Euroconference Editoria

CRISI E RISANAMENTO

Strumenti, tecniche e soluzioni concorsuali

Diritto

Cinquantesimo

di Massimo Conigliaro 3

La clausola di salvaguardia e i nuovi obblighi in capo agli organi sociali

di Nicla Corvacchiola e Marco Coronese 5

Il *cram down* nell'ambito dell'udienza *ex* articolo 162, L.F.

di Domenica Capezzera 16

Le Sezioni Unite si pronunciano sulle fideiussioni a valle di intese dichiarate nulle dal garante: si tratta di nullità parziale, salvo eventuale diversa volontà delle parti

di Ernestina De Medio 25

La responsabilità del sindaco per il reato di indebita compensazione

di Gianfranco Antico 34

Il concordato fallimentare del terzo assuntore e il relativo parere del curatore fallimentare

di Maurizio Orlando e Giulio Manetti 42

Gli effetti del sequestro e della confisca per equivalente sull'insolvenza dell'impresa

di Giovanbattista Tona 52

La rinuncia del curatore all'acquisizione dei beni per anti economicità della liquidazione ai sensi dell'articolo 104-ter, comma 8, L.F.

di Maurizio Pocetti 62

Operatività

Il merito creditizio nel sovraindebitamento: ribadite le conseguenze processuali per le banche negligenti

di Federico Colognato 75

Recupero dell'Iva su crediti non riscossi nelle procedure concorsuali: l'intervento dell'Agenzia delle entrate dopo la novella del "*Decreto Sostegni*"

di Fabio Battaglia 84

Il fallimento della cooperativa sociale Onlus

di Eleonora Cannizzo 92

Composizione negoziata della crisi: la formazione dell'elenco degli esperti e la gestione della piattaforma telematica

di Maurizio Stella 100

Il Codice della Crisi sulla scrivania

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza a puntate

di Massimo Conigliaro e Nicla Corvacchiola 109

Osservatorio

Osservatorio di giurisprudenza fallimentare

di Massimo Conigliaro 119

Crisi e risanamento n. 50/2022

Cinquantesimo

di Massimo Conigliaro - direttore Scientifico Crisi e Risanamento

"*Scommettiamo sul risanamento*" era il titolo dell'editoriale del numero zero della nostra Rivista. Eravamo nel 2013 e, pur consapevoli di un panorama dell'editoria affollato, ci siamo chiesti se i commercialisti avessero lo strumento desiderato per offrire supporto e consulenza agli imprenditori in crisi. Abbiamo quindi pensato che la risposta potesse essere una rivista dedicata non solo ai professionisti che, avendone fatto un'area di specializzazione, si dedicano quasi esclusivamente alla materia fallimentare (curatori fallimentari, commissari liquidatori, consulenti) ma anche e soprattutto a chi deve conoscere gli strumenti oggi disponibili e sempre più efficaci per gestire anticipatamente la crisi e "*salvare*" l'azienda in difficoltà. La crisi generalizzata del sistema economico rendeva già allora centrale il tema; la capacità di intervento tempestivo ed efficace, in un ambito peraltro complesso, risultava già un bene irrinunciabile.

Nel tempo ci siamo impegnati a offrire una sintesi ragionata dei diversi aspetti della materia, non soltanto sotto il profilo giuridico, ma anche di pianificazione economica e finanziaria, con un occhio costante anche all'aspetto fiscale e tributario.

Possiamo dire che la scommessa è stata vinta: la crisi d'impresa è stata al centro dell'attenzione degli addetti ai lavori e del Legislatore. La lunga gestazione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza è diventata quasi una serie televisiva, con nuove puntate aggiunte ogni qual volta si pensava di essere in dirittura d'arrivo. Interventi, innesti, Commissioni governative, entrata in vigore parziale, hanno portato a un'attualità nella quale convive la mai doma Legge Fallimentare del 1942 con le nuove disposizioni che preludono alla piena attuazione del nuovo Codice. In mezzo, la recente introduzione della composizione negoziata della crisi d'impresa che offre un inedito strumento di regolazione delle posizioni debitorie delle imprese, con l'ausilio di una nuova figura – l'esperto – chiamato alla mediazione con i creditori al fine di evitare di "*portare i libri in Tribunale*" ovvero, per le imprese sotto soglia, di arrendersi di fronte a difficoltà insormontabili.

