art.* 167 l.f. ossia gli atti di straordinaria amministrazione, quali ad esempio la stipulazione di mutui, l'alienazione di beni immobili e le accettazioni di eredità e di donazioni, di vagliarne il compimento *ex post* ma senza diritto di intromissione nel compimento degli atti, compito riservato al debitore concordatario.

L'articolo 165 l.f., quanto alla responsabilità del commissario giudiziale, rinvia alla disposizione di cui al precedente articolo 37 l.f. dettata per il curatore fallimentare.

Alcuni giudici di merito hanno ritenuto che la responsabilità del commissario giudiziale nel procedimento di concordato preventivo per fatti inerenti all'espletamento dell'incarico ricevuto ha natura esclusivamente extracontrattuale, sicché l'azione promossa nei suoi confronti, a tale titolo, si prescrive nel termine di cinque anni dal momento in cui si è verificato il fatto imputabile. Inoltre la pretesa diversità delle funzioni degli organi concorsuali (commissario giudiziale e curatore fallimentare) non può svolgere alcuna influenza ai fini di una differente impostazione giuridica in materia di responsabilità di tali organi, purché si tratta pur sempre, di una diversità quantitativa, cioè di intensità, ma non di qualità; sotto un diverso aspetto alcuni studiosi hanno affermato che la configurabilità di una responsabilità contrattuale del curatore nel fallimento (e quindi del commissario giudiziale nel concordato preventivo) va esclusa perché la sua nomina costituirebbe un atto dell'autorità giudiziaria al quale non partecipano né i creditori, né il fallito, i quali non potrebbero neppure compiere alcun controllo. Sia la responsabilità per il curatore fallimentare che quella per il commissario giudiziale, secondo una consolidata giurisprudenza, dovrebbe ritenersi coperta, quando sia intervenuto un ordine specifico del giudice a compiere l'atto; in altri termini, non sussisterebbe alcun margine di

discrezionalità da parte del curatore e del commissario nell'eseguire il provvedimento con cui il giudice abbia impartito determinate direttive.

Il commissario giudiziale, attesa la sua qualifica di pubblico ufficiale e del sistema col quale viene scelto, può essere revocato secondo uno specifico procedimento regolato dalla legge, in cui non sono legittimati né i creditori, né il debitore concordatario. Questi ultimi, però, hanno la facoltà, di sollecitare i poteri d'ufficio del giudice delegato con apposita denuncia a quest'ultimo o al Tribunale, segnalando le cause che possono provocare la revoca. In particolare tale procedimento può instaurarsi per decadenza, in conseguenza del sopravvenire di talune delle condizioni espressamente previste dall'art. 28 l.f. oppure perché si accerta che tali condizioni preesistevano al momento della nomina del commissario giudiziale oppure, ancora, per negligenza o incapacità dello stesso.

All'interno del procedimento instauratori d'ufficio, al commissario giudiziale viene garantito il diritto di difesa e ha diritto alla formale contestazione dei motivi di revoca, alla notifica delle conclusioni del P.M. ed alla comunicazione di tutti gli atti acquisiti al procedimento.

Il Tribunale decide in merito con decreto non soggetto a ricorso per Cassazione.

Infine, per quanto attiene al compenso spettante al commissario giudiziale, si rinvia alla disciplina relativa al compenso del curatore fallimentare, ricordando, però, che nel caso di concordato preventivo il compenso deve essere liquidato con la sentenza di omologa ai sensi dell'art. 180 l.f.; applicando il principio di base della normativa, il compenso viene liquidato dal tribunale sull'ammontare dell'attivo e del passivo inventariato ai sensi dell'art. 172 l.f.; al commissario spetteranno anche il rimborso delle spese sostenute ed autorizzate.

1.6. La pubblicità del decreto

Il decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo è sottoposto specifiche forme di pubblicità.

Il vecchio testo dell'art. 17 l.f. prevedeva che l'estratto della sentenza dichiarativa di fallimento fosse, a cura del cancelliere, affissa alla porta esterna del tribunale.

Con il D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, poi modificato dal D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, le forme di pubblicità per il decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo, vengono uniformate a quelle previste per il fallimento *ex* art. 17 l.f.

Il novellato art. 17 l.f., difatti, non prevede più l'affissione alla porta esterna del tribunale.

L'art. 166 l.f. richiamando esplicitamente l'art. 88 della medesima legge, pone a carico del conservatore (su richiesta del commissario giudiziale) dei registri immobiliari l'obbligo di annotazione e non di trascrizione del decreto di ammissione del debitore alla procedura di concordato preventivo (si ricorda che tale adempimento è obbligatorio per tutte le categorie di beni soggetti a pubblica registrazione, per cui anche per ipotetiche autovetture/auto-mezzi possedute dal debitore concordarlo, per i quali è necessaria l'annotazione al PRA competente).

La forma di pubblicità è quindi non costitutiva, in quanto la mancata osservanza di tale adempimento, come nella procedura fallimentare, non pregiudica l'opponibilità degli effetti derivanti dalla procedura ai terzi, che abbiano, in buona fede acquistato diritti sui beni del debitore concordatario.

Dall'articolo 168 l.f., emerge che gli effetti del procedimento decorrono dalla data di presentazione della domanda di ammissione alla procedura concordataria, lasciando senza alcuna importanza che la circostanza che i creditori non ne abbiano avuto conoscenza.

Si disputa in dottrina e giurisprudenza, se l'articolo 166 l.f., e precisamente l'art. 88 l.f., si riferiscono all'annotazione o alla trascrizione nei registri immobiliari.

Il dubbio emerso non rileva atteso che l'annotazione è in linea generale una formalità complementare ad un'altra, mentre nel caso in esame, ovvero della procedura concordataria, l'annotazione del decreto di apertura della procedura medesima non accede e non corregge alcuna altra formalità.

Parte della dottrina è a favore che l'annotazione prevista dall'art. 166 l.f. deve essere intesa come trascrizione.

La giurisprudenza di merito si è espressa in senso contrario (Trib. Modena, sentenza 13 gennaio 1987) ed ha enunciato il principio secondo cui *“ai sensi dell'articolo 88 comma 2 del DR 16 marzo 1942 n. 267, il Conservatore dei registri immobiliari è obbligato ad annotare e non a trascrivere il Decreto di ammissione dell'imprenditore commerciale alla procedura di Concordato preventivo”*.

Non si può del tutto tacere sul fatto che, eguagliando la cessione dei beni proposta con il ricorso alla procedura concordataria alla funzione di mandato irrevocabile di gestire e liquidare i beni dei creditori, senza alcuna efficacia traslativa alla proprietà, l'annotazione menzionata assume la funzione prevista dall'art. 2643 c.c.

Per rispondere al quesito in esame, bisogna affermare che la proposta concordataria è assimilabile alla domanda giudiziale e, pertanto, può essere rinunciata dalla parte ai sensi dell'art. 306 c.p.c fino al decreto di omologazione.

L'annotazione dei pubblici registri del decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo, non si estende ai beni del terzo garante, salvo che la proposta concordataria non sia accompagnata dalla cessione dei beni di un terzo, oltre che ai beni del debitore concordatario.

Difatti, la proposta di concordato, quando sia stata formulata con la prestazione di garanzie sia reali sia personali da parte del debitore e la prestazione assunta dal terzo si considera come garanzia personale del debitore, non si instaura alcun vincolo sui suoi beni.

I creditori personali possono, difatti, aggredire in via esecutiva i beni, avendone la legittimazione.

1.7. Degli effetti dell'ammissione al concordato preventivo

Il debitore concordatario conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa il controllo del commissario giudiziale e del Giudice delegato quando è incorsa la procedura esecutiva.

Quanto alla regolamentazione degli effetti della procedura, il legislatore, ha stabilito che alcuni atti, ed in particolare, tutti quelli di straordinaria amministrazione, debbano essere preventivamente autorizzati mediante giusto provvedimento da parte del Giudice delegato.

Nel caso in cui manca tale autorizzazione, gli atti effettuati dal debitore concordatario, non hanno efficacia nei confronti dei creditori concorsuali.

Il commissario giudiziale pur avendo la facoltà di intervenire nei giudizi in cui è parte il debitore, in armonia ai poteri di vigilanza che la legge gli conferisce, non ha, tuttavia, alcuna legittimazione surrogatoria che lo autorizzi ad agire in sostituzione del debitore, né ad impugnare una sentenza alla quale il debitore abbia prestato acquiescenza.

La legittimazione passiva spetta, quindi, per quanto concerne la lite azionata per far valere una pretesa creditoria nei confronti del debitore ammesso alla procedura di concordato preventivo, al debitore medesimo e, quindi, in caso di società, al suo legale rappresentante, non al commissario giudiziale, od al liquidatore giudiziale in caso di concordato preventivo con cessione di beni, atteso che detta procedura non rileva sulla capacità processuale del debitore (salva la facoltà di intervento di detto commissario o liquidatore).

Deve essere ammessa, tuttavia, la validità dell'atto introduttivo in quel giudizio, quando la "*vocatio in ius*" è stata formulata avverso il debitore concordatario, mentre deve essere riconosciuta la nullità della sua notificazione se l'atto stesso sia stato poi consegnato al commissario giudiziale.

La dottrina e giurisprudenza maggioritaria ha osservato che il legislatore, usando l'inciso "*durante la procedura*", si riferisce al periodo di tempo che intercorre dalla domanda di ammissione alla procedura concordataria sino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione o di rigetto.

Parte della dottrina minoritaria, ha rilevato, invece, che il legislatore abbia voluto far coincidere il momento iniziale del procedimento con quello della pronuncia del decreto di ammissione, ritenendo che solo in quel momento vengono a formarsi gli Organi della procedura (giudice delegato e commissario giudiziale), competenti a concedere le sopra citate autorizzazioni necessarie al compimento di determinati atti.

L'orientamento giurisprudenziale prevalente è quello di far decorrere questi atti dalla data di presentazione della domanda di ammissione alla procedura concordataria e non da quella del decreto di ammissione.

Nel caso in cui venisse dichiarato il fallimento durante la procedura concordataria per il mancato raggiungimento delle maggioranze previste dall'art. 177 l.f., gli effetti degli atti compiuti dal debitore concordatario, ormai fallito, retroagiscono dalla data di dichiarazione di fallimento alla data di presentazione della domanda di ammissione alla procedura di Concordato.

Il Legislatore ha voluto con i termini "vigilanza e direzione" previsti dall'art. 167 l.f. concedere fiducia al debitore concordatario che trovandosi in stato di insolvenza per cause non imputabili alla sua volontà, abbia chiesto l'apertura del procedimento a suo favore.

Si deve rammentare che il concordato preventivo, a differenza del fallimento autorizza al debitore di intraprendere un accordo contrattuale con i creditori.

Il debitore, tuttavia, stabilisce i modi e i termini per il loro soddisfacimento.

Il Legislatore ha attribuito, alla luce di ciò, attraverso le varie riforme intervenute, maggiori poteri i creditori stessi, attribuendo a loro discrezionalità, la facoltà di scegliere se approvare la proposta concordataria presentata dal debitore, mediante parere favorevole in adunanza, o di "scegliere" la procedura fallimentare.

Secondo un'ottica contrattuale la procedura di concordato preventivo,

si deve ritenere che anche l'art. 186 l.f. è interpretato nel senso che il concordato preventivo si scioglie o si annulla nel caso in cui il debitore concordatario non rispetti i termini e le modalità di soddisfacimento del ceto creditorio così come previsto nella domanda di ammissione alla procedura di concordato.

Da ciò si evince il valore per il debitore di scegliere le modalità e i termini più consoni con la sua capacità di soddisfacimento.

Per quanto riguarda l'attività di ordinaria amministrazione, il debitore non può agire come desidera, atteso che non può contrarre discrezionalmente obbligazioni, se per conto l'impresa e del patrimonio che egli amministra.

Quando il debitore effettua qualsiasi attività che non è esercitata per conto dell'impresa si verifica l'inefficacia degli atti avverso ai creditori anteriori alla procedura, similmente agli effetti che nascono per quelli compiuti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento.

Il debitore concordatario non perde la propria capacità giuridica patrimoniale restando titolare dei suoi beni e soggetto attivo e passivo delle azioni che ne possono conseguire.

Il debitore non può, quindi, effettuare domande da cui possono nascere effetti giuridici di natura sostanziale, né consentire la cancellazione di ipoteche.

La disposizione contenuta nell'art. 167 l.f. si riferisce alla "vigilanza del commissario giudiziale e direzione del giudice delegato", stabilendo che ogni iniziativa richiede necessariamente l'approvazione degli Organi della procedura (a titolo esemplificativo, il concedere in affitto un immobile di proprietà della società concordataria, necessita l'autorizzazione degli Organi della procedura).

L'effetto di tale conflitto sarebbe quello della dichiarazione di fallimento se non vi fosse, tuttavia, un'intesa tra gli Organi giudiziari e il debitore concordatario.

Il compimento dell'enumerazione degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione percista dell'art. 167 l.f. necessiterebbe l'autorizzazione scritta dal giudice delegato ed ha carattere esemplificativo e non tassativo.

La giurisprudenza di legittimità ha stabilito un criterio di distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, atteso che esso debba essere riferito alla diversa natura ed intensità degli effetti economici prodotti nella sfera patrimoniale a cui si riferiscono.

Secondo tale ottica è stato precisato che gli atti di ordinaria amministrazione sono quelli riferiti alla conservazione od al miglioramento del patrimonio, mentre quelli di straordinaria

amministrazione si riferiscono agli effetti pregiudizievoli del patrimonio stesso, come la diminuzione e dispersione.

La convocazione dell'assemblea straordinaria, ad esempio, che ha per oggetto la modifica dell'atto costitutivo nella parte riguardante la denominazione sociale della società ammessa alla procedura concordataria, non è soggetta ad autorizzazione da parte del Giudice delegato; la vendita immobiliare anche se preceduta da contratto preliminare, è soggetta ad autorizzazione da parte del Giudice delegato; il contratto di mutuo necessita di autorizzazione; l'azione rivolta alla riduzione di ipoteche iscritte sugli immobili non necessita di autorizzazione; l'affitto d'azienda, anche se concesso per un periodo inferiore a nove anni, costituisce atto di straordinaria amministrazione e pertanto necessita della relativa autorizzazione.

Per quanto riguarda sempre, l'autorizzazione al compimento di determinati atti di straordinaria amministrazione, la dottrina è favorevole all'autorizzazione alla vendita di tutto il complesso delle attività aziendali facenti parte dell'intero patrimonio del debitore durante la procedura di concordato preventivo con cessione di beni e prima della sentenza di omologazione.

La giurisprudenza di legittimità ha ritenuto, in senso contrario che la liquidazione dei beni ceduti può avvenire successivamente l'omologazione del concordato stesso.

Il debitore concordatario non può agire per il pagamento dei debiti intrapresi anteriormente alla procedura, neanche in forma parziale ed anche se sono garantiti da prelazioni per le quali deve provvedersi al pagamento integrale.

Si rammenta che l'art. 167 l.f. disponendo che il debitore durante la procedura è soggetto al controllo da parte del commissario giudiziale, significa che il legislatore ha inteso perseguire un'attenta amministrazione del patrimonio del debitore atteso che è destinato a garantire il soddisfacimento del ceto creditorio, secondo il principio della *par condicio creditorum*.

Differente è il caso del pagamento di obbligazioni assunte nel corso della procedura concordataria, per le quali non vige il divieto sopraccitato.

Tali pagamenti, pertanto, vengono disciplinati secondo il diritto comune delle obbligazioni.

La dottrina e la giurisprudenza hanno rilevato che non essendo prevista nella procedura di concordato preventivo, a differenza del fallimento, un patrimonio "insensibile" a qualsiasi iniziativa che possa

alterare la consistenza, non può essere considerato come vincolo di inopponibilità di tutti gli atti, in conseguenza dell'apertura della procedura concordataria.

Alcuni studiosi hanno distinto tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione.

Per questi ultimi quando non siano state effettuate le modalità opportune per rendere gli stessi opponibili ai creditori, l'adempimento intempestivo deve essere autorizzato dal giudice delegato; se tale autorizzazione non perviene, l'atto deve considerarsi inopponibile.

I limiti della generale opponibilità ai creditori degli atti compiuti dal debitore nel suo patrimonio sono quelli previsti negli art. 167 e 168 l.f., che riguardano solamente le iniziative che sono assunte successivamente all'apertura della procedura concordataria.

Nel fallimento, mentre, il divieto delle azioni esecutive individuali si trasforma in una generale preclusione dell'espropriazione da parte di qualsiasi soggetto, il concordato preventivo, invece, non si eguaglia ad un pignoramento generale.

L'ipoteca iscritta, per questo motivo ad esempio, dopo il pignoramento, ma prima dell'ammissione del debitore alla procedura concordataria, è opponibile alla massa.

In termini di esistenza dell'impresa e in termini di legale rappresentanza, il concordato preventivo, poiché, non effettua nessuna modifica.

A partire dalla data di deposito del ricorso per l'ammissione alla procedura, il debitore concordatario è, quindi, tenuto, anche a redigere la contabilità, secondo le regole comuni della ragioneria, duplicando il proprio piano dei conti, venendosi così a formare una sorta di contabilità.

Parte della dottrina rileva che contabilità non deve essere rappresentata da due libri giornalieri distinti, ma da un numero di conti riferiti al periodo ante domanda di ammissione e *post* domanda di ammissione.

In questo modo il piano dei conti presenterà, a titolo esemplificativo, la voce "Fornitori" e la voce "Fornitori in procedura", atteso che il commissario giudiziale possa controllare le movimentazioni delle partite debitorie, al fine di evitare che avvengano pagamenti di debiti ante procedura, dei quali si è già sopra menzionato.

Il decreto legislativo n. 80/2005 ha previsto che la presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, preclude ai creditori di proseguire o iniziare le azioni esecutive sul patrimonio del debitore, sino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione.

Il legislatore, con il decreto legislativo correttivo, contenente disposizioni integrative e correttive al R.D. 13/3/1942 n. 267, nonché al decreto legislativo n. 5/2006, ha voluto “collegare” l’art. 168 l.f. con l’art. 180 l.f. stabilendo che i creditori non possano continuare azioni esecutive sul patrimonio del debitore sino al momento in cui il decreto di omologazione (e quindi non più sentenza, in quanto nell’art. 180 l.f. si parla di decreto) del concordato preventivo diventa definitivo.

Il legislatore, in tal modo, ha chiarito che l’omologa del concordato preventivo avviene attraverso decreto e non mediante sentenza.

Un decreto, poiché, non può passare in giudicato e poiché l’art. 180 l.f. correlato riguarda l’omologazione del decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo, l’art. 168 l.f. è stato così modificato.

La Consulta, ritiene, che è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’articolo medesimo, in riferimento all’articolo 24 della Costituzione, perché il divieto delle azioni esecutive individuali in pendenza di concordato preventivo mira ad assicurare nell’ambito del concorso collettivo la tutela del cittadino in modo più conveniente che non attraverso il ricorso alla procedura fallimentare.

La norma prevista dall’art. 168 l.f., ricalcando quella prevista dall’art. 51 l.f., nelle procedure fallimentari, ha l’obiettivo di impedire la disgregazione del patrimonio del debitore concordatario e di assicurare ai creditori la stabilità delle condizioni di parità del concorso, in attesa di conoscere se la proposta di concordato preventivo venga o meno omologata.

Il concordato preventivo è un procedimento concorsuale mediante il quale, a differenza del fallimento, quando sia sottoposta al patrimonio del debitore alla liquidazione attribuita agli Organi della procedura, si prosegue all’eliminazione dello stato di insolvenza mediante parziale esdebitazione.

Ciò avviene mediante l’impegno assunto dal debitore e dal garante oppure mediante cessione dei beni ai creditori e vi è il bisogno di tutelare l’integrità del patrimonio per l’adempimento da parte del debitore concordatario, o a sua vece dal garante o in sede di liquidazione concordataria o in vista di un eventuale fallimento.

A differenza del fallimento, nel procedimento concordatario gli effetti di cui all’art. 168 l.f. decorrono dal momento in cui il debitore deposita la domanda di ammissione alla procedura stessa (e non in caso di fallimento dalla sentenza dichiarativa).

Tale differenza si giustifica con il fatto che nel fallimento l’insolvenza deve essere accertata dalla sentenza, mentre nel concordato la denuncia

dell'esistenza di tale stato, è opera dello stesso debitore, e quindi, non occorre alcun accertamento.

Il limite finale del divieto di cui all'art. 168 l.f. è costituito dal passaggio in giudicato della sentenza di omologa.

Le conclusioni dell'atto della decisione del tribunale potevano essere i seguenti.

- Il concordato non viene omologato per mancanza delle condizioni di cui all'articolo 181 l.f., nel quel caso il tribunale dichiara il fallimento; il divieto di cui all'articolo 168 l.f., ha, esaurito il suo effetto, ed opera il simile divieto di cui all'articolo 51 l.f.; si dubita se in caso di impugnazione della sentenza e sino al passaggio in giudicato della stessa, sia operante il divieto concordatario o il divieto fallimentare in forza della natura esecutiva della pronuncia dichiarativa di fallimento.

- Il procedimento di omologa termina con un provvedimento differente dall'accoglimento o di rigetto; qui il mutamento o meno del divieto dipende dal contenuto della decisione: è evidente che il giudizio di omologa continua e con esso il divieto di esame se si tratta di un provvedimento istruttorio; non vi è ragione di perpetuare il divieto in mancanza di una procedura concorsuale nel quale possa operare se invece la decisione riguarda l'inammissibilità perché, ad esempio, il debitore non è un imprenditore.

Per il fallimento, a differenza della disciplina dettata dall'articolo 51 l.f., fa salve le disposizioni di legge diverse, sottraendo così al divieto di azioni esecutive individuali l'esattore delle imposte dirette e gli Istituti di Credito Fondiario, l'articolo in esame non riguarda la procedura concordataria una equivalente regolamentazione.

Il principio interpretativo, in tema di prescrizione, disciplinato nel secondo comma dell'art. 168 l.f. che prevede che le prescrizioni che sarebbero state interrotte dalle azioni esecutive individuali restano sospese e le decadenze non si verificano, si applica soltanto nel caso in cui, alla data di deposito della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo siano state già iniziate dai creditori concorsuali le espropriazioni individuali.

Ne discende che, limitata la portata del divieto di azioni esecutive anteriore del medesimo articolo ai creditori anteriori al decreto di ammissione, la preclusione anche del sequestro conservativo dopo la presentazione della domanda concordataria, essendo questo preordinato alla conversione in pignoramento.

Le osservazioni effettuate sostenute in dottrina non sono conformi alle decisioni di alcuni giudici di merito, per i quali la richiesta di sequestro

conservativo e la successiva domanda di convalida nei confronti del debitore sono ammissibili fino all'omologazione, in quanto l'art. 168 l.f. esclude solamente la prosecuzione delle azioni esecutive individuali, ma non quelle di condanna e consente, quindi, la concessione di tutti quei provvedimenti strumentali alla realizzazione del credito.

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 1050 del 27 febbraio 1989, ha ritenuto la non proponibilità della domanda di convalida di sequestro di beni ceduti in sede concordataria stante il divieto di cui all'art. 168 l.f. atteso che "la misura cautelare sarebbe inutile perché non convertibile in pignoramento ex articolo 686 c.p.c. su beni destinati ad essere consegnati al liquidatore liberi da ogni vincolo sorto in epoca successiva alla proposta di concordato preventivo".

Tale orientamento giurisprudenziale è prevalentemente condiviso stante l'automaticità della conversione del sequestro, che fa dello stesso, più che un mezzo di conservazione, uno strumento di espropriazione dei beni del debitore, incompatibile con la *par condicio creditorum*.

Ha fatto nascere il dubbio, il mancato richiamo della disciplina prevista per il concordato preventivo dell'articolo 53 l.f., se i creditori garantiti da pegno od assistiti da privilegio speciale possano agire esecutivamente in pendenza del procedimento, ma secondo la dottrina, la mancanza di detto rinvio dovrebbe propendere per una soluzione negativa.

Un'ulteriore quesito riguarda il divieto per i creditori di acquistare dopo l'apertura della procedura concordataria, un diritto di prelazione in danno agli altri creditori concorsuali.

Un primo orientamento giurisprudenziale, per quanto concerne l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale, ha ritenuto che il debitore possa agire per far valere l'inefficacia in considerazione dell'interesse al mantenimento dell'integrità del patrimonio.

Secondo tale assunto non è necessaria la richiesta dell'autorizzazione del Giudice delegato, trattandosi di un atto conservativo che rientra nell'ordinaria amministrazione.

2. GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI

2.1. Gli accordi in generale

L'accordo di ristrutturazione dei debiti si pone in posizione autonoma rispetto al concordato preventivo, come, confermato dagli arresti giurisprudenziali⁽⁴⁾.

Il legislatore attribuendo un formale riconoscimento a livello legale tramite un formale procedimento di omologazione da parte del Tribunale competente ha voluto agevolare gli accordi di natura stragiudiziale.

Tale riforma è stata volta al fine di garantire una gestione di natura più privatistica della crisi d'impresa e di consentire alle parti coinvolte alcuni vantaggi.

Occorre evidenziare come gli accordi di natura solo stragiudiziale intervenuti fra le parti presentano alcuni svantaggi rilevanti quali: a) la possibilità da parte dei terzi creditori di porre in essere un qualunque momento attività di natura esecutiva o cautelare sui beni del debitore; b) il rischio in capo al debitore, in ipotesi di successiva dichiarazione di fallimento, di potere incorrere nel reato di bancarotta preferenziale; c) l'esperibilità, sempre in caso di fallimento, delle azioni revocatorie sugli atti, sui pagamenti o sulle concessione di garanzie fatte dal debitore ai propri creditori in esecuzione dell'accordo stragiudiziale.

Sono stati parzialmente eliminati parti di tali vantaggi mediante gli accordi di ristrutturazione dei debiti atteso che il ricorso a tale procedura esclude l'eventuale esercizio dell'azione revocatoria, e rende improbabile la configurazione del reato penale di bancarotta preferenziale e permette, seppur per un limitato periodo temporale, il blocco delle azioni esecutive o cautelari da parte di terzi creditori.

⁽⁴⁾ Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 169; Trib. Milano, 21 dicembre 2005, in *Foro Italiano*, 2006, I, 2563; Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Fallimento*, 2006, 608; Trib. Roma, 16 ottobre 2006, in *www.ilcaso.it*, Trib. Milano, 11 gennaio 2007, inedita).

L'istituto dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, introdotto con l. 80/2005 e riformato dal D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, disciplinato dall'art. 182 *bis* l.f., conferisce all'imprenditore la facoltà di stipulare un piano stragiudiziale di ristrutturazione dei debiti con i creditori che rappresentano, almeno, il sessanta per cento dei crediti, tenendo presente che i creditori che non partecipano al piano devono essere regolarmente soddisfatti.

Con l'accordo di ristrutturazione si può anche dare vita a nuove obbligazioni come conseguenza di finanziamenti da utilizzare per l'estinzione di precedenti obbligazioni ma, si può decidere l'estinzione totale o parziale delle obbligazioni mediante novazione o remissione o il differimento della scadenza.

L'art. 182 *bis* l.f. stabilisce, altresì, che l'accordo di ristrutturazione, insieme alla relazione di un tecnico sul piano stesso, debba essere sottoposto all'omologazione del tribunale.

Una volta ottenuta l'omologa gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato sono esonerati dall'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare *ex* art. 67, co. 3, lett. e), l.f.

Qualsiasi atto, pagamento o cessione di garanzia, pertanto, in mancanza del requisito dell'omologa, torna ad essere soggetto all'azione revocatoria fallimentare.

L'omologazione dell'accordo può essere pronunciata solo in presenza di due requisiti.

Innanzitutto è necessario che l'accordo di ristrutturazione coinvolga i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento della totalità dei crediti⁽⁵⁾; il debitore, nei confronti dei debitori, può assumere vari tipi di impegno e gli stessi possono accettare condizioni di vario tipo per ottenere la soddisfazione del proprio diritto, che può anche non coincidere con la realizzazione completa del loro credito. Nel caso in cui manca il presupposto del raggiungimento della maggioranza del sessanta per cento essa non può essere sanata da adesioni successive al momento di pubblicazione dell'accordo nel Registro delle imprese.

Per quanto riguarda il secondo presupposto, l'accordo deve essere effettuato in modo tale da assicurare il regolare pagamento dei creditori che non vi hanno preso parte.

⁽⁵⁾ L'accordo che si conclude con la sottoscrizione da parte solo di una minoranza dei creditori, e magari con uno soltanto, non potrà ottenere l'omologazione e sarà privo delle garanzie connesse.

L'esperto, attesterà tutto ciò, nella relazione destinata ad accompagnare l'accordo.

Nell'accordo, dovrà, difatti, attestarsi l'avvenuto pagamento di tali crediti o anche solo farsi riferimento alle modalità con cui il debitore intende pagare i creditori estranei, specificando dove recupererà il danaro o le altre risorse necessarie e quali idonee garanzie è in grado di fornire⁽⁶⁾.

L'art. 182 bis l.f. non richiede alcun presupposto soggettivo che delinei l'ambito di applicazione dell'accordo di ristrutturazione.

La mancanza di ogni tipo di precisazione fa credere che tutti gli imprenditori possono definire accordi di ristrutturazione del proprio debito, salvo che non si tratti di piccoli imprenditori commerciali⁽⁷⁾.

Allo stesso modo, l'art. 182 *bis* l.f. non necessita come presupposto oggettivo, ai fini dell'accordo di ristrutturazione, lo stato di crisi del debitore⁽⁸⁾.

La dottrina prevalente ritiene estensibile analogicamente l'art. 160, co. 1 l.f., come per l'accesso al concordato preventivo, anche per la conclusione dell'accordo di ristrutturazione necessita la presenza dello stato di crisi del debitore⁽⁹⁾.

Il termine "crisi" è inteso sia in caso di definitiva incapacità dell'imprenditore di far fronte alle proprie obbligazioni, sia nel caso in cui, nonostante il persistere dell'equilibrio finanziario, vi sia un deterioramento dello stato generale di salute dell'impresa. La crisi si verifica in caso di situazioni di difficoltà, più o meno gravi, che possono essere risolte grazie ad un accordo con i creditori, i quali accettano di sopportare qualche sacrificio per evitare una meno conveniente liquidazione fallimentare⁽¹⁰⁾.

⁽⁶⁾ BELLO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare*, in www.itcaso.it/opinione, 10.

⁽⁷⁾ Precisazione di BELLO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare loc. cit.*

⁽⁸⁾ Per Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Fall.* 2006, 169, "Agli accordi di ristrutturazione previsti dall'art. 182 bis l.f., ... può accedere l'imprenditore commerciale che si trovi in stato di crisi".

⁽⁹⁾ AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, in www.fallimento.ipsoa.it; BELLO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare loc. cit.*; PARATORE, *La nuova revocatoria fallimentare*, Milano 2006, 198, il quale sostiene che per risolvere la crisi il debitore deve, innanzitutto, convincere la maggior parte del ceto creditorio ad accettare un accordo transattivo.

⁽¹⁰⁾ Quando, invece, le difficoltà possono essere affrontate solo tramite un procedimento di liquidazione concorsuale si tratta di vera e propria insolvenza, che si connota come la crisi irreversibile.

Il nostro legislatore ha, difatti, scelto di impostare un sistema caratterizzato da due procedure ben distinte tra loro.

Una, la procedura di crisi, necessaria ad affrontare le crisi che possono essere sanate attraverso un accordo con i creditori, il più possibile finalizzato al recupero dell'attività d'impresa, piuttosto che alla liquidazione della stessa; l'altra, la procedura di insolvenza, destinata alla liquidazione del patrimonio nell'ambito di quelle crisi che non possono essere affrontate tramite il semplice accordo tra debitore e creditori.

La possibilità di applicare agli accordi di ristrutturazione dei debiti deve essere esclusa secondo quanto stabilito dall'art. 168 l.f. che prevede il blocco delle azioni esecutive individuali in pendenza della procedura di concordato preventivo, sino alla pronuncia dell'omologazione⁽¹¹⁾.

Parte della dottrina segue un orientamento del tutto difforme, per la quale la facoltà di aggredire i beni del debitore in sede esecutiva sarebbe esclusa ai creditori estranei dal momento del deposito dell'accordo nel Registro delle imprese e fino alla pronuncia dell'omologa⁽¹²⁾.

Sulla base degli assunti dottrinari e giurisprudenziali emersi e in assenza di indicazioni giurisprudenziali sul punto, il promuovimento di una possibile azione esecutiva da parte dei creditori che non hanno partecipato all'accordo non è da trascurare. Nell'accordo, al fine di evitare un simile rischio, la miglior via da seguire è il prevedere, la garanzia di soddisfazione integrale del loro credito, onde la definitiva tacitazione delle ragioni dei creditori che non hanno aderito all'accordo.

Il D.Lgs. 12 settembre 2007 n. 169 ha previsto sul punto che: *“Dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore. Si applica l'art. 168 secondo comma”*.

Parte della Dottrina⁽¹³⁾ rileva che l'introduzione della previsione di una specie di “moratoria” di sessanta giorni dalla pubblicazione dell'accordo

⁽¹¹⁾ SANTANGELI, *Commento all'art. 182 bis l.f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare* a cura di SANTANGELI, Milano, 2006, 788; dello stesso avviso PARATORE, *La nuova revocatoria fallimentare*, Milano, 2006, 199, secondo il quale, durante il tentativo di negoziazione, il debitore rimane esposto a qualsivoglia azione, esecutiva o cautelare, che i singoli creditori vogliono intraprendere.

⁽¹²⁾ FERRO, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Fall.* 2005, 587.

⁽¹³⁾ VALAS, *Trust e procedure concorsuali*, in *TRUST Applicazione nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust* (a cura di MONEGAT, LEPORE, VALAS), 2007, 98.

di ristrutturazione presso l'Ufficio delle imprese, per quanto attiene l'inizio o la prosecuzione di azioni esecutive o cautelari individuali, non ha risolto le problematiche legate all'istituto in esame e le azioni *de quibus*.

Tale moratoria, infatti, non garantisce la disponibilità dei beni o l'incasso dei crediti che siano stati pignorati, ma può garantire l'operatività dell'impresa in crisi nelle more dell'omologazione dell'accordo.

Si rammenta l'ipotesi per la quale decorsi i sessanta giorni di cui all'art. 182 *bis* l.f., i creditori precedenti che non abbiano aderito all'accordo ben potrebbero proseguire le azioni esecutive sospese per effetto della "moratoria" di cui all'articolo *de quo*.

Alla luce di quanto dianzi argomentato, pertanto, l'accordo potrebbe essere omologato, ma in sostanza rimanere e persistere lo stato di crisi per l'impossibilità di disporre di quanto assoggettato ad esecuzione seppur sospesa.⁽¹⁴⁾

Parecchi sono i punti che l'art. 182 *bis* l.f. non disciplina, in particolare riguardo all'eventualità che il piano risulti ad un certo punto non più attuabile, né quanto ai controlli relativi alla sua esecuzione.

Parte della dottrina ha tentato di trovare una soluzione a tali quesiti ammettendo, a soluzione del secondo quesito, la possibilità per i creditori estranei, che dichiarino di aver subito pregiudizio dalla non corretta esecuzione del piano, di proporre azioni cautelari al fine proprio di raggiungere il soddisfacimento integrale del loro credito⁽¹⁵⁾.

Per quanto attiene ai rimedi nel caso in cui l'accordo non sia adempiuto, la dottrina ha proposto e argomentato diversi scenari.

Se c'è inadempimento del debitore, una volta intervenuta l'omologazione, i creditori aderenti potrebbero richiedere la risoluzione o l'annullamento dell'accordo così come concepiti per il concordato preventivo.

Nel caso in cui non sia applicabile tale soluzione, resta sempre la facoltà di fare ricorso alle norme sui contratti ed al principio generale della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, ciò in riferimento alla violazione degli obblighi sia da parte del debitore, sia da parte di colui che, come l'esperto, deve supervisionare e controllare l'attuazione dell'accordo⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ VALAS, "Trust e procedure concorsuali", cit., 99.

⁽¹⁵⁾ SANTANGELI, *Commento all'art. 182 bis l.f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare* a cura di SANTANGELI cit., 789.

⁽¹⁶⁾ Conformemente alla natura contrattuale dell'accordo, può sostenersi che i creditori aderenti siano soggetti alle regole del codice civile in tema di controlli: v.

La facoltà menzionata è da escludersi per i creditori non aderenti e che devono essere pagati regolarmente e per intero⁽¹⁷⁾.

Altro importante quesito – è rappresentato dalla possibilità, in caso di fallimento del debitore, di applicazione dell'azione revocatoria fallimentare *ex art. 67 l.f.* e che potrebbe verificarsi in caso di inadempimento dell'accordo omologato.

Secondo gli studiosi l'accordo avrebbe continuare ad avere efficacia, a meno che le parti non abbiano contemplato espressamente nell'accordo che tale ipotesi costituisca motivo di risoluzione del contratto o meglio condizione risolutiva dell'accordo stesso⁽¹⁸⁾.

Tenendo conto solamente dell'obiettivo perseguito dalla disposizione in esame, gli effetti della risoluzione o dell'annullamento non si estendono sino a consentire la proponibilità di azioni revocatorie nei confronti degli atti compiuti in esecuzione dell'accordo, dovendo dare priorità alla produzione in modo decisivo degli effetti prodottosi rispetto al ripristino dello *status quo ante*⁽¹⁹⁾.

Può accadere che il Giudice rigetti l'accordo di ristrutturazione.

Nonostante il rigetto l'accordo produce i suoi effetti atteso che la sua efficacia non attiene all'ottenimento dell'omologa, ma è solamente circoscritta all'iscrizione nel Registro delle imprese. Nel caso in cui mancasse una volontà negoziale che ne preveda la risoluzione, l'accordo di ristrutturazione produce effetti per i creditori aderenti⁽²⁰⁾.

I creditori, pertanto, non potranno chiedere di essere esclusi dall'esonazione della revocatoria fallimentare *ex art. 67, co. 3, lett. e), l.f.*

BONFATTI, *La revocatoria fallimentare*, Milano, 2005, 285; CANALE, *Le nuove norme sul concordato preventivo agli accordi di ristrutturazione*, riv. Dir. Proc., 2005, 922; FERRO, *Art. 182 bis, la nuova ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario*, Milano 2005, 54; VERNA, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallimentare*, in *Dir. fall.* 2005, I, 868.

⁽¹⁷⁾ CANALE, *Le nuove norme sul concordato preventivo agli accordi di ristrutturazione* cit., 922; VERNA, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallimentare* cit., 869. Di opinione opposta GUGLIELMUCCI, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005, 127.

⁽¹⁸⁾ BELLO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare* loc. cit..

⁽¹⁹⁾ BONFATTI, *La revocatoria fallimentare* cit., 286; GUGLIELMUCCI, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare* cit., 138.

⁽²⁰⁾ Diversamente COPPOLA, *L'accordo per la ristrutturazione dei debiti*, in PACCHI (a cura di), *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2005, 287, che propende per una configurazione della mancata omologazione come condizione risolutiva dell'accordo.

atteso che l'esenzione è successiva solamente all'omologa⁽²¹⁾.

Nel caso di mancata omologa, non si verifica, neppure, la fattispecie di un'automatica dichiarazione di fallimento atteso che il requisito richiesto previsto dall'art. 5 l.f. per la suddetta dichiarazione è lo stato di insolvenza, mentre la richiesta di un accordo di ristrutturazione del debito necessita solamente lo stato di crisi⁽²²⁾.

Parte isolata della dottrina ha, tuttavia, rilevato che il tribunale che non omologa l'accordo potrebbe pur sempre procedere d'ufficio alla dichiarazione di fallimento⁽²³⁾.

2.2. Efficacia dell'accordo

La natura dell'accordo di ristrutturazione è quella di essere considerato come contratto plurilaterale che produce i suoi effetti quando l'ultima accettazione necessaria per il raggiungimento della maggioranza del sessanta per cento, è conosciuta da tutte le parti.

La dottrina ha interpretato la disposizione dell'art. 182 *bis* e ha osservato la norma in questione prevede il deposito di un accordo che sia già stipulato con i creditori rappresentanti appunto per il sessanta per cento dei crediti, rilevando anche l'ammissione di una percentuale inferiore al raggiungimento della maggioranza, successivamente all'accordo e fino all'omologa.

Successivamente all'omologa, ulteriori adesioni non sono escluse, ma avverso questi creditori non si applica la disciplina dell'esenzione dell'azione revocatoria fallimentare introdotta con l'art. 67, co. 3, lett. e), l.f.

Altre osservazioni possono profilarsi nei confronti del creditore che non partecipa all'accordo di ristrutturazione.

⁽²¹⁾ Aderente, PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2006, 38.

⁽²²⁾ BELLO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare* loc. cit.; PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti* cit., 135, per il quale non possono entrare in reciproco conflitto le decisioni del tribunale, rispettivamente, di omologare l'accordo sul presupposto che questo possa consentire il regolare pagamento dei creditori estranei e di dichiarare il fallimento del debitore proponente in quanto insolvente. Sostanzialmente sembra che l'autore voglia evidenziare che i presupposti che devono essere considerati dall'organo giudicante sono diversi al punto tale da permettere una sola delle pronunce richiamate.

⁽²³⁾ ARATO, *Fallimento: le nuove norme introdotte con la l. 80/2005*, in *Dir. fall.* 2006, 176.

L'art. 182 *bis* l.f. non disciplina, tuttavia, il danneggiamento del creditore dall'accordo di ristrutturazione al quale non esprime volontà di adesione.

Uno requisito che dovrebbe essere soddisfatto e che l'accordo di ristrutturazione dei debiti ottenga un parere positivo dall'esperto e ciò che più rileva per la stessa omologazione è che il debitore si accolla l'impegno di onorare il credito previsto nel medesimo accordo.

L'assunto sostenuto da parte della dottrina è che l'accordo di ristrutturazione dei debiti, per essere omologato, deve garantire il loro regolare pagamento, ossia per intero ed alla scadenza dei crediti⁽²⁴⁾ con mezzi normali.

Altra parte rileva in senso opposto che l'ordinario pagamento dei creditori estranei deve verificarsi, solamente secondo quanto stabilito dalla regole nell'accordo di omologa e, quindi verificarsi nella medesima percentuale e nello stesso termine stabilito con i creditori aderenti all'accordo⁽²⁵⁾, precisando che solo il pagamento integrale potrebbe far superare l'interesse all'opposizione⁽²⁶⁾.

Sulla base di tale assunto tutti i creditori che non prendono parte all'accordo vanno soddisfatti totalmente, secondo quanto previsto dai termini concordati, mentre le obbligazioni debitorie scadute, devono essere soddisfatti tempestivamente, anche se parte della dottrina rileva che gli adempimenti possono essere ammessi anche dopo l'omologazione dell'accordo⁽²⁷⁾.

Anche la giurisprudenza di merito, sul caso in esame, non è univoca.

La giurisprudenza di merito, difatti, ritiene che uno dei primi decreti di omologazione dei piani di ristrutturazione dei debiti ha statuito che il

⁽²⁴⁾ AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, in www.fallimento.ipsoa.it; MARANO, *Le ristrutturazioni dei debiti e la continuazione dell'impresa*, in *Fall.*, 2006, 103.

⁽²⁵⁾ QUATRARO, *Il giudizio di omologazione*, Relazione al "Forum sulla riforma della legge fallimentare" svoltosi a Milano il 18-19-20 e 21 ottobre 2005, 37.

⁽²⁶⁾ QUATRARO, *Il giudizio di omologazione* cit., 37; PACCHI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis l.f.) e gli effetti per i coobbligati e fideiussori del debitore*, in *Dir. fall.* 2005, I, 851, il quale si limita a sostenere che il pagamento deve essere integrale. Dello stesso avviso PARATORE, *La nuova revocatoria fallimentare* cit., 200; PERUGINI, *La nuova revocatoria fallimentare*, Napoli, 2005, 200, per il quale i creditori estranei non avendo partecipato alla negoziazione e non avendo prestato il proprio consenso devono essere liquidati per intero.

⁽²⁷⁾ NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti* in *Fall.* 2006, 672.

concetto di regolare pagamento dei creditori estranei è interpretato come un pagamento integrale alla scadenza delle obbligazioni⁽²⁸⁾.

Il Tribunale di Brescia ha, tuttavia, statuito che il pagamento ordinario dei crediti estranei riguarda il pagamento nella stessa misura offerta ai creditori aderenti⁽²⁹⁾.

Più complesso è il quesito che riguarda i pregiudizi che potrebbero sorgere avverso la validità dell'accordo di ristrutturazione e del successivo beneficio dell'esenzione dell'azione revocatoria fallimentare quando successivamente all'omologazione, sorgono creditori già esistenti al momento della stipula dell'accordo, ma non rilevati dall'esperto.

La soluzione non trova una sicura soluzione e ciò dipende dal fatto che l'accordo sia o meno considerato autonomo rispetto all'istituto del concordato preventivo.

La dottrina a sostegno della prima tesi rileva è a favore dell'estensione, nei confronti dell'istituto in commento, degli effetti favorevoli disposti dal noto art. 168 l.f., per il quale “*fino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione i creditori anteriori al decreto non possono iniziare o proseguire azioni esecutive nei confronti del patrimonio del debitore*” e dall'art. 184 l.f. in cui è sancita l'obbligatorietà del concordato omologato anche nei confronti dei creditori anteriori “*al decreto di apertura della procedura di concordato*”⁽³⁰⁾.

La dottrina maggioritaria si discosta da tale assunto, riconoscendo l'autonomia dell'accordo di ristrutturazione atteso che i benefici che gli articoli sul concordato preventivo riconoscono al debitore non si dovrebbero considerare applicabili nei confronti dell'accordo *ex* art. 182 *bis* l.f., per cui, in ottemperanza ad un ragionamento condotto in via negativa, nei confronti dei creditori anteriori ed estranei alla stipula, l'accordo di ristrutturazione dei debiti non ha valore vincolante.

Si dubita, tuttavia, ad onta dell'orientamento autonomista, della possibilità lasciata ai creditori di proporre o proseguire azioni esecutive a pregiudizio del debitore.

Si rileva la necessità di studi più approfonditi per quanto concerne la capacità del piano di ristrutturazione del debito volto a soddisfare tutti i creditori siano essi aderenti o estranei rilevando per questi la possibilità di

⁽²⁸⁾ Trib. Brescia, 22 febbraio 2006 (decr.), cit., 669.

⁽²⁹⁾ Trib. Milano, 21 dicembre 2005, (decr.), cit., 670; nella fattispecie oggetto di questa pronuncia, l'accordo omologato dal Tribunale di Milano prevedeva il pagamento di tutti i creditori chirografari in una percentuale del loro credito “congelato alla data del 28 febbraio 2005” pari al trentun per cento.

⁽³⁰⁾ NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti* cit., 671.

una soddisfazione completa della loro posizione creditoria. Occorre, tuttavia, ribadire la possibilità per i creditori estranei all'accordo di ristrutturazione in quanto non presenti nelle scritture contabili la possibilità di esercitare l'azione esecutiva nei confronti del patrimonio del debitore e che, ad accordo concluso, comprenderebbe anche gli atti eseguiti in sua esecuzione, indipendentemente dall'omologa dell'accordo.

Si precisa, tuttavia, che l'accordo di ristrutturazione del debito pare non offrire vantaggi al debitore e ai creditori aderenti come il blocco delle azioni esecutive, l'applicazione del principio maggioritario ed il vincolo per i creditori non assenzienti.

L'accordo di ristrutturazione è idoneo a far fronte a delle difficoltà in cui il debito è predisposto avverso un numero ristretto di controparti qualificate per prevedere e qualificare *ex ante* il rischio di perdita ed ammortizzandolo con un credito di dimensioni tali da giustificare il costo dell'accordo. Quando i soggetti sono meno professionali nella gestione del rischio di credito o il debito risulti essere frammentato, il meccanismo procedimentale del concordato appare preferibile proprio per le maggiori tutele ad esso riconosciute dalla legge fallimentare⁽³¹⁾ in punto di definitiva esclusione delle azioni esecutive proponibili da eventuali altri creditori.

Per evitare tali disagi, pare, pertanto, preferibile agire per la stipula di un accordo di ristrutturazione del debito nel caso in cui le scritture contabili della società siano da considerarsi veritiere e corrette, ossia tali per cui possa ritenersi – con un altro grado di certezza – assai improbabile la scoperta di nuovi creditori e non considerati al momento della stipulazione dell'accordo di ristrutturazione.

Parte della giurisprudenza e dalla dottrina, ha ritenuto che la soddisfazione integrale dei creditori estranei all'accordo comporterebbe l'esclusione della facoltà dell'effettivo proponimento dell'opposizione da parte dei creditori estranei non risultando complessa la dimostrazione del loro interesse ad agire in via oppositiva.

Occorre condividere la dottrina maggioritaria che al fine di evitare l'insorgenza dell'inadempimento, nella bozza di accordo, rileva che il pagamento totale ed immediato dei debiti già scaduti e l'intero pagamento del credito non ancora inadempito secondo le scadenze concordate nel piano.

⁽³¹⁾ PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti* relazione al convegno S.I.S.CO., tenutosi a Milano il 12 dicembre 2005.

3. PROFILI FISCALI DELLA GESTIONE DELLA CRISI D'IMPRESA

3.1. Discrimine tra obbligazioni tributarie concorsuali e operazioni sorte successivamente all'apertura della procedura

Come già descritto in premessa, l'istituto del Concordato Preventivo ha costituito oggetto di radicale rivisitazione da parte del D.L. 14 marzo 2005, convertito in legge 14 maggio 2005 n. 80.

Il decreto succitato ha infatti sostituito gli artt. 160 - 161 - 163 - 177 - 180 e 181 della l.f. e aggiunto un nuovo articolo, il 182 bis: “*Accordi di ristrutturazione dei debiti?*”.

Successivamente, ad opera del decreto di riforma delle procedure concorsuali (D.Lgs. 9/1/2006 n. 5) venne introdotto l'art. 182 *ter* disciplinante la possibilità di “*transazione dei debiti fiscali?*”.

Infine, con il così detto decreto correttivo (D.Lgs. 12/9/2007 n. 169) vennero apportate le “ultime” modifiche e integrazioni al testo normativo.

Per quanto più ci riguarda l'ultimo decreto ha sostituito il comma 6° dell'art. 182 *ter* abolendo il precedente divieto di applicare ai debiti tributari le disposizioni *ex art. 182 bis* sugli accordi di ristrutturazione dei debiti.

L'ultimo comma (6°) del 182 *ter*, infatti, riconosce in capo al debitore il potere di presentare la proposta di transazione fiscale anche nell'ambito delle trattative che precedono l'accordo di ristrutturazione.

Il nuovo concordato preventivo mira alla *conservazione* del patrimonio aziendale perdendo i precipui *connotati liquidatori* della precedente normativa.

Il debitore è libero di concordare con i propri creditori *accordi* dal contenuto più vario e aleatorio per questi ultimi (vedi art. 160 l.f.).

L'ipotesi della possibile soddisfazione parziale dei creditori privilegiati trova elemento di riscontro nella previsione normativa della “transazione fiscale” (art. 182 *ter*) sopra richiamate.

I *debiti d'imposta* del debitore ammesso al concordato il *cui presupposto si sia verificato prima del decreto di ammissione*, devono essere considerati concorsuali e pertanto possibilmente assoggettabili alla “transazione

fiscale” di cui all’art. 182 *ter* l.f..

Va puntualizzato e precisato che allo stato della legislazione *le obbligazioni tributarie sorte successivamente al decreto di apertura del procedimento*, non subiscono alcuno effetto remissorio e fanno carico all’imprenditore per l’intero.

Vale pertanto il principio generale che anche i crediti d’imposta nei confronti del debitore ammesso al concordato preventivo, il cui presupposto si sia verificato prima del decreto di apertura del procedimento, devono essere considerati concorsuali.

Viceversa le obbligazioni tributarie sorte successivamente a tale momento non possono subire l’effetto remissorio.

3.2. Transazione fiscale dei debiti relativi ai tributi amministrati dalle agenzie fiscali⁽³²⁾

Il medesimo provvedimento legislativo che ha introdotto la riforma fallimentare (D.Lgs. 9 gen. 2006 n. 5) ha abrogato la norma prevedente la “transazione dei tributi” iscritti a ruolo, di esclusiva spettanza dello Stato e introdotta con D.L. 18/7/2002 n. 138, poi convertito. A parte la terminologia, costituiva istituto assai diverso dal nuovo.

Peraltro nessun apprezzabile risultato aveva conseguito.

Il novello istituto della transazione fiscale costituisce una **anomalia** nel panorama del diritto tributario, rispetto al principio delle **INDISPONIBILITÀ** delle pretese tributarie. Tale eccezione va spiegata con il favor del legislatore alla conservazione dell’impresa in crisi, privilegiando modalità di **soluzione concordata della crisi stessa**.

In questa ottica si pone la particolare procedura transattiva tra Agenzia e Contribuente (ammesso al concordato) dettata dall’art. 182 *ter* l.f. inserita nell’ambito del concordato e degli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*bis*).

L’istituto prevede la possibilità di pagare in misura ridotta e/o dilazionata i crediti tributari di natura sia **privilegiata sia chirografaria**.

Difatti se da un primo impatto con la lettura dell’art. 182-*ter*, comma 1°, si apprende che nessuna falcidia può essere prevista per i crediti assistiti da cause di prelazione, a seguire si realizza che “*se “il credito*

⁽³²⁾ Agenzia delle Entrate - Agenzia del Territorio - Agenzia del Demanio - Agenzia delle Dogane.

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 abbiano un grado di privilegio inferiore, “o a quelli con posizione giuridica ed interessi economici omogenei a “quelli delle agenzie fiscali”.

3.2.1. Modalità operative

Le modalità operative, sono previste ai commi 2 - 3 - 4 dell'art. 182-ter e vengono appresso schematizzate:

A. Fase preliminare

1. copia della DOMANDA depositata in Tribunale e relativa documentazione,
 - al Concessionario per la riscossione;
 - all'Ufficio competente;
2. il Concessionario, non oltre **trenta giorni** dalla data della presentazione, trasmette al debitore CERTIFICAZIONE attestante l'entità del debito iscritto a ruolo,scaduto o sospeso;
3. l'Ufficio, non oltre **trenta giorni** dalla data della presentazione, procede alla LIQUIDAZIONE dei tributi risultanti dalle dichiarazioni e alla NOTIFICA degli AVVISI DI IRREGOLARITÀ e alla CERTIFICAZIONE dell'entità del debito,comunque risultante, non ancora iscritto a ruolo.

B. (comma 2°, ultima parte):

Fase successiva al decreto di ammissione alla procedura (art. 163 l.f.):

4. trasmissione al Commissario Giudiziale di copia degli AVVISI DI IRREGOLARITÀ e delle CERTIFICAZIONI, da parte del Concessionario e dell'Ufficio, per gli adempimenti propri del Commissario Giudiziale (artt. 171 e 172 l.f.).

C. Espressione del voto di adesione o di diniego (art. 179):

Previa formalizzazione degli atti con procedura interna all'Amministrazione finanziaria.

C/1. (comma 3°)

- 5/1. **Tributi non iscritti a ruolo**: ADESIONE o DINIEGO dell'Ufficio

approvata con atto del direttore, su conforme parere della Direzione Regionale.

C/2. (comma 4°)

5/2. **Tributi iscritti a ruolo**: il Concessionario esprime il voto in sede di adunanza, su indicazione dell'Ufficio mandante.

Il voto viene espresso anche per la parte privilegiata, senza che il privilegio si possa considerare rinunciato da parte dell'Erario a causa dell'espressione del voto (con deroga a quanto previsto dall'art. 177 l.f.).

La mancata adesione espressa a mezzo del voto contrario alla proposta di transazione fiscale da parte dell'Ufficio e del Concessionario, non fa decadere la proposta e, in caso di omologa, ugualmente la proposta si intende accettata (comma 5°) così come l'istituto della transazione fiscale non assume autonomia propria nell'ambito della generale procedura del concordato preventivo.

3.3. Le posizioni dell'Amministrazione Finanziaria e della Giurisprudenza

In merito all'applicazione dei requisiti e delle procedure dettate dall'art. 182 ter l.f. sono sorti dei dubbi. Dubbi che l'Agenzia a inteso chiarire, per propria parte, con la Circ. n. 40/E del 18 aprile 2008.

Quanto ai presupposti oggettivi la Circolare chiarisce la tipologia dei crediti tributari che possono formare oggetto di transazione fiscale. Il primo comma dell'art. 182-ter infatti si limita al riferimento ai "tributi amministrati dalle agenzie fiscali e relativi *“accessori ... ad eccezione dei tributi costituenti risorse proprie “dell'Unione Europea”*".

Si escludono quindi i tributi locali.

L'IRAP vi rientra in quanto, seppur non dia luogo a gettito per lo Stato, è amministrata dall'Agenzia delle Entrate.

La Circolare esclude la possibilità di transigere l'IVA ... *“fino a nuove disposizioni”* motivando con la natura del tributo *“costituente risorsa propria della Unione Europea”*.

La Circolare in effetti poco motiva ma fa richiamo a *“Decisione 70/243 del Consiglio Ue del 21 aprile 1970”*.

La richiamata normativa comunitaria cui si aggiungono le Decisioni del Consiglio del 29 Settembre 2000 e del 7 giugno 2007 stabilisce le fonti di finanziamento del Bilancio comunitario, individuando anche le risorse *“provenienti dall'IVA, mediante applicazioni di un tasso non inferiore*

all'1% ad una base imponibile determinata in modo uniforme per gli Stati Membri”.

L'imponibile da prendere in considerazione a cui applicare l'aliquota, uniforme, poi scesa allo 0,5% e quindi allo 0,30% è il 50% del PNL di ciascuno Stato membro.

Ne risultava, come bene ha affermato il Tribunale di Milano (Decreto n. 13728 del 25 Ottobre - 13 Dicembre 2007) che la quota di IVA dovuta dallo Stato Membro alla U.E. nulla aveva a che vedere con il tributo IVA dovuto dal contribuente italiano ed amministrato dalle Agenzie fiscali.

Conseguentemente non è possibile condividere l'assunto che l'IVA, quale imposta nazionale amministrata dall'Agenzia delle Entrate, possa rientrare tra le risorse proprie dell'U.E..

Sono transigibili, anche a parere dell'Agenzia, gli accessori dell'IVA (interessi, sanzioni, indennità di mora).

Nell'ambito della applicazione della transazione rientrano anche i crediti privilegiati del Fisco, indipendentemente dalla circostanza che vi sia stata l'iscrizione a ruolo.

Quindi anche le imposte scaturienti dalle dichiarazioni fiscali presentate e non ancora liquidate; quelle emergenti dalle dichiarazioni integrative; quelle dovute a seguito della liquidazione delle dichiarazioni ex art. 36 bis - DPR n. 600/1973.

Restano sicuramente esclusi dall'ipotesi transattiva:

- i dazi doganali di pertinenza comunitaria;
- i tributi locali (ICI - TARSU - TOSAP - IMPOSTA DI PUBBLICITÀ)

non gestiti dalle Agenzie.

3.3.1. L'ultimo intervento del Legislatore in tema di transazione fiscale

L'intricata questione afferente la transigibilità dell'IVA, come sopra descritta risulta ora radicalmente risolta dal legislatore con l'ultima versione dell'art. 182 ter, comma 1°, in vigore dal 29 gennaio 2009.

La novella introdotta con il D.L. 29 nov. 2008, n. 185, convertito in legge 28 gennaio 2009, n. 2, prevede oramai che *“con “riguardo all'imposta sul valore aggiunto, la proposta (transattiva) “può prevedere esclusivamente la dilazione di pagamento”*, giammai la riduzione dell'ammontare dovuto.

La stessa novella legislativa dispone che anche i crediti contributivo/previdenziali possano formare oggetto di transazione fiscale.

Si aprono pertanto nuovi scenari, in atto insondati!

3.4. Coordinamento tra la disciplina particolare (art. 182 *ter*) e disciplina generale (art. 160 e 162).

Dopo le modifiche apportate al testo legislativo fallimentare dal D.Lgs. n. 169/2007, con l'introduzione, per quel che qui concerne, nell'art. 160 della norma del comma 2°, prevedente il soddisfacimento non integrale dei crediti prelatizi, la transazione fiscale si inserisce nel piano di cui all'art. 160 l.f. e non sembra oramai presupporre l'esistenza, a monte, di un accordo o di una trattativa tra amministrazione finanziaria e debitore.⁽³³⁾

Secondo autorevole dottrina⁽³⁴⁾ peraltro la modifica apportata dal Decreto correttivo dovrebbe avvalorare *“la soluzione “dell'applicabilità della normativa dettata sulla transazione fiscale alle “obbligazioni tributarie assistite da prelazione, pur nella “configurabilità di una duplice prospettiva per l'amministrazione “finanziaria, sia di approvazione del concordato, ai sensi dell'art. “177, sia della transazione fiscale medesima ai sensi dell'art. 182 “ter”.*

Ciò posto, l'ammissibilità del pagamento percentuale dei crediti tributari privilegiati è condizionata al rispetto delle regole dettate in generale per il trattamento di tutti i crediti privilegiati del concordato preventivo e quindi, ex art. 160, c. 2°, l.f. dal valore della liquidazione dei beni del debitore, stimato dal professionista in possesso dei requisiti di cui ai già citati artt. 67 e 28 l.f..

Detta soluzione, come sostenuto da recente giurisprudenza⁽³⁵⁾, è di intuitiva evidenza, laddove si consideri la transazione fiscale, inserita in un piano di concordato preventivo, quale parte integrante del piano medesimo, priva di autonoma rilevanza e destinata a risolversi in ambito endoprocedurale (o endoconcorsuale).

A tal proposito il Giudice pescarese fa menzione della giurisprudenza milanese⁽³⁶⁾ formatasi non ancora vigente l'attuale assetto dell'art. 160, comma 2°.

La soluzione endoprocedurale testé delineata era stata sostenuta, ancor prima dell'inserimento nell'art. 160 dell'attuale comma 2°, ad opera del D.Lgs. n. 169/2007, dal Tribunale di Milano.

⁽³³⁾ FABIANI, NARDECCHIA, *Formulario commentato alla legge fallimentare*, pag. 1822, Milano 2008.

⁽³⁴⁾ LO CASCIO, *Il Concordato preventivo*, pag. 973, Milano 2008.

⁽³⁵⁾ Tribunale di Pescara, decreto n. 4/08 del 27 novembre 2008, dep. il 2 dicembre 2008.

⁽³⁶⁾ Tribunale Milano, decreto di omologa n. 13728 del 25/10/2007.

Il Collegio ambrosiano aveva giudicato positivamente la richiesta di omologazione considerando già la transazione fiscale non alla stregua di autonomo accordo e ritenuto che la stessa costituisse una fase endoconcorsuale che veniva a compiersi con l'adesione o il diniego della proposta mediante il voto espresso nell'adunanza dei creditori.⁽³⁷⁾

Di tal guisa la sorte dei crediti tributari privilegiati era ritenuto restasse subordinata alla volontà della maggioranza dei creditori e prescindesse dalla adesione della Amministrazione finanziaria, cui poteva soltanto riconoscersi la facoltà di opporsi alla omologazione.⁽³⁸⁾

Il principio venne confermato dalla Corte d'Appello di Milano⁽³⁹⁾, intervenuta a seguito di reclamo dell'Amministrazione finanziaria, e ciò a prescindere dall'esito di riforma del decreto del Tribunale.

Semmai, a parere della Corte, poteva venir stigmatizzato l'aver eluso, il Tribunale, un adeguamento analogico al criterio direttivo dettato dall'art. 124 l.f. in tema di Concordato fallimentare.

Ha reputato la Corte d'Appello che soltanto inserendosi nella specificità dello spazio regolativo del Concordato fallimentare, pur in mancanza dell'adesione della controparte interessata (Agenzia ed Equitalia) la transazione fiscale da questa rifiutata potesse essere ritenuta parte integrante della proposta concordataria e consentire l'omologazione del concordato.

Si configura, ormai alla luce della vigente normativa, un innovato ma pur sempre complesso sistema procedurale di cui la transazione fiscale è parte integrante.

La complessità è data dal non potersi prescindere dal rispetto di un articolato percorso normativo:

- a) l'art. 182 *ter*, che consente che la proposta di transazione fiscale sia inserita soltanto in un piano di cui all'art. 160;
- b) l'art. 160, c. 2°, che contiene le regole generali al cui rispetto è subordinata la possibilità di pianificare la soddisfazione parziale dei crediti prelatizi;
- c) l'art. 162, che sanziona con l'inammissibilità la proposta di concordato difforme dai presupposti di cui al predetto art. 160.

⁽³⁷⁾ DEL FEDERICO, *La nuova transazione fiscale secondo il Tribunale di Milano: dal particolarismo tributario alla collocazione endoconcorsuale*, in *Il Fallimento*, n° 3/2008, pag. 342 e seg.

⁽³⁸⁾ LO CASCIO, *La disciplina della transazione fiscale: orientamenti interpretativi innovativi*, in *Il Fallimento*, n. 3/2008, pag. 338 e seg.

⁽³⁹⁾ Corte d'Appello di Milano - Decreto 8 maggio 2008 - dep. il 14/5/2008.

In conclusione, quando la transazione fiscale si innesta, in una proposta di concordato preventivo, sopporta le regole dettate, in generale, per il trattamento di tutti i crediti prelatizi.

La soluzione, ineludibile, è che il pagamento, benché percentuale, non sia inferiore *“alla soglia minima di soddisfazione “costituita dal valore di liquidazione e non alteri l’ordine legale delle “prelazioni””*.

Il valore di liquidazione risulta dalla relazione giurata prima richiamata.

3.5. Il quadro tributario del periodo successivo all’ammissione al concordato

Le previsioni del TUIR.

Nell’assai variegato quadro delle previsioni di soluzione della crisi, di cui al riformato istituto concordatario, **viene da chiedersi se la normativa di riferimento** contenuta nel TUIR che non risulta mutata al fine di tener conto del mutato quadro normativo procedurale e della mutata natura dell’istituto concordatario, **sia adeguata al rinnovato istituto** che più non mantiene (se non tra le fattispecie possibili) **la originaria prevalente natura/finalità liquidatoria**.

L’impresa in Concordato Preventivo non ha una propria specifica fiscalità differente da quella ordinaria.

L’ammissione alla procedura non segna alcuna discontinuità nel normale periodo d’imposta e nei normali adempimenti fiscali ai fini delle IMPOSTE DIRETTE.

Risultano e risultavano, preesistenti alla riforma della procedura, due importanti disposizioni di deroga alla normativa generale dell’imposizione sui redditi. Disposizioni intese ad escludere dalla determinazione del reddito fiscale sia le PLUSVALENZE realizzate con la vendita dei beni ceduti ai creditori (**art. 86, comma 5°, TUIR**) sia le SOPRAVVENIENZE ATTIVE conseguenti alla riduzione concordataria dei debiti verso i creditori (**art. 88, comma 4°, TUIR**).

3.5.1. L’intassabilità delle sopravvenienze attive, per riduzione dei debiti (**art. 88, comma 4°, TUIR**)

La procedura concorsuale del concordato preventivo consente al debitore di adempiere solo in parte, ma con efficacia integralmente liberatoria, ai propri debiti nei confronti dei creditori.

La sopravvenuta insussistenza di passività, precedentemente

contabilizzate, determina una **sopravvenienza attiva**, pari all'ammontare delle passività non soddisfatte.

La definizione delle fattispecie classificabili come sopravvenienze attive è stata data dallo stesso art. 88 del TUIR al comma 1°.

Vi si comprende, tra l'altro, la sopravvenuta insussistenza di passività iscritte in bilancio in precedenti esercizi.

In base alle regole ordinarie in materia di reddito d'impresa, la sopravvenuta totale o parziale insussistenza delle passività produce, pertanto, automaticamente l'emersione di materia imponibile.

Così era prima dell'eccezione fatta dal 4° comma dell'art. 88 (già art. 55) del D.P.R. 22/12/1986, n. 917, vigente dall'1/1/1988.

Nel sistema previgente (art. 55 del D.P.R. 597/1973) la sopravvenienza attiva predetta tramutandosi in reddito imponibile provocava la pretesa dell'Amministrazione finanziaria all'assolvimento dell'imposta da parte dell'impresa soggetta alla procedura concordataria.

Ne scaturiva un insanabile **conflitto tecnico tra logica tributaria e finalità dell'istituto concordatario fino al costituire impedimento alla realizzazione della procedura concordataria**.

In breve: l'imposta sul reddito d'impresa determinatosi per effetto del realizzo della sopravvenienza, costituendo credito, per l'Erario, posteriore al decreto di apertura della procedura, non aveva il requisito per partecipare alla procedura stessa (art. 184 l.f.).

Non potendola annoverare neppure tra le spese di procedura da assolvere in prededuzione finiva per dover essere pagata integralmente dal debitore sotto concordato, provocando la risoluzione del concordato medesimo (art. 186 l.f.) ed il conseguente fallimento.

La scelta operata dal legislatore del TUIR mette al riparo dai sovraesposti problemi.

La norma non fa distinzione tra le possibili tipologie di concordato e, quindi, tra le (presunte) ipotesi di cessione e di prosecuzione dell'impresa.

3.5.2. L'intassabilità delle plusvalenze nel concordato con cessione dei beni (art. 86, comma 5°, TUIR)

La norma prevede che la cessione dei beni ai creditori non costituisca realizzo delle "plusvalenze e minusvalenze dei beni, comprese quelle relative alle rimanenze e il valore di avviamento".

Non viene fatta distinzione tra plusvalenze e ricavi (realizzo delle rimanenze) in considerazione del fatto che la cessione ai creditori concerne unitariamente l'intero complesso dei beni aziendali.

La formulazione della norma è indubbiamente infelice. In effetti la cessione ai creditori non è, di per sé, idonea a realizzare delle plusvalenze che, invece, possono verificarsi soltanto all'atto della vendita a terzi dei beni.

Il **tenore letterale** della norma ha ingenerato soluzioni interpretative assolutamente in contraddizione con gli obiettivi di favore voluti dal legislatore per l'imposizione diretta nell'ambito delle procedure di insolvenza.

Secondo l'Amministrazione finanziaria, e minoritaria giurisprudenza l'agevolazione concessa dalla norma in questione riguarderebbe solo la "cessione dei beni ai creditori" e non potrebbe essere invocata anche per le vendite di beni ceduti, effettuate dal liquidatore giudiziale.

E' stato, per contro, agevolmente osservato che, così intesa, la norma dell'art. 86, comma 5, sarebbe inutile in quanto **la cessione dei beni – particolare modalità di attuazione del concordato preventivo ex art. 160, comma 1°, lett. a) L.F. - non determina il trasferimento della proprietà dei beni ceduti, ma soltanto l'attribuzione agli organi della procedura concordataria della legittimazione a disporre dei beni ceduti e a provvedere alla loro liquidazione.**

Anche sotto il profilo più prettamente tecnico la criticata interpretazione si scontra con il principio generale secondo cui, per aversi plusvalenza tassabile, questa deve essere generata da una cessione a **titolo oneroso** (art. 86, comma 1°, lett. a).

In sostanza il legislatore ha voluto affermare che, se l'intera procedura, nel suo svolgimento, dà luogo a realizzo di plusvalenze, non potrà emergere alcuna materia imponibile.

Infine anche l'Amministrazione Finanziaria, prendendo spunto da consolidata giurisprudenza di Cassazione⁽⁴⁰⁾, ha precisato, con interpretazione di ampio respiro, che la ratio della norma in commento è quella di ridurre l'onere fiscale delle operazioni concluse nel corso della liquidazione concordataria e che la disposizione dell'art. 86, comma 5° del TUIR, riguarda il trasferimento a terzi di beni ceduti, effettuato in esecuzione della proposta di concordato.

In dottrina si commenta che l'agevolazione vada correttamente intesa come **finalizzata a ridurre l'onere fiscale delle operazioni compiute nel corso della liquidazione concordataria, con l'estensione**, pertanto, anche alle **vendite vere e proprie dei beni ceduti, effettuate dal liquidatore.**

⁽⁴⁰⁾ Per ultimo Cass., Sez. I, 4 giugno 1996, n. 5112.

La legge, in atto ancora vigente, non prevede l'estensione dell'intassabilità delle plusvalenze ai concordati **senza** cessione di beni ai creditori.

Il legislatore, in allora, ha ritenuto non esentabili dall'imposizione sul reddito le ipotesi di soluzione concordataria diverse da quelle della "cessione dei beni" perchè alla fattispecie di concordato per garanzia (altra fattispecie prevista dalla legge del 1942) già **collegava la presunzione della prosecuzione dell'attività d'impresa**.

La medesima presunzione può essere ora estesa, salvo successivi, auspicabili, **interventi legislativi**, alle altre varie forme previste dalla vigente normativa. L'applicazione della norma tributaria deve essere eseguita **rigorosamente** poiché l'ordinamento tributario non conosce analogie, simmetrie concettuali, simpatie.

Ogni soluzione della crisi per il tramite del concordato preventivo che **travalichi lo schema classico della "cessione dei beni ai creditori"** (così come letteralmente previsto dall'art. 86, comma 5°, del TUIR) non gode della particolare agevolazione fiscale, ma rientra nelle normali fattispecie reddituali previste dal TUIR.

Così la "cessione di azienda" o di rami d'azienda se non inquadrata nel meccanismo procedurale di cui sopra.

Viene lamentata la mancanza di una normativa ad hoc che accompagni le operazioni di realizzo dei complessi aziendali o che preveda una fiscalità straordinaria per le operazioni straordinarie quali fusioni, scissioni, conferimenti. Non v'è novità: ciò che la legge vuole dice. **Dobbiamo attendere che dica**.

Con la riforma normativa e l'introduzione del nuovo Concordato Preventivo c'è da chiedersi se questa agevolazione trovi ancora applicazione, non trascurando che la gestione del nuovo procedimento coinvolge altre situazioni caratterizzate da numerose operazioni di ingegneria economica.

Sicuramente, tenuto conto anche dei nuovi istituti propri del piano di risanamento e degli **accordi di ristrutturazione dei debiti**, è auspicabile un intervento di legislatore tributario per il completamento della riforma sotto il profilo tributario.

3.6. L'Irap nel concordato preventivo

In linea di principio le imprese sottoposte a procedura concorsuale risultano soggette al prelievo dell'IRAP.

Il principio è derogato per il caso del fallimento o della liquidazione coatta amministrativa quando non sia stato disposto l'esercizio provvisorio (art. 19, comma 6° D.P.R. n. 446/1997).

Le imprese in concordato preventivo, pertanto, restano soggette all'IRAP.

Di non semplice determinazione risulta, nella fattispecie, la base imponibile del tributo configurato col "*valore della produzione "netta derivante dall'attività esercitata nel territorio della regione"*". (art. 4 D.P.R. n. 446/1997).

Le plusvalenze derivanti dalla cessione dei beni ai creditori e le sopravvenienze attive prodotte dal "bonus concordatario", fattispecie economiche che tipicamente caratterizzano le procedure di concordato, avendo chiara natura di componenti straordinari e trovando collocazione alla voce E) del conto economico di cui all'art. 2425 Cod. Civ., resterebbero escluse dalla formazione della base imponibile.

L'art. 11 del DPR n. 446/97, nella sua ultima versione, risultante dopo le modifiche operate dalla L. 24 dicembre 2007, n. 244, e per effetto della abrogazione della norma di cui al previgente comma 3°, più non include nella determinazione della base imponibile (valore della produzione netta) le categorie economiche straordinarie prima previste (D.Lgs. 30/12/1999 n. 506).

Occorre comunque evidenziare il fatto che, probabilmente a motivo della singolarità dell'istituto legislativo de quo, si sono succedute nel tempo varie e contraddittorie modifiche al tessuto normativo che ne hanno complicato notevolmente la soluzione esetica.

3.7. Adempimenti fiscali

Le sopra analizzate norme (art. 86, comma 5°, e 88, comma 4°) sono le uniche che il TUIR riserva al concordato preventivo.

Neppure il D.P.R. 600/1973 sull'accertamento prevede speciali disposizioni in ordine al periodo d'imposta per questa procedura come invece avviene per il fallimento.

Salve le limitazioni imposte dalla legge, l'**imprenditore** ammesso al concordato preventivo **mantiene l'esercizio dell'impresa** (art. 167, comma 1° e 2°, l.f.) **fino all'omologa del concordato**.

Dopo l'omologa, esclusa l'ipotesi della "*cessio bonorum*", il debitore prosegue **con pieni poteri** nella gestione dell'impresa.

Agli organi della procedura rimane l'esclusiva funzione di sorvegliare il corretto adempimento del concordato (art. 185 l.f.).

Date le premesse il concordato preventivo ricade sotto il regime ordinario di dichiarazione del reddito su base annuale.

Qualora, poi, l'imprenditore individuale o societario decida di porsi in stato di liquidazione in concomitanza con l'accesso alla procedura di concordato preventivo, trovano applicazione le norme di cui all'art. 182 del TUIR in tema di liquidazione ordinaria.

Il regime liquidatorio non scatta automaticamente in presenza della procedura di concordato neppure se si procede con la cessione dei beni come erroneamente, invece, ha ritenuto l'Amministrazione finanziaria. Ancor meno oggi con la mutata normativa.

Gli obblighi fiscali seguitano ad essere adempiuti dall'imprenditore o dagli organi della società (amministratori o liquidatori).

Ne restano esentati gli organi della procedura, in pratica il commissario giudiziale.

3.7.1. Il ruolo del liquidatore giudiziale dei beni

In mancanza di una specifica disciplina legislativa sulla natura giuridica del liquidatore giudiziale dei beni, sono state attribuite alla figura varie configurazioni giuridiche.

Pare prevalga in dottrina e giurisprudenza quella del "mandatario dei creditori" o del "debitore" o quella del "titolare di un ufficio privato" con ciò intendendosi colui che gestisce patrimoni e beni altrui e che svolge attività svincolata dalla volontà e dalle prescrizioni del titolare dei patrimoni e dei creditori, **ma vincolata all'attuazione della legge e delle modalità della procedura.**

Il liquidatore dei beni ha soltanto la **disponibilità dei beni ai fini liquidatori, ferma rimanendo la titolarità di tali beni in capo al debitore.**

Lo stesso non può essere soggetto passivo nel rapporto tributario riferito all'impresa e resta estraneo ad ogni pretesa fiscale.

Durante la liquidazione dei beni è **pacifica** la permanenza degli organi societari e, come solitamente **avviene, del liquidatore sociale.**

Non vi è quindi ragione di dubitare che i vari **obblighi impositivi** restino a carico dell'imprenditore o degli organi della società anche durante la fase esecutiva della "*cessio bonorum*".

Per contro il liquidatore dei beni dovrà mettere in grado il debitore concordatario di adempiere puntualmente agli obblighi tributari, non ultimo quello della tenuta della contabilità e della compilazione del bilancio annuale, e ciò secondo normali criteri di diligenza.

Le disposizioni relative alle plusvalenze da "*cessio bonorum*" privano,

comunque, la procedura di rilevanza fiscale. Non si vede da quale parte dovrebbe scaturire materia imponibile se la norma dell'art. 86 TUIR sottrae alla previsione di imponibilità anche le plusvalenze improprie relative alle rimanenze ed il valore di avviamento.

Ultimamente, a seguito del **decreto correttivo** che ha richiamato la disciplina fallimentare per quanto riguarda il liquidatore giudiziale dei beni (artt. 28 - 29 - 37- 38 - 39 - 116) uniformandone le funzioni a quelle del curatore, è sorto il dubbio che l'organo liquidatorio, sia stato nuovamente giurisdizionalizzato contravvenendo alla natura privatistica che sarebbe propria del riformato istituto concordatario.

3.8. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art.182 bis l.f.)

Con l'introduzione del decreto correttivo è stato stabilito (o meglio chiarito) che la domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione deve essere presentata dall'imprenditore in stato di crisi, cosicché sono stati superati i dubbi interpretativi sollevati dalla prima formulazione della norma.

Per quanto riguarda il significato di "crisi" anche per questo istituto sembra prevalere l'orientamento che lo individua in ogni situazione, anche prossima all'insolvenza o di insolvenza non ancora manifesta e irreversibile.

L'aspetto fondamentale dell'accordo di ristrutturazione è dato dal suo **perfezionamento anteriore al deposito**, di modo che esso, di regola, non dovrebbe subire alcuna indagine, né accertamento, nessun vaglio da parte dei creditori e nessuna votazione.

L'Accordo di ristrutturazione dei debiti consentirebbe all'imprenditore di:

- comporre la crisi;
- conservare il complesso produttivo;
- evitare le lungaggini e i costi delle procedure concorsuali;
- continuare l'attività d'impresa.

La tesi autonomistica (rispetto al concordato preventivo) e negoziale, accolta dall'orientamento giurisprudenziale e dottrinale prevalente, qualifica l'Accordo come un istituto distinto e separato dal Concordato Preventivo.

Per gran parte della dottrina che sostiene la tesi negoziale, si è in presenza di un **concordato stragiudiziale** dato che la formazione e la conclusione si svolgono liberamente al di fuori dell'ambito giudiziario.

3.8.1. Profili fiscali

Gli effetti civilistici prodotti dagli Accordi, ex art. 182 bis si concretizzano nella **riduzione dei debiti**. Potrebbe anche prevedersi, secondo taluna dottrina e un po' come prevede per il Concordato Preventivo l'art. 160, lett. a), la cessione parziale dei beni aziendali dell'imprenditore in crisi.⁽⁴¹⁾

Sotto il profilo fiscale tali implicazioni, stante l'assenza di una **disciplina tributaria specifica**, creano delle perplessità circa il regime impositivo delle (a) **sopravvenienze** da falcidia, delle (b) **plusvalenze** da cessione e delle (c) **perdite** derivanti dalla rimessione in parte dei debiti (questa ultima dal lato dei creditori).

La questione da affrontare è se gli Accordi debbano essere assoggettati al trattamento comune in materia di **imposte sui redditi**, o possono fruire delle agevolazioni contemplate in tema di concordato dagli art. 86, c. 5° e 88 c. 4°, TUIR, già commentati.

Occorre quindi chiarire se gli Accordi "*de quam*" siano o meno meritevoli dello stesso trattamento tributario di favore previsto per il Concordato Preventivo.

In effetti si sono perse tutte le occasioni degli interventi legislativi succedutisi per sistemare la disciplina fiscale degli Accordi.

(a) Sopravvenienze

Si ripropone la stessa questione delle sopravvenienze attive da falcidia del Concordato Preventivo.

L'Agenzia⁽⁴²⁾ ha sostenuto l'applicazione estensiva **ed analogica** della disciplina fiscale del Concordato Preventivo agli Accordi, in virtù della collocazione degli stessi nell'ambito delle procedure concorsuali.

La rimessione di un debito da parte del creditore produce l'estinzione del rapporto obbligatorio (INSUSSISTENZA PASSIVA) che genera per il debitore, che di tale circostanza si avvantaggia, una SOPRAVVENIENZA ATTIVA.

⁽⁴¹⁾ AMBROSINI, *Accordi ...*, pag. 106-107 Maregno.

⁽⁴²⁾ Nota Agenzia delle Entrate. Direzione Regionale dell'Emilia Romagna - Prot. 6579/2008).

Nel lontano 1980 (Ris. Min. 22/5/1980 n. 9/916) il Ministero affermava a livello di ovvietà:

“La sopravvenienza attiva da riduzione “dei crediti chirografari costituisce reddito “imponibile perché nel Concordato ... “l’omologazione riduce l’esposizione “dell’imprenditore alla percentuale “concordata, pagando la quale egli “estingue il quantum debeat.

“Ma poiché l’imprenditore ha già interamente “spesato tali debiti quando ha determinato il “reddito imponibile dei precedenti esercizi, la “riduzione delle obbligazioni, produce una “sopravvenienza attiva”.

L’assunto tecnicamente valido, se non è superato per il Concordato Preventivo dalla previsione legislativa, sarebbe valido oggi per gli Accordi.

Aggiungasi a fortiori, poi, che negli Accordi non si prevede alcuna gestione straordinaria/liquidatoria, ma v’è la continuazione dell’esercizio ordinario dell’impresa.

Parve ai numerosi commentatori, allora per il Concordato Preventivo, e pare ora per gli Accordi che l’esigenza di una normativa fiscale sistematica fosse dovuta al fatto che se il legislatore fallimentare ha previsto un trattamento di favore per l’imprenditore in crisi (art. 182 *bis*) analogamente dovrebbe atteggiarsi il legislatore tributario.

Altrimenti risulta difficile comprendere le ragioni per le quali all’imprenditore in difficoltà finanziarie si fornisce uno strumento per prevenire il fallimento, per poi penalizzarlo fiscalmente. In tal modo penalizzando anche la massa dei creditori.

Per concludere se (principio ermeneutico) casi simili vanno regolati da norme simili, per risolvere il problema, in attesa dell’intervento del legislatore, non manca chi invoca l’applicazione analogica della norma (art. 88, comma 4, T.U.) al nuovo istituto di cui all’art. 182 *bis*.

Sull’applicazione analogica occorre andare cauti.

(b) Plusvalenze patrimoniali e ricavi da cessione

Dovendosi accedere all’ipotesi che l’esecuzione degli Accordi possa sostanziarsi anche nella cessione di beni aziendali si riproporrebbe la questione fiscale dell’assoggettamento o meno a materia imponibile delle plusvalenze patrimoniali e dei ricavi dei beni-merce avanzata per la cessione bonorum nel Concordato Preventivo.

Come già detto per il Concordato Preventivo, l’art. 86, comma 5°, *“la cessione dei beni ai creditori non costituisce realizzo “di plusvalenze e minusvalenze di beni, comprese quelle “relative ai ricavi e il valore di avviamento”.*

Nella fattispecie, però, a differenza del Concordato Preventivo, non v'è alcuna attribuzione agli Organi della procedura della legittimazione a disporre per il semplice motivo che l'istituto non si inquadra alla stregua di procedura.

Con riferimento alle eventuali plusvalenze patrimoniali derivanti dall'esecuzione degli Accordi valgono le stesse argomentazioni riferite alle sopravvenienze attive in [assoluta carenza di previsione legislativa](#).

3.8.2. La transazione fiscale negli Accordi di ristrutturazione dei debiti

Come già rammentato il così detto decreto correttivo (D.Lgs. 12/9/2007 n. 169) ha esteso la possibilità del ricorso alla “transazione dei debiti fiscali” (art. 182 *ter*) anche al debitore proponente un Accordo di ristrutturazione dei debiti.

Recita infatti il comma 6° dell'art. 182 *ter*:

“Il debitore può effettuare la proposta di cui al primo “comma anche nell’ambito delle trattative che precedono “la stipula dell’accordo di ristrutturazione di cui all’articolo “182 bis”.

La transazione fiscale in tal modo si inserisce nella fattispecie degli “accordi” e presuppone la ricerca di un separato compromesso tra Amministrazione finanziaria e debitore che preceda la stipula dell'accordo di ristrutturazione da assoggettare ad omologa.

Al di fuori di questa ipotesi i debiti verso l'Agenzia dovranno essere pagati integralmente, al pari di quelli verso tutti gli altri creditori estranei all'accordo.⁽⁴³⁾

La transazione fiscale, diversamente da quanto accade nell'ambito della procedura del concordato preventivo ove, secondo ormai delineato orientamento ermeneutico, rappresenta una fase endoconcorsuale che si chiude con l'adesione alla proposta di concordato (art. 160 l.f.) mediante voto espresso all'adunanza dei creditori, nell'ambito di cui ora trattiamo costituisce accordo autonomo e pertanto distinto e autonomo procedimento.

Ciò nonostante non può essere trascurata né considerata in via riduttiva la possibilità di una soluzione transattiva che involga, anche a

⁽⁴³⁾ FABIANI, NARDECCHIA, *op. cit.*, p. 1824.

prescindere dagli effetti remissori o dilatori di difficile conseguimento, le soluzioni, di tutto significato, appresso indicate:

- la esatta quantificazione dell'entità del credito erariale;
- l'impedimento al successivo esercizio di poteri accertativi dell'Agenzia (consolidamento del credito);⁽⁴⁴⁾
- la cessazione della materia del contendere nelle liti tributarie (art. 182 ter, 5° comma).

⁽⁴⁴⁾ LO CASCIO, *op. cit.*, p. 976.

4. RAPPORTI TRA IL *TRUST*, IL CONCORDATO PREVENTIVO E GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI

4.1. Il rapporto tra il *trust* e concordato preventivo

L'Italia ha recepito la Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, relativa alla legge sui *trusts* ed al loro riconoscimento (legge 16 ottobre 1989, n. 364) che ha introdotto nell'ordinamento italiano il concetto di *trust*.

La Convenzione, disciplina solamente le norme di collegamento uniformi per la determinazione della legge regolatrice del *trust*.

La Convenzione, difatti, rinvia alla legge regolatrice del Paese aderente alla Convenzione che prevede nell'ambito del proprio ordinamento tale istituto e lo regola.

La giurisprudenza di merito ha enunciato, infatti, che gli atti di assegnazione dei beni ad un *trust* interno non sono atti astratti, ma trovano la loro causa nel collegato negozio istitutivo di *trust* per il quale la meritevolezza degli interessi realizzati è stata *ex lege* sancita dalla Convenzione dell'Aja del 1985 e dalla disciplina legislativa che ne ha dato esecuzione⁽⁴⁵⁾.

Altra giurisprudenza ritiene che l'unico elemento di estraneità per l'applicabilità della Convenzione può consistere nella scelta della legge adottata dal *settlor*⁽⁴⁶⁾ oppure che il riconoscimento del *trust* dovesse essere negato solo quando si sarebbero violati i principi indicati nell'art. 15 della Convenzione suddetta secondo cui «*la Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà*» con particolare riferimento ad alcune materie⁽⁴⁷⁾.

Altre pronunce hanno contrariamente ritenuto che il riconoscimento

⁽⁴⁵⁾ Trib. Bologna, 1 ottobre 2003, in *Corr. Giur.*, 2004, 1, 65.

⁽⁴⁶⁾ Trib. Pisa 22 dicembre 2001, in *Notariato*, 2002, 383.

⁽⁴⁷⁾ Trib. Bologna 16 giugno 2003, in *Guida al dir.*, 2003, fasc. 31, 43.

del negozio, ma anche in questi casi il giudizio non era definitivo.

Si era, difatti, affermato che il *trust* non offriva garanzie di osservanza del vincolo di gestione ed amministrazione facente carico al *trustee*⁽⁴⁸⁾.

Alcune decisioni, tuttavia, escludevano il riconoscimento del negozio e si basavano sul concetto che nel *trust* era privo di elementi di estraneità rispetto all'ordinamento giuridico italiano.

Essendo, difatti, la causa dell'attribuzione patrimoniale in favore del *trustee* esterna al negozio traslativo, ci si sarebbe trovati in presenza di un'astrazione causale del negozio, incompatibile con il nostro ordinamento che prevede che contratti di vendita hanno, invece, una causa tipica e producono effetti reali od obbligatori.

Bisogna soffermarsi a riflettere se l'istituto del *trust* a questi fini sia ammesso dal nostro ordinamento e se possa essere realizzato l'intento pratico che i costituenti il *trust* si prefiggono, vale a dire segregare i beni conferiti in *trust* allo scopo di assicurarne la destinazione al soddisfacimento della massa dei creditori di una procedura concorsuale.

Occorre, tuttavia, specificare, il concetto di *trust* e la sua funzione.

Il *trust* non è un contratto, né una realtà autonoma, ma è un rapporto giuridico tra determinati soggetti.

Il *trustee* (il proprietario dei beni costituiti in *trust*) non è un rappresentante, né un mandatario del disponente o *settlor*, dei beneficiari o del *trust* medesimo, ma il *trustee* è un soggetto necessario per dare attuazione al *trust*.

Il *trustee* ha determinati obblighi verso i beneficiari, molti dei quali di carattere fiduciario, in forza dei quali deve salvaguardare gli interessi dei beneficiari.

Una volta costituito il *trust*, il disponente non ha più interesse e non può vincolare le scelte del *trustee*;

I beni oggetto di *trust* non sono sottoposti alle azioni dei creditori del disponente o del *trustee*, salvo per quest'ultimo che non si tratti di obblighi inerenti al *trust* medesimo;

I beneficiari hanno diritto di recuperare i beni trasferiti illegittimamente dal *trustee* a terzi, salvo gli effetti degli acquirenti di buona fede (*tracing*);

I diritti dei beneficiari possono subire una diversa regolamentazione⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁸⁾ Trib. Firenze 23 ottobre 2002.

⁽⁴⁹⁾ Così letteralmente LO CASCIO, *Il concordato preventivo ed il trust*, in *Il Fall.*, n. 3/2007, 245 ss.

A seguito del D.Lgs. n. 5/2006, a differenza del *trust* il concordato preventivo è divenuto il mezzo con il quale la crisi dell'impresa può essere definita anche attraverso accordi stragiudiziali che abbiano a oggetto la ristrutturazione dell'impresa.

Tale obiettivo si desume dalla nuova rubrica del titolo III della legge fallimentare, nella quale, dopo le parole “del concordato preventivo (...)”, sono state inserite le parole “ (...) e degli accordi di ristrutturazione”.

L'art. 160 l.fall., che individua i requisiti del concordato preventivo, stabilisce che l'imprenditore in “stato crisi ha facoltà di proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano, il quale può prevedere una serie di interventi.

Un primo intervento è 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.

Altri possibili interventi sono l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assunto e la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei.

L'imprenditore può presentare ai creditori un piano che preveda trattamenti differenti tra creditori a seconda delle classi di appartenenza.

Il concordato preventivo produce alcuni effetti.

Un effetto è considerato l'inizio dell'attività di vigilanza del commissario giudiziale, nonostante il debitore conservi l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa.

Non è più, tuttavia, disciplinata la generale “direzione del giudice delegato”.

L'autorizzazione di tale organo è rilevante per evitare che gli atti di straordinaria amministrazione siano efficaci avverso i creditori anteriori al concordato.

Alcune regole, anche in merito agli effetti, sono del tutto peculiari del concordato preventivo, nonostante vari articoli (tra cui gli artt. 165 e 169 l.fall.) rinvino a numerose norme dettate per il fallimento.

Dalla data della presentazione del ricorso e fino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato, i creditori per titolo o causa anteriore al decreto non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore.

Gli atti predetti interrompono le prescrizioni e rimangono sospese e le

decadenze non si verificano.

I creditori, inoltre, non acquistano diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, a meno che non vi sia all'uopo una specifica autorizzazione del giudice.

Il nuovo istituto, rispetto al concordato preventivo regolato dal legislatore del 1942, quindi, presenta, da un lato, maggiore complessità nella sua concreta attuazione, ma dall'altro, permette una maggiore ampiezza di scelte da parte del debitore nella predisposizione del piano di regolamentazione della crisi e ciò senza dubbio consente anche un migliore adattamento del negozio di *trust* per una sua utilizzazione all'esecuzione della proposta anticipatoria.

Il problema rilevante è quello di costituire un vincolo sui beni personali dei terzi che rappresentano una garanzia per l'adempimento del concordato offrendo il loro patrimonio personale.

Quest'ultimi sono soggetti diversi dal debitore sottoposto alla procedura, e quindi i limiti stabiliti dall'art. 168 legge fallimentare non trovano rilievo.

Il patrimonio, tuttavia, non è messo a disposizione per mezzo una garanzia reale a favore della massa dei creditori.

In tale ipotesi può verificarsi che durante il concordato e prima della sua omologazione, i creditori personali del terzo possano agire a tutela dei loro crediti, vanificando di fatto la messa a disposizione dei beni a favore dei creditori concordatari.

Il *trust* può, allora, rappresentare un mezzo sostitutivo alla garanzia reale sui beni, che permette tramite la costituzione di un vincolo di destinazione, in virtù del *trust* è finalizzato alla liquidazione del patrimonio ed alla destinazione del ricavato al soddisfacimento dei creditori concordatari, di assicurare in forme più semplici ed efficaci l'effettiva destinazione dei beni, nei limiti della percentuale concordataria offerta, al pagamento dei creditori.

In epoca *ante* riforma l'istituto del *trust* non è stato, tuttavia, un istituto del tutto sconosciuto ed ha trovato applicazione nel nostro ordinamento in differenti casi.

Come ad esempio il caso avvenuto innanzi al Tribunale di Parma⁽⁵⁰⁾ che ammetteva il ricorso al *trust* in una procedura di concordato.

⁽⁵⁰⁾ Il testo del provvedimento è pubblicato in *Trusts e attiv. fid.*, 2005, 3, p. 409, e in *Fall.*, 2005, 5, p. 553 e ss., con nota di PANZANI.

Il Tribunale citato provvedeva ad omologare, con provvedimento del 3 marzo 2005, un accordo di concordato preventivo di tipo “misto” basato sulla cessione dei beni della società debitrice e sull’impegno di pagamento di una percentuale aggiuntiva con i mezzi rivenienti dalla liquidazione dei beni di un terzo.

Tali beni venivano costituiti in *trust* con destinazione del ricavato derivante dalla loro alienazione al soddisfacimento dei creditori concordatari e con contestuale nomina del commissario giudiziale quale *trustee*.

Nel caso di specie, si evince che l’utilità del *trust* con riferimento a beni costituiti in garanzia da terzi che non potevano in alcun modo beneficiare della protezione conseguente al divieto di azioni esecutive e cautelari ed all’inefficacia delle prelazioni disposti dall’art. 168 l.f. e che i disponenti non potevano in alcun modo distogliere dalla destinazione.

La riforma dell’istituto concordatario ha reso più agevole il ricorso al medesimo da parte del debitore ed ha svincolato il contenuto della proposta dalle rigide prescrizioni previgenti con indicazione di una serie di possibili soluzioni nelle quali ha ben ragione di ritenersi configurabile anche l’istituto del *trust*.

La Dottrina sostiene⁽⁵¹⁾ che la nuova svolta data al nostro ordinamento giuridico sia sotto il profilo del rinnovamento dell’istituto del concordato preventivo, sia della maggiore operatività che il *trust* può assumere nella sua concreta applicazione - in vista della nuova disciplina dettata dall’art. 2645 *ter* codice civile⁽⁵²⁾ - deve essere apprezzata positivamente non soltanto, perché fornirà maggiore spazio alle intese tra debitore e creditori, ma soprattutto perché agevolerà gli accordi negoziali che stanno alla base del piano di risanamento, assicurando una maggiore affidabilità a chi deve pur sempre aderire ad una prospettiva incerta di regolamentazione dei suoi diritti creditori⁽⁵³⁾.

⁽⁵¹⁾ In tale senso si è espresso ABATE, Atti del convegno “*Trust Procedure concorsuali e diritto di famiglia*” tenutosi ad Ancona il 21 e 22 settembre 2007. Si veda anche MONEGAT, LEPORE, VALAS, TRUST: *Applicazione nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti nel trust*, Volume II, Giappichelli, TORINO, 2007..

⁽⁵²⁾ Con tale norma è stata sancita la trascrivibilità di atti di destinazione nei quali deve essere ricondotto anche l’istituto del *Trust*.

⁽⁵³⁾ LO CASCIO, *op. cit.*, 249.

4.2. Il rapporto tra trust e accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l.f.

4.2.1. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti

Come si è detto l'accordo di ristrutturazione dei debiti si pone in posizione autonoma rispetto concordato preventivo come stabilito dai primi orientamenti giurisprudenziali in tale materia⁽⁵⁴⁾.

Il novellato art. 182 *bis* l.f., attribuisce all'imprenditore la facoltà di stipulare un piano stragiudiziale di ristrutturazione dei debiti con i creditori che rappresentano, almeno, il sessanta per cento dei crediti, tenendo presente che i creditori che non partecipano al piano devono essere regolarmente soddisfatti.

L'accordo di ristrutturazione è, tuttavia, necessario, per decidere l'estinzione totale o parziale delle obbligazioni attraverso novazione o remissione o il differimento della scadenza.

Con esso è possibile far sorgere nuove obbligazioni come conseguenza di finanziamenti da utilizzare per l'estinzione di precedenti obbligazioni.

L'accordo di ristrutturazione, unitamente alla relazione di un esperto sul piano stesso, debba essere sottoposto all'omologazione del tribunale secondo l'art. 162 l.f.

Gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato sembrerebbero beneficiare dell'esonero dall'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare ex art. 67, co. 3, lett. e), l.f. una volta ottenuta l'omologa.

In mancanza del requisito dell'omologa, pertanto, qualsiasi atto, pagamento o cessione di garanzia torna ad essere soggetto all'azione revocatoria fallimentare.

L'omologazione dell'accordo può essere pronunciata solo in presenza di alcuni requisiti. Occorre, innanzitutto, che l'accordo di ristrutturazione sia diretto ai creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento della totalità dei crediti⁽⁵⁵⁾. Il debitore avverso i creditori può assumere vari tipi

⁽⁵⁴⁾ Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Il Fall.*, 2006, 169; Trib. Milano, 21 dicembre 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 2563; Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Il Fall.*, 2006, 608; Trib. Roma, 16 ottobre 2006, in *www.ilcaso.it*, Trib. Milano, 11 gennaio 2007, inedita.

⁽⁵⁵⁾ L'accordo che si conclude con la sottoscrizione da parte solo di una minoranza dei creditori, e magari con uno soltanto, non potrà ottenere l'omologazione e sarà privo delle garanzie connesse.

di impegno e gli stessi possono accettare condizioni di vario tipo per ottenere la soddisfazione del proprio diritto, che non coinciderà necessariamente con la realizzazione integrale del loro credito.

Non può essere sanata da adesioni successive al momento di pubblicazione dell'accordo nel Registro delle imprese la mancanza del presupposto della percentuale della maggioranza del sessanta per cento.

Il secondo presupposto si riferisce che l'accordo deve essere strutturato in modo tale da assicurare, comunque, l'ordinario pagamento dei creditori che non vi hanno preso parte.

L'esperto nella relazione destinata ad accompagnare l'accordo dovrà verificare quanto suindicato. Nell'accordo, difatti, dovrà essere indicato l'avvenuto pagamento di tali crediti o anche solo farsi riferimento alle modalità con cui il debitore intende pagare i creditori estranei, specificando dove reperirà il danaro o le altre risorse necessarie e quali idonee garanzie è in grado di fornire⁽⁵⁶⁾.

Non disciplina, tuttavia, l'art. 182 l.f., nessun requisito soggettivo che stabilisce l'ambito di applicazione dell'accordo di ristrutturazione.

La mancanza di questa precisazione fa intuire che tutti gli imprenditori possono concludere accordi di ristrutturazione del proprio debito, eccetto che non riguardano i piccoli imprenditori commerciali⁽⁵⁷⁾.

Prima dell'ultima riforma l'art. 182 *bis* l.f. non disciplinava come presupposto oggettivo lo stato di crisi del debitore⁽⁵⁸⁾.

In dottrina era pacifico l'orientamento secondo cui si applicava per analogia l'art. 160, co. 1, l.f., per cui, come per l'accesso al concordato preventivo, anche per la stipula dell'accordo di ristrutturazione occorre la sussistenza dello stato di crisi del debitore⁽⁵⁹⁾.

Con il D.Lgs. n. 169/2007 il legislatore ha espressamente indicato che può accedere a tale accordo l'imprenditore che si trova in "stato di crisi".

⁽⁵⁶⁾ BELLO, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare, in *www.ltcaso.it/opinione*, 10.

⁽⁵⁷⁾ Precisazione di BELLO, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁵⁸⁾ Per Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Il Fall.* 2006, 169, "Agli accordi di ristrutturazione previsti dall'art. 182 *bis* l.f., può accedere l'imprenditore commerciale che si trovi in stato di crisi".

⁽⁵⁹⁾ AMBROSINI, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni, in *Il fallimento*, 2005, 949 e ss.; BELLO, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare, loc., ult., cit.; PARATORE, La nuova revocatoria fallimentare, Milano 2006, 198, il quale sostiene che per risolvere la crisi il debitore deve, innanzitutto, convincere la maggior parte del ceto creditorio ad accettare un accordo transattivo.

Il termine “”crisi è utilizzato sia in caso di definitiva incapacità dell'imprenditore di far fronte alle proprie obbligazioni, sia nel caso in cui, nonostante il persistere dell'equilibrio finanziario, vi sia un deterioramento dello stato generale di salute dell'impresa.

La crisi riguarda situazioni di difficoltà, più o meno gravi, che possono essere risolte grazie ad un accordo con i creditori, i quali accettano di sopportare qualche sacrificio per evitare una meno conveniente liquidazione fallimentare⁽⁶⁰⁾.

Il nostro legislatore ha voluto impostare il tema su un sistema basato da due procedure ben distinte: l'una, la procedura di crisi, volta ad affrontare quelle crisi ricomponibili attraverso un accordo con i creditori, il più possibile finalizzato al recupero dell'attività d'impresa, piuttosto che alla liquidazione della stessa; l'altra, la procedura di insolvenza, destinata alla liquidazione del patrimonio nell'ambito di quelle crisi che non possono essere affrontate tramite il semplice accordo tra debitore e creditori.

Parte dottrina aveva escluso la possibilità di applicare agli accordi di ristrutturazione dei debiti il disposto dell'art. 168 l.f., che disciplina il blocco delle azioni esecutive individuali in pendenza della procedura di concordato preventivo, sino alla pronuncia dell'omologazione⁽⁶¹⁾.

Altro orientamento contrario condiviso da parte della dottrina offre la possibilità di aggredire i beni del debitore in sede esecutiva sarebbe interdetta ai creditori estranei dal momento del deposito dell'accordo nel Registro delle imprese e fino alla pronuncia dell'omologa⁽⁶²⁾.

Sulla base di tali orientamenti dottrinali diversi e in assenza di indicazioni giurisprudenziali sul punto, la proposizione di un'eventuale azione esecutiva da parte dei creditori che non avevano partecipato all'accordo non era da trascurare.

⁽⁶⁰⁾ Quando, invece, le difficoltà possono essere affrontate solo tramite un procedimento di liquidazione concorsuale si tratta di vera e propria insolvenza, che si connota come la crisi irreversibile.

⁽⁶¹⁾ SANTANGELI, *Sub art. 182 bis l.f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare* (a cura di) SANTANGELI, Milano, 2006, 788; dello stesso avviso PARATORE, *La nuova revocatoria fallimentare*, cit., 199, secondo il quale, durante il tentativo di negoziazione, il debitore rimane esposto a qualsivoglia azione, esecutiva o cautelare, che i singoli creditori vogliono intraprendere.

⁽⁶²⁾ FERRO, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Il Fall.*, 2005, 587.

Per evitare un simile pregiudizio la dottrina sostiene che la migliore strada da seguire sarebbe stata quella di stabilire nell'accordo, la garanzia di soddisfazione integrale del loro credito, onde la definitiva tacitazione delle ragioni dei creditori che non hanno aderito all'accordo.

Il D.Lgs. 12 settembre 2007 n. 169 ha, tuttavia, previsto che *“Dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore. Si applica l'art. 168 secondo comma”*.

Parte autorevole della Dottrina⁽⁶³⁾ disciplina che l'introduzione della previsione di una specie di “moratoria” di sessanta giorni dalla pubblicazione dell'accordo di ristrutturazione presso l'Ufficio delle imprese, per quanto attiene l'inizio o la prosecuzione di azioni esecutive o cautelari individuali, non ha risolto le problematiche legate all'istituto in esame e le azioni *de quibus*.

Tale moratoria, infatti, può garantire l'operatività dell'impresa in crisi nelle more dell'omologazione dell'accordo e non la disponibilità dei beni o l'incasso dei crediti che siano stati pignorati.

E' necessario stabilire il caso per la quale decorsi i sessanta giorni di cui all'art. 182 *bis* l.f., i creditori procedenti che non abbiano aderito all'accordo ben potrebbero proseguire le azioni esecutive sospese per effetto della “moratoria” di cui all'articolo *de quo*.

Alla luce di quanto dianzi indicato, tuttavia, l'accordo potrebbe essere omologato, ma in sostanza potrebbe rimanere lo stato di crisi per l'impossibilità di disporre di quanto assoggettato ad esecuzione seppur sospesa.⁽⁶⁴⁾

4.2.2. Problematiche legate alla disciplina dell'accordo di ristrutturazione dei debiti

Sono numerosi i profili che l'art. 182 *bis* l.f. omette di disciplinare.

Nulla è detto né in merito all'eventualità che il piano risulti ad un certo punto non più attuabile, né quanto ai controlli relativi alla sua esecuzione.

Alcuni autori hanno tentato di trovare una risposta a tali interrogativi

⁽⁶³⁾ VALAS, “Trust e procedure concorsuali”, in *Trust Applicazione nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust* (a cura di MONEGAT, LEPORE, VALAS), 2007, 98. Nello stesso senso si veda anche ZANCHI, “Osservazione in ordine alla possibile applicazione di un trust agli accordi di cui all'art. 182 *bis* L.F.”, in *Trust e att. fid.*, marzo 2008, 155 e ss.

⁽⁶⁴⁾ VALAS, *op. ult. cit.*, 99.

ammettendo, a soluzione del secondo quesito, la possibilità per i creditori estranei, che dichiarino di aver subito pregiudizio dalla non corretta esecuzione del piano, di proporre azioni cautelari al fine proprio di raggiungere il soddisfacimento integrale del loro credito⁽⁶⁵⁾.

Per quanto attiene ai rimedi nel caso in cui l'accordo non sia adempiuto, la dottrina ha proposto e argomentato diversi scenari.

Una volta intervenuta l'omologazione, se c'è inadempimento del debitore, i creditori aderenti potrebbero richiedere la risoluzione o l'annullamento dell'accordo così come concepiti per il concordato preventivo.

Se non si ritenesse percorribile tale soluzione, resta sempre la possibilità di ricorrere alle norme sui contratti ed al principio generale della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, ciò in riferimento alla violazione degli obblighi sia da parte del debitore, sia da parte di colui che, come l'esperto, deve supervisionare e controllare l'attuazione dell'accordo⁽⁶⁶⁾. Tale possibilità è da ritenersi esclusa per i creditori non aderenti e che devono essere pagati regolarmente e per intero⁽⁶⁷⁾.

Altra e ancora più importante problematica e che potrebbe profilarsi in caso di inadempimento dell'accordo omologato è rappresentata dalla possibilità, in caso di fallimento del debitore, di applicazione dell'azione revocatoria fallimentare *ex art. 67 l.f.*

In caso di fallimento del debitore, l'accordo dovrebbe continuare ad avere efficacia, a meno che le parti non abbiano contemplato espressamente nell'accordo che tale ipotesi costituisca motivo di risoluzione del contratto o meglio condizione risolutiva dell'accordo stesso⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁵⁾ SANTANGELI, *Sub. 182 bis l.f.*, in *Il nuovo diritto fallimentare* a cura di SANTANGELI, cit., 789.

⁽⁶⁶⁾ Conformemente alla natura contrattuale dell'accordo, può sostenersi che i creditori aderenti siano soggetti alle regole del codice civile in tema di controlli: v. BONFATTI, *La revocatoria fallimentare*, Milano, 2005, 285, 922; FERRO, *Art. 182 bis, La nuova ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario*, Milano 2005, 54; VERNA, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallimentare*, in *Dir. Fall.* I, 2005, 868.

⁽⁶⁷⁾ CANALE, *Le nuove norme sul concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, cit., 922; VERNA, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallimentare*, cit., 869. Di opinione opposta GUGLIELMUCCI, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005, 127.

⁽⁶⁸⁾ BELLO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare*, cit., 10.

Facendo leva sulla *ratio* della norma, gli effetti della risoluzione o dell'annullamento non si estendono sino a consentire la proponibilità di azioni revocatorie nei confronti degli atti compiuti in esecuzione dell'accordo, dovendo privilegiarsi la definibilità degli effetti prodotti rispetto al ripristino dello *status quo ante*⁽⁶⁹⁾.

Nel caso in cui il giudice rigetti la domanda di omologazione, l'accordo di ristrutturazione è da considerarsi comunque efficace proprio per il fatto che la sua efficacia esula dell'ottenimento dell'omologa ed è legata all'iscrizione nel Registro delle imprese.

Come dianzi ricordato, l'accordo di ristrutturazione dei debiti, in mancanza di una volontà negoziale che ne preveda la risoluzione, è ancora vincolante per i creditori aderenti⁽⁷⁰⁾, i quali, tuttavia, non potranno beneficiare dell'esenzione della revocatoria fallimentare ex art. 67, co. 3, lett. e), l.f. poiché l'esenzione è conseguente solo all'omologa⁽⁷¹⁾.

Non pare profilarsi, sempre in caso di mancata omologazione, l'ipotesi di un'automatica dichiarazione di fallimento in quanto il presupposto necessario richiesto dall'art. 5 l.f. per la suddetta dichiarazione è la stato di insolvenza, mentre il proponimento di un accordo di ristrutturazione del debito sottende il solo stato di crisi⁽⁷²⁾; seppure va dato atto che altra opinione – rimasta isolata – ha ritenuto che il tribunale che non omologa l'accordo potrebbe pur sempre procedere d'ufficio alla dichiarazione di fallimento⁽⁷³⁾.

⁽⁶⁹⁾ BONFATTI, *La revocatoria fallimentare*, cit., 286; GUGLIELMUCCI, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, cit., 138.

⁽⁷⁰⁾ Diversamente COPPOLA, *L'accordo per la ristrutturazione dei debiti*, in PACCHI (a cura di), *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2005, 287, che propende per una configurazione della mancata omologazione come condizione risolutiva dell'accordo.

⁽⁷¹⁾ PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fall.*, 2006, 38.

⁽⁷²⁾ BELLO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare op. cit.*, 10; PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 135, per il quale non possono entrare in reciproco conflitto le decisioni del tribunale, rispettivamente, di omologare l'accordo sul presupposto che questo possa consentire il regolare pagamento dei creditori estranei e di dichiarare il fallimento del debitore proponente in quanto insolvente. Sostanzialmente sembra che l'autore voglia evidenziare che i presupposti che devono essere considerati dall'organo giudicante sono diversi al punto tale da permettere una sola delle pronunce richiamate.

⁽⁷³⁾ ARATO, *Fallimento: le nuove norme introdotte con la L. n.80/2005*, in *Dir. fall.* 2006, 176.

4.2.3. L'accordo di ristrutturazione dei debiti ed il trust

Occorre ora soffermarsi ad analizzare l'applicabilità dell'istituto del *trust* a tale particolare procedura concorsuale dopo che ci siamo soffermati ad analizzare le peculiari caratteristiche e problematiche legate alla figura dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Per quanto riguarda la sospensione delle azioni esecutive e cautelari sui beni dell'imprenditore in stato di crisi che decida di tentare il risanamento dell'impresa attraverso l'accordo di ristrutturazione dei debiti e di cui all'art. 182 *bis* l.f., l'istituto del *trust* potrebbe sanare la questione legata a tali particolari azioni.

L'art. 2 della Convenzione de L'Aja⁽⁷⁴⁾ contiene una nozione di *trust* assai ampia sul rilievo che la norma afferma l'esistenza di un *trust* sebbene il *trustee* abbia il "controllo" sui beni, senza pretendere che vi sia un "trasferimento" di beni a costui.

Non è richiesta, dunque, per aversi un *trust* ai sensi della menzionata Convenzione, una distinzione soggettiva tra il disponente e il *trustee* essendo sufficiente che i beni siano posti "sotto il controllo" di quest'ultimo.

L'art. 2, all'ultimo comma (la Convenzione consente al *settlor* di riservarsi "*rights and powers*", locuzione mal tradotta nella versione ministeriale con "*prerogative*") non vieta coincidenza tra due soggetti del *trust*, purché ciò sia consentito dalla legge regolatrice prescelta dal disponente.

In tali casi il *trust* è inteso come "*trust* auto dichiarato".

Considerare il *trust*, come istituito in conformità alla legge regolatrice, origina l'effetto limitativo nel patrimonio del *trustee* e il divieto per i creditori di quest'ultimo di aggredire i beni trasferiti.

Per effetto del trasferimento al *trustee*, inoltre, nessun diritto sui beni in *trust* spetta più al disponente.

La caratteristica che più è in rilievo del *trust* è che i beni o diritti oggetto del *trust* (detti *trust property* o *trust estate* o *trust fund*) costituiscono un patrimonio distinto da quello del *trustee* e non è aggredibile dai suoi creditori.

In base all'autonomia del patrimonio oggetto del *Trust* e del patrimonio

⁽⁷⁴⁾ *Article 2: For the purposes of this convention, the term trust refers to the legal relationship created – inter vivos or on death – by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specific purpose."*

di proprietà del *trustee*, i beni non possono essere aggrediti dai creditori del disponente, dato che i cespiti sono “usciti” dalla sua sfera di appartenenza a seguito del trasferimento al *trustee*.

Anche la giurisprudenza di merito ha statuito che il creditore del disponente non può aggredire, con azione esecutiva di espropriazione, i beni che il debitore ha trasferito al *trustee* con atto avente data certa anteriore al pignoramento.

Il Tribunale Bresciano, nel caso in esame, ha respinto le domande del creditore pignorante sostenendo che i beni trasferiti in proprietà al *trustee* del *trust* “sono celati nel senso che non appartengono né al *settlor* né al *trustee* e quindi non sono aggredibili dai rispettivi creditori”⁽⁷⁵⁾.

La giurisprudenza di merito, similmente in un procedimento cautelare per sequestro, ha statuito che “i creditori personali del *trustee* non possono aggredire i beni del *trust* e dunque questi beni non sono neppure sequestrabili o pignorabili alla stessa stregua dei beni costituiti in fondo patrimoniale, fino a che sia vigente ed operativo il vincolo del *trust* o fino a che il vincolo non venga caducato per effetto di annullamento o revocazione del negozio costitutivo”⁽⁷⁶⁾.

Il Tribunale di Siena, ha difatti, ritenuto che il *trust*, in sede di accordo di ristrutturazione dei debiti avrebbe raggiunto lo scopo di introdurre un temporaneo blocco delle azioni esecutive e cautelari individuali.

L'effetto si sarebbe verificato solamente in presenza di tale rapporto giuridico connesso con l'accordo di ristrutturazione dei debiti, atteso che il legislatore nazionale ha previsto il medesimo effetto – art 168 l.f. – solo in presenza di un concordato preventivo.

Il *trust* istituito, quindi, con la finalità di fornire tale effetto a favore dei creditori non può essere considerato come mezzo per frodare i creditori o per eludere la *par condicio creditorum*.

Occorre osservare che il conferimento in *trust* fornirebbe una suppletiva garanzia di non dispersione dei beni ed attribuirebbe ai

⁽⁷⁵⁾ Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005, 83.

⁽⁷⁶⁾ Trib. Siena, 16 gennaio 2007, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2007, 266. Simili considerazioni si rinvergono anche nella pronuncia del Trib. Venezia, 4 gennaio 2005 in *Trusts e Attività Fiduciarie*, cit, 245, ove si legge che: “la peculiarità della situazione porta ad affermare che il *trustee* è titolare di un diritto reale senza ... esserne proprietario ... Il *trustee* è titolare di un diritto reale non nell'interesse proprio, ma nell'interesse altrui ... Non vi è la nascita di un nuovo diritto reale, né uno sdoppiamento del diritto di proprietà, ma il semplice trasferimento di un diritto reale da un soggetto ad un altro che accetta detto trasferimento come collegato – e questo è essenziale – ad un obbligo di amministrazione e di gestione”.

creditori beneficiari un controllo sull'operato del *trustee*.

Tale effetto, non ha, al contrario, luogo in presenza del solo accordo di ristrutturazione dei debiti posto che, in tale ultimo caso, i creditori sono esposti anche ad operazioni di sottrazione/occultamento della garanzia patrimoniale e alle quali è possibile ovviare solo per effetto dell'esperimento di una lunga e costosa azione revocatoria⁽⁷⁷⁾.

La pronuncia in esame è stata sostenuta da parte della dottrina⁽⁷⁸⁾, ma anche ha ottenuto critiche facendo sorgere così un ampio dibattito dottrinale.

Alcuni studiosi⁽⁷⁹⁾ hanno rilevato come il giudice dell'esecuzione non avrebbe analizzato alcuni elementi essenziali che avrebbero potuto dare legittimo ingresso ad una dichiarazione d'inefficacia del *trust* costituito nei confronti dei creditori che avevano promosso l'azione esecutiva.

Nel caso di specie, i punti salienti esclusi dal giudice sarebbero stati quelli relativi:

- a) al controllo dell'effettivo comportamento tenuto dal soggetto disponente ed anche *trustee*⁽⁸⁰⁾ e ciò anche con riguardo al contenuto del programma negoziale dichiarato nell'atto costitutivo del *trust*⁽⁸¹⁾;
- b) alla mancata considerazione di alcune massime⁽⁸²⁾ di *equity* che disciplinano la *common law* e sulle quali si dovrebbe dovuta posare l'individuazione complessiva della legge straniera del *trust*⁽⁸³⁾ e la sua corretta interpretazione da parte del giudice;
- c) alla mancata considerazione della circostanza che un *trust* può dirsi a favore dei creditori di un determinato soggetto solo quando

⁽⁷⁷⁾ In tali termini si è espresso Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in www.ilcaso.it, il quale ha ritenuto meritevole di tutela “*il trust con il quale il socio accomandatario di una società in accomandita semplice, al fine di favorire la liquidazione della società mediante un accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182 bis legge fall. e di prevenire quindi azioni giudiziarie e concorsuali, ha segregato i propri beni personali nominandosi trustee e gestendo e amministrando i beni nell'interesse dei creditori che hanno così assunto la qualità di beneficiari del trust*”.

⁽⁷⁸⁾ Si veda in tal senso VALAS, *op. cit.*, 109.

⁽⁷⁹⁾ Si veda l'attenta analisi svolta da REALI, *Il Trust tra tutela e frode ai creditori*, in *I Contratti*, n. 1/2008, 15 e ss.

⁽⁸⁰⁾ Ci riferiamo al soggetto socio della S.a.s. che aveva conferito i beni in *trust* al fine di garantire i creditori partecipanti all'accordo di ristrutturazione.

⁽⁸¹⁾ Il programma negoziale consisteva “nel favorire la liquidazione armonica della società, prevenendo azioni giudiziarie e procedure concorsuali”.

⁽⁸²⁾ Le due massime dell'*Equity* sono: “*He who seek equity must due equity*”- “*He who come to equity must come with clean hands*”.

⁽⁸³⁾ Nel caso di specie, la legge regolatrice del *Trust* era la legge di Jersey.

contempla tra i suoi beneficiari tutti i creditori di tale soggetto⁽⁸⁴⁾.

In relazione di questi elementi⁽⁸⁵⁾ ed in virtù del comportamento tenuto dal soggetto che aveva istituito il *trust*, la dottrina in esame enuncia che il giudice avrebbe dovuto dichiarare l'inefficacia del medesimo nei confronti dei creditori che avevano promosso l'azione, dichiarare che tali soggetti avrebbero dovuto essere regolarmente pagati⁽⁸⁶⁾ e concedere l'istanza di sospensione del provvedimento esecutivo al fine di salvaguardare gli interessi di tutti gli altri creditori che avevano partecipato alla conclusione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Secondo la giurisprudenza di merito, la *ratio* dell'istituzione del *trust* mira a realizzare un interesse meritevole di tutela e a garantire un patrimonio per evitare che creditori rimasti estranei all'accordo di ristrutturazione, che vantavano crediti contestati, potessero costituire diritti di prelazione (ipoteche) o agire *in executivis* sui cespiti conferiti nel *trust*, facendo naufragare il negozio concluso con la maggioranza, nonostante l'assicurazione di un loro "regolare pagamento" e l'omologazione da parte del Tribunale.

Si deve condividere l'assunto di chi considera che l'utilizzo del *trust* può fa sorgere un più affidabile momento di controllo sui modi e sui tempi di esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, nonché sulla configurabilità della funzione economico-sociale alla base dell'istituto *de quo*⁽⁸⁷⁾ che mira al recupero dell'attività d'impresa e alla cessazione dello

⁽⁸⁴⁾ Sulla base di tale assunto il giudice avrebbe dovuto analizzare nel dettaglio non soltanto l'atto di costituzione del *trust* ma anche il decreto di omologa dell'accordo di ristrutturazione e valutare il contegno tenuto dal debitore nei confronti dei creditori estranei all'accordo.

⁽⁸⁵⁾ Invero sono stati messi in luce anche altri elementi che non sono stati oggetto di attenta ed adeguata valutazione da parte del giudice dell'opposizione, quali: la mancata qualificazione del soggetto opponente quale "debitore" ovvero quale "terzo pignorato", la non corretta qualifica del *Trust*, identificato quale *trust* di "scopo" mentre il medesimo avrebbe dovuto essere qualificato al più quale *trust* "misto", alcuni precedenti giurisprudenziali che avevano affermato che un *trust* anche se valido perchè riconoscibile nel nostro ordinamento non può sottrarsi alla legge italiana in materia di conservazione della garanzia patrimoniale del debitore nei confronti dei suoi creditori e dei mezzi che l'ordinamento giuridico appronta per la conservazione della sua garanzia, così Trib. Firenze, 6 giugno 2002. *cit.*

⁽⁸⁶⁾ Tale conclusione trova fondamento negli stessi accordi di ristrutturazione del debito che richiedono quale condizione il pagamento integrale dei creditori rimasti estranei all'accordo.

⁽⁸⁷⁾ ROVELLI, "Il ruolo del *trust* nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis legge fallimentare", in *Il Fall.*, 2007, 595.

stato di crisi dell'impresa stessa.

Altra dottrina⁽⁸⁸⁾ è a favore della tesi secondo la quale, con la riforma fallimentare e l'introduzione del novellato istituto di accordo di ristrutturazione dei debiti, sia venuta meno l'importanza dell'utilizzo del *trust* al fine di evitare azioni cautelari ed esecutive sui beni che dovrebbero fungere da garanzia per i creditori.

Tali studiosi hanno rilevato come il *trust* deve essere considerato ancora un valido campo di applicazione della materia.

L'applicazione di tale istituto in modo congiunto all'istituto dell'accordo di ristrutturazione dei debiti con i creditori, è possibile comunque realizzare, con decorrenza dal momento stesso in cui i beni sono stati conferiti, un effetto limitativo sui medesimi, che è importante al per la procedura in esame.

L'istituto in esame consente una garanzia maggiore rispetto a quella prevista dall'art. 182 *bis* e dell'art. 67, co. 2, lett. e), l.f.

Con tale rapporto, infatti, non vi sono momenti in cui i beni del debitore sono realmente esposti alla possibile azione dei creditori individuali con la sola esclusione della possibile azione revocatoria.

L'effetto in questione è maggiore quando siano conferiti nel *trust* non soltanto i beni del debitore, ma anche quelli di soggetti terzi⁽⁸⁹⁾.

Il *trustee*, in tali casi, è in grado di controllare i beni secondo il proprio potere, con la precisazione di tenere in considerazione la realizzazione degli accordi che sono stati conclusi con i creditori.

Pare condivisibile, quindi, l'opinione della dottrina che rileva che nella summenzionata gestione e disposizione dei beni conferiti in *trust* ci sia un soggetto terzo (c.d. guardiano) che vigili sull'operato del *trustee*⁽⁹⁰⁾.

Nel caso in cui il debitore principale (in caso *trust* "auto dichiarati"), è congiuntamente disponente e *trustee* sarebbe opportuno non solo la nomina di un guardiano del *trust*, ma il conferimento della gestione del patrimonio del *trust* ad un terzo soggetto nominato dal tribunale o dai

⁽⁸⁸⁾ ZANCHI, *Osservazioni in ordine alla possibile applicazione di un trust agli accordi di cui all'art 182-bis l.f.*, in *Trusts e att. fid.*, 2008, 155 e ss.

⁽⁸⁹⁾ In tal caso i beni dei terzi non sarebbero esposti a possibili azioni cautelari od esecutive da parte dei loro creditori personali. Si consideri invece la normale costituzione in garanzia di un bene da parte del terzo al di fuori dell'istituto del *trust* (i.e. ipoteca su immobile). In questa diversa ipotesi il bene potrebbe essere oggetto di azione esecutiva in qualunque momento e determinare il venire meno dell'accordo intervenuto fra il debitore principale e i creditori.

⁽⁹⁰⁾ ROVELLI, *op. ult. cit.*, 404.

creditori.

In tal modo, si eliminerebbero quelle situazioni di autogestione patrimoniale non assistita e che potrebbero indurre gli operatori ad ipotizzare la costituzione di uno *trust* simulato (c.d. *sharm trust*)⁽⁹¹⁾ o comunque strumentale ad aggirare i diritti di taluni dei creditori del disponente che non potrebbero più rivalersi direttamente sui beni conferiti in *trust* dal loro debitore.

Solo in presenza di un terzo soggetto i creditori potrebbero godere di una ulteriore garanzia che la gestione dei beni conferiti sia orientata al reale soddisfacimento degli accordi intervenuti e secondo le intenzioni dichiarate dal disponente nell'atto istitutivo il *trust*.

Secondo l'assunto di altra parte della dottrina l'accordo di ristrutturazione dei debiti non sarebbe idoneo di per sé a raggiungere alcuni obiettivi se non attraverso un *trust* in grado di soddisfare i creditori che lo sottoscrivono.

Caso tipico è quello in cui l'imprenditore in stato di crisi abbia difficoltà ad ottenere ulteriori forme di finanziamento da parte di istituti di credito con i quali è già ampiamente indebitato.

Gli istituti intermediari di credito potrebbero allora concedere successivi termini di pagamento e concedere finanziamento per liquidare i creditori che non partecipano all'accordo qualora ottenessero una garanzia reale sul patrimonio del debitore ed altresì la possibilità di gestire direttamente quest'ultimo.

Tale garanzia potrebbe essere effettuata anche attraverso la costituzione di un *trust* istituito dal debitore avente l'obiettivo di garantire l'attuazione del piano di ristrutturazione, con trasferimento di beni al *trustee* al quale sono attribuite alcune attività nascenti dell'impresa in crisi che si accolla l'impegno di liquidare i creditori secondo quanto previsto nel piano e che restituisce l'eventuale residuo attivo al debitore.

In tali casi è l'istituto di credito che dovrebbe individuare quale *trustee* che è una società di capitali da loro designata che si accolla tale funzione di vigilanza.

In tal modo si verifica il divieto per i creditori estranei all'accordo di ristrutturazione di agire in via esecutiva sui beni dell'impresa in crisi.

Per gli stessi tale divieto è previsto anche in caso di fallimento, essendo il patrimonio esecutivo dell'accordo di ristrutturazione – ai sensi dell'art.

⁽⁹¹⁾ Si rinvia sul tema allo scritto di REALI, *op. cit.*, 20 e ss.

67 l.f., lett. e) e sarebbe esclusa la possibilità al ricorso di azione revocatoria.

Alla luce delle osservazioni suesposte ed in virtù alla recente riforma fallimentare, si deve ritenere che il *trust*, in presenza di accordi di ristrutturazione, garantisce la produzione di effetti meritevoli di tutela da parte del nostro ordinamento giuridico.

Numeri pubblicati

Anno 2007

- nr. 1 L'amministrazione nelle S.r.l. • *Simone Allodi*
- 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 • *Ernesto 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 Coda, 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*

finito di stampare
nel mese di giugno 2009

3LB srl
Osnago (LC)

nr. 24.

Il Quaderno esamina alcune delle procedure di natura giudiziale che il legislatore ha disciplinato al fine di gestire la crisi d'impresa. In tale contesto, sono evidenziati gli aspetti principali delle discipline che caratterizzano la procedura di accordo di ristrutturazione dei debiti e quella di concordato preventivo. L'analisi si rivolge, poi, agli aspetti tributari delle medesime procedure mettendo in luce le relative difficoltà interpretative ed applicative delle norme fiscali di riferimento. Il lavoro esamina, infine, il possibile utilizzo del trust quale strumento che può agevolare la conclusione di tali procedure al fine di garantire i soggetti creditori che hanno aderito alle medesime ed anche coloro che sono rimasti estranei agli accordi.

Cesare Zafarana, dottore commercialista e Consigliere dell'Ordine di Milano, con delega alla Commissione Contenzioso Tributario e alla Commissione Arbitrato. E' autore di numerose pubblicazioni sui temi della fiscalità nelle procedure concorsuali e del contenzioso tributario, tra le quali va principalmente segnalato il volume "Manuale tributario del fallimento e delle altre procedure concorsuali" (1999 - 2001 - 2007).

Mariacarla Giorgetti, avvocato e professore di Diritto processuale civile e di Diritto fallimentare, è autore di numerosissime pubblicazioni in materia di diritto processuale civile e di diritto fallimentare, tra le quali va particolarmente segnalato il volumie "Le rinunce alle impugnazioni civili", Milano 2000.

Aldo Stesuri, Dottore Commercialista dell'Ordine di Milano, Dottore in legge, Professore di diritto fallimentare Università di Bergamo, componente della Commissione Crisi d'impresa e segretario della Camera Arbitrale dell'Ordine di Milano, è autore di monografie fra le quali: "Il Nuovo fallimento" (2009), "Gli arbitrati societari" (2007), "Due Diligence" (2005).