



ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI di LECCO
CIRCOSCRIZIONE DEL TRIBUNALE DI LECCO

**COMMISSIONE DI STUDIO IN MATERIA
FALLIMENTARE E CONCORSUALE**

Il Concordato Preventivo

La situazione di crisi aziendale, le valutazioni prodromiche, la scelta della proposta concordataria alla massa dei creditori da parte degli organi societari, le diverse fasi della procedura di concordato preventivo e gli aspetti pratici ed operativi



INDICE

<u>Premessa</u>	pag. 1
<u>Capitolo 1 - Valutazioni prodromiche, situazione di crisi, scelta del concordato</u>	
1.1 "Focus" sulla crisi	pag. 2
1.2 Gli strumenti per indagare la crisi	pag. 3
1.3 L'elemento temporale	pag. 6
<u>Capitolo 2 - La domanda di concordato art. 161 L.F. Il ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo ex art. 161 L.F.</u>	
2.1 Le condizioni per la presentazione della domanda	pag. 7
2.2 I soggetti titolati alla presentazione della domanda	pag. 7
2.3 Gli adempimenti pubblicitari	pag. 7
2.4 La competenza del Tribunale	pag. 7
2.5 Forma e contenuto della domanda	pag. 8
2.6 Integrazioni e nuove produzioni	pag. 9
2.7 Tipologie di piano concordatario	pag. 9
2.8 Suddivisioni dei creditori in classi	pag. 10
2.9 Esempio di suddivisione in classi	pag. 10
<u>Capitolo 3 - Attestazione dei professionisti</u>	
3.1 Esempio di relazione ex art. 161 comma 3 L.F.	pag. 11
<u>Capitolo 4 - Le valutazioni del Commissario Giudiziale e relazione art. 172/173 L.F.</u>	
4.1 La relazione ex Art. 172 L.F.	pag. 18
4.2 La revoca dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo ex art.173 L.F.	pag. 19
<u>Capitolo 5 - La fase di approvazione e di omologa</u>	
5.1 La deliberazione del concordato preventivo ex art. 174 L.F. - 177 L.F.	pag. 22
5.2 L'omologazione del concordato preventivo ex. artt. 178 - 184 L.F.	pag. 24
<u>Capitolo 6 - L'esecuzione del concordato e ruolo del Liquidatore Giudiziale, risoluzione</u>	
6.1 Provvedimenti in caso di cessione dei beni: l'articolo 182 della L.F.	pag. 25
6.2 Il decreto di omologa del concordato preventivo	pag. 25
6.3 Il Liquidatore giudiziale	pag. 25
6.4 Il Comitato dei Creditori	pag. 26
6.5 L'esecuzione del Concordato preventivo: l'articolo 185 della L.F.	pag. 27
6.5 La risoluzione e l'annullamento del concordato: l'articolo 186 della L.F.	pag. 28

**Capitolo 7 - Profili di responsabilità civile e penale nel concordato preventivo**

7.1 I profili della responsabilità civile nel concordato preventivo	pag. 30
7.2 La crisi d'impresa: la responsabilità	pag. 32
7.3 I profili di responsabilità penale nel concordato preventivo	pag. 34
7.4 I reati penali	pag. 36
7.5 Gli altri reati penali	pag. 38
7.6 I reati del Liquidatore Giudiziale	pag. 39
7.7 I reati dei creditori e dei terzi	pag. 39

Capitolo 8 - Transazione fiscale art. 182-ter

8.1 La "nuova" transazione fiscale	pag. 40
8.2 I presupposti soggettivi	pag. 41
8.3 I presupposti oggettivi	pag. 41
8.4 Natura chirografaria e privilegiata del credito - Crediti iscritti e non iscritti a ruolo	pag. 43
8.5 Crediti tributari muniti di prelazione	pag. 44
8.6 Crediti tributari privilegiati	pag. 44
8.7 La procedura di presentazione	pag. 45
8.8 Il consolidamento del debito fiscale	pag. 47
8.9 Gli adempimenti dell'agente della riscossione	pag. 48
8.10 La procedura prevista dall'ultimo comma dell'articolo 182-ter	pag. 48
8.11 La valutazione della proposta di transazione	pag. 49
8.12 Proposta di dilazione del pagamento - Contenuto e valutazione: il pagamento	pag. 50



Premessa

Il presente lavoro è stato predisposto dalla Commissione di studio in materia fallimentare e concorsuale dell'Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Lecco con l'intento di fornire una panoramica generale sul concordato preventivo.

Non ha la pretesa di essere completo ed esaustivo, consapevoli che a causa dei limiti temporali e tecnici degli estensori non sarebbe stato possibile predisporlo in tal guisa, ma vuole costituire un semplice supporto per l'approccio alla procedura concorsuale in parola.

Sebbene l'elaborato analizzi le diverse facce del concordato preventivo, dai sintomi prodromici della situazione di crisi sino agli aspetti tecnici ed operativi delle varie fasi della procedura per arrivare alle possibili conseguenze penali, il livello di approfondimento degli argomenti trattati è parziale ed è possibile che vi siano lacune o imprecisioni.

Di questo ci scusiamo fin d'ora, sperando comunque che il lavoro possa essere in qualche modo di ausilio a chi avrà la bontà di leggerlo o solo di consultarlo.

Invitiamo il lettore a segnalare eventuali mancanze o rettifiche che provvederemo a recepire per aggiornare lo scritto.

Capitolo 1

Valutazioni prodromiche, situazione di crisi, scelta del concordato

1.1 "FOCUS" SULLA CRISI

Le imprese nel corso della loro vita, successivamente alla fase di start-up e di crescita, possono incorrere in una situazione di crisi e/o di squilibrio che, se non correttamente diagnosticata e/o qualificata, potrebbe portare l'impresa stessa ad una crisi definitiva.

Tendenzialmente, la condizione di crisi può essere ricondotta alle seguenti tipologie "tipiche":

- Crisi FINANZIARIA: l'impresa è economicamente sana (safe business) ma è in condizione di squilibrio finanziario. L'impresa manifesta la difficoltà ad essere adempiente e rischia il progressivo deterioramento di tutti i suoi indici di bilancio. E' necessario, quindi, che si attui un intervento non necessariamente strutturale finalizzato a ricapitalizzare, ristrutturare il debito, ottenere l'erogazione di nuova finanza (fonte esogena) e, non meno importante, recuperare liquidità mediante la cessione di assets "no-core" (fonte endogena).
- Crisi ECONOMICA: l'impresa è economicamente incapace di gestire marginalità positive (no-safe business) a livello "operativo". L'impresa manifesta incapacità nella gestione "tipica" a remunerare adeguatamente con i ricavi i diversi fattori produttivi impiegati (compreso il capitale). E' necessario, in tale contesto, che si attui un intervento essenzialmente strutturale finalizzato ad adeguare le funzioni di R&S, riprogettare e/o riposizionare opportunamente il prodotto, aggiornare e/o adeguare il "paniere" dei fattori produttivi impiegati, intervenire sulla "produttività" massimizzando il rapporto tra i medesimi fattori impiegati. L'impresa può anche prevedere (ad ulteriore sostegno dell'intervento) piani finanziari adeguati alla realizzazione degli obiettivi citati (sia di fonte endogena che esogena).
- Crisi MISTA o COMPLESSA: l'impresa è economicamente sana ma matura condizioni di squilibrio in relazione ad un eccessivo indebitamento ovvero l'impresa, già incapace di gestire marginalità positive a livello "operativo", aggrava la propria condizione di squilibrio anche in relazione ad un eccessivo indebitamento. Il peso (eccessivo) degli oneri finanziari azzerà o aggraverà ulteriormente le performance della gestione tipica (margin operativi). E' necessario quindi che si attui un intervento misto finalizzato alla realizzazione congiunta di tutti gli obiettivi già indicati nelle ipotesi di crisi FINANZIARIA ed ECONOMICA.

Tendenzialmente, si può affermare che:

- Lo stato di crisi ECONOMICA prelude, nel suo perdurare, ad una condizione ulteriore di crisi anche FINANZIARIA (e quindi MISTA);
- Lo stato di crisi FINANZIARIA non dipende necessariamente da una sopravvenuta e/o preesistente condizione di crisi ECONOMICA ma può essere indotta da accadimenti esterni di altra natura;
- Nella maggior parte dei casi la natura della crisi va comunque ricondotta alla tipologia MISTA o COMPLESSA.

Un "focus" tempestivo sulla natura della crisi evita di dover costringere alla gestione di una condizione MISTA o COMPLESSA, inevitabilmente più problematica.

Peraltro, se non opportunamente indagata e/o correttamente qualificata, oppure non tempe-



stivamente affrontata, il perdurare della crisi nel tempo degenera in condizioni "patologiche più gravi", ossia l'INSOLVENZA e il DISSESTO.

1.2 GLI STRUMENTI PER INDAGARE LA CRISI

Gli strumenti variano in funzione della natura della crisi (finanziaria, economica, mista o complessa) e possono essere costituiti da:

- Analisi strutturale (indici patrimoniali)
- Analisi di marginalità operativa (indici economici)
- Analisi di funzionalità (indici di equilibrio)
- Analisi di efficienza (indici di performance)

Occorre comunque svolgere una ulteriore attività, ovvero, l'analisi di tenuta prospettica (definizione del limite di "turnaround"), di cui meglio si dirà nel seguito.

Deve comunque essere tenuto in debita considerazione il fatto che l'efficacia degli interventi si riduce man mano che si passa dal primo all'ultimo stadio della crisi: quando la situazione di squilibrio si accentua, infatti, il risanamento appare difficile.

Peraltro, un impiego non opportunamente coordinato dei diversi meccanismi di analisi può NON GARANTIRE una adeguata e corretta indagine della natura e consistenza della crisi; di contro, un adeguato impiego congiunto dei diversi meccanismi può far emergere i corretti rapporti di causa/effetto, ovvero le connessioni esistenti tra le diverse componenti di crisi, assicurandone una valutazione complessiva più adeguata ed efficace.

Una indagine anche corretta ed esaustiva sulle ragioni e natura della crisi non può prescindere comunque dall'analisi delle sue prospettive dinamiche di evoluzione futura; occorre, infatti, indagare anche se le contingenze interne ed esterne all'azienda consentono ragionevolmente di far ritenere "reversibile" la condizione di squilibrio sopravvenuta

La collocazione della crisi rispetto al limite di turnaround guida la scelta dello strumento di gestione più adeguato; tendenzialmente mira ad affermare o escludere la "reversibilità" della condizione di squilibrio o crisi che a sua volta definisce opportunamente l'ottica di intervento.

Si parla di REVERSIBILITA' della crisi quando:

- a) L'analisi induce a ritenere reversibile lo stato di squilibrio o crisi;
- b) L'obiettivo è quello di ripristinare lo stato di equilibrio ed opportuna marginalità operativa;
- c) Le prospettive affermano la realizzabilità dell'obiettivo sulla base di previsioni attendibili

L'ottica di intervento è definita di "GOING CONCERN" (dell'impresa), trattandosi di interventi che mirano a recuperare le condizioni di equilibrio aziendale. In condizioni di crisi REVERSIBILI, l'impresa ha a disposizione i seguenti strumenti:

- PIANO ATTESTATO ex art. 67 3° comma lettera d) L.F.
- CONCORDATO PREVENTIVO (di risanamento o ristrutturazione) ex art.160 e ss. L.F.
- PIANO ATTESTATO (di risanamento o ristrutturazione) ex art.182-bis L.F.

Si parla, invece, di NON REVERSIBILITA' della crisi quando:

- a) L'analisi induce a ritenere non reversibile lo stato di squilibrio o crisi
- b) L'obiettivo è quello di contenere al minimo gli effetti già manifestatisi ed evitarne l'evoluzione verso condizioni patologiche di maggiore rilevanza
- c) Contenere l'aggravamento della situazione nell'ottica di estinguere le obbligazioni già assunte

L'ottica di intervento è definita di "LIQUIDAZIONE" (dell'impresa), posto che tutti gli strumenti citati sottendono appunto l'obiettivo di liquidazione dell'impresa (non necessariamente del suo business) finalizzato all'estinzione totale o parziale delle obbligazioni già contratte.



In condizione di crisi NON REVERSIBILE, l'impresa ha a disposizione i seguenti strumenti:

- CONCORDATO PREVENTIVO (di liquidazione) ex art.160 e ss. L.F.
- PIANO ATTESTATO (di liquidazione) ex art.182-bis L.F.
- FALLIMENTO ex art.1 e ss. L.F. (finalizzato anche ad un eventuale successivo concordato fallimentare)

Gli strumenti sopra citati, diversi tra di loro e da utilizzarsi in maniera differente a seconda che si tratti di crisi reversibile ovvero di crisi non reversibile, presentano appunto diverse caratteristiche che ne discriminano la varietà d'impiego, ciascuna secondo contingenze specifiche che caratterizzano la crisi stessa.

A parità di opzioni percorribili, la scelta può essere discriminata proprio dalle differenze esistenti in tali caratteristiche tra le diverse alternative disponibili.

Gli elementi distintivi da tenere in considerazione per la scelta del migliore strumento da utilizzarsi per l'indagine e la gestione della crisi possono essere così sintetizzati:

- Modalità di avvio
- Presupposti di applicabilità
- Coinvolgimento giudiziale
- Identificazione delle figure professionali coinvolte
- Ruolo e funzioni dei professionisti
- Durata
- Decorrenza ed effetti
- Esenzioni da revocatoria e responsabilità penale
- Stand still
- Prededucibilità
- Transazione fiscale ex art.182-ter L.F.
- Convenienza fiscale

Nella tabella che segue vengono dunque analizzati gli strumenti utilizzabili per la gestione della crisi in relazione agli elementi distintivi sopra citati:

	PIANO ATTESTATO	ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE	CONCORDATO PREVENTIVO
MODALITA' DI AVVIO	L'iniziativa è di natura privatistica ed è lasciata alla discrezionalità dell'imprenditore e dei suoi partners nella gestione del piano di risanamento.	Deposito da parte del debitore del ricorso, unitamente alla richiesta di omologa, della stessa documentazione prevista per il concordato preventivo, nonché dell'accordo di ristrutturazione concluso con i creditori.	Deposito da parte dell'imprenditore del ricorso, della relazione sulla situazione patrimoniale/ economica / finanziaria.
PRESUPPOSTI DI APPLICABILITA'	Situazione che comporta la necessità di ristrutturare il debito.	Stato di crisi (situazione che, nella pratica, non è dissimile dallo stato di insolvenza).	Stato di crisi (incluso lo stato di insolvenza).
COINVOLGIMENTO GIUDIZIALE	NO	Si ma con funzione di mera verifica di legittimità dell'accordo. Il Tribunale Fallimentare omologa l'accordo di ristrutturazione.	Si e con funzioni di maggiore rilevanza in termini di valutazione della convenienza e responsabilità penale. Gli organi del concordato sono il Tribunale Fallimentare, il Giudice delegato, il Commissario giudiziale.
IDENTIFICAZIONE	Secondo la dottrina e la	Il professionista è nominato dall'imprenditore e	Il professionista è nominato dall'imprenditore e



DELLE FIGURE PROFESSIONALI COINVOLTE	giurisprudenza oggi prevalenti, il professionista è nominato dall'imprenditore e deve essere iscritto nel registro dei revisori contabili ed essere un avvocato/dottore commercialista/ragioniere commercialista ovvero deve trattarsi di una società di professionisti composta dai medesimi soggetti.	deve essere iscritto nel registro dei revisori contabili ed essere un avvocato/dottore commercialista/ragioniere commercialista ovvero deve trattarsi di una società di professionisti composta dai medesimi soggetti.	deve essere iscritto nel registro dei revisori contabili ed essere un avvocato/dottore commercialista/ragioniere commercialista ovvero deve trattarsi di una società di professionisti composta dai medesimi soggetti. Ulteriori professionalità sono richieste nell'ipotesi di relazioni finalizzate al pagamento parziale dei debiti privilegiati.
RUOLO E FUNZIONI DEI PROFESSIONISTI	Il professionista deve attestare che il piano di risanamento appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria.	Il professionista deve rilasciare una relazione avente ad oggetto l'attuabilità dell'accordo e l'idoneità dello stesso ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo. Ulteriori elementi sono richiesti nell'ipotesi di avvio "preventivo" della procedura ex art.182-bis 6°co.	Il professionista deve rilasciare una relazione giurata che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano proposto ai creditori. In ipotesi di pagamento parziale dei creditori privilegiati, deve attestare la capienza massima del relativo privilegio.
DURATA	Non sono previste scadenze. Il tempo necessario alla predisposizione del piano e dell'ottenimento dell'attestazione da parte del professionista.	Non sono previste scadenze. Dopo la pubblicazione presso il registro delle imprese l'accordo è omologato salvo opposizioni dei creditori che vengono decise dal Tribunale in camera di consiglio.	La durata massima è di 8 mesi. Il decreto di omologa infatti deve essere emesso entro 6 mesi dalla presentazione del ricorso (prorogabili di ulteriori 2 mesi).
DECORRENZA EFFETTI	Una volta ottenuta l'attestazione da parte del professionista, il piano produce gli effetti previsti dall'art. 67 co. 3 lett. D) L.F. L'eventuale accordo tra le parti acquista efficacia secondo le consuete regole di diritto privato. È opportuno ottenere una data certa sia per l'attestazione che per eventuale accordo.	L'accordo acquista efficacia dalla pubblicazione presso il Registro Imprese.	Alcuni effetti (e.g. lo standstill, la sospensione delle prescrizioni, l'assenza di decadenze, l'impossibilità di acquistare diritti di prelazione), si producono dal momento del deposito del ricorso al Tribunale. La procedura si chiude con il decreto di omologazione da parte del Tribunale.
ESENZIONE DA REVOCATORIA	Sono esenti dalla revocatoria e rilevanza penale gli atti, i pagamenti, le garanzie concesse in esecuzione del piano.	Sono esenti dalla revocatoria e rilevanza penale gli atti, i pagamenti, le garanzie concesse in esecuzione dell'accordo omologato.	Sono esenti dalla revocatoria e rilevanza penale gli atti, i pagamenti le garanzie concesse in esecuzione del concordato.
STAND STILL	Lo stand-still deve essere eventualmente oggetto di specifico accordo tra il debitore e i creditori ed opera solo nei confronti di quei creditori che lo hanno accettato. I creditori sono liberi di assumere qualsiasi iniziativa sia prima che dopo la fi-	Lo stand-still opera automaticamente per 60 giorni a partire dalla data di pubblicazione dall'accordo nel registro delle imprese (quindi prima dell'omologa del tribunale) salvo la richiesta di avvio "preven-	Lo stand-still opera automaticamente dalla data di presentazione del ricorso.



	nalizzazione del piano, salvo che non siano impegnati espressamente a non agire.	tivo" ex art.182-bis 6^ comma.	
PREDEDUCIBILITA'	NO	Si, nei limiti operativi introdotti dall'art.182-quater per finanziamenti bancari, finanziamenti soci (per l'80%) e per gli oneri professionali connessi alla predisposizione dell'accordo.	Si, nei limiti operativi introdotti dall'art.182-quater per finanziamenti bancari, finanziamenti soci (per l'80%) e per gli oneri professionali connessi alla predisposizione della domanda.
TRANSAZIONE FISCALE EX ART.182-TER	Non utilizzabile.	Utilizzabile sia per i tributi sia per i contributi previdenziali e assistenziali.	Utilizzabile sia per i tributi sia per i contributi previdenziali e assistenziali.
CONVENIENZA FISCALE	Si applica il normale regime fiscale dell'imprenditore, quindi non è prevista alcuna agevolazione fiscale.	Si applica il normale regime fiscale dell'imprenditore, quindi non è prevista alcuna agevolazione fiscale.	È previsto un regime di "favor" fiscale sia per le plusvalenze da cessioni di beni (art. 86 dpr 917/86), sia per le sopravvenienze derivanti dallo stralcio dei debiti (art. 88, DPR917/86).

1.3 L'ELEMENTO TEMPORALE

Da ultimo, ma non in ordine di importanza, l'attenzione deve essere posta sull'elemento "temporale" che diventa essenziale nella scelta della migliore soluzione alla gestione di crisi. Il tempo (inteso come tempestività di intervento) è funzione diretta dell'efficacia del risultato. Valutare con TEMPESTIVITA' la gestione della crisi significa:

1. Poter svolgere le indagini "diagnostiche" sulle ragioni della crisi con maggiore attendibilità ed obiettività
2. Poter scegliere tra un novero più ampio di soluzioni
3. Assicurare la valutazione adeguata sia dell'ottica di going concern che di eventuale liquidazione
4. Poter assicurare maggiore "forza contrattuale" nella gestione della crisi
5. Non sottostare a "forzature esterne" che pregiudichino l'adeguata attuazione delle diverse scelte praticabili
6. Garantire maggiormente gli interessi dell'imprenditore
7. Contenere o minimizzare la degenerazione dei fattori di crisi
8. Evitare di incorrere in responsabilità connesse ad un ingiustificato ... ritardo!

In altre parole ... più opportunità per salvare l'impresa.



Capitolo 2

La domanda di concordato art. 161 L.F. Il ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo ex art. 161 L.F.

2.1 LE CONDIZIONI PER LA PRESENTAZIONE DELLA DOMANDA (art. 160 L.F.)

Le condizioni per poter presentare la domanda sono:

- 1) esercitare un'attività commerciale;
- 2) superare le soglie di fallibilità di cui agli art.1 e art.15 ultimo comma;
- 3) versare in stato di crisi o di insolvenza

Non sono invece più richiesti i precedenti requisiti (iscrizione al Registro Imprese; regolarità della contabilità da oltre un biennio, di non essere fallita/ammessa a procedura di concordato nel quinquennio precedente).

2.2 I SOGGETTI TITOLATI ALLA PRESENTAZIONE DELLA DOMANDA (art. 152 L.F.)

I soggetti titolati alla presentazione sono:

- l'imprenditore individuale;
- il socio accomandatario;
- l'amministratore o liquidatore sociale;

Per le società di capitali (spa, srl) e cooperative occorre la preventiva decisione del Consiglio di Amministrazione, fatta salva la diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto.

Per le società di persone (snc, sas) occorre l'approvazione dei soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale sociale (compresi i soci accomandatari).

E' esclusa qualsiasi iniziativa da parte di terzi o d'ufficio.

2.3 GLI ADEMPIMENTI PUBBLICITARI

Al fine di garantire certezza e pubblicità delle decisioni assunte dagli Amministratori di Società di Capitali e Cooperative, sono previste le seguenti forme di pubblicità:

- la decisione dell'assunzione della proposta concordataria deve essere verbalizzata da parte di un Notaio;
- tale verbalizzazione deve essere depositata ed iscritta nel Registro delle Imprese da parte del Notaio entro 30 giorni dalla delibera.

Infatti ai sensi dell'art. 2436, 1° comma, Codice Civile, tale deliberazione è soggetta alle stesse formalità di pubblicità previste per le deliberazioni di modifica dello statuto.

La verbalizzazione notarile è necessaria anche in presenza di Amministratore Unico.

2.4 LA COMPETENZA DEL TRIBUNALE (art. 9 L.F.)

La **domanda deve essere presentata** presso il Tribunale ove l'imprenditore ha la sede principale (art. 9 LF.).

I trasferimenti della sede intervenuti nell'anno antecedente alla domanda di concordato non rilevano ai fini della competenza.

2.5 FORMA E CONTENUTO DELLE DOMANDA (art. 161 L.F.)

Il ricorso (e relativi allegati) deve essere presentato in **carta libera** e depositato in **duplice copia** (di cui uno in originale) presso la Cancelleria fallimentare del Tribunale competente. Una copia rimarrà presso la cancelleria fallimentare e una verrà consegnata al Pubblico Ministero.

La domanda deve essere iscritta a ruolo previo pagamento del **contributo unificato** di € 77,00, accompagnata da una **marca da bollo** da € 8,00, e da una **visura camerale** aggiornata.

La presentazione del ricorso **non necessita l'assistenza di un legale**, e quindi può essere fatta direttamente dall'imprenditore.

Il Principio di libertà del contenuto del piano:

Secondo il principio di libertà del contenuto, il piano è determinato dal ricorrente secondo modalità e contenuti determinati liberamente, in quanto l'unico requisito espressamente richiesto dall'art.160 co. 1 è l'indicazione della modalità "di soddisfazione dei crediti".

Pertanto la legge non impone alcuna percentuale minima di pagamento dei creditori, né un limite massimo di tempo entro il quale debbano essere soddisfatti; non prevede inoltre l'obbligo di rilascio di garanzie, o cessioni di tutto o parte del patrimonio del debitore.

Criteri di valutazione delle poste di bilancio – Rinvio:

Per quanto attiene alle analisi delle poste di bilancio si fa rinvio all'elaborato relativo alla relazione del professionista ex art. 161 comma 3 L.F.

Determinazione del Fondo Spese Procedura:

All'interno del piano concordatario è importante **determinare l'importo destinato alle spese della procedura**, ovvero alla liquidazione del compenso del commissario giudiziale, del liquidatore giudiziale e degli eventuali professionisti che assistono la domanda.

Per la determinazione del compenso del commissario si deve fare riferimento ai principi sanciti dall'articolo 5 del DM 570/92, per il quale "*spettano al commissario giudiziale i compensi, determinati con le percentuali di cui all'art. 1 (che riguarda il curatore fallimentare) sull'ammontare dell'attivo e del passivo dall'inventario redatto ai sensi degli artt. 172-188 del RD 16/03/1942 n. 267*".

Per poter contenere le spese della procedura è possibile anche "nominare" liquidatore giudiziale l'amministratore o il socio della ricorrente, con mandato gratuito.

Allegati della domanda:

I documenti da allegare alla domanda concordataria sono i seguenti:

- una **situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata dell'impresa**. (Non deve essere per forza un bilancio depositato, ma assume, invece, la forma di un bilancio straordinario, aggiornato, secondo la Dottrina, ad una data non anteriore ai 120 giorni dalla presunta data di presentazione della ricorso);
- uno **stato analitico ed estimativo delle attività sottoforma di perizia giurata**;
- **elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione**. Esso deve fare riferimento non solo alle poste liquide ed esigibili, ma anche a quelle potenziali, legate ad esempio a giudizi in corso o ad accertamenti fiscali;
- **elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore** (esempio visura ipotecaria sui beni immobili);
- in caso di presenza di soci illimitatamente responsabili, il valore dei beni e i creditori particolari di ogni socio;
- **la relazione del professionista relativa alla veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano**;



- nel caso in cui si voglia proporre anche la **transazione fiscale** (ex art. 182-ter L.F.), deve essere depositata anche tale domanda.

2.6 INTEGRAZIONI E NUOVE PRODUZIONI

Il Tribunale competente in caso di inammissibilità del piano concordatario, può concedere al ricorrente un termine non superiore a 15 giorni per:

- **apportare integrazioni al piano**, senza che queste vadano ad intaccare l'integrità del piano originario;
- **produrre nuovi documenti** (es. atti e/o verbali interni alla società).

Inoltre, solo nell'ipotesi in cui siano previste condizioni più vantaggiose in termini di soddisfacimento degli interessi dei creditori, il ricorrente è autorizzato ad apportare modifiche alla domanda di concordato preventivo, sino al momento del voto da parte dei creditori stessi (art. 175, 2° comma, L.F.).

2.7 TIPOLOGIE DI PIANO CONCORDATARIO

Lettera a) art. 160 LF (cessio bonorum):

La caratteristica principale di questa tipologia di piano concordatario è l'ottica **LIQUIDATORIA**.

Si realizza con la cessione dei beni facenti parte il compendio mobiliare ed immobiliare della ricorrente il cui ricavato è destinato al soddisfacimento dei creditori.

Possono rientrare nel piano concordatario anche i beni futuri che potranno entrare nella disponibilità del debitore in un periodo successivo all'omologa a condizione che il piano ne indichi il valore e ne dimostri l'effettiva realizzabilità.

Nel caso in cui la ricorrente sia una società di persone o un imprenditore individuale, il piano concordatario dovrà necessariamente comprendere anche il patrimonio personale dell'imprenditore individuale o dei soci illimitatamente responsabili.

Si ricorda che tale tipologia di concordato non comporta il trasferimento della proprietà dei beni ceduti (spossessamento), ma solo il trasferimento, in capo agli organi della procedura, del diritto di disporre dei beni con l'intento di liquidarli.

Lettera b) art. 160 LF (con garanzia o assunzione):

La caratteristica principale di questa tipologia di piano concordatario è il **mantenimento delle attività aziendali , ovvero il loro rilancio**.

Principale differenza tra il piano concordatario con cessio bonorum e piano concordatario con garanzia o assuntore è la presenza di un assuntore che si accolla l'obbligo di adempiere alla proposta concordataria, garantendo con ciò la soddisfazione del ceto creditorio.

La legge non prevede particolari restrizioni in ordine alle tipologie di garanzie prestate dall'assuntore.

Una delle forme più ricorrente di concordato preventivo con assuntore è rappresentata dal contratto di affitto di azienda.

Concordato preventivo di Gruppo:

Tale tipologia di concordato, che prevede l'apertura di un'unica procedura in capo a società facenti parte di un gruppo, benché non risulti normata, sembra riconosciuta in alcune sentenze che danno validità a tale forma di concordato, e ciò in ossequio al principio di libertà di contenuto del piano.

2.8 SUDDIVISIONE DEI CREDITORI IN CLASSI

Il piano può prevedere la suddivisione dei creditori in classi in base:

- Alla loro **posizione giuridica**, ovvero ad esempio alla natura chirografaria o privilegiata



del credito;

- Agli **interessi economici** omogenei, ovvero alla relazione particolare che esiste tra impresa e i diversi creditori, ad esempio, fornitori, banche, ecc..

E' possibile inoltre prevedere un trattamento differenziato tra i creditori appartenenti a classi diverse (ovvero diverse percentuali di soddisfacimento).

N.B. nel caso di pagamento parziale:

- dei creditori privilegiati, il piano deve prevedere comunque una percentuale di soddisfazione pari o maggiore, rispetto a quella ottenuta mediante la liquidazione del bene o del diritto sul quale sussiste la causa di prelazione.
- Il piano deve rispettare la regola secondo cui il trattamento stabilito per ciascuna classe non può alterare l'ordine delle cause di prelazione. In tal senso, nel caso di classi di creditori privilegiati (es, erario, dipendenti, ecc) si deve garantire ai creditori con grado di prelazione superiore un trattamento non pregiudizievole rispetto al trattamento riservato ai creditori privilegiati di grado inferiore.

Principio di strumentalità:

Poiché ai sensi dell'art. 177 comma 1 L.F. *"Il concordato è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei creditori ammessi al voto. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se tale maggioranza si verifica inoltre nel maggior numero di classi.."* il debitore ricorrente può suddividere i creditori in tante classi (rispettando comunque il principio di omogeneità, e comunque in numero dispari) al fine di garantire la maggioranza prevista dall'articolo in commento.

Criteri di formazione e loro verifica:

Il debitore ricorrente deve illustrare nel piano concordatario i motivi e i criteri seguiti nella formazione delle classi di creditori e giustificare la loro diversa soddisfazione.

Ciò per dare la possibilità al Tribunale competente di verificare, in sede di ammissione alla procedura di concordato preventivo, la correttezza dei criteri di formazione delle classi

2.9 ESEMPIO DI SUDDIVISIONE IN CLASSI

La proposta prevede il pagamento al 100% dei crediti dei lavoratori dipendenti (ex art. 2751 bis n. 1) e il pagamento in percentuale dei restanti creditori per i quali è prevista la suddivisione in 5 classi (per la quarta è proposta di transazione fiscale):

- 1) Professionisti (ex art. 2751 bis n.2c.c.) \iff pagamento al 25%;
- 2) Cooperative (ex art. 2751 bis n.5 c.c.) \iff pagamento al 20%;
- 3) Enti previdenziali ed assistenziali (ex art. 2753 c.c) \iff pagamento al 14%;
- 4) Creditori privilegiati tra i quali l'Erario aventi privilegio generale o speciale pari o inferiore al XIX grado \iff pagamento al 12,5%;
- 5) Tutti i creditori chirografari (compresi quelli declassati al chirografo per effetto del pagamento parziale) \iff pagamento al 10%

La proposta con tale contenuto è stata considerata ammissibile ed il concordato è stato aperto (Tribunale di Milano, 16/04/2008).



Capitolo 3

Attestazione dei professionisti

3.1 Esempio di relazione ex art. 161 comma 3 della L.F.

Il presente capitolo si compone di un esempio di relazione predisposto dalla Commissione di Studio rivolto a tutti i professionisti che devono intraprendere l'esperienza professionale di assumere il ruolo del c.d. esperto attestatore.

“(inizio esempio)

TRIBUNALE DI
SEZIONE

SOCIETA':
SEDE LEGALE:
PARTIVA IVA/CODICE FISCALE:

CAPITOLO 1 – INTRODUZIONE

- 1.1 PREMESSA
- 1.2 METODOLOGIA DI LAVORO
- 1.3 LA DOCUMENTAZIONE

CAPITOLO 2 – LA VERIDICITA' DEI DATI AZIENDALI

- 2.1 LA SITUAZIONE PATRIMONIALE ALLA DATA
- 2.2 ANALISI DELLE POSTE DI BILANCIO E RETTIFICHE DEL PROFESSIONISTA
- 2.3 LA SITUAZIONE PATRIMONIALE POST-RETTIFICHE

CAPITOLO 3 – LA FATTIBILITA' DEL PIANO CONCORDATARIO

- 3.1 DOCUMENTAZIONE A SUPPORTO DELLA PROPOSTA
- 3.2 NOTE SULLA FATTIBILITA'

CAPITOLO 4 – ATTESTAZIONE DELLA VERIDICITA' DEI DATI AZIENDALI E DELLA FATTIBILITA' DEL PIANO

CAPITOLO 1 – INTRODUZIONE

1.1 PREMESSA - OBIETTIVO DELLA RELAZIONE

Il professionista incaricato deve attestare:

- a) che i dati aziendali ivi contenuti siano veritieri (cioè rappresentino fedelmente la situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa)
- b) che il piano su cui si basa la proposta concordataria sia fattibile (attendibilità, sostenibilità e coerenza del piano).

Oggetto:

Paragrafo introduttivo ove il professionista incaricato, in maniera succinta, riferirà circa le sue competenze, l'incarico ricevuto ed i punti salienti su cui si basa la proposta concordataria.

Testo:



Il sottoscritto _____ nato a _____ il _____, con studio in _____ Codice Fiscale _____ iscritto all' Albo dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili della Provincia di _____ al n. _____,

p r e m e s s o,

- a) che la società _____ (di seguito anche "Debitore") intende presentare / ha presentato in data _____ al Tribunale di _____ ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo ex art. 160 R.D. 267/42;
- b) che detta proposta ha offerto il pagamento del ___% creditori privilegiati ed il pagamento del ___% dei creditori chirografari entro ___ mesi dalla omologazione del concordato;
- c) che la società _____ ha conferito al sottoscritto l'incarico di predisporre la Relazione prevista dal 3° comma dell'art. 161 L.F.;
- d) che il sottoscritto è in possesso dei requisiti previsti dall'art. 67 terzo comma lett. d) L.F.;
- e) che non sussiste per il sottoscritto alcuna delle cause di incompatibilità di cui all'art. 28 – 2° comma L.F.;

t u t t o c i ò p r e m e s s o

il sottoscritto ha predisposto la seguente relazione.

1.2 METODOLOGIA DI LAVORO

Oggetto:

Descrivere la metodologia di lavoro adottata dal professionista incaricato.

Testo:

Al fine di appurare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano presentato dal Debitore ai sensi dell'art. 161 L.F. (nel seguito anche "Piano"), nella seguente relazione si procederà all'analisi delle voci dell'attivo patrimoniale, rinvenibili dalla situazione patrimoniale ed economica della _____ alla data del _____, per poi procedere alla stima del valore di presumibile realizzo / alla determinazione del *fair value*, e valutare la congruità dei valori indicati nel Piano.

Si procederà, inoltre, in relazione alle previsioni della proposta del Debitore, alla stima del valore di presumibile realizzo di quegli *assets* che, pur non trovando allocazione nella situazione patrimoniale, redatta secondo criteri civilistici, sono suscettibili di autonomo realizzo e quindi utilizzabili per l'estinzione del debito concordatario.

Verrà poi illustrata la situazione debitoria della Società, già presentata nel Piano, al fine di verificare la fattibilità di quest'ultimo in termini di percentuale di attivo distribuibile ai creditori.

1.3 LA DOCUMENTAZIONE

Oggetto:

Descrivere la documentazione contabile, fiscale e societaria ricevuta ed analizzata ai fini della presente relazione; inserire il riferimento ad eventuali informazioni ricevute dall'Organo Amministrativo, dai componenti del Collegio Sindacale, ovvero ogni altra informazione ricevuta ed utile alla relazione.

Testo:

Al fine di procedere nell'elaborazione della presente relazione il sottoscritto ha acquisito ed analizzato la seguente documentazione:

- a) domanda di ammissione alla procedura;
- b) bilancio al _____
- c) situazione patrimoniale al _____
- d) schede contabili _____
- e) impegni irrevocabili di acquisto;



- f) prospetto rimanenze di magazzino / lavori in corso di esecuzione/ultimazione;
- g) contratti di locazione finanziaria;
- h) libro inventari;
- i) libro verbali delle assemblee dei soci;
- j) libro verbali delle adunanze del Consiglio di Amministrazione;
- k) libro verbali delle adunanze del Collegio Sindacale;
- l) libro verbali del Revisore legale dei Conti;
- m) registro dei cespiti ammortizzabili
- n) corrispondenza societaria;
- o) _____
- p) _____
- q)

Sono inoltre state raccolte informazioni dal Presidente del Consiglio di Amministrazione / Amministratore Unico della società, dal Presidente del Collegio Sindacale e dal Revisore Legale dei conti.

CAPITOLO 2 – LA VERIDICITA' DEI DATI AZIENDALI

2.1 LA SITUAZIONE PATRIMONIALE ALLA DATA

Oggetto:

Inserire la situazione patrimoniale contabile della società, alla data più recente possibile.

Testo:

Trascrivere la situazione patrimoniale

2.2 ANALISI DELLE POSTE DI BILANCIO E RETTIFICHE DEL PROFESSIONISTA

Oggetto:

Procedere ad analizzare le singole poste di bilancio, specificando le considerazioni effettuate ed il criterio di valutazione utilizzato, oltre alle conseguenti, eventuali, rettifiche che si ritiene di apportare, rispetto alla situazione patrimoniale contabile.

Testo

In considerazione della molteplicità delle casistiche che il professionista attestatore potrebbe trovarsi ad affrontare in merito all'analisi delle poste contabili, si è ritenuto opportuno non fornire uno schema di testo standard, che, in quanto tale, rischierebbe di non essere concretamente utilizzabile.

Si è preferito fornire le note esplicative delle verifiche da effettuare e dei criteri di valutazione da adottare per le singole voci di bilancio, quando necessario distinguendo tali elementi nelle ipotesi di *piano liquidatorio* e *piano dinamico*.

Immobilizzazioni immateriali e materiali:

- a) Verificare la titolarità giuridica dei beni in capo al debitore;
- b) Verificare la libera disponibilità (gravami, vincoli che ne impediscano la loro alienabilità o il libero scambio);
- c) Verificare a campione l'esistenza fisica dei beni;
- d) In caso di *piano liquidatorio* verificare il corretto valore da attribuire alle immobilizzazioni, anche mediante il ricorso a perizie estimative giurate tenendo presente il grado di effettiva liquidità del bene, i tempi di presumibile realizzo e la capacità di assorbimento del mercato;
- e) In caso di *piano dinamico* individuare l'utilità futura dei beni al fine di verificare se gli am-



mortamenti programmati consentono la piena ricostituzione delle immobilizzazioni, in un'ottica di prosecuzione dell'attività, e che siano compatibili con i risultati economici previsti.

- f) Nel caso sia presente una proposta irrevocabile di acquisto di un cespite aziendale contenuta nel piano accertare la genuinità, la veridicità e la serietà della proposta, verificando altresì i poteri di colui che l'ha sottoscritta.
- g) Nel caso siano presenti acconti per immobilizzazioni in corso valutare se il piano prevede o meno il completamento dell'immobilizzazioni e/o il suo acquisto nei termini contrattuali; nel primo caso l'attestatore potrà mantenere in essere tale posta patrimoniale, diversamente dovranno essere analizzate le pattuizioni contrattuali (in termini di recuperabilità o perdita degli acconti versati) per verificare se tale valore possa essere mantenuto o meno.
- h) Nel caso siano in essere contratti di locazione finanziaria occorrerà valutare se il piano prevede che al termine del contratto venga esercitata la facoltà di riscatto; in tal caso il cespite oggetto della locazione dovrà essere rilevato tra le immobilizzazioni materiali anche se il passaggio di proprietà non si sia ancora verificato, ad un valore corrispondente al *fair value* o, se minore, al valore attuale dei pagamenti ancora dovuti per il leasing¹.

Immobilizzazioni finanziarie:

- a) Verificare la titolarità giuridica in capo al debitore;
- b) Verificare la libera disponibilità (gravami, vincoli che ne impediscano la loro alienabilità o il libero scambio);
- c) Per le partecipazioni societarie verificare la congruità dei valori indicati previo esame dei bilanci delle partecipate;
- d) Per i crediti verificare
 - l'esistenza ed il valore, attraverso una conferma esterna del saldo dovuto;
 - la congruità dell'ammontare secondo il presumibile valore di realizzo, tenendo conto di rischio di inesigibilità e di oscillazione cambi nel caso di crediti in valuta straniera.

Giacenze di magazzino:

- a) Verificare l'esistenza fisica dei beni.
- b) Verificare la congruità del valore esposto in base al valore di realizzo desumibile dall'andamento del mercato, tenendo presente che il debitore si trova in procedura concorsuale e quindi soggetto alle peculiarità del mercato coattivo.
- c) In relazione ai lavori in corso su ordinazione, sarà necessario
 - acquisire i dettagli delle commesse ivi indicate, per verificarne la consistenza rispetto al dato contabile;
 - verificare, in base alle pattuizioni contrattuali, il rischio di inadempienza del debitore e, quindi, il rischio di soccombenza, prevedendo, se non già appostate in bilancio, importi da imputare a riserve, distinto dal valore delle commesse.
 - Verificare l'esistenza di ritenute a garanzia sulle commesse e, in base alle pattuizioni contrattuali ed alle informazioni conosciute, il rischio di perdita di tali ritenute.

Crediti commerciali:

- a) Verificare esistenza ed ammontare, attraverso una conferma esterna del saldo dovuto;
- b) Verificare la congruità dell'ammontare secondo il presumibile valore di realizzo, tenendo conto di rischio di inesigibilità (anzianità del credito, tentativi di recupero, contestazioni) e di oscillazione cambi nel caso di crediti in valuta straniera.

Crediti fiscali/previdenziali:

- a) Verificare esistenza ed ammontare, attraverso l'analisi delle dichiarazioni fiscali/previdenziali.

¹ In tal caso il tasso di attualizzazione è rappresentato dal tasso di interesse implicito del contratto di leasing o, in alternativa, da tasso marginale di indebitamento



- b) Verificare l'esistenza di passività fiscali e/o previdenziali (certificazioni di regolarità fiscale, DURC, esame degli importi iscritti a ruolo presso l'Agente della riscossione) che possano impedire o limitare l'utilizzo o la riscossione dei crediti fiscali / previdenziali.

Disponibilità liquide:

- a) Accertare la consistenza fisica della cassa, anche mediante la sua ricostruzione a ritroso tenendo conto dei movimenti di entrata ed uscita nel frattempo intervenuti;
b) Accertare la coincidenza dei saldi contabili dei rapporti intrattenuti con gli istituti bancari con la documentazione bancaria.

Fondi rischi ed oneri:

Verificare l'avvenuta appostazione in bilancio di fondi a copertura dei rischi derivanti da contenziosi legali, fiscali, previdenziali ovvero contrattuali (risarcimenti e/o penali) nel caso di contratti incidenti sui ricavi attuali e futuri (appalti, forniture, ecc..).

Trattamento fine rapporto lavoro e/o similari:

Verificare la coincidenza dei fondi appostati con quanto previsto contrattualmente nei confronti dei lavoratori dipendenti e/o autonomi (TFM).

Debiti:

- a) Verificare la consistenza dei debiti verso fornitori, attraverso l'analisi delle schede di mastro e mediante una conferma esterna di controparte del debito residuo, comprensivo di oneri accessori, legali e finanziari².
b) In caso di fornitori muniti di privilegio verificare se sono stati adeguatamente considerati gli interessi dovuti sulla parte offerta in pagamento.
c) Verificare le passività verso istituti bancari, attraverso il riscontro degli estratti conto bancari e dei piani di ammortamento dei finanziamenti/mutui, considerando anche l'entità degli interessi già maturati sino alla data di presentazione del ricorso.
d) Verificare l'esistenza di passività fiscali e/o previdenziali (certificazioni di regolarità fiscale, DURC, esame degli importi iscritti a ruolo presso l'Agente della riscossione).
e) In caso di presenza di debiti verso soci analizzare l'elemento costitutivo del debito (anticipazione, finanziamento fruttifero/non fruttifero) al fine di verificare l'ammontare del capitale residuo, gli interessi passivi maturati, e le ipotesi di postergazione e/o rinuncia da parte dei soci.

Fondo spese procedura:

Verificare l'avvenuta appostazione nella situazione patrimoniale di un fondo a copertura delle spese da sostenere per la prevedibile durata della fase concordataria, in relazione alla gestione della società (ad esempio personale, liquidatore sociale, consulenti, collegio sindacale, spese generali) ed all'instaurarsi della procedura ed alla liquidazione dei beni (ad esempio consulenti legali, peritali, commissario e/o liquidatore giudiziale, coadiutori).

Rischi o garanzie:

- a) Verificare nei conti d'ordine la rilevazione dei rischi o garanzie che potrebbero riverberare negativamente sia sul conto economico previsionale posto a fondamento del piano, sia sull'ammontare dei debiti risultante dal previsionale patrimoniale.
b) Verificare l'esistenza di cessioni di credito pro solvendo, che potrebbero comportare il rischio per il cedente di essere chiamato a rispondere per il pagamento in quanto obbligato in via di regresso.
c) Verificare l'esistenza di avalli, fidejussioni, ipoteche, pegni prestati a favore di terzi per debiti di questi ultimi, oppure di altre forme di garanzia, quali lettere di patronage "impegna-

² Gli interessi convenzionali o legali sui debiti scaduti cessano di maturare dalla data di presentazione del ricorso ad eccezione dei debiti assistiti da garanzia ipotecaria, pegno o privilegio.



tivo" contenenti dichiarazioni di mantenimento della solvibilità o di assunzione di perdite.

2.3 LA SITUAZIONE PATRIMONIALE POST-RETTIFICHE

Oggetto:

In maniera dettagliata, ovvero elencando voce per voce i dati dello stato patrimoniale, il professionista, partendo dalla situazione patrimoniale posta a base del piano, effettuerà le eventuali rettifiche, così da poter aggiornare il dato contabile ai valori attuali.

Alla fine del presente paragrafo si potrà disporre di una situazione patrimoniale "a valori attuali" della società.

Testo:

Trascrivere la situazione patrimoniale post rettifiche.

CAPITOLO 3 - LA FATTIBILITA' DEL PIANO CONCORDATARIO

3.1 DOCUMENTAZIONE A SUPPORTO DELLA PROPOSTA

In questo paragrafo si ritiene opportuno indicare anzitutto se la proposta abbia come scopo la prosecuzione o meno dell'attività d'impresa.

Inoltre è necessario inserire i fondamenti su cui si basa la realizzazione della proposta concordataria e se presenti si citeranno: proposte irrevocabili di acquisto dell'attivo patrimoniale, contratti di affitto d'azienda, ecc..

In successivi sub-paragrafi si analizzeranno singolarmente e dettagliatamente i documenti che stanno alla base di quanto sopra esposto, ad esempio saranno analizzati i termini, le modalità, le condizioni, il corrispettivo, le garanzie, la durata ovvero ogni altra informazioni utile ad una migliore comprensione dei documenti su cui si fonda la proposta concordataria.

3.2 NOTE SULLA FATTIBILITA'

Il professionista, considerando i dati aziendali analizzati nel capitolo 2, ed i fondamenti su cui si basa la proposta come analizzati precedentemente, in questo paragrafo effettuerà l'analisi della fattibilità o meno del piano concordatario, che sarà differente in considerazione che ci si trovi di fronte ad un piano di tipo liquidatorio o dinamico³.

La fattibilità del piano deve essere valutata secondo:

- a) l'attendibilità del piano (cioè se formulato su ipotesi realistiche e giustificabili e se i risultati finali sono ragionevolmente in grado di conseguire il risanamento dell'esposizione debitoria ed il riequilibrio della situazione finanziaria);
- b) la sostenibilità del piano (valutazione se le risorse finanziarie e manageriali siano in grado di realizzare il piano)
- c) la coerenza del piano (assenza di elementi contraddittori nel piano)

CAPITOLO 4 – ATTESTAZIONE DELLA VERIDICITA' DEI DATI AZIENDALI E DELLA FATTIBILITA' DEL PIANO

Oggetto:

A seguito delle analisi e delle osservazioni compiute nei capitoli 3 e 4 incaricato, in questo ultimo paragrafo,

³ Quanto alla fattibilità, il professionista, deve operare considerazioni diverse, a seconda del tipo di piano proposto:

- se **liquidatorio**, l'attestazione deve formulare una prognosi di successo circa le operazioni di vendita dell'attivo;
- se **dinamico**, ovvero finalizzato al prosieguo dell'impresa, si devono valutare comparativamente le ipotesi alternative ed indicare gli obiettivi e le risorse che permettano all'impresa il recupero di una condizione di equilibrio nel corso del tempo.



- attesta (o meno) che i dati aziendali alla base del piano concordatario sono veritieri;
- relaziona circa gli aspetti critici del piano;
- formula un giudizio (attestazione) circa la fattibilità (o meno) del piano su cui si basa la proposta concordataria.

Testo

Il sottoscritto _____ nato a _____ il _____, con studio in _____ Codice Fiscale _____ iscritto all' Albo dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili della Provincia di _____ al n. _____,

VISTI

- i documenti allegati alla domanda di ammissione alla Procedura di Concordato Preventivo predisposta dal Debitore;
- la situazione economica, patrimoniale e finanziaria della _____ alla data del _____;
- lo stato analitico delle attività e delle passività alla data del _____;
- il Piano per l'ammissione alla Procedura di Concordato Preventivo predisposto dal Debitore,

ATTESTA

- la veridicità dei dati aziendali nell'ambito della domanda di ammissione alla procedura di Concordato preventivo di cui agli artt. 160 e segg. L.F. della _____;
- che non ci sono elementi per escludere la fattibilità del Piano di Concordato proposto dalla _____ al soddisfacimento delle passività sociali nella misura e nei tempi previsti nell'istanza di ammissione alla Procedura di Concordato preventivo di cui agli artt. 160 e segg. L.F. della _____

ALLEGATI:

allegare tutti i documenti che sono stati oggetto di analisi da parte del professionista incaricato.

(fine esempio)“



Capitolo 4

Le valutazioni del Commissario Giudiziale e relazione artt. 172/173 L.F.

4.1 LA RELAZIONE EX ART. 172 L.F.

Dopo aver inviato la comunicazione ex articolo 171 L.F. a tutti i creditori, il Commissario Giudiziale procede con l'analisi e la verifica di tutta la documentazione allegata al ricorso .

Il Commissario Giudiziale deve riscontrare la veridicità dei dati contabili e la fattibilità del piano proposto dalla debitrice, e ciò viene esplicitato attraverso la redazione della relazione ex articolo 172 L.F. nella quale il Commissario Giudiziale dovrà esprimersi in merito alla fattibilità o meno della proposta concordataria.

Il Commissario Giudiziale deve innanzitutto richiedere al debitore l'aggiornamento della contabilità alla data più prossima possibile a quella di presentazione della domanda di concordato preventivo e, dopo avere esaminato attentamente le scritture contabili, la regolarità della tenuta delle stesse, e dei libri sociali, la relazione dell'esperto, e lo stato analitico di tutte le attività e passività, deve procedere al confronto delle risultanze così ottenute, con quelle emerse a seguito delle comunicazioni dei debitori, ai quali, ex articolo 171 L.F., viene chiesto di indicare il proprio credito e gli eventuali privilegi.

Le analisi del Commissario Giudiziale devono vertere sia sul passivo che sull'attivo.

Per ciò che concerne la quantificazione del passivo, il Commissario Giudiziale non deve procedere alla formazione di un vero "stato passivo" ma deve dettagliare il nominativo di tutti i creditori, con il relativo ammontare del credito, nonché la natura dello stesso.

E ciò, al fine di determinare le maggioranze necessarie per la votazione (la liquidazione dei crediti spetterà invece al liquidatore).

E' importante segnalare che, ai fini della quantificazione dei debiti, dalla data di presentazione del ricorso cessano di maturare gli interessi convenzionali o legali sui debiti scaduti, con la sola eccezione dei debiti assistiti da garanzia ipotecaria, pegno o privilegio.

Il Commissario Giudiziale deve tenere conto della maturazione di tali interessi nel computo del fabbisogno concordatario che dovrà determinare ed esporre nella relazione ex articolo 172 L.F., iscrivendo un apposito fondo costituito dagli interessi che continuano a maturare dalla data di presentazione della domanda fino al presumibile giorno del pagamento delle somme.

Per quanto riguarda l'attivo, il Commissario Giudiziale deve, per le varie posizioni creditorie, effettuare una sorta di circolarizzazione dei crediti, in modo tale da iscrivere nella situazione ex articolo 172 L.F. le poste di sicuro realizzo e stralciare quelle di dubbia esigibilità. Il Commissario Giudiziale per ciò che concerne le immobilizzazioni materiali, nonché le rimanenze da magazzino, deve nominare un perito al fine della loro valorizzazione.

Ovviamente, nell'accertare l'attivo, il modus operandi del Commissario Giudiziale deve essere assolutamente prudentiale.

La relazione ex art. 172 L.F., deve prevedere una parte generale, introduttiva, in cui il Commissario Giudiziale illustra la domanda del debitore, la suddivisione in classi nella stessa previste e le relative percentuali di soddisfacimento proposte; in questa parte la relazione deve recepire in toto la proposta della ricorrente e successivamente, illustrare le risultanze delle verifiche effettuate dal Commissario Giudiziale, con la determinazione di una propria situazione concordataria e quindi la rideterminazione del fabbisogno concordatario.

Il Commissario Giudiziale ha l'onere di quantificare tutte le spese per il funzionamento e la gestione della procedura nel periodo intercorrente tra l'ammissione e l'omologa, oltre ai

compensi degli organi giurisdizionali, degli esperti nominati e la quantificazione delle spese. La situazione rettificata dal Commissario Giudiziale deve altresì prevedere l'appostazione di fondi necessari per i rischi nonché i costi futuri probabili e non solo possibili.

Nella relazione oltre ai dati numerici il Commissario Giudiziale deve comunque rendere noto ai creditori, le cause del dissesto della società ricorrente, eventuali dubbi e problemi connessi alla convenienza per i creditori ad accettare il concordato preventivo, connessi altresì alla realizzabilità della proposta concordataria, ed anche eventuali riserve sulla correttezza dei dati contabili riscontrati.

Con l'espressione del proprio parere in merito alla fattibilità del piano proposto dalla debitrice, il Commissario Giudiziale pone i creditori nella condizione di esprimere consapevolmente il proprio voto.

Qualora il Commissario Giudiziale presenti la relazione ex articolo 172 L.F. prevedendo la non fattibilità del piano concordatario proposto, la società debitrice prima dell'adunanza dei creditori, ha la possibilità di modificare ed integrare la proposta concordataria.

In questo caso, l'adunanza dei creditori viene differita. La società ricorrente dovrà quindi riformulare la propria proposta che deve essere accompagnata da una nuova relazione ex art. 161 L.F. (attestazione del professionista).

Al Commissario Giudiziale verrà dato un nuovo termine per il deposito della relazione ex art. 172 L.F., relativa alla proposta modificata ovvero integrata.

4.2 LA REVOCA DELL'AMMISSIONE ALLA PROCEDURA DI CONCORDATO PREVENTIVO EX ART. 173 L.F.

La norma prevede che nell'intervallo temporale intercorrente tra il decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo ed il successivo decreto di omologa vi siano due tipologie di eventi che possono comportare l'interruzione della procedura concordataria con la conseguente revoca dell'ammissione e, se ne sussistono i presupposti, con la dichiarazione di fallimento del debitore.

Il primo gruppo di eventi, qualificabili come "atti di frode", si riferisce a comportamenti posti in essere del debitore anteriormente all'apertura del concordato, quali:

- l'aver occultato o dissimulato parte dell'attivo;
- l'aver omesso dolosamente di denunciare uno o più crediti;
- l'aver esposto passività inesistenti;
- l'aver commesso altri generici atti di frode.

Si tratta in sostanza di atti che pregiudicano la posizione dei creditori del concordato, con diretto vantaggio dell'imprenditore. Come peraltro precisato dalla stessa giurisprudenza di merito (Cfr. Tribunale di BARI 09/06/2010), con il termine "atti di frode" si intendono "... *tutti quegli atti o quei comportamenti posti in essere dal debitore al solo fine di frodare le ragioni del ceto creditorio* ..."; nell'ambito del concordato, dunque, la fraudolenza deve essere valutata non con riferimento alla natura civilista o penalistica degli atti stessi, ma all'interno della procedura concorsuale.

Si tratta, per esempio, di atti posti in essere per falsare la rappresentazione economico, finanziaria e patrimoniale del debitore, e quindi per volutamente trarre in inganno i creditori e influenzarne la manifestazione di voto.

Il secondo gruppo di eventi si riferisce invece a comportamenti del debitore successivi all'apertura del concordato siano essi "atti in frode ai creditori" o "atti non autorizzati", ovvero atti eccedenti l'ordinaria amministrazione compiuti dal debitore senza la preventiva autorizzazione del Giudice Delegato.

Il Commissario Giudiziale, qualora venga a conoscenza dell'esistenza di tali atti, deve riferirne immediatamente al Tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato sulla base di quanto accertato dal Commissario Giudiziale stesso.

Il Tribunale deve inoltre comunicare al Pubblico Ministero e ai creditori l'avvenuta apertura del procedimento di revoca dell'ammissione al concordato, procedimento che si svolge nella



forma dell'istruttoria pre-fallimentare e che prevede quindi la convocazione del debitore (e di eventuali creditori istanti) in Camera di Consiglio.

All'esito del procedimento, il Tribunale provvede con decreto.

La partecipazione del Pubblico Ministero è giustificata dalla necessità di tutelare l'interesse pubblico in presenza degli atti di frode posti in essere del debitore che, seppur indipendentemente dalla loro natura, hanno comunque valenza penalistica; infatti, l'esistenza di uno o più atti di frode non solo è idonea a far cessare la procedura aperta ma deve in qualche modo impedire che il concordato venga omologato.

Posto che l'articolo 6 della Legge Fallimentare prevede che il fallimento possa essere dichiarato, oltre che su ricorso del debitore, anche su ricorso di uno o più dei creditori o su richiesta del Pubblico Ministero, la revoca dell'ammissione al concordato preventivo non fa scattare "d'ufficio" il fallimento del debitore.

Per questo motivo, all'udienza fissata per la revoca vengono di norma convocati (oltre al Pubblico Ministero) anche i creditori "più importanti" in termini di esposizione creditoria, per dar loro la possibilità di agire e di presentare, se del caso, la richiesta di dichiarazione di fallimento a carico del debitore.

Il Tribunale quindi, se vi è l'istanza di almeno un creditore o se vi è la richiesta del Pubblico Ministero, accertati comunque i presupposti di fallibilità e la sussistenza dell'insolvenza può dichiarare il fallimento del debitore con sentenza contestuale al decreto di revoca del concordato; tale sentenza è soggetta a reclamo, a norma dell'art.18 L.F.

In caso di revoca del concordato e contestuale dichiarazione di fallimento a carico del debitore, si pone inoltre il problema di appurare se si è o meno in presenza di consecuzione di procedure, al fine di correttamente determinare la data di decorrenza degli effetti del fallimento stesso; si pensi, ad esempio, al termine da cui far decorrere il c.d. periodo sospetto nell'ambito delle azioni revocatorie.

Nel vigore della disciplina previgente, nell'ipotesi in cui alla procedura di concordato preventivo seguiva il fallimento, era ritenuto applicabile il principio delle consecuzione delle procedure con retrodatazione degli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento alla data della presentazione della domanda di ammissione al concordato; ciò perché tanto il fallimento quanto il concordato preventivo si basavano sullo stesso presupposto, ossia lo stato di insolvenza dell'imprenditore.

La nuova formulazione dell'art.160 L.F. al contrario prevede che il concordato preventivo possa essere proposto dall'imprenditore che si trova in stato di crisi, pur con la precisazione all'ultimo comma del medesimo articolo che "*per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*".

Tale ultimo assunto chiarisce quindi che il requisito dello stato di crisi per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo deve comprendere sia la situazione di insolvenza vera e propria sia uno stato di difficoltà economico-finanziaria non necessariamente destinato ad evolversi nella definitiva impossibilità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni. I presupposti per accedere alle due procedure sembrano comunque essere differenti: insolvenza per il fallimento e generico stato di crisi per il concordato.

Con Sentenza n.18437 del 06/08/2010 la Suprema Corte si è espressa al riguardo, affermando il presupposto che "*... qualora a seguito di una verifica a posteriori venga accertato, con la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore, che lo stato di crisi in base al quale ha chiesto l'ammissione al concordato preventivo era in realtà uno stato di insolvenza, l'efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento ... deve essere retrodatata alla data di presentazione della domanda di concordato preventivo ...*".

La Suprema Corte ha dunque ribadito quanto affermato dalla dottrina prevalente, ovvero che, in generale, se al concordato segue il fallimento, la consecuzione non sussiste, a meno che sia possibile provare che al momento dell'apertura del concorso era già insolvente.

Infine si precisa che le disposizioni di cui all'art. 173 L.F. sono applicabili in qualsiasi momento del concordato, qualora risulti che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato.

Capitolo 5

La fase di approvazione e di omologa

5.1 LA DELIBERAZIONE DEL CONCORDATO PREVENTIVO EX ARTT. 174 E 177 L.F.

L'adunanza è il momento principale della procedura di Concordato Preventivo, poiché è soprattutto in tale sede che si forma il consenso dei creditori sulla proposta di concordato.

L'art. 174 L.F. stabilisce le modalità di svolgimento dell'adunanza, presieduta dal Giudice Delegato, prevedendo che:

- ogni creditore può farsi rappresentare da un mandatario speciale, munito di procura che può essere scritta, senza formalità, anche sull'avviso di convocazione;
- il debitore deve intervenire personalmente, salvo il caso di assoluto impedimento che deve essere accertato dal G.D. (in tal caso può anch'egli farsi rappresentare da un mandatario speciale);
- possono partecipare all'adunanza anche i coobbligati, i fideiussori e gli obbligati in via di regresso.

I successivi articoli della L.F. prevedono che l'adunanza dei creditori si articoli in due fasi:

- la fase della discussione (175 e 176 L.F.);
- la fase della votazione (177 L.F.).

La prima fase dell'adunanza (fase della discussione) prevede che il Commissario Giudiziale, che deve intervenire personalmente, illustri brevemente la relazione redatta ai sensi dell'art. 172 L.F., nonché la proposta definitiva presentata dal debitore. Si rammenti che il debitore può modificare la proposta sino all'apertura delle operazioni di voto.

Ciascun creditore può:

- esporre le proprie ragioni per le quali ritiene ammissibile o meno la proposta di concordato;
- formulare osservazioni o richieste di chiarimento al Commissario Giudiziale, nonché al debitore;
- contestare l'ammissibilità dei crediti concorrenti, sia in relazione all'ammontare degli stessi, sia in merito al diritto di voto. La contestazione può essere sollevata anche dallo stesso debitore.

Sulla contestazione, che viene espressa oralmente nel corso dell'adunanza anche mediante la produzione di prove documentali, decide il G.D. a seguito di una *summaria cognitio*.

I provvedimenti adottati dal G.D. in sede di discussione della proposta e concernenti la sussistenza, l'ammontare e la natura dei crediti hanno efficacia limitata ai soli fini della legittimazione al voto e del calcolo delle maggioranze.

In tal senso il G.D. può ammettere, ai soli fini del voto, i crediti contestati in tutto o in parte, senza che ciò pregiudichi le pronunce definitive sui crediti medesimi. Le controversie in relazione all'ammontare ed all'esistenza del credito sono, infatti, risolte in sede di giudizio ordinario dinnanzi al giudice competente.

I creditori non ammessi al voto possono opporsi all'esclusione in sede di omologa del concordato e solamente se il loro voto fosse stato determinante nella formazione delle maggioranze.

La seconda fase (fase della votazione) è, come già detto, l'elemento centrale dell'intera procedura: il concordato è approvato dalla maggioranza dei crediti ammessi al voto.

Rispetto al passato ove il voto dei creditori era una condizione necessaria ma non sufficiente per l'omologa del concordato, essendo prevista una doppia maggioranza (per numero – maggioranza dei votanti - e per importo - 2/3 di crediti ammessi al voto) ed un maggior con-



trollo da parte del Tribunale (che verificava la convenienza e la meritevolezza della proposta), oggi il voto dei creditori diventa l'elemento chiave per il buon fine della procedura.

Il controllo di merito sulla proposta di concordato e sulla convenienza dello stesso spetta in via esclusiva al ceto creditorio.

Prima di passare all'analisi vera e propria della fase di votazione è necessario premettere quali siano i creditori ammessi al voto.

L'art. 177 L.F. stabilisce che *"il concordato è approvato dalla maggioranza dei creditori ammessi al voto. Ove siano previste suddivisioni in classi, il concordato è approvato se tale maggioranza si verifica inoltre nel maggior numero di classi ..."*.

Il voto favorevole della maggioranza dei crediti ammessi al voto è, quindi, necessaria per l'approvazione di qualsiasi tipo di concordato sia che vi sia, o meno, la suddivisione in classi. Sono ammessi al voto i creditori chirografari tra cui quelli contestati, nella misura ammessa dal G.D. in sede di adunanza.

Discussa è l'ammissione al voto dei crediti postergati: parte della dottrina è orientata alla loro esclusione mentre la giurisprudenza prevalente ritiene legittima la loro ammissione al voto in quanto la postergazione non implica una rinuncia al credito.

I creditori muniti di pegno, ipoteca o privilegio per i quali la proposta concordataria ne prevede il pagamento integrale sono esclusi dal voto, a meno che rinuncino in tutto o in parte al diritto di prelazione (art. 177 L.F.).

L'esclusione dal voto dei crediti suddetti è da ricondursi alla sostanziale indifferenza che gli stessi hanno rispetto al concordato, ricevendo gli stessi il pagamento integrale del loro credito. La rinuncia in tutto o in parte al privilegio ha rilevanza ai soli fini dell'approvazione del concordato.

L'art. 177, 3° comma, L.F. prevede che *"sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado del debitore, i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della proposta di concordato"*.

L'esclusione è dovuta al fatto che tali soggetti hanno un evidente interesse a che la procedura vada a buon fine.

La fase della votazione vera e propria si apre al termine della fase di illustrazione e discussione del piano.

Il Cancelliere redige apposito verbale dell'adunanza ove vengono annotati i voti favorevoli e contrari dei creditori presenti, con indicazione nominativa dei votanti e l'ammontare dei rispettivi crediti.

È ammesso l'esercizio dello *ius poenitendi*, per il quale ciascun creditore può modificare il proprio voto, sino alla chiusura del verbale di adunanza.

Successivamente alla chiusura del verbale mentre il voto favorevole espresso all'adunanza è certamente irrevocabile, più discussa appare la soluzione della revocabilità del voto contrario.

Il voto può essere espresso verbalmente in sede di adunanza o successivamente, tramite posta, telegramma, fax o posta elettronica nei 20 giorni successivi alla chiusura del verbale.

I voti pervenuti presso la Cancelleria Fallimentare dopo la chiusura del verbale, vengono annotati dal cancelliere in calce allo stesso.

Il termine di 20 giorni previsto per la presentazione delle adesioni tardive ha carattere perentorio.

Scaduto il termine entro il quale possono pervenire i voti se sono state raggiunte le maggioranze il concordato è approvato ed il G.D. fissa la data per l'udienza di omologazione; se non sono state raggiunte le maggioranze, il G.D. ne riferisce immediatamente al Tribunale, il quale, sentito il debitore in camera di consiglio, dichiara inammissibile la proposta con decreto non soggetto a reclamo.

L'inammissibilità della domanda non comporta l'automatico fallimento, che può essere dichiarato su richiesta del P.M. o su istanza del creditore.

5.2 L'OMOLOGAZIONE DEL CONCORDATO PREVENTIVO EX. ARTT. 178 - 184 L.F.

L'omologazione del concordato deve avvenire entro 6 mesi dalla presentazione del ricorso:



tale termine può essere prorogato una sola volta, per un massimo di 60 giorni, dal Tribunale. Dopo l'approvazione del concordato il G.D. ne riferisce al Tribunale, il quale fissa un'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del Commissario Giudiziale.

Fissata la data dell'udienza il Tribunale dispone che il decreto sia pubblicato ai sensi dell'art. 17 L.F. e sia notificato, a cura del debitore, al Commissario ed agli eventuali creditori dissenzienti.

Il debitore, il Commissario Giudiziale, i creditori dissenzienti e qualunque interessato possono opporsi all'omologazione con atto motivato notificato al debitore ed al Commissario Giudiziale (art. 180, comma 2, L.F.).

L'opposizione deve essere proposta con atto di citazione per la cui notificazione non devono essere osservati gli ordinari termini di comparizione fissati dall'art. 163 bis c.p.c.⁴

L'opponente deve costituirsi in giudizio almeno dieci giorni liberi prima dell'udienza e tale termine perentorio deve ritenersi prescritto a pena di decadenza, a pena di improcedibilità dell'opposizione.

Almeno dieci giorni prima dell'udienza il Commissario deve depositare in cancelleria il suo parere motivato (art. 180, comma 3, L.F.), da cui il Tribunale attingerà le informazioni necessarie per effettuare il controllo di competenza.

Il Commissario Giudiziale deve partecipare necessariamente al procedimento ma in esso conserva la posizione di ausiliare del giudice e non assurge al rango di organo portatore di specifici interessi da far valere in nome proprio o in veste di sostituto processuale.

In mancanza di opposizioni il Tribunale si limita a verificare la correttezza della procedura: il controllo da parte del Tribunale è circoscritto ad un controllo di legittimità, riguardante la regolarità della procedura e l'esito della votazione; non si ritiene che il Tribunale debba effettuare il controllo della divisione in classi.

Se sono state proposte opposizioni il Tribunale assume i mezzi necessari per effettuare le opportune verifiche, dopo di che emette il decreto in cui omologa o rigetta l'ammissione al concordato.

In caso di omologa del concordato il Tribunale emette decreto motivato, non impugnabile, con cui determina le somme da depositare per i crediti contestati e le modalità di svincolo degli stessi.

In caso di concordato con cessione di beni nel decreto vengono indicati i provvedimenti da adottare nella successiva fase liquidatoria (nomina di uno o più liquidatori dei beni, determinazione delle modalità di cessione degli stessi, ...);

In caso di rigetto della domanda il Tribunale emette decreto motivato di non ammissione alla procedura.

Su istanza del creditore o su richiesta del P.M. il Tribunale, verificati i presupposti e sentito il debitore il Camera di consiglio, dichiara il fallimento.

Il decreto di non ammissione alla procedura e l'eventuale sentenza dichiarativa di fallimento sono reclamabili dinanzi alla Corte d'Appello.

⁴ E' stato osservato che "l'opposizione alla omologazione non apre un giudizio autonomo avente ad oggetto l'accertamento della insussistenza delle condizioni di legittimità e di merito per pervenire alla omologazione del concordato, ma si inserisce in un processo che già esiste per il solo fatto della esistenza della procedura di concordato ... L'opposizione alla omologazione assomiglia alla opposizione a decreto ingiuntivo, posto che l'opponente, di regola, non formula una domanda autonoma, ma una domanda dipendente che, in buona sostanza, è una vera e propria eccezione. Il ribaltamento della posizione processuale rispetto a quella sostanziale ricorre in ambedue le situazioni in quanto chi si oppone al decreto ingiuntivo è attore solo nella forma, così come chi si oppone al concordato", sottolineandosi - poi - l'ulteriore peculiarità che, nel caso della opposizione al concordato, l'opponente non dispone neppure della 'vocatio in ius' già assegnata dal binomio debitore-giudice delegato (M. Fabiani, in Il Fallimento, 1995, 1077).

Capitolo 6

L'esecuzione del concordato e ruolo del Liquidatore Giudiziale, risoluzione per inadempimento

6.1 PROVVEDIMENTI IN CASO DI CESSIONE DEI BENI: L'ARTICOLO 182 DELLA L.F.

Se il concordato consiste nella cessione dei beni e non dispone diversamente, il tribunale nomina nel decreto di omologazione uno o più liquidatori e un comitato di tre o cinque creditori per assistere alla liquidazione e determina le altre modalità della liquidazione.

Si applicano ai liquidatori gli articoli 28, 29, 37, 38, 39 e 116 L.F. in quanto compatibili.

Si applicano al comitato dei creditori gli articoli 40 e 41 L.F. in quanto compatibili.

Alla sostituzione dei membri del comitato provvede in ogni caso il tribunale.

Le vendite di aziende e rami di aziende, beni immobili ed altri beni iscritti in pubblici registri, nonché le cessioni di attività e passività dell'azienda e di beni o rapporti giuridici individuali in blocco devono essere autorizzate dal comitato dei creditori.

Si applicano gli articoli da 105 a 108-ter L.F. in quanto compatibili.

6.2 IL DECRETO DI OMOLOGA DEL CONCORDATO PREVENTIVO

Il decreto con il quale il tribunale omologa la proposta di concordato preventivo con cessione di beni ai creditori, pur non attuando un trasferimento giuridico della proprietà degli stessi ai creditori poiché rimangono formalmente di proprietà del debitore, ha una notevole rilevanza in quanto, con efficacia immediata, segna il momento dal quale il debitore viene privato della disponibilità del patrimonio ceduto.

Nel concordato preventivo con cessione di beni si determina la creazione di un patrimonio separato cioè "il distacco di una massa patrimoniale da un patrimonio o da diversi patrimoni di provenienza, in modo da dar luogo ad un'unità particolare avente una propria destinazione ed una sorte giuridica più o meno indipendente e strettamente connessa con tale destinazione".

Il diritto dei creditori sul patrimonio ceduto è riconducibile ad una sorta di mandato a disporre sui medesimi, diritto da esercitare attraverso il liquidatore giudiziale, organo appositamente preposto.

Il tribunale con il decreto di omologazione che sostanzialmente sostituisce la sentenza di omologazione precedentemente prevista dall'art. 181 L.F.:

- nomina il liquidatore o i liquidatori;
- nomina il comitato dei creditori;
- fissa le modalità di liquidazione.

6.3 IL LIQUIDATORE GIUDIZIALE

Il liquidatore giudiziale nominato dal tribunale nel decreto di omologazione non è un organo della procedura ma un mandatario dei creditori che, attraverso la disposizione del patrimonio ceduto, nel rispetto delle modalità fissate dal tribunale, lo monetizza procedendo quindi alla soddisfazione degli aventi diritto, con piani di riparto anche parziali.

Considerato che creditori e debitori sono titolari di interessi contrapposti, è preferibile che il debitore non sia chiamato a ricoprire la carica di liquidatore giudiziale.



Il liquidatore deve compiere la sua attività con la diligenza del buon padre di famiglia (il cui contenuto va determinato di volta in volta) e, nel rispetto della massima trasparenza:

- informare periodicamente il comitato dei creditori, il commissario giudiziale ed eventualmente anche il debitore;
- chiedere al comitato dei creditori i pareri per le operazioni più complesse e nei casi espressamente previsti dal decreto di nomina;
- effettuare le vendite nel rispetto delle modalità previste nel decreto di nomina;
- sottoporre al comitato dei creditori e al commissario giudiziale i piani di riparto predisposti;
- ottemperare a tutte le prescrizioni del decreto di nomina.

Il predetto organo, pertanto, nell'interesse dei creditori mandatarî, compie tutte le operazioni necessarie ed utili per la liquidazione del patrimonio, senza alcun vincolo (salvo le prescritte autorizzazioni) ma nel rispetto della massima trasparenza.

Il liquidatore ha la legittimazione attiva rispetto alle azioni relative ai crediti compresi tra i beni ceduti e la legittimazione passiva nei giudizi che riguardano la liquidazione dei beni e la ripartizione delle somme realizzate.

Il tribunale che nomina il liquidatore può procedere alla sua revoca con provvedimento reclamabile in appello e non impugnabile per Cassazione ai sensi dell'art. 111 della Costituzione.

Il compenso del liquidatore giudiziale, non essendo previsto da alcuna norma, viene liquidato dal tribunale prendendo a base quello previsto per il curatore tenendo conto dell'importanza della procedura, dell'opera prestata e dei risultati ottenuti escludendo l'applicabilità delle tariffe professionali.

Il liquidatore, ancorché nessuna norma lo preveda espressamente, terminata la sua attività liquidatoria e proceduto alla ripartizione delle somme disponibili, deve presentare il rendiconto per l'approvazione.

La nuova formulazione dell'art. 182 L.F. dispone espressamente che al liquidatore, per quanto compatibili, si applicano gli artt. 28 (requisiti per la nomina del curatore), 28 (accettazione del curatore), 7 (revoca del curatore), 38 (responsabilità del curatore), 39 (compenso del curatore) e 116 (rendiconto del curatore).

Il liquidatore, inoltre, per espressa previsione del quarto comma dell'art. 182 L.F. deve essere autorizzato dal comitato dei creditori per procedere alla vendita o cessione:

- dell'azienda e dei suoi rami;
- di beni immobili e altri beni iscritti in pubblici registri;
- di attività e di passività dell'azienda;
- di beni o rapporti giuridici individuali in blocco.

Il liquidatore nella sua attività di realizzazione deve attenersi alle modalità previste dagli articoli dal 105 a 108-bis L.F. quindi attivare tutte le procedure ivi previste, ovviamente, in quanto compatibili.

6.4 IL COMITATO DEI CREDITORI

Il comitato dei creditori svolge una attività di assistenza alla liquidazione con la triplice funzione:

- di consultazione
- di controllo
- ispettiva.

Il liquidatore deve chiedere il parere al comitato dei creditori nei casi espressamente previsti dal decreto di omologazione e quando lo ritiene opportuno.

Il parere del comitato, anche quanto previsto, ha natura consultiva e pertanto non è vincolante per gli altri organi della procedura.

Il terzo comma dell'art. 182 L.F., come riformato, con effetto dal 1° gennaio 2008, prevede espressamente che al comitato dei creditori si applicano, per quanto compatibili, gli articoli 40 e 41 L.F. e, che, alla sostituzione dei membri del comitato dei creditori provveda, in ogni

caso, il tribunale.

La precisazione che alla sostituzione provvede in ogni caso il tribunale era doverosa poiché altrimenti sarebbe spettata la giudice delegato.

È da ritenere che, in base alla novella, il tribunale debba scegliere il comitato dei creditori nell'ambito di coloro che hanno manifestato la loro disponibilità ad assumere tale carica.

6.5 L'ESECUZIONE DEL CONCORDATO PREVENTIVO: L'ARTICOLO 185 L.F.

Dopo l'omologazione del concordato, il commissario giudiziale ne sorveglia l'adempimento, secondo le modalità stabilite nella sentenza di omologazione.

Egli deve riferire al giudice ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio ai creditori.

Si applica il secondo comma dell'art. 136 L.F.

L'attività di sorveglianza.

Con la riforma, contrariamente al passato, la procedura di concordato preventiva si chiede ai sensi del primo comma dell'art. 181 L.F. che precisa: "*con il decreto di omologazione ai sensi dell'art. 180*".

Con la cessazione della procedura, l'ufficio decade ma il commissario giudiziale ed il giudice delegato rimangono in carica con funzioni molto limitate e specifiche.

Nel corso della fase esecutiva, il giudice delegato non ha alcuna funzione repressiva di comportamenti illeciti, che spettano al tribunale che ha il compito di istruire l'istanza di risoluzione o annullamento nel caso in cui riceva segnalazioni di irregolarità da parte del commissario giudiziale.

Il giudice delegato non può risolvere neppure questioni sorte nella fase esecutiva poiché le stesse devono essere decise con un giudizio di cognizione ordinario.

La funzione del commissario giudiziale è sorvegliare il regolare adempimento con l'obbligo di riferire al giudice delegato ogni fatto dal quale possa derivare un danno ai creditori.

Rientra sicuramente nell'attività che la norma gli attribuisce verificare il regolare pagamento alle scadenze previste.

La sorveglianza del regolare adempimento, è stata ritenuta lecita con l'inserimento nella sentenza di omologazione della clausola che prevede l'intervento del medesimo agli atti di trasferimento dei beni immobili del debitore al fine di incassarne direttamente il prezzo da destinare all'adempimento della proposta.

Nella fase esecutiva, il commissario giudiziale è stato ritenuto un organo necessario con mera funzione di sorveglianza (del debitore) nel caso di concordato garantito, (del liquidatore giudiziale) nel caso di concordato con cessione di beni affinché controlli che il concordato sia adempiuto con le modalità e nei termini riportati nel decreto di omologazione.

Al commissario giudiziale può essere riconosciuto un compenso aggiuntivo (oltre quello liquidato in sede di omologazione ai sensi dell'art. 5 del D.M. 28 luglio 1992, n. 570) per l'attività di vigilanza effettivamente espletata durante la fase di esecuzione del concordato, compenso da determinare su apposita istanza valutando l'effettiva attività svolta.

Al comitato dei creditori, composto da tre o cinque membri, necessariamente nominato in caso di omologazione del concordato preventivo, la legge non attribuisce una specifica funzione.

Per prassi consolidata, al predetto organo viene attribuita una funzione ispettiva e consultiva per il compimento di alcuni particolari atti o attività (per esempio transazioni con i debitori o i creditori) che il liquidatore giudiziale deve porre in essere nello svolgimento della sua attività di realizzazione dell'attivo e ripartizione.

Il secondo comma.

In relazione all'applicabilità dell'art. 136 L.F. espressamente prevista dal secondo comma, è necessario rilevare che questo attribuisce al giudice delegato, il potere di disporre in merito alle modalità di deposito delle somme spettanti ai creditori contestati, condizionali o irreperi-

bili mentre ai sensi dell'art. 180 L.F., ultimo comma come novellato dalla riforma, il potere nel procedimento di concordato preventivo è attribuito al tribunale.
Da quanto sopra ne consegue la specifica inapplicabilità della norma richiamata poiché implicitamente abrogata essendo direttamente regolamentato.

6.6 LA RISOLUZIONE E L'ANNULLAMENTO DEL CONCORDATO: L'ARTICOLO 186 L.F.

Ciascuno dei creditori può richiedere la risoluzione del concordato per inadempimento. Il concordato non si può risolvere se l'inadempimento ha scarsa importanza. Il ricorso per la risoluzione deve proporsi entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dal concordato. Le disposizioni che precedono non si applicano quando gli obblighi derivanti dal concordato sono stati assunti da un terzo con liberazione immediata del debitore. Si applicano le disposizioni degli articoli 137 e 138, in quanto compatibili, intendendosi sostituito al curatore il commissario giudiziale.

Considerazioni generali

Il D.Lgs. 169/2007 ha riscritto l'art. 186 L.F. che disciplina l'annullamento e la risoluzione del concordato preventivo.

In primo luogo, è necessario rilevare che ancora una volta la norma richiama l'applicabilità degli articoli 137 e 138 L.F.

Il nuovo testo introduce, comunque, due novità molto rilevanti:

- a) il concordato non può essere risolto quando l'inadempienza è di scarsa importanza;
- b) il ricorso per la risoluzione deve essere proposto entro il termine decadenziale di un anno dalla data fissata per l'ultimo pagamento.

L'altra novità è rappresentata dal fatto che dal primo gennaio 2008 il termine di decadenza non è riferito alla pronuncia del tribunale (come in precedenza) ma alla proposizione del ricorso e ciò costituisce una maggiore garanzia per il creditore che intenda agire per la risoluzione.

La risoluzione e l'annullamento

La risoluzione scatta a seguito di un' inadempienza oggettiva costituita:

- dalla mancata costituzione di garanzie promesse;
- dall'irregolare adempimento in base alla proposta omologata.

Verificatasi l'inadempienza, il tribunale non ha alcun margine di discrezionalità in ordine alla valutazione della gravità e dell'imputabilità della medesima. Il tribunale deve soltanto accertare se il concordato sia stato adempiuto nei termini e con le modalità previste senza indagare sulle cause dell'inadempienza.

Completamente diversi i motivi per i quali la sentenza (ora decreto) di omologazione può essere annullata.

Questi sono specificatamente e tassativamente indicati dall'art. 138 L.F.:

- dolosamente esagerato il passivo;
- dolosamente sottratto o dissimulata una parte dell'attivo.

Per la risoluzione del concordato è necessario che i comportamenti dolosi del debitore, abbiano influito nella formazione della volontà del creditore e del tribunale.

Come affermato dalla Suprema Corte, il comportamento doloso deve essere tale da indurre in inganno i creditori e gli organi della procedura.

La risoluzione o l'annullamento del concordato preventivo possono essere chieste dal commissario giudiziale o dai creditori. Il tribunale può pronunciare la risoluzione d'ufficio essendo ciò un potere-dovere ma non può agire di propria iniziativa per la risoluzione.

Il termine per esperire l'azione di risoluzione o di annullamento.

L'art. 137 L.F., richiamato dall'art. 186 L.F., prevede espressamente che il concordato non può essere risolto "... trascorso un anno dalla scadenza dell'ultimo pagamento stabilito nel



concordato".

Il predetto termine deve ritenersi tutt'ora in vigore e pertanto se alla mezzanotte dell'anno successivo alla data prevista per l'ultimo pagamento la risoluzione non è stata dichiarata il tribunale non può più pronunciarsi neppure nel caso in cui l'istanza sia stata depositata da tempo.

Per la risoluzione la norma fissa il termine entro il quale l'azione si deve concludere, mentre per l'azione di annullamento il termine è previsto a pena di decadenza in relazione all'introduzione della domanda.

Trascorsi sei mesi dalla scoperta del dolo e, comunque in ogni caso non oltre due anni dalla data prevista per l'ultimo pagamento, l'azione di annullamento non è più proponibile.

Chi propone l'azione di annullamento deve provare di aver scoperto il dolo nei sei mesi precedenti.

Il termine di due anni dall'ultimo pagamento oltre il quale l'azione di annullamento non è più esperibile è giustificato dal fatto che il dolo può essere scoperto a distanza di molto tempo.

Capitolo 7

Profili di responsabilità Civile e Penale nel Concordato Preventivo

7.1 I PROFILI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE NEL CONCORDATO PREVENTIVO

Nel presente paragrafo trova illustrazione la responsabilità degli organi sociali, le caratteristiche dell'azione, la prescrizione, i soggetti chiamati in giudizio, il danno ed il nesso causale, la determinazione del quantum, le misure cautelari.

In caso di concordato preventivo di società, il Liquidatore Giudiziale, previa autorizzazione del GD e sentito il Comitato dei Creditori può esercitare l'azione di responsabilità contro i membri dell'organo amministrativo e di controllo, contro il direttore generale e contro i liquidatori.

Il Liquidatore Giudiziale agisce per far valere contestualmente due profili di responsabilità:

- quella che potrebbe essere esercitata dalla società (art. 2393 c.c.);
- quella che potrebbe essere esercitata dai creditori sociali (art. 2394 c.c.)

Il concordato preventivo rende irrilevante la distinzioni tra le due azioni in quanto esse assumono carattere unitario ed inscindibile atteso finalizzate all'unico scopo di recuperare a favore del ceto creditorio quanto sottratto al patrimonio sociale a seguito della *mala gestio* degli organi sociali.

Esempi:

- inosservanza della diligenza richiesta al mandatario;
- perseguimento di scopi antisociali;
- redazione di bilancio non corrispondente al vero che occulti delle perdite;
- sopravvalutazione del patrimonio sociale;
- ricorso indiscriminato al credito bancario se la società è sottocapitalizzata;
- mancata compilazione dei libri sociali tale da non consentire la ricostruzione del patrimonio sociale;
- compimento di operazioni ad alto rischio;
- prelevamenti indebiti e pagamenti di somme non dovute;

L'azione di responsabilità si prescrive nel termine di cinque anni:

- se il curatore agisce per fare valere la responsabilità ex art. 2393 il termine decorre dal momento in cui è cessata la carica prima del fallimento o dal momento in cui è stato dichiarato il fallimento;
- se il curatore agisce per fare valere la responsabilità ex art. 2394 il termine decorre dal momento in cui viene acclarata la insufficienza del patrimonio sociale; se non è possibile accertare il citato momento la giurisprudenza lo identifica con la sentenza dichiarativa di fallimento è cessata la carica prima del fallimento o dal momento in cui è stato dichiarato il fallimento; è comunque possibile provare che l'insufficienza patrimoniale è divenuta conoscibile prima o anche dopo la sentenza dichiarativa del fallimento

I soggetti chiamati in giudizio sono (nel modello di *governance* tradizionale)

- amministratori
- sindaci
- direttori generali
- liquidatori

La curatela può agire anche nei confronti di chi si è ingerito nella gestione sociale senza averne ricevuto da parte dell'assemblea alcuna investitura seppur irregolare od implicita.

Il giudice competente è il Tribunale civile ordinario.

Spetta al curatore provare la condotta colposa o dolosa dei membri degli organi sociali che



arrecano danno alla società, il danno riconducibile alla condotta stessa ed il nesso causale tra condotta e danno.

Nel caso di azione contro gli organi di controllo deve provare l'avvenuta violazioni dei propri doveri e l'omesso controllo sulle condotte attive ed omissive degli amministratori.

In ordine alla determinazione del danno la più recente tesi giurisprudenziale afferma che i convenuti in giudizio sono obbligati a risarcire il danno che costituisce una immediata e diretta conseguenza delle violazioni commesse nella misura equivalente al danno patrimoniale, effetto della condotta illecita.

Quando però è difficile ricostruire il preciso rapporto di causalità tra singola violazione ed il danno dalla stessa prodotto, la giurisprudenza ricorre al criterio del danno coincidente con il deficit patrimoniale (attivo - passivo)

Il GD non può disporre alcuna misura cautelare a differenza di quanto avveniva per i fallimenti dichiarati prima del 15 luglio 2006.

Responsabilità del liquidatore giudiziale (danno al patrimonio concorsuale, danno diretto al fallito, ai creditori ed ai terzi)

Il liquidatore giudiziale deve adempiere ai doveri del proprio ufficio, imposti dalla legge o rinvenienti dal piano di liquidazione approvato con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico (art. 38 co. 1 L.F.).

Se viola obblighi del proprio ufficio che determinino un danno al patrimonio concorsuale, ai creditori o ai terzi può essere chiamato a rispondere a titolo di responsabilità civile.

E' chiamato a rispondere sia in termini di dolo che di colpa.

In ordine ai danni al patrimonio fallimentare, le caratteristiche di tale azione sono differenti a seconda se la stessa è proposta durante la procedura o successivamente alla sua chiusura.

Durante la procedura l'azione di responsabilità per danni al patrimonio fallimentare può essere promossa solo da un nuovo curatore nei confronti del curatore sostituito o in altro modo cessato, previa autorizzazione del GD o, in alternativa, dal Comitato dei Creditori (art. 38 c. 2 LF).

Al fine della concreta liquidazione del danno occorre provare il pregiudizio sofferto. Il termine della prescrizione è decennale e decorre dal giorno del provvedimento di revoca.

Dopo la chiusura i creditori ed il fallito possono esercitare l'azione di responsabilità contro il curatore per i danni arrecati al patrimonio fallimentare. L'azione è di competenza del Tribunale fallimentare.

Essa si prescrive nel termine decennale decorrente dalla data della cessazione del curatore.

In ordine ai danni diretti al fallito, ai singoli creditori o ai terzi qualora i citati soggetti abbiano subito un danno diretto e personale che non incide sull'integrità del patrimonio del fallito possono agire giudizialmente.

L'azione è proposta, sia in corso di procedura o successivamente alla chiusura, avanti il Tribunale ordinario.

Responsabilità del Commissario Giudiziale

Se il commissario giudiziale non adempie i suoi obblighi con diligenza il debitore, i creditori od il curatore del fallimento consecutivo possono agire contro di lui con l'azione di responsabilità civile.

Per le sue modalità, la legge richiama espressamente la disciplina dettata per il curatore fallimentare.

Responsabilità dei membri del Comitato dei Creditori (diligenza e responsabilità)

Per i fallimenti dichiarati dal 1° gennaio 2008 la disciplina delle responsabilità dei membri del Comitato dei Creditori segue solo in parte quella dettata per la responsabilità dei sindaci.

Conseguentemente i membri del Comitato dei Creditori:

- debbono svolgere il proprio incarico con professionalità e diligenza;
- sono responsabili della verità delle attestazioni e debbono conservare il segreto sui fatti e sui documenti a loro conoscenza

Per i fallimenti dichiarati dal 16 luglio 2006 al 31 dicembre 2007 la norma sulle responsabilità



del Comitato richiamava integralmente quelle sulla responsabilità dei sindaci (art. 2407 c.c. richiamato integralmente dall'art. 41 co. 7 della L.F.).

Pertanto oltre agli obblighi di diligenza e responsabilità (come indicati sopra) i membri del Comitato erano responsabili in solido con il curatore anche per i fatti e le omissioni di quest'ultimo.

Il solo curatore, previa autorizzazione del GD può esercitare l'azione di responsabilità nei confronti dei componenti del Comitato anche durante la procedura.

Dal 16 luglio 2006 al 31 dicembre 2007 la norma di legge non specificava né i soggetti legittimati né la necessità dell'autorizzazione tanto che parte della dottrina riteneva legittimati oltre al curatore anche i singoli creditori.

7.2 LA CRISI DI IMPRESA: LA RESPONSABILITA'

Spesso la crisi di impresa ha come concause la condotta degli organi sociali altre volte, nel corso della crisi, i citati organi commettono illeciti nel tentativo di favorire alcuni soggetti per incapacità o negligenza.

Le conseguenze emergono spesso dopo il fallimento che segue la crisi.

La società od i terzi possono promuovere in sede civile un'azione di risarcimento del danno contro i membri del consiglio di amministrazione che hanno posto in essere atti di gestione negligenti, dannosi, violato adempimenti o principi contabili determinando con la loro negligenza una insufficienza patrimoniale definitiva.

Esempi:

- Restituzione di finanziamenti ai soci invece di pagare contributi e imposte;
- Redazione di bilanci non rispondenti al vero;
- Sopravalutazione del patrimonio sociale;
- Sottovalutazione dei debiti sociali

I membri dell'organo di controllo sono responsabili in sede civile per le loro condotte o le loro omissioni.

In particolare in sede civile rispondono nei confronti della società, dei soci e dei terzi:

- per violazione (con colpa o dolo) di un obbligo o un dovere correlato al loro ufficio se la citata violazione abbia causato un danno;
- per fatti od omissioni degli amministratori ed in solido con essi quando il danno non si sarebbe verificato se avessero vigilato in conformità agli obblighi della loro carica (art. 2407 c. 2 c.c.).

Se la società si avvale anche di un organo esterno di controllo contabile, quest'ultimo è responsabile nelle medesime fattispecie previste per i membri dell'organo di controllo (art. 2409-sexies c.c.)

In caso di crisi di un gruppo di società, la *holding*, investita del potere di direzione e controllo del gruppo stesso, può essere chiamata a rispondere in sede civile (art. 2497 c.c.) dei danni cagionati al gruppo od alle singole società controllate od ai loro creditori.

In particolare la holding che viola i principi di corretta gestione societaria delle società controllate è direttamente responsabile nei confronti:

- dei soci delle controllate per il pregiudizio arrecato al valore della partecipazione sociale;
- dei creditori sociali per la lesione all'integrità del capitale sociale.

I soci ed i creditori possono agire contro la holding solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta all'attività di direzione e coordinamento.

Nel caso di fallimento l'azione è esercitata dal curatore (art. 2497 c. 4 c.c.).

I profili di responsabilità del professionista

Il professionista che predispose la relazione attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, in applicazione dei principi generali, è responsabile sia nei confronti dei creditori (consenzienti e dissenzienti) sia dei terzi danneggiati dai suoi comportamenti dolosi e colposi (ad esempio attestando dati non veritieri o fattibile un piano non realizzabile).

E' invece dubbio se in ipotesi di consecutivo fallimento sia responsabile anche nei confronti



della massa dei creditori; in particolare:

- la responsabilità nei confronti dei creditori ha natura contrattuale (responsabilità derivante dall'inadempimento, dall'inesatto adempimento e dall'adempimento tardivo di una preesistente obbligazione quale che ne sia la fonte);
- il nesso di causalità tra comportamento colposo del professionista e il danno causato al creditore o al terzo deve ritenersi interrotto dal decreto di omologazione del Tribunale se, come è vero, il Tribunale deve esaminare il piano nel merito;
- il professionista risponde nei confronti di altri terzi a titolo di responsabilità extracontrattuale (art. 2403 c.c.); il danneggiato deve quindi provare gli elementi costitutivi dell'illecito;
- il professionista è poi responsabile (natura contrattuale) nei confronti del debitore che l'ha nominato; la responsabilità si basa sulla diligenza professionale (art. 1176 c.c.) e origina da una condotta negligente, imperita od imprudente. Se fallisce il debitore l'azione di responsabilità sarà fatta valere dal curatore.

Il professionista nominato per redigere la relazione che attesti la ragionevolezza del piano e la sua idoneità a condurre il risanamento è responsabile dei danni causati ai creditori ed al debitore.

Occorre però distinguere;

se il piano attestato rimane un atto interno non pubblicizzato (ad esempio contieni meri rimedi di carattere strategico ed organizzativo) di norma i terzi non possono subire alcun pregiudizio da esso;

se il piano attestato è invece pubblicizzato in quanto coinvolge direttamente creditori e/o soggetti terzi si distinguono due fattispecie:

- per i singoli creditori o terzi la cui posizione è espressamente prevista nel piano essi possono fare valere la responsabilità contrattuale (responsabilità derivante dall'inadempimento, dall'inesatto adempimento e dall'adempimento tardivo di una preesistente obbligazione quale che ne sia la fonte) del professionista;
- per i creditori o terzi non contemplati nel piano essi possono dimostrare un eventuale pregiudizio chiedendo al professionista il risarcimento del danno nella propria sfera individuale a titolo di responsabilità extracontrattuale (che deriva dalla violazione del generico obbligo di non ledere alcuno senza che prima della violazione sia possibile l'individuazione di una obbligazione).

In ordine alla responsabilità del professionista che redige la relazione accompagnatoria dell'accordo di ristrutturazione per gli eventuali danni cagionati sia all'imprenditore che ha conferito l'incarico (responsabilità contrattuale) sia ai creditori danneggiati dall'accordo si rimanda a quanto detto in tema di responsabilità del professionista che attesta la proposta e la fattibilità del concordato preventivo.

Profili di responsabilità delle banche

La concessione abusiva del credito consiste nel comportamento della banca che mantiene "artificiosamente" in vita un'azienda insolvente erogando finanziamenti e determinando nei terzi che hanno rapporti con la stessa una errata percezione della realtà finanziaria ed economica della azienda finanziata.

A concordato avvenuto questi soggetti indotti all'errata percezione possono agire contro l'ente finanziatore al fine di chiedere il risarcimento del danno subito a causa di questa illusoria situazione.

L'azione ha natura extracontrattuale.

Legittimati all'azione sono i singoli terzi lesi; è escluso che l'azione possa essere esercitata dal curatore.

Altra fattispecie è la interruzione abusiva del credito; invero l'impresa in crisi può subire danni enormi nei casi in cui la banca, alle prime avvisaglie di crisi di liquidità, revoca illegittimamente i crediti con effetto immediato.

Spesso questa revoca produce un effetto a catena con la revoca degli affidamenti anche da parte delle altre banche.

E' ovviamente difficile provare l'illegittimità della revoca degli affidamenti in quanto la banca adotta questa azione quando sussistono evidenti segnali di insolvenza. Inoltre la banca ha



contrattualmente facoltà di recedere dal contratto anche senza preavviso qualora ricorra una giusta causa.

7.3 I PROFILI DI RESPONSABILITÀ PENALE NEL CONCORDATO PREVENTIVO

Vi sono alcuni reati che possono essere compiuti solo da persone fisiche che hanno una determinata qualifica (reati c.d. propri) in particolare:

- impresa individuale: l'imprenditore o il suo institore;
- società: i soggetti preposti alla amministrazione od al controllo, i direttori generali, i liquidatori ed i soci illimitatamente responsabili;
- curatore e suoi coadiutori.

Chi è privo di una delle citate qualifiche può comunque rispondere di reati fallimentari a titolo di concorso qualora dia un apporto consapevole e rilevante alla realizzazione della condotta criminosa.

Altri reati possono essere commessi da una persona fisica qualunque:

- Imprenditore individuale;
- Institore (art. 227 L.F.);
- Organo amministrativo (artt. 223 e 224 LF); rispondono dei reati fallimentari i titolari di un rapporto organico con la società e quindi i soggetti a cui siano stati attribuiti diretti e concreti poteri di rappresentanza, gestione e organizzazione della società. I fatti penalmente rilevanti possono essere commessi da uno o più consiglieri; diviene pertanto rilevante, al fine dell'attribuzione della responsabilità, verificare il puntuale adempimento degli obblighi che competono a tutti gli amministratori (vedi le norme del codice civile). Anche gli amministratori di fatto possono essere chiamati a rispondere dei reati fallimentari. A tal proposito per la dominante giurisprudenza si intende amministratore di fatto colui che è organicamente inserito nella società svolgendo funzioni apicali e direttive dell'organizzazione (rapporti con i dipendenti, rapporti con i finanziatori, con i fornitori e clienti);
- Direttori generali;
- Componenti dell'organo di controllo: in generale essi sono responsabili se violano il dovere di impedire l'evento;
- Liquidatori;
- Soci illimitatamente responsabili: possono rispondere dei reati fallimentari anche i soci illimitatamente responsabili di sas e snc. Gli accomandatari di sapa non rispondono in quanto la legge non li indica espressamente;
- Curatore e suoi coadiutori; sono responsabili penalmente quando pone in essere alcune condotte che violano i doveri del suo ufficio o compromettono rigore e trasparenza nello svolgimento della sua funzione. La legge fallimentare estende anche al Commissario Giudiziale molte delle norme incriminatrici disposte per il curatore;
- Creditori e terzi possono rispondere penalmente di alcuni reati fallimentari quali la ricettazione pre e post fallimentare, la presentazione di crediti fraudolentemente simulati.

Elementi costitutivi del reato

Elemento oggettivo: è la condotta, che può consistere in un'azione od in una omissione alla quale consegue un effetto che costituisce l'evento del reato.

Tra condotta ed evento deve sussistere un rapporto di causalità.

Molti reati fallimentari puniscono condotte solo ed in quanto ad esse sia seguito il fallimento (come nel caso della bancarotta); la sentenza di fallimento in tal caso costituisce un elemento costitutivo del reato.

Elemento soggettivo: ai fini della punibilità il soggetto deve commettere il reato con coscienza o volontà. Tale elemento soggettivo può consistere nel dolo o nella colpa.

Chi agisce con dolo vuole sia la sua condotta sia l'evento che di tale condotta è l'effetto.

Nei reati fallimentari sono rilevanti due tipi di dolo:

- generico: è sufficiente che sia voluto il fatto descritto dalla norma incriminatrice;



- specifico: quando la norma prescrive invece che il soggetto abbia agito per un particolare fine (ad es. ricavare un profitto od agire in danno dei creditori)

Agisce con colpa il soggetto che pone in essere un'azione cosciente e volontaria ma che non vuole l'evento il quale si verifica a causa di negligenza, imperizia o imprudenza.

Momento di consumazione del reato; è importante stabilire il momento in cui compie un reato poiché nel fallimento determina l'inizio della prescrizione.

Quando la condotta incriminata precede il fallimento il reato si consuma con la sentenza dichiarativa

Quando invece la norma incrimina una condotta che può essere compiuta solo durante la procedura il reato si consuma nel momento e nel luogo in cui si verifica l'azione o l'omissione incriminata.

Conseguenze del reato; accertata la commissione del reato il PM inizia a svolgere le indagini. In caso di condanna (i gradi del giudizio sono due oltre alla Cassazione, solo per doglianze in ordine alla legittimità di diritto) il Tribunale può infliggere la pena della reclusione da sola o congiunta ad una multa.

Possono essere previste anche pene accessorie.

Sono applicabili ai reati fallimentari anche le circostanze aggravanti ed attenuanti comuni.

Una o più persone concorrono a compiere un reato quando pongono in essere degli atti tra di loro connessi causalmente rispetto al verificarsi del fatto di reato purché ciascuno di essi sia consapevole del contributo apportato alla realizzazione di tale evento.

Chiunque può concorrere alla commissione di un reato fallimentare purché concorrano tutte le seguenti condizioni:

- deve essere a conoscenza della qualifica del soggetto che ha effettivamente commesso il reato;
- la sua condotta deve avere avuto una influenza sul verificarsi dell'evento;
- deve avere agito con la coscienza e volontà di aiutare il soggetto a compiere la condotta criminosa.

Aspetti procedurali

I termini di prescrizione (vedi prospetto) vanno da un minimo di 5 anni ad un massimo di 22 anni e 6 mesi.

L'esercizio dell'azione penale è a cura del PM solo dopo il decreto di omologa del concordato preventivo.

In due ipotesi la legge ammette che si possa esercitare l'azione penale prima del decreto:

- quando l'insolvenza dell'impresa risulti dalla fuga o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali ecc (art. 7 L.F.)
- quando concorrono gravi motivi e sia già stata proposta un'istanza di fallimento (anche da parte dello stesso PM) (art. 238 co. 2 L.F.)

Il Tribunale competente è quello in cui viene dichiarato il concordato.

Patteggiamento; il patteggiamento è l'accordo con l'imputato sancito dalla sentenza del Tribunale con cui viene applicata all'imputato una pena ridotta di 1/3.

Spesso è subordinato al risarcimento del danno.

Richiesta danni nel processo penale; il curatore, il commissario giudiziale possono costituirsi parti civili nel processo penale.

7.4 I REATI PENALI

La legge punisce una serie di condotte che ledono i diritti dei creditori all'integrità del patrimonio del fallito.

In particolare la bancarotta fraudolenta patrimoniale concerne i soggetti attivi del reato che, prima del fallimento oppure durante la procedura, distruggono, occultano, dissimulano, distruggono o dissipano in tutto o in parte i beni dell'imprenditore o della società o riconoscono



passività inesistenti per arrecare pregiudizio ai creditori. (art. 216 co. 1 n. 1 e co. 2 L.F.).

Singole condotte punibili:

- Distrazione: ogni attività idonea a sottrarre beni del fallito all'esecuzione fallimentare al fine di arrecare pregiudizio ai creditori;
- Distruzione: soppressione materiale del bene oppure diminuzione o perdita del valore economico di un bene o diritto esercitabile su di esso;
- Dissipazione: sono atti di dissipazione quelli che sperperano o dilapidano beni per scopi estranei all'impresa. L'atto dissipatorio deve determinare una effettiva diminuzione del patrimonio del debitore senza possibilità di reintegro;
- Occultamento: consiste nel celare materialmente uno o più beni impedendo agli organi fallimentari di farli rientrare nell'attivo fallimentare;
- Dissimulazione: qualora il fallito ponga in essere atti o negozi tesi a creare un trasferimento solo apparente di un bene a terzi;
- Esposizione di passività inesistenti: qualora il fallito espone o riconosce delle passività inesistenti allo scopo di arrecare danno ai creditori. Solo in questa fattispecie è richiesto il dolo specifico.

Elemento soggettivo: salvo per l'ultima condotta indicata (esposizione di passività inesistenti) per la punibilità è sufficiente la sussistenza del dolo generico, cioè il compimento dell'atto con coscienza e volontà.

Concorso di persone nel reato: risponde del reato a titolo di concorso chi, anche non rivestendo la qualifica di imprenditore o di membro di organo sociale apporti un contributo materiale o morale alla produzione dell'evento a condizione che sia consapevole della qualifica soggettiva dell'autore della condotta criminosa.

Fattispecie tipica è il concorso di consulenti (commercialisti e avvocati) che consapevoli dei propositi distrattivi dell'imprenditore o degli amministratori di società forniscono suggerimenti o consigli in ordine ai mezzi giuridici idonei a sottrarre beni ai creditori.

Il reato è punito con la reclusione da 3 a 10 anni salvi gli aumenti e le diminuzioni per le circostanze aggravanti o attenuanti.

- Bancarotta fraudolenta documentale (libri e scritture contabili oggetto del reato, condotte punibili, elementi soggettivi, concorso, sanzioni).

Sono puniti a titolo del reato in parola i soggetti prima indicati se:

prima o dopo la dichiarazione di fallimento sottraggono, distruggono o falsificano in tutto o in parte le scritture contabili al fine di trarne ingiusto profitto o di recare pregiudizio ai creditori.

Le condotte pre-fallimentari si consumano al momento del pronunciamento della sentenza di fallimento.

Non è necessario un nesso causale tra condotta e fallimento.

Il reato sussiste sia quando la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari del fallito si renda impossibile sia quando l'attività degli organi fallimentari è ostacolata da difficoltà superabili solo con particolare diligenza.

Tutti i documenti di natura contabile comunque utili a ricostruire il patrimonio ed il movimento degli affari del fallito possono essere oggetto di attività criminosa.

Le condotte punibili sono, relativamente alle scritture contabili,

- la sottrazione;
- la distruzione;
- la falsificazione;
- la cattiva tenuta;

In ordine all'elemento soggettivo, nei casi di sottrazione, distruzione e falsificazione delle scritture contabili è necessario che chi agisce sia mosso da dolo specifico ossia dallo scopo di procurare a se o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizio ai creditori.

Per i casi di cattiva tenuta delle scritture contabili è sufficiente il dolo generico.

Concorso di persone nel reato: risponde del reato a titolo di concorso chi, anche non rivestendo la qualifica di imprenditore o di membro di organo sociale apporti un contributo materiale o morale alla produzione dell'evento a condizione che sia consapevole della qualifica soggettiva dell'autore della condotta criminosa.



Il reato è punito con la reclusione da 3 a 10 anni salvi gli aumenti e le diminuzioni per le circostanze aggravanti o attenuanti.

- Bancarotta fraudolenta preferenziale (condotte punibili, elementi soggettivi, concorso, sanzioni)

Sono puniti i soggetti sopra indicati che prima o durante la procedura fallimentare eseguono pagamenti o simulano titoli di prelazione allo scopo di favorire alcuni creditori in danno di altri. Il reato sussiste solo se si lede e si altera effettivamente la parità di trattamento tra i creditori.

Le condotte punibili sono:

- pagamenti a danno dei creditori;
- simulazione di titoli di prelazione;

Il reato è punibile a titolo di dolo specifico; è cioè necessario che il fallito abbia agito allo scopo di favorire uno o alcuno dei creditori.

Per quanto concerne il pregiudizio agli altri creditori è invece sufficiente che ne sia accettata la eventualità (dolo è quindi eventuale)

Il creditore può essere chiamato a rispondere del reato a titolo di concorso quando istiga il fallito ad effettuare un pagamento che lo privilegi.

Il reato è punibile con la reclusione da 1 a 5 anni.

- Bancarotta fraudolenta impropria (fallimento cagionato con dolo, reati determinanti il dissesto sanzioni)

Quando i reati di bancarotta concernono una società, la condotta e la correlata responsabilità sono riferite a soggetti che la gestiscono o controllano.

In particolare costituiscono fattispecie di bancarotta fraudolenta impropria:

- le tre ipotesi trattate in precedenza;
- dolosa causazione del fallimento;
- commissione di reati determinanti il dissesto

In ordine alla dolosa causazione del fallimento i componenti degli organi sociali sono puniti quando causano il fallimento con dolo o per effetto di operazioni dolose.

Rientra in questa ipotesi qualsivoglia condotta che abbia le seguenti caratteristiche:

- diversa da quelle specificatamente previste in ordine alla bancarotta fraudolenta;
- deve consistere in un abuso o una infedeltà nell'esercizio della carica;
- deve dare luogo alla insolvenza ed al fallimento.

In ordine alla commissione di reati determinanti il dissesto i componenti degli organi sociali sono penalmente responsabili qualora cagionino o concorrono a cagionare uno dei seguenti reati:

- false comunicazioni sociali (art. 2621 c.c.);
- false comunicazioni sociali in danno dei soci o dei creditori (art. 2622 c.c.);
- indebita restituzioni di conferimenti (art. 2626 c.c.);
- illegale ripartizione di utili e riserve (art. 2627 c.c.);
- illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante (art. 2628 c.c.);
- operazioni in pregiudizio dei creditori (art. 2629 c.c.);
- formazione fittizia del capitale (art. 2632 c.c.);
- indebita ripartizione dei beni sociali da parte del liquidatore (art. 2633 c.c.);
- infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.)

E' comunque necessario provare il nesso di causalità tra condotta ed insolvenza.

Le pene sono da 3 a 10 anni di reclusione.

- Bancarotta semplice patrimoniale (condotte punibili, elementi soggettivi, sanzioni)

L'imprenditore risponde del reato di bancarotta semplice quando effettua spese eccessive per sé e per la famiglia, quando dispone operazioni di pura sorte o imprudenti, quando compie operazioni rischiose al fine di ritardare il fallimento o pone in essere comportamenti che aggirano l'insolvenza.

In conformità a costante giurisprudenza nelle citate ipotesi di bancarotta semplice l'elemento



soggettivo può essere costituito sia dalla colpa che dal dolo.
Il reato è punito con la reclusione da sei mesi a 2 anni.

- Bancarotta semplice documentale (condotte punibili, elementi soggettivi, sanzioni)

L'imprenditore è punito se nei tre anni precedenti alla dichiarazione di fallimento non ha tenuto i libri e le altre scritture contabili prescritti dalla legge oppure li ha tenuti in modo irregolare ed incompleto.

Condotte punibili: il reato si consuma con la sentenza dichiarativa di fallimento a prescindere dalla concreta realizzazione di un pregiudizio economico per i creditori. Ancorché sia un reato c.d. di pericolo occorre verificare in concreto se la condotta incriminata è idonea a mettere in pericolo il bene tutelato dalla legge (il patrimonio).

Elemento soggettivo: il reato è punibile indifferentemente a titolo di dolo o colpa.

Il reato è punito con la reclusione da sei mesi a 2 anni.

- Bancarotta semplice impropria (concorso nel dissesto)

Se i fatti di bancarotta semplice ineriscono una società la legge definisce le singole fattispecie di reato come improprie in quanto la condotta e la relativa responsabilità non possono fare capo al soggetto fallito ma sono riferibili a altri soggetti (amministratori, sindaci, ...).

In particolare sono casi di bancarotta semplice impropria:

- la bancarotta semplice patrimoniale e documentale commessa da amministratori e sindaci;
- il concorso nel dissesto con inosservanza della legge.

Quest'ultima fattispecie concerne chi concorre a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi di legge.

Le sanzioni previste sono la reclusione da sei mesi due anni.

7.5 GLI ALTRI REATI PENALI

A decorrere dal 12 gennaio 2006 l'imprenditore ed i soggetti che amministrano e controllano la società sono puniti quando ricorrono o continuano a ricorrere al credito tenendo nascosto il dissesto.

La dissimulazione comprende qualunque condotta idonea ad occultare lo stato di dissesto compresa la reticenza.

Si rileva che la conoscenza dell'insolvenza da parte di chi concede il credito escluda il reato.

Chi agisce deve essere mosso dal dolo generico che si concretizza nella coscienza e volontà di ricorrere al credito nella consapevolezza del proprio stato di dissesto o di insolvenza e del pericolo che ciò può arrecare ai creditori.

Il reato è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

- Inesatte o mancate dichiarazioni ed altre inosservanze

Ad esempio, la mancata dichiarazione dei beni da inventariare, la esposizione di creditori inesistenti, il mancato deposito del bilancio e delle scritture contabili, l'inosservanza dell'obbligo di residenza.

La sanzione per i reati in parola commessi con dolo è la reclusione da sei mesi a tre anni. Se colposi da reclusione sino a un anno.

7.6 I REATI DEL LIQUIDATORE GIUDIZIALE

Il curatore risponde in sede penale di una serie di reati previsti dalla legge fallimentare come indicati in seguito.

Può anche compiere altri reati puniti dal codice penale e correlati al suo ufficio.

La legge punisce anche i coadiutori (art. 231 L.F.).

- Interesse privato negli atti della procedura (art. 228 L.F.): il curatore o i suoi coadiutori



sono puniti se nell'esercizio del loro ufficio realizzano un interesse proprio privato in qualsiasi atto del fallimento sia in modo diretto che indiretto ovvero atti simulati.

La sanzione è la reclusione da due a sei anni.

La condanna comporta l'interdizione dai pubblici uffici.

- Accettazione di retribuzione non dovuta (art. 229 L.F.); il curatore o i suoi coadiutori sono puniti se nell'esercizio del loro ufficio ricevono od anche solo pattuiscono una retribuzione in aggiunta a quella liquidata dal Tribunale.

La sanzione è la reclusione da 3 mesi a due anni.

- Omessa consegna o deposito di cose del fallimento (art. 230 L.F.); il curatore o i suoi coadiutori sono puniti se nell'esercizio del loro ufficio detengono somme o altre cose di pertinenza del fallimento.

La sanzione è la reclusione sino a 2 anni.

7.7 I REATI DEI CREDITORI E DEI TERZI

- Domanda di ammissione di un credito simulato (art. 232 L.F.).

E' punito chiunque chieda l'ammissione al passivo di un credito simulato fraudolentemente.

La sanzione prevista è da uno a cinque anni.

- Distrazione, sottrazione, acquisizione o dissimulazione di beni del fallito (art. 232 co. 3 L.F.).

Risponde del reato in parola chi pone in essere una serie di condotte che ledono l'integrità del patrimonio fallimentare.

La sanzione prevista è da uno a cinque anni.

- Mercato di voto (Art. 233 L.F.): la legge punisce chi conclude un accordo relativo alla prestazione del proprio voto nel corso di una procedura concorsuale al fine di ottenere vantaggi.

Il reato è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

Capitolo 8

Transazione fiscale art. 182-ter

8.1 LA "NUOVA" TRANSAZIONE FISCALE

La transazione fiscale è disciplinata dall'articolo 182-ter della L.F., così come modificato dall'articolo 16, comma 5, del D.Lgs. n. 169 del 2007.

La collocazione di tale istituto nel corpo della L.F., al titolo III ("Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione"), capo V ("Dell'omologazione e dell'esecuzione del concordato preventivo. Degli accordi di ristrutturazione di debiti"), è avvenuta in forza dell'articolo 146 del D.Lgs. n. 5 del 2006.

Anteriormente a tale novella normativa nell'ordinamento tributario era presente un'altra forma di transazione dei tributi, disciplinata dall'articolo 3, comma 3, del decreto-legge 8 luglio 2002, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 2002, n. 178, poi abrogato dall'articolo 151 del medesimo D.Lgs. n. 5 del 2006, appunto.

Va subito evidenziato che l'istituto della transazione fiscale - attualmente disciplinato dalla L.F. - presenta significative differenze rispetto al precedente istituto delineato dall'abrogato articolo 3, comma 3, del D.L. n. 138 del 2002 (ed ulteriori chiarimenti interpretativi forniti con la circolare n. 8/E del 4 marzo 2005).

Nella sua precedente configurazione la transazione era ammessa per i tributi iscritti a ruolo a beneficio di quanti si mostrassero insolventi nel corso di una procedura di esecuzione coattiva oppure fossero assoggettati a procedure concorsuali.

In quel contesto, il ricorso allo strumento della transazione dei ruoli da parte del legislatore trovava giustificazione nella mera esigenza di potenziamento dell'attività di riscossione dei tributi (attraverso il perseguimento dell'interesse pubblico rappresentato dalla maggiore proficuità dell'accordo transattivo rispetto alle procedure di esecuzione forzata, come anche precisato con la citata circolare n. 8/E del 2005, il principio di economicità dell'azione amministrativa assurgeva "ad elemento qualificante dell'istituto ed al tempo stesso elemento importante di valutazione per la sua applicazione").

Nel suo assetto vigente, invece, la transazione fiscale rappresenta una particolare procedura "transattiva" tra fisco e contribuente, collocata nell'ambito del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, avente ad oggetto la possibilità di pagamento in misura ridotta e/o dilazionata del credito tributario privilegiato, oltre che di quello chirografario.

Va da subito osservato che l'istituto della transazione così come novellato appare del tutto innovativo nell'ordinamento tributario, dove è tradizionalmente vigente il principio della c.d. "indisponibilità del credito tributario."

Ne consegue che la relativa disciplina normativa, in quanto derogatoria di regole normative di carattere generale, è di stretta interpretazione e non è suscettibile di ulteriore altra "interpretazione analogica".

Pertanto, per effetto del richiamato principio di indisponibilità del credito tributario, **non è possibile pervenire ad una soddisfazione parziale dello stesso al di fuori della specifica disciplina di cui all'articolo 182-ter.**

Ciò comporta che la falcidia o la dilazione del credito tributario è ammissibile soltanto qualora il debitore si attenga puntualmente alle disposizioni disciplinanti la transazione fiscale di cui all'articolo 182-ter, mentre va esclusa nel caso in cui, con il piano richiesto dall'articolo 160 della L.F. ai fini del concordato preventivo, ovvero nell'ambito delle trattative che precedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182-bis della L.F., la proposta di transazione fiscale non sia formulata in conformità alle disposizioni predette.



Tale conclusione vale in ogni caso, pur considerando che, ai sensi del nuovo secondo comma dell'articolo 160 della L.F., come illustrato al punto 2, la proposta di concordato "può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente".

Detta disposizione può riferirsi, infatti, ai crediti di natura tributaria a condizione che siano rispettate le disposizioni di cui al predetto articolo 182-ter, per cui, in assenza della proposta di transazione fiscale, i crediti tributari devono essere soddisfatti in maniera integrale ed alle scadenze prescritte dalla legge.

Si osserva inoltre che, attualmente, l'inserimento della transazione fiscale nell'ambito delle procedure di concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione fa sì che la stessa risulti assistita da **garanzie di controllo da parte di organi giudiziari**, all'interno di una procedura che vede la partecipazione dei creditori.

La ratio che giustifica il ricorso allo strumento transattivo da parte dell'odierno legislatore si lega essenzialmente all'esigenza di voler privilegiare la composizione concordata della crisi oppure la valorizzazione degli accordi negoziali, evitando così, per quanto possibile, il dissesto irreversibile dell'imprenditore commerciale.

In tale ottica (mentre il precedente regime dell'articolo 3, comma 3, del DL n. 138 del 2002 attribuiva l'iniziativa della transazione all'Agenzia delle entrate), l'articolo 182-ter della L.F. stabilisce, ai commi primo e sesto, che la proposta di transazione fiscale può essere presentata dal debitore "*Con il piano (di concordato preventivo, n.d.r.) di cui all'articolo 160*" ovvero "*nell'ambito delle trattative che precedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182- bis*".

Ne consegue che, a differenza di quanto si verificava ai sensi dell'articolo 3, comma 3, del D.L. n. 138 del 2002, la proposta di transazione non può essere presentata dagli Uffici dell'Agenzia delle entrate, ma esclusivamente dal debitore.

8.2 I PRESUPPOSTI SOGGETTIVI

L'inserimento della transazione fiscale all'interno della disciplina del concordato impone una verifica preventiva dei presupposti soggettivi richiesti dalla L.F. (illustrati al punto 2) per l'accesso alla procedura del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Al riguardo si richiama l'attenzione sui requisiti qualificanti degli imprenditori commerciali soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo nonché sull'onere dell'imprenditore di comprovare la contemporanea sussistenza dei parametri di cui alle lettere a), b) e c) dell'articolo 1 della L.F., elencati al precedente punto 2, ai fini dell'esclusione dalle procedure di fallimento e di concordato preventivo.

8.3 I PRESUPPOSTI OGGETTIVI

L'articolo 182-ter, primo comma, della L.F. stabilisce che "*il debitore può proporre il pagamento, anche parziale, dei tributi amministrati dalle agenzie fiscali e dei relativi accessori, ... ad eccezione dei tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea*".

La norma individua in maniera tassativa le tipologie di crediti tributari che possono formare oggetto della transazione fiscale, sulla base dei parametri di seguito indicati:

a) Tipologia dell'imposta

In primo luogo, l'articolo 182-ter individua i crediti suscettibili di transazione fiscale in base alla tipologia di imposta, includendovi i soli tributi "amministrati dalle agenzie fiscali".

Ne consegue che restano esclusi dall'ambito applicativo della disposizione in commento i tributi locali (ad esempio, ICI, TARSU, TOSAP, imposta sulle pubblicità e diritto sulle pubbliche affissioni).

Si osserva, inoltre, che l'articolo 182-ter pone l'accento sulla circostanza che il tributo sia

amministrato dalle agenzie fiscali, prescindendo dalla tipologia del gettito che si origina dal tributo.

Ciò costituisce ulteriore connotato di distinzione rispetto alla previgente disciplina di cui al D.L. n. 138 del 2002, che ammetteva la transazione per i soli tributi amministrati dall'Agenzia delle entrate il cui gettito fosse di esclusiva spettanza dello Stato.

Pertanto, con riferimento all'IRAP, si ritiene che tale imposta debba essere ricompresa nell'ambito applicativo della transazione fiscale, in quanto, pur dando luogo ad un gettito non erariale, essa è amministrata dall'Agenzia delle entrate.

Infine, l'articolo 182-ter esclude espressamente dalla transazione fiscale i "tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea". Per quanto concerne l'IVA, si osserva che l'ottavo considerando della Direttiva CEE del 28 novembre 2006, n. 112 ("Direttiva CE del Consiglio relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto") afferma che "In applicazione della decisione 2000/597/CE, Euratom del Consiglio, del 29 settembre 2000, relativa al sistema delle risorse proprie delle Comunità europee, il bilancio delle Comunità europee, salvo altre entrate, è integralmente finanziato da risorse proprie delle Comunità.

Dette risorse comprendono, tra l'altro, quelle provenienti dall'IVA, ottenute applicando un'aliquota comune ad una base imponibile determinata in modo uniforme e secondo regole comunitarie."

Tuttavia, nel certificare il debito complessivo tributario, secondo le indicazioni illustrate nel successivo punto, si potrà indicare anche il debito tributario relativo all'IVA, il quale, non formando oggetto di transazione fiscale, **non potrà essere falcidiato ma dovrà essere interamente assolto dal contribuente.**

In base al disposto del primo comma dell'articolo 182-ter della L.F. ("ad eccezione dei tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea"), è da ritenere che l'esclusione dell'IVA dalla transazione fiscale riguarda il solo tributo quindi gli accessori relativi all'IVA, (gli interessi e le sanzioni) possono pertanto formare oggetto di transazione fiscale.

Infine, si precisa che rientrano nella transazione fiscale **unicamente i crediti tributari, con esclusione, quindi, delle altre entrate di natura non tributaria gestite dall'Agenzia delle entrate**, per le quali potranno trovare applicazione, al verificarsi dei presupposti previsti dalla L.F., le disposizioni in tema di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione dei debiti. Nelle ipotesi, peraltro, che il piano di concordato preventivo o la proposta di accordo di ristrutturazione preveda una falcidia dei crediti non tributari, è necessario che gli Uffici valutino attentamente la natura del credito, al fine di verificare l'effettiva sussistenza del potere di disporre la remissione parziale del credito stesso.

E' da ritenere inammissibile, ad esempio, una riduzione del credito avente ad oggetto somme dovute a seguito di una sentenza di condanna per danno erariale.

b) Crediti aventi ad oggetto un recupero di aiuti di Stato

Attraverso la Comunicazione n. 2007/C-207/05, (G. U. dell'Unione europea del 15 novembre 2007) la Commissione europea ha illustrato i principi fondamentali dell'attività di recupero degli aiuti di Stato dichiarati incompatibili con il mercato comune nonché il ruolo dello Stato membro in sede di esecuzione delle decisioni di recupero.

In particolare, per quanto concerne le ipotesi in cui i beneficiari degli aiuti illegali siano insolventi, è stato precisato che *"Qualora al comitato dei creditori si proponga un piano di prosecuzione che comporti la continuazione dell'attività del beneficiario, le autorità responsabili dell'esecuzione della decisione possono appoggiare tale piano unicamente se garantisce che l'aiuto sarà rimborsato integralmente entro i termini stabiliti nella decisione di recupero della Commissione. In particolare, lo Stato membro non può rinunciare parzialmente alla sua richiesta di recupero né può accettare qualsiasi altra soluzione che non porti alla cessazione immediata dell'attività del beneficiario. In assenza di un rimborso integrale e immediato dell'aiuto illegittimo e incompatibile, le autorità responsabili dell'esecuzione della decisione dovrebbero prendere tutti i provvedimenti disponibili per opporsi all'adozione di un piano di continuazione e dovrebbero insistere sulla cessazione dell'attività del beneficiario entro il termine fissato nella decisione di recupero."* (cfr punto 67 della citata Comunicazione n. 2007/C-207/05 del 2007).

Per quanto sopra, si ritiene che i crediti relativi a recuperi di aiuti di Stato dichiarati incompatibili non possono costituire oggetto di transazione fiscale, né di falcidia in sede di concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti.

c) Interessi e sanzioni

L'articolo 182-ter include tra i crediti tributari suscettibili di transazione anche gli accessori al tributo (come già evidenziato sopra in merito all'Imposta sul Valore Aggiunto); al riguardo si ritiene che possano essere oggetto di transazione non solo gli accessori in senso "stretto", vale a dire gli interessi relativi al tributo e l'indennità di mora, ma anche le sanzioni amministrative per violazioni tributarie (come peraltro già affermato a suo tempo dalla circolare n. 8/E del 2005 con riferimento alla "previgente forma" di transazione fiscale).

8.4 NATURA CHIROGRAFARIA E PRIVILEGIATA DEL CREDITO – CREDITI ISCRITTI E NON ISCRITTI A RUOLO

L'articolo 182-ter al primo comma stabilisce che la proposta transattiva può avere ad oggetto i tributi amministrati dalle agenzie fiscali e i relativi accessori "**limitatamente alla quota di debito avente natura chirografaria anche se non iscritti a ruolo**".

Il corretto significato di tale locuzione deve essere colto sulla base di un'interpretazione sistematica delle norme riportate nell'articolo 182-ter, terzo e quarto periodo del primo comma, le quali contengono l'ipotesi che alla transazione siano ammessi tanto i crediti tributari assistiti da privilegio quanto quelli di natura chirografaria, sia pure con distinti limiti e modalità di pagamento.

I citati periodi del primo comma dell'articolo 182-ter prevedono, infatti, che "*Se il credito tributario è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali*", mentre "*se il credito tributario ha natura chirografaria, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari*".

Partendo dall'assunto che anche i crediti tributari privilegiati possono rientrare nell'ambito applicativo della transazione fiscale, la locuzione in esame non può essere interpretata nel suo significato letterale, così che, mentre il credito chirografario può essere oggetto di transazione indipendentemente dalla circostanza che vi sia stata iscrizione a ruolo, l'ammissione alla transazione fiscale del credito assistito da privilegio presuppone l'avvenuta iscrizione a ruolo.

Al contrario, in adesione al canone interpretativo teleologico, è dato ritenere che possono costituire oggetto di transazione anche i crediti privilegiati non iscritti a ruolo.

A sostegno dell'interpretazione favorevole ad estendere la transazione fiscale anche ai crediti tributari privilegiati non iscritti a ruolo, si cita la relazione illustrativa (schema di decreto 22 dicembre 2005), nella quale è stato precisato che "*il debitore può proporre il pagamento anche parziale, dei tributi amministrati dalle agenzie fiscali e dei relativi accessori, anche se non iscritti a ruolo*".

Si deve concludere che nell'ambito di applicazione della transazione fiscale rientrano sia i crediti tributari chirografari sia quelli assistiti da privilegio, indipendentemente dalla circostanza che vi sia stata l'iscrizione a ruolo.

Una volta affermato che la transazione include anche i tributi non iscritti a ruolo, occorre ulteriormente evidenziare che la richiamata disposizione di cui al primo comma, secondo periodo, dell'articolo 182-ter, nel prevedere la possibilità di pagamento parziale dei crediti tributari assistiti da privilegio, vieta che agli stessi sia riservato un trattamento peggiore rispetto a quello offerto ai creditori aventi un grado di privilegio inferiore ovvero una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali.

8.5 CREDITI TRIBUTARI MUNITI DI PRELAZIONE

Precedentemente sono state illustrate le principali caratteristiche della transazione fiscale e, in particolare, la possibilità di ottenere, con l'istituto in esame, il pagamento in misura ridotta o dilazionata del credito tributario privilegiato.

Si è altresì affermato che la falcidia o la dilazione è ammissibile soltanto se vengono rispettate le disposizioni di cui all'articolo 182-ter della L.F..

Occorre inoltre precisare che in ordine ai crediti tributari muniti di diritti di prelazione diversi dal privilegio l'articolo 77 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, stabilisce infatti che, decorso inutilmente il termine di sessanta giorni dalla notifica della cartella di pagamento, il ruolo costituisce titolo per iscrivere ipoteca sugli immobili del debitore e dei coobbligati.

Tale previsione legale di una causa di prelazione rappresenta una misura, collocata all'interno del sistema dell'esecuzione esattoriale, *"cui il legislatore ha ritenuto di far ricorso per facilitare la riscossione"* (cfr., Cass., SS.UU., ordinanza n. 3171 dell'11 febbraio 2008, in motivazione).

Il credito tributario per il quale viene iscritta l'ipoteca risulta così, in sede di proposta di transazione fiscale, munito di un diritto di prelazione. L'articolo 182-ter della L.F., tuttavia, prevede al primo comma il solo "credito tributario ... assistito da privilegio", accanto al credito tributario chirografario.

Tanto premesso, si ritiene che la locuzione "crediti assistiti da privilegio" vada intesa in senso atecnico, come comprensiva di tutti i crediti tributari muniti di diritto di prelazione. Una differente interpretazione, infatti, comporterebbe - per le ragioni esposte al punto 4 della presente circolare - l'esclusione della transazione fiscale, e con essa della possibilità della falcidia, per le ipotesi di crediti tributari muniti di ipoteca.

Tale impostazione si porrebbe nei fatti in contrasto con la ratio dell'istituto in esame e, inoltre, determinerebbe una illegittima alterazione delle cause di prelazione, in quanto il trattamento dei crediti tributari privilegiati, oggetto di falcidia, sarebbe deteriore rispetto al trattamento di crediti aventi un grado di prelazione inferiore.

Al riguardo si osserva infatti che l'articolo 160 della L.F. stabilisce, come presupposto per l'ammissibilità alla procedura di concordato preventivo, che "Il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione".

Pertanto, si ritiene che la disciplina dei crediti tributari assistiti da privilegio di cui all'articolo 182-ter della L.F. possa essere estesa anche ai crediti tributari muniti di diritto di prelazione, per i quali è così possibile il pagamento in misura ridotta e/o dilazionata.

In tale ipotesi, il trattamento in sede di transazione dei crediti tributari in esame non dovrà essere deteriore rispetto a quello offerto ai creditori aventi un grado di prelazione inferiore ovvero una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali.

Si osserva infine che i crediti tributari in esame sono unicamente quelli iscritti al ruolo, dal momento che "il ruolo costituisce titolo per iscrivere ipoteca sugli immobili del debitore e dei coobbligati" (articolo 77 del DPR n. 602 del 1973).

Anche sotto tale profilo si conferma, quindi, l'interpretazione del primo comma dell'articolo 182-ter della L.F. precedentemente esposta in merito alla ammissibilità della falcidia per i crediti privilegiati iscritti a ruolo.

8.6 CREDITI TRIBUTARI PRIVILEGIATI

Il privilegio è una causa legittima di prelazione (articolo 2741 del codice civile), accordata dalla legge in considerazione della causa del credito, ovvero del rapporto da cui è sorto (articolo 2745 del codice civile).

Ai sensi dell'articolo 2746 del codice civile, il privilegio può essere generale o speciale, a seconda che gravi su tutti i beni mobili del debitore oppure su determinati beni mobili o immobili.

Ciò premesso, i crediti tributari privilegiati sono, in sintesi, i seguenti:

- IRPEF, IRES, IRAP e ILOR: limitatamente all'imposta o alla quota proporzionale di imposta



imputabile ai redditi immobiliari, i crediti IRPEF, IRES e ILOR hanno privilegio speciale sugli immobili siti nel territorio del Comune in cui il tributo si riscuote e sopra i frutti, i fitti e le pignoni degli stessi immobili (articolo 2771, primo comma del codice civile); limitatamente all'imposta o alla quota proporzionale di imposta imputabile al reddito d'impresa, i crediti IRPEF, IRES e ILOR hanno privilegio speciale sopra i beni mobili che servono all'esercizio dell'impresa e sopra le merci (articolo 2759 del codice civile); i restanti crediti IRPEF, IRES, IRAP e ILOR godono di un privilegio generale sui beni mobili (articolo 2752 del codice civile);

- IVA (si ricorda che, come precisato al precedente punto 4.2.1, l'IVA è esclusa dalla transazione fiscale, mentre vi rientrano i relativi interessi e sanzioni): il credito IVA, incluse le sanzioni, gode di un privilegio generale sui beni mobili (articolo 2752, comma 3 del codice civile), nonché, in caso di infruttuosa esecuzione, di collocazione sussidiaria con precedenza rispetto ai crediti chirografari, sul prezzo degli immobili (articolo 2776, comma 3 del codice civile); infine, in caso di responsabilità solidale del cessionario, i crediti IVA dello Stato hanno privilegio sugli immobili che hanno formato oggetto della cessione o ai quali si riferisce il servizio (articolo 2772, comma secondo del codice civile);

- Tributi indiretti: i crediti dello Stato per ogni tributo indiretto hanno privilegio speciale sui beni mobili (articolo 2758 del codice civile) e sugli immobili (articolo 2772, primo comma, del codice civile) ai quali si riferiscono;

- INVIM: il credito INVIM, incluse le sanzioni, gode di un privilegio speciale sugli immobili ai quali si riferisce (articolo 2772, primo comma, del codice civile e articolo 28 del decreto del Presidente della Repubblica del 26 ottobre 1972, n. 643).

Si precisa che la natura privilegiata dei crediti relativi alle sanzioni tributarie è stata stabilita per legge solo in materia di IVA (articoli 2752, comma 3, e 2776, comma 3, del codice civile) e di INVIM (articolo 28 del DPR n. 643 del 1972).

Pertanto, si deve ritenere che le sanzioni - fatta eccezione per quelle relative all'IVA e all'INVIM - diano origine a crediti di natura chirografaria.

A tale conclusione si perviene osservando che il riconoscimento del privilegio, ai sensi dell'articolo 2745 del codice civile, è sottoposto a riserva di legge ed ha carattere eccezionale, in quanto derogatorio del generale principio della *par condicio creditorum*.

Tale interpretazione si allinea altresì con l'orientamento giurisprudenziale favorevole alla *"non estensione del privilegio alle soprattasse se non nelle ipotesi espressamente previste e cioè in materia di Iva e di Invim, da intendersi come disposizioni eccezionali e non applicabili in via analogica ad ipotesi tributarie diverse"* (Cass., SS.UU., n. 5246 del 6 maggio 1993; Cass. n. 838 del 24 gennaio 1995).

8.7 LA PROCEDURA DI PRESENTAZIONE

La proposta di transazione fiscale può prevedere il pagamento, anche dilazionato, *"dei tributi amministrati dalle agenzie fiscali e dei relativi accessori, ..., ad eccezione dei tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea"*, anche non iscritti a ruolo.

A titolo di esempio, possono essere oggetto di transazione:

- le imposte emergenti dalle dichiarazioni fiscali presentate sino alla data di presentazione della domanda di transazione e non ancora liquidate;
- le imposte emergenti dalle dichiarazioni integrative presentate dal contribuente, ai sensi degli articoli 2 e seguenti del decreto del Presidente della Repubblica 22 luglio 1998, n. 322, al fine di rettificare o integrare gli importi originariamente dichiarati;
- le imposte dovute a seguito della liquidazione delle dichiarazioni dei redditi ai sensi dell'articolo 36-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e del controllo formale di cui all'articolo 36-ter del medesimo decreto;
- il debito di imposta quantificato in atti di accertamento, avvisi di liquidazione, atti di recupero, atti di contestazione e/o di irrogazione di sanzione, ancorché non definitivi, per la parte non iscritta a ruolo;
- i crediti tributari iscritti a ruolo dagli Uffici dell'Agenzia. Infine, si precisa che la proposta di transazione può avere ad oggetto anche i tributi in precedenza richiamati per i quali sia pen-

dente una lite.

Al fine di consentire il consolidamento del debito fiscale, il secondo comma dell'articolo 182-ter della L.F. prevede che "Copia della domanda e della relativa documentazione, contestualmente al deposito presso il tribunale, deve essere presentata al competente concessionario del servizio nazionale della riscossione ed all'ufficio competente sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del debitore, unitamente alla copia delle dichiarazioni fiscali per le quali non è pervenuto l'esito dei controlli automatici nonché delle dichiarazioni integrative relative al periodo sino alla data di presentazione della domanda".

Il debitore, pertanto, contestualmente al deposito presso il Tribunale, dovrà presentare copia della domanda di transazione all'Ufficio competente sulla base dell'ultimo domicilio fiscale, nonché al competente agente della riscossione.

Considerato che la transazione fiscale può essere proposta con il piano di cui all'articolo 160 della L.F., la domanda dovrà essere corredata della relativa documentazione, inclusa quella prevista dall'articolo 161 della L.F., nonché da copia delle dichiarazioni fiscali per le quali non è pervenuto l'esito dei controlli automatici e delle dichiarazioni integrative relative al periodo sino alla data di presentazione della domanda stessa.

La presentazione di copia della domanda debitamente documentata, sia al competente agente della riscossione sia al competente Ufficio dell'Agenzia delle entrate, costituisce pertanto un onere il cui assolvimento rileva come requisito di ammissibilità della transazione fiscale.

Si osserva, infine, che l'articolo 182-ter della L.F. non disciplina la forma o il contenuto della domanda di transazione fiscale, in quanto il legislatore ha ritenuto di valorizzare l'autonomia delle parti nella formulazione della proposta.

Tuttavia, essendo finalizzata alla conclusione di un accordo per la ristrutturazione e la soddisfazione, anche parziale, del debito tributario, la domanda dovrà essere redatta nel modo il più possibile analitico ed esauriente, in analogia con le regole che disciplinano la redazione della proposta di concordato preventivo di cui agli articoli 160 e seguenti della L.F.

In conclusione, la domanda di transazione fiscale, redatta su carta semplice ed indirizzata al competente Ufficio dell'Agenzia delle entrate, dovrà contenere, oltre agli allegati richiesti dalla legge (sopra richiamati), almeno:

- le indicazioni complete del contribuente che richiede la transazione (denominazione o nome, codice fiscale, rappresentante legale, ecc.);
- se del caso, gli elementi identificativi della procedura di concordato preventivo in corso (indicazione degli organi giudiziari competenti, dati identificativi del procedimento, del decreto di ammissione ecc.);
- la completa ed esauriente ricostruzione della posizione fiscale del contribuente, così come a lui nota, con indicazione di eventuali contenziosi pendenti;
- l'illustrazione della proposta di transazione, con indicazione dei tempi, delle modalità e delle garanzie prestate per il pagamento, tenendo conto di tutti gli elementi utili per un giudizio di fattibilità e convenienza della transazione;
- l'indicazione, anche sommaria, del contenuto del piano concordatario (come già chiarito, il piano andrà comunque allegato alla domanda di transazione, con tutta la documentazione relativa, prevista dagli articoli 160 e seguenti della L.F.);
- ogni altro elemento che il contribuente riterrà utile all'accoglimento della proposta e che, comunque, ponga l'Ufficio in condizione di effettuare le proprie valutazioni.

8.8 IL CONSOLIDAMENTO DEL DEBITO FISCALE

Entro il termine di trenta giorni dalla presentazione della domanda di transazione, l'Ufficio, previa verifica del rispetto dei requisiti posti dalla legge per l'ammissibilità della proposta di transazione, dovrà provvedere, qualora ne ricorrano i presupposti, ai necessari adempimenti connessi con l'attività di controllo (liquidazione tributi risultanti dalle dichiarazioni e notifica delle relative comunicazioni di irregolarità; notifica avvisi di accertamento).

Prima che sia decorso il medesimo termine di trenta giorni, l'Ufficio dovrà quindi predisporre e trasmettere al debitore una certificazione attestante il complessivo debito tributario, di par-



ticolare importanza qualora quest'ultimo sia di importo superiore a quello indicato nella domanda di transazione fiscale presentata.

Come anticipato al punto precedente nella certificazione dovrà includersi anche il debito relativo all'IVA.

Al riguardo si osserva che il secondo comma dell'articolo 182-ter non dispone, come evidenzia un recente orientamento giurisprudenziale, la perentorietà del termine di trenta giorni ivi previsto.

Tuttavia, in considerazione della particolare celerità del procedimento, è necessario che eventuali richieste motivate di proroga agli organi della procedura siano formulate dagli Uffici solo in casi del tutto eccezionali.

Nell'identificare il debito di imposta gli Uffici terranno altresì conto degli atti acquisiti anche nei trenta giorni successivi alla presentazione della domanda, quali:

- 1) avvisi di accertamento notificati, inclusi, ovviamente, gli accertamenti parziali di cui all'articolo 41-bis del DPR n. 600 del 1973, per la parte non iscritta a ruolo;
- 2) ruoli vistati ma non ancora consegnati all'agente della riscossione alla data di presentazione della domanda.

Gli Uffici terranno conto a fini istruttori anche dei seguenti atti:

- 1) processi verbali di constatazione; per processo verbale di constatazione deve intendersi il documento redatto dai verificatori a seguito dell'ultimazione delle operazioni di ispezione e verifica e comunicato al contribuente, mediante il quale è effettuata la constatazione delle violazioni delle norme tributarie ascrivibili al contribuente;
- 2) inviti al contraddittorio di cui agli articoli 5 e 11 del decreto legislativo 19 giugno 1997, n. 218 inviati al contribuente;

Con particolare riferimento alle somme iscritte a ruolo, è necessario sottolineare che, nel determinare l'entità del debito, l'Ufficio dovrà tener conto anche dei ruoli vistati ed eventualmente consegnati all'agente della riscossione nei trenta giorni successivi alla data di presentazione della domanda di transazione.

Di contro, l'Ufficio non dovrà tener conto delle somme iscritte in ruoli già consegnati all'agente della riscossione alla data di presentazione della domanda.

Qualora l'Ufficio competente (in ragione dell'ultimo domicilio fiscale del debitore) a valutare la proposta di transazione sia diverso da quello competente (in ragione del domicilio del contribuente alla data di presentazione della dichiarazione) ad effettuare i predetti controlli, si rende necessario un rapido coordinamento tra i due Uffici per il puntuale assolvimento delle rispettive competenze.

Nel caso in cui il Tribunale abbia emesso il decreto di apertura della procedura di concordato preventivo (articolo 163 della L.F.), copia degli atti notificati o comunicati al debitore successivamente alla data di presentazione della proposta, nonché copia della certificazione attestante il debito di imposta dovranno essere trasmessi al Commissario giudiziale, per gli adempimenti previsti dagli articoli 171, primo comma, e 172 della L.F.

È necessario precisare che la disciplina normativa non dispone la preclusione di ulteriore attività di controllo da parte dell'amministrazione finanziaria in caso di transazione fiscale.

Ciò comporta che è sempre possibile per l'amministrazione finanziaria, ove ne ricorrano le condizioni, l'esercizio dei poteri di controllo, con la conseguente determinazione di un debito tributario, superiore rispetto a quello attestato nella certificazione rilasciata al debitore o altrimenti individuato al termine della procedura di transazione fiscale, che l'Amministrazione potrà far valere nei confronti dello stesso contribuente che ha ottenuto l'omologazione del concordato nonché degli obbligati in via di regresso.

Si pensi, ad esempio, ad una proposta di transazione fiscale avente ad oggetto anche il debito tributario relativo al periodo di imposta per il quale non sia stata presentata la relativa dichiarazione, in quanto non ancora scaduti i termini.

In tal caso, l'accettazione della proposta e la sua successiva omologazione, in sede di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione dei debiti, non preclude all'Ufficio il successivo esercizio dei poteri di controllo della relativa dichiarazione, che il contribuente avrà presentato successivamente alla omologa della transazione fiscale.

Per quanto concerne i tributi oggetto di contenzioso, si ricorda che il quinto comma



dell'articolo 182-ter stabilisce che *“La chiusura della procedura di concordato ai sensi dell'articolo 181 determina la cessazione della materia del contendere nelle liti aventi ad oggetto i tributi di cui al primo comma”*.

Tale effetto attiene ovviamente solo alle liti riguardanti i tributi oggetto di transazione e non anche alle controversie non riferibili alla proposta di transazione, come ad esempio a quelle in tema di rimborso.

La cessazione della materia del contendere si produce con la chiusura della procedura e, quindi, con il decreto di omologazione (articoli 180 e 181).

Nei casi in cui il concordato sia successivamente annullato o risolto ai sensi dell'articolo 186 della L.F., poiché la cessazione della materia del contendere è conseguenza dell'intervenuto accordo fra le parti, il venir meno di quest'ultimo determina la ripresa del contenzioso.

8.9 GLI ADEMPIMENTI DELL'AGENTE DELLA RISCOSSIONE

Anche l'agente della riscossione, nel termine di trenta giorni dalla data di presentazione della domanda e della relativa documentazione, deve trasmettere al debitore una certificazione attestante l'entità del debito iscritto a ruolo, scaduto o sospeso.

Il debito di imposta dovrà essere unitariamente determinato e, quindi, deve essere comprensivo di tutte le somme (tributi, interessi e sanzioni) iscritte a ruolo, nonché degli interessi di cui all'articolo 30 del DPR n. 602 del 1973.

Nella determinazione del debito dovranno essere considerate anche le somme relative alle cartelle di pagamento notificate, per le quali non sia ancora scaduto, alla data di presentazione della domanda di transazione, il termine previsto dall'articolo 50 del DPR n. 602 del 1973.

Copia della certificazione attestante l'entità del debito, stante la previsione contenuta nel comma 4 dell'articolo 182-ter, dovrà essere inviata anche al Direttore del competente Ufficio dell'Agenzia delle entrate, allo scopo di consentire allo stesso di porre in essere l'attività demandatagli dalla norma.

L'organo di vertice del competente Ufficio, infatti, previo conforme parere della Direzione regionale di appartenenza, deve fornire all'agente della riscossione le indicazioni necessarie al fine della partecipazione di quest'ultimo al voto in sede di adunanza dei creditori. Infine, si ricorda che, in caso di emissione del decreto di cui all'articolo 163 della L.F. (decreto di apertura della procedura di concordato preventivo), copia della certificazione dovrà essere trasmessa dall'agente della riscossione anche al Commissario giudiziale, per gli adempimenti di cui agli articoli 171, primo comma, e 172 della L.F.

8.10 LA PROCEDURA PREVISTA DALL'ULTIMO COMMA DELL'ARTICOLO 182-TER

Per le ipotesi in cui la proposta di transazione fiscale sia effettuata nell'ambito delle trattative che precedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182-bis della L.F., l'ultimo comma dell'articolo 182-ter prevede adempimenti analoghi a quelli contemplati dai commi precedenti. In particolare *“La proposta di transazione fiscale è depositata presso gli uffici indicati nel secondo comma, che procedono alla trasmissione e alla liquidazione ivi previste”*.

In base a detta disposizione, la proposta deve essere depositata presso l'Ufficio competente in relazione all'ultimo domicilio fiscale del debitore - tenuto alla liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni ed alla notifica dei relativi avvisi di irregolarità - e presso il competente agente della riscossione - tenuto a trasmettere al debitore la certificazione attestante l'entità del debito iscritto a ruolo scaduto o sospeso.

Nei trenta giorni successivi l'assenso alla proposta di transazione è espresso, in relazione ai tributi non iscritti a ruolo ovvero non ancora consegnati all'agente della riscossione alla data di presentazione della domanda, con atto del Direttore dell'Ufficio, su conforme parere della competente Direzione regionale.



Relativamente ai tributi iscritti a ruolo e già consegnati all'agente della riscossione alla data di presentazione della domanda, l'assenso è espresso con atto dell'agente della riscossione su indicazione del Direttore dell'Ufficio, previo parere conforme "della direzione generale".

In merito a quest'ultima locuzione, si ritiene che la stessa debba intendersi come "Direzione regionale", atteso che non potrebbe giustificarsi una differenza rispetto alla corrispondente previsione del quarto comma dell'articolo 182-ter (secondo cui l'agente della riscossione "provvede ad esprimere il voto ... su indicazione del direttore dell'ufficio, previo conforme parere della competente direzione regionale") e che le Direzioni regionali costituiscono strutture di vertice dell'Agenzia.

Infine, l'ultimo periodo del comma in esame dispone che l'assenso in tal modo espresso equivale a sottoscrizione dell'accordo di ristrutturazione.

8.11 LA VALUTAZIONE DELLA PROPOSTA DI TRANSAZIONE

Gli Uffici, sulla base della documentazione prodotta dal debitore nonché di ogni altra informazione in loro possesso, dovranno in via preliminare effettuare un riscontro in ordine all'effettiva sussistenza dei requisiti formali e procedurali previsti dall'articolo 182-ter della L.F. In particolare, si ricorda che ai sensi del primo comma del predetto articolo 182-ter, "*Se il credito tributario è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali; se il credito tributario ha natura chirografaria, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari*".

Per quanto concerne, invece, il merito della proposta di transazione del debito fiscale, gli Uffici dovranno valutare l'eventuale effettiva possibilità di una migliore soddisfazione del credito erariale in sede di accordo transattivo, rispetto all'ipotesi di avvio di una procedura concorsuale di fallimento, tenendo conto dei principi di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa nonché della tutela degli interessi erariali.

Al riguardo, tuttavia, è necessario altresì considerare gli obiettivi sottesi alla riforma organica delle procedure concorsuali e, di conseguenza, all'istituto della transazione fiscale.

Il legislatore ha infatti inteso evitare, per quanto possibile, il dissesto irreversibile dell'imprenditore commerciale, per promuovere le "*finalità ispirate ad una maggiore sensibilità verso la conservazione delle componenti positive dell'impresa (beni produttivi e livelli occupazionali)*" ed "*allinearsi agli altri Stati membri dell'Unione europea ed introdurre una nuova disciplina concorsuale per la regolamentazione dell'insolvenza che semplifichi le procedure attualmente esistenti e sopperisca in modo agile e spedito alla conservazione dell'impresa e alla tutela dei creditori*" (Relazione allo schema di decreto legislativo del 23 settembre 2005).

Pertanto, in considerazione delle finalità dell'istituto in esame, è opportuno che gli Uffici, in sede di valutazione dell'accordo, tengano conto anche degli altri interessi coinvolti nella gestione della crisi, quali, ad esempio, la difesa dell'occupazione, la continuità dell'attività produttiva, la complessiva esposizione debitoria dell'impresa, oltre alla sua generale situazione finanziaria e patrimoniale (ad esempio, la tipologia dell'attività svolta, le diverse componenti positive di bilancio, la consistenza immobiliare e la presenza di eventuali garanzie).

Infine, si osserva quanto segue in merito all'adesione o diniego alla proposta transattiva.

Per quanto concerne i tributi non iscritti a ruolo, ovvero iscritti in ruoli non ancora consegnati all'agente della riscossione alla data di presentazione della domanda di transazione, il terzo comma dell'articolo 182-ter stabilisce che l'adesione o il diniego è approvato con atto del Direttore dell'Ufficio, su conforme parere della competente Direzione regionale.

In ipotesi di tributi iscritti a ruolo e già consegnati all'agente della riscossione, l'adesione o il diniego alla proposta transattiva sono espressi dall'agente della riscossione mediante voto in sede di adunanza dei creditori, su indicazione del Direttore dell'Ufficio, previo conforme parere della competente Direzione regionale.

In caso di diniego alla proposta transattiva, l'Ufficio dovrà formulare - sulla base degli elementi in suo possesso e della documentazione comunque acquisita alla procedura - le op-



portune contestazioni alla soluzione concordataria, tenendo in particolare conto quanto osservato dal Commissario giudiziale nella relazione depositata ai sensi dell'articolo 172 della L.F. *"sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori"*.

Le eccezioni dovranno essere formulate già in sede di adunanza, senza attendere la fase dell'opposizione per rappresentare all'organo giudiziario le ragioni alla base del diniego.

8.12 PROPOSTA DI DILAZIONE DEL PAGAMENTO - CONTENUTO E VALUTAZIONE: IL PAGAMENTO

Ai sensi dell'articolo 182-ter della L.F. la proposta può prevedere la dilazione del pagamento. L'assenza di una espressa disciplina in ordine alle concrete modalità della dilazione di pagamento si giustifica in considerazione della valorizzazione data dal legislatore all'autonomia delle parti.

Pertanto si ritiene che la proposta di rateazione formulata dal contribuente all'Ufficio potrà anche eccedere i limiti previsti dall'articolo 19 del DPR n. 602 del 1973.

Ciò posto, occorre tuttavia sottolineare quanto segue. Nel caso in cui la dilazione di pagamento sia proposta con il piano di cui all'articolo 160 della L.F., l'Ufficio terrà conto, nel valutare l'adesione o il diniego alla transazione fiscale, di quanto previsto in generale dal concordato, in quanto il trattamento del credito tributario non potrà essere inferiore a quello offerto ai creditori che hanno un diritto di prelazione con grado inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali.

Va altresì osservato che, secondo una recente giurisprudenza di merito (Corte d'appello di Bologna, decreto del 27 giugno 2006), *"la mancanza di garanzia ... certamente ... non costituisce più una tipologia tipica del concordato preventivo (come accadeva in passato, secondo il disposto dell'art. 160, n. 1 l.f.), ma rende difficile una valutazione positiva di fattibilità"* del piano concordatario, soprattutto quando la società proponente il concordato non risulti particolarmente affidabile in rapporto agli obblighi assunti.

Pertanto, l'Ufficio dovrà tener conto della mancata prestazione di una idonea garanzia nel valutare la proposta di rateazione formulata dal contribuente.

Anche nel caso di proposta di dilazione formulata nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'articolo 182-bis della L.F., la prestazione di una idonea garanzia costituisce, in linea generale, elemento essenziale di valutazione dell'adesione agli accordi medesimi.

Per quanto attiene alle modalità di versamento dei tributi oggetto di transazione si intendono applicabili le disposizioni ordinarie in materia di pagamenti.

In particolare il contribuente potrà adempiere alla propria obbligazione tributaria:

- presso l'agente della riscossione a fronte di carichi iscritti a ruolo;
- mediante mod. F24 ed F23, per i tributi non ancora iscritti a ruolo, utilizzando appositi codici tributo di prossima istituzione.