Temi che hanno consentito al nostro Comitato scientifico e agli Autori coinvolti, tanti e autorevoli negli anni, continui spunti di riflessione e approfondimento per i nostri lettori che ci hanno seguito con costante attenzione.

Lo spirito della Rivista – il cui nome ha anticipato la Legge di riforma che ha eliminato la parola fallimento dal Codice – rimane quello di approfondire modalità e strumenti per intercettare le condizioni di crisi, e cogliere ogni possibile opportunità di risanamento, in piena sintonia con l'allerta precoce volta a prevenire l'insolvenza.

Sappiamo bene che il fallimento – comunque lo si chiami – costituisce la morte dell'imprenditore: esso deve costituire l'estrema *ratio* per tutelare la *par condicio creditorum*, perfetta giuridicamente e come noto inconsistente dal punto di vista sostanziale.

La *mission* della Rivista non può prescindere dai temi della quotidiana attività di curatori fallimentari e consulenti fiscali delle procedure concorsuali, privilegiando l'aspetto operativo e la soluzione di casi concreti, ma è anche volta a sviluppare l'approfondimento delle tecniche aziendalistiche per risanare le imprese. La sezione di diritto rimane la base sulla quale costruire struttura ed evoluzione, sia interpretativa sia di prassi, professionale e processuale, degli strumenti disponibili e dei diversi soggetti coinvolti a vario titolo. Gli aspetti operativi, principalmente incentrati sulla costruzione dei piani di risanamento nei suoi aspetti numerici, consentono di verificare la possibilità e l'opportunità di utilizzo degli strumenti offerti dal nuovo Codice. L'osservatorio monitora le pronunce giurisprudenziali, offrendo non tanto le massime (spesso da decifrare) quanto piuttosto una breve sintesi della sentenza che ne evidenzi la portata e l'impatto sul lavoro quotidiano di chi si occupa di risanamento, direttamente o indirettamente.

All'inizio del decimo anno di attività raggiungiamo il cinquantesimo numero della Rivista, un nuovo punto di partenza che ci fa guardare avanti con rinnovata energia: dopo la scommessa iniziale, oggi rilanciamo con convinzione. Nella consapevolezza – ahimè – che i temi della crisi e del risanamento, dopo una emergenza economica senza precedenti a causa della pandemia, saranno ancora per molto tempo al centro dell'attenzione per imprese e addetti ai lavori, ai quali contiamo di offrire la qualità e l'efficacia dei nostri interventi di approfondimento.

Buona lettura!

Crisi e risanamento n. 50/2022

La clausola di salvaguardia e i nuovi obblighi in capo agli organi sociali

di Nicla Corvacchiola – dottore commercialista docente a contratto presso l'Università Carlo Cattaneo LIUC

Marco Coronese – dottore commercialista

Una delle novità del D.L. 118/2021 convertito nella L. 147/2021 è l'articolo 8, D.L. 118/2021 che prevede, nel caso in cui il debitore depositi un'istanza ai sensi dell'articolo 6, D.L. 118/2021, la possibilità di beneficiare della sospensione dagli obblighi in merito alla conservazione dell'integrità del capitale sociale di cui agli articoli 2446 e 2447, cod. civ. e dell'operatività della clausola di scioglimento di cui agli articoli 2484, n. 4 e 2545-duodecies, cod. civ.. La norma agevolativa è stata introdotta con l'obiettivo di andare incontro alla situazione di difficoltà che stanno attraversando le imprese a causa dell'emergenza sanitaria. In tale contesto nascono una serie di prescrizioni e condizionalità gestorie poste a carico dell'organo amministrativo e dell'organo di controllo della società che hanno riflessi sulle rispettive linee di responsabilità conseguenti a condotte incoerenti o deviate.

Premessa

Il modello sul quale è strutturata la composizione negoziata della crisi non poteva non comprendere una clausola di salvaguardia che sembra oramai caratterizzante di tutti i percorsi ristrutturativi giudiziali legati al *business as a going concern*.

Le condizioni patrimoniali in cui l'imprenditore può trovarsi nella fase immediatamente antecedente alla presentazione dell'istanza potrebbero rilevarsi notevolmente deteriorate cosicché la prosecuzione dell'attività potrebbe essergli del tutto preclusa.

L'articolo 8, D.L. 118/2021 ha come obiettivo quello di rimuovere ogni ostacolo legale all'avvio della fase di ristrutturazione, seppur nell'ambito delle ineludibili condizionalità gestorie previste dall'articolo 9, D.L. 118/2021, al fine di consentire di instradare il risanamento osservando le regole tecniche di origine aziendalistica.

In ambito concorsuale, come previsto dal Codice, ricordiamo una serie di provvedimenti analoghi:

- nell'articolo 20, D.Lgs. 14/2019 al comma 4 è previsto che il debitore possa chiedere un differimento degli obblighi sul capitale, e degli effetti solutori sul contratto sociale, fino a sua conclusione, con facoltà di potervi conferire pubblicità camerale[1];
- nell'articolo 89, D.Lgs. 14/2019 al comma 1, viene previsto che dal deposito della domanda di concordato preventivo fino alla sua omologazione non vengano applicate le clausole di riduzione o perdita del capitale della società in crisi;
- nell'articolo 64, D.L. 14/2019 è previsto che dal deposito della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione e fino all'omologazione non si applichino e non operino le medesime clausole di cui sopra.

Va inoltre ricordato che con il Decreto Liquidità[2] è stata già prevista la possibilità di sterilizzare le perdite d'impresa emerse nel 2020, sospendendo per 5 anni le norme sulla riduzione del capitale e sullo scioglimento della società, con l'effetto di rinviare i relativi provvedimenti all'assemblea di approvazione del bilancio relativo all'anno 2025.

La sospensione degli obblighi di conservazione dell'integrità del capitale sociale

L'articolo 8, D.L. 118/2021 prevede la sospensione dell'applicazione di una serie di obblighi che gravano in capo all'imprenditore nel caso di presentazione dell'istanza di misure protettive.

L'unico comma dell'articolo 8, D.L. 118/2021 prevede che l'imprenditore in situazione di crisi che abbia presentato istanza di misure protettive (*ex* comma 6, articolo 1)[3] può dichiarare che non si applicano nei suoi confronti gli obblighi previsti dagli articoli 2446, 2447, 2482-*bis*, 2482-*ter*, 2484 e 2545-*duodecies*, cod. civ.[4].

In particolare, si tratta:

[1] Non si applicano gli articoli 2446, commi 2 e 3, 2447, 2482-*bis*, commi 4, 5 e 6, e 2482-*ter*, cod. civ.. Nello stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4, e 2545-*duodecies*, cod. civ..

[2] Articolo 6, D.L. 23/2020.

[3] È alla nozione di misure protettive, come tratteggiata dal Codice, che si ispira l'articolo 6, DL. 118/2021 il quale prevede che l'imprenditore possa chiedere, con l'istanza di nomina dell'esperto o con successiva istanza presentata con le medesime modalità, l'applicazione di misure protettive del patrimonio. L'istanza è pubblicata nel Registro Imprese unitamente all'accettazione dell'esperto e, dal giorno della pubblicazione, i creditori non possono acquisire diritti di prelazione, se non concordati con l'imprenditore, né possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa. Le misure protettive, ai sensi dell'articolo 7, comma 1, D.L. 118/2021, sono soggette a conferma, revoca o modifica da parte del Tribunale competente. Ciò sta a significare che l'effetto protettivo, pur producendosi immediatamente in forza di una mera espressione di volontà dell'imprenditore (esternata attraverso la pubblicità camerale), ha natura provvisoria, perché destinato a venir meno in mancanza di un intervento dell'Autorità giurisdizionale.

[4] La disposizione rappresenta una misura analoga a quella individuata dall'articolo 182-*sexies*, L.F. e dall'articolo 89 del Codice, che si produce di diritto con la presentazione della domanda di omologazione del concordato preventivo, la cui finalità è piuttosto chiara: favorire il funzionamento aziendale in favore del buon esito del percorso di risanamento ed evitare che gli amministratori siano esposti alle responsabilità per danni derivanti dalla continuazione dell'attività sociale in presenza di una causa di scioglimento.

- degli articoli 2446, commi 2 e 3, e 2447, cod. civ. relativamente all'obbligatorietà di riduzione del capitale sociale per perdite di oltre 1/3 dello stesso, senza e con la riduzione al di sotto del minimo legale, per le Spa, e delle fattispecie regolate dagli articoli 2482-*bis*, o commi 4, 5 e 6 e 2482-*ter*, cod. civ., in merito la perdita di oltre 1/3 del capitale, senza e con la riduzione al di sotto del minimo legale, per le Srl;
- della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, comma 1, n. 4) e 2545-*duodecies*, cod. civ..

L'agevolazione non esonera l'impresa dagli obblighi informativi che completano la portata del precetto. La sospensione non riguarda infatti il comma 1, articolo 2446, cod. civ. né i primi 3 commi dell'articolo 2482-*bis*, cod. civ. i quali, pur riferiti a diverse tipologie societarie, prevedono l'onere di immediata convocazione dell'assemblea alla quale sottoporre una relazione sulla situazione patrimoniale della società, con le osservazioni del collegio sindacale.

Viene oltretutto previsto:

- che l'ottenimento della sospensione si avrà mediante dichiarazione di volersene avvalere;
- che al momento di presentazione della dichiarazione, potrà avvenire la nomina del tecnico ma potrà anche intervenire in qualsiasi momento successivo;
- che gli effetti si produrranno dopo la dichiarazione presso il Registro Imprese.

Le condizionalità gestorie in capo all'imprenditore

A fronte dell'assenza di uno spossessamento patrimoniale e della conservazione in capo al debitore della gestione sia ordinaria sia straordinaria, sono state introdotte una serie di indicazioni specifiche di governo dell'impresa e precisi oneri informativi.

Notiamo già dall'articolo 4, D.L. 118/2021 un primo onere informativo che si concretizza nel dovere di rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati in modo completo e trasparente. Onere all'evidenza amplissimo sia sotto il profilo oggettivo, rappresentare la propria situazione in modo completo e trasparente, sia in riferimento ai soggetti destinatari, ossia esperto, creditori e ogni altro possibile interessato.

Altre condizionalità gestorie sono state invece collocate nell'ambito dell'articolo 9, D.L. 118/2021 dove vengono incluse le più incisive prescrizioni di governo dell'impresa che vengono classificate in riferimento alle 2 possibili manifestazioni dello squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, ossia la crisi o l'insolvenza.

La piena devoluzione di tutti i poteri, di ordinaria e straordinaria amministrazione, non risulta però incondizionata e trattandosi pur sempre di un'impresa che potrebbe presto uscire, se non è già uscita, dal circuito dell'adempimento ordinario, all'imprenditore viene imposto il rispetto di alcuni specifici parametri economici.

Se l'impresa è solo in crisi non potrà essere pregiudicata la sostenibilità economico-finanziaria dell'attività e dunque non sarà consentito il peggioramento dei risultati della gestione corrente, che dovranno quantomeno essere, *medio tempore*, mantenuti inalterati.

Se si fossero già verificati gli inadempimenti che caratterizzano l'insolvenza, ma l'esperto la giudicasse reversibile, l'impresa andrà gestita nel prevalente interesse dei creditori e dunque non sarà verosimilmente consentita la generazione di nuove perdite d'esercizio e il *turnaround* dovrà essere ben più rapido e deciso.

Sempre nell'articolo 9, D.L. 118/2021 vengono introdotti ulteriori oneri di carattere informativo, questa volta finalizzati a contrappesare gli ampi poteri di governo e, dunque, per prevenire incongruenze o anomalie nell'ambito delle operazioni non ordinarie.

L'imprenditore infatti dovrà informare preventivamente l'esperto, per iscritto, del compimento di atti di straordinaria amministrazione nonché dell'esecuzione di pagamenti incoerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento.

L'esperto potrà ovviamente condividerne le motivazioni oppure rilevare che gli atti straordinari o i pagamenti incoerenti possono arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento e dovrà segnalare il proprio dissenso per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo.

Da ciò non conseguirà alcuna limitazione gestoria in capo all'imprenditore, ma se tali atti o pagamenti verranno comunque eseguiti si produrrà in capo a esso un ulteriore obbligo informativo, in quanto dovrà notificare immediatamente all'esperto la loro esecuzione per l'eventuale sua iscrizione del dissenso presso il Registro Imprese.

Con le linee guida fornite dal decreto dirigenziale del 28 settembre 2021 viene raccomandato che l'esperto faccia presente all'imprenditore che, con adeguato preavviso, lo informi quando intenda porre in essere atti di straordinaria amministrazione e tutte le volte che intenda eseguire pagamenti incoerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento. Il decreto ha così individuato una serie di atti che eccedono l'ordinaria amministrazione:

- le operazioni sul capitale sociale e sull'azienda;
- la concessione di garanzie;
- i pagamenti anticipati delle forniture;

– la cessione *pro soluto* di crediti;

– l'erogazione di finanziamenti a favore di terzi e di parti correlate;

– la rinunzia alle liti e le transazioni;

– le ricognizioni di diritti di terzi;

– il consenso alla cancellazione di ipoteche e la restituzione di pegni;

– l'effettuazione di significativi investimenti;

– i rimborsi di finanziamenti ai soci o a parti correlate;

– la creazione di patrimoni destinati e forme di segregazione del patrimonio in generale;

– gli atti dispositivi in genere.

Bisogna porre particolare attenzione a quei pagamenti che non siano:

– pagamenti di retribuzioni ai dipendenti;

– pagamenti di provvigioni ad agenti e di compensi a collaboratori coordinati e continuativi;

– pagamenti di debiti fiscali e contributivi;

– pagamenti di debiti commerciali, nei confronti di coloro che non siano parti correlate;

– pagamenti di rate mutuo o *leasing* alle scadenze contrattuali, quando non sia in essere una moratoria dei pagamenti;

– tutte le ipotesi in cui il mancato pagamento determini la perdita del beneficio del termine in caso di rateazione.

Riassumendo e schematizzando, siamo quindi in presenza di una serie di prescrizioni di natura informativa, in quanto l'imprenditore dovrà:

– fornire all'esperto tutte le informazioni utili o necessarie;

– rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati in modo completo e trasparente;

– informare preventivamente l'esperto, per iscritto, della sua intenzione di compiere atti di straordinaria amministrazione ovvero di eseguire pagamenti incoerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento;

– informare immediatamente l'esperto dell'intervenuto successivo compimento di atti straordinari nonché dei pagamenti incoerenti in ordine ai quali l'esperto abbia espresso il dissenso.

Unite ad alcune prescrizioni di natura gestoria, poiché l'imprenditore dovrà:

– gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori;

– gestire l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività;

– gestire l'impresa nel prevalente interesse dei creditori;

Gli obblighi in capo all'organo di controllo

Gli obblighi ascritti all'organo di controllo sono di triplice natura e di portata particolarmente incisiva.

La prima prescrizione prevede il dovere in capo a tale organo di comunicare, per iscritto, all'organo amministrativo la sussistenza dei 2 presupposti per la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 2, D.L. 118/2021, che la norma individua:

1. nella condizione di squilibrio patrimoniale o economico finanziario che rende probabile la crisi o l'insolvenza;
2. nella ragionevole perseguibilità del risanamento dell'impresa.

Per quanto attiene il primo punto, in assenza di una precisa definizione di crisi e insolvenza, ci si potrà attenere all'articolo 2 del Codice[5], agli indici di allerta elaborati dal Cndcec oppure avvalersi di altri strumenti non normativi costituiti dalle misurazioni e dalle determinazioni quantitative aziendali contenute nelle *best practices* accademiche o professionali.

Per quanto attiene il secondo presupposto, l'organo di controllo potrà fare riferimento al *test* pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui all'articolo 3, comma 2, D.L. 118/2021, le cui modalità esecutive sono state dettagliatamente definite dal decreto dirigenziale del 28 settembre 2021.

Rilevata la presenza dei requisiti l'organo di controllo dovrà segnalare all'organo amministrativo la sussistenza di entrambi i presupposti per la presentazione dell'istanza di composizione negoziata.

La segnalazione dovrà indicare le motivazioni, essere trasmessa con mezzi che assicurano la prova dell'avvenuta ricezione e conterrà la fissazione di un congruo termine, non superiore a 30 giorni, entro il quale l'organo amministrativo dovrà riferire in merito alle iniziative prese.

La seconda prescrizione di cui è onerato l'organo di controllo riguarda l'esito della segnalazione, ossia la valutazione delle iniziative intraprese. L'espressione iniziative intraprese, pone l'accento sull'atteggiamento proattivo che l'imprenditore è tenuto ad adottare immediatamente dopo aver ricevuto la segnalazione.

Il riscontro dell'organo amministrativo dovrà infatti consistere o nella ricevuta di presentazione dell'istanza di composizione unitamente a una prima strutturazione del piano o in una altrettanto motivata contestazione riguardo le analisi o le conclusioni della segnalazione. E se la contestazione

[5] La quale è da intendere come "*inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*" con un arco temporale semestrale.

non convincerà l'organo di controllo, a esso non resterà altro che avviare i procedimenti legali posti a presidio delle irregolarità di gestione.

Con la terza prescrizione, rimane fermo il dovere di vigilanza di cui all'articolo 2403, cod. civ..

Trattasi di un richiamo superfluo poiché i controlli sul rispetto della legge, dello statuto e dei principi di corretta amministrazione, dovranno rimanere inalterati.

L'organo di controllo dovrà dunque vigilare:

– sull'informativa preventiva nei confronti dell'esperto di cui è onerato l'imprenditore nel caso di esecuzione di atti di straordinaria amministrazione, ovvero di pagamenti incoerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento, sia correttamente eseguita;

– che sia altrettanto tempestivamente fornita all'esperto l'informativa sull'intervenuto successivo compimento di atti straordinari, come di pagamenti incoerenti con creditori, trattative o risanamento, in ordine ai quali l'esperto abbia espresso il dissenso;

– che il patrimonio e l'impresa vengano gestiti, in generale, senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori;

– che l'impresa, se in stato di crisi, sia gestita in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività;

– che l'impresa, se in stato di insolvenza ma con concrete prospettive di risanamento, sia gestita nel prevalente interesse dei creditori.

Appare evidente che la vigilanza del collegio dovrà essere notevolmente rafforzata sia in ordine al perimetro dei controlli, che dovrà estendersi fino a comprendervi pressoché tutti gli atti programmatici e gestori dell'impresa, sia nella frequenza delle verifiche, che nel semestre di sviluppo del procedimento.

Responsabilità gestorie dell'organo amministrativo

Risulta dunque evidente che la composizione negoziata ridisegna considerevolmente l'ambito delle responsabilità gestorie degli organi di amministrazione, mantenendo in capo all'imprenditore il governo del patrimonio e dell'impresa ma introducendo una serie di prescrizioni selettive a intensità crescente modulate sulla gravità della crisi e volte a limitarne la potenziale dannosità.

In realtà, a ben vedere, non siamo in presenza di precetti particolarmente restrittivi rispetto alle ordinarie regole societarie. La sostenibilità economico-finanziaria dell'impresa e la gestione dell'impresa nel prevalente interesse dei creditori sono condotte immanenti al dovere di agire con diligenza di cui all'articolo 2392, cod. civ., al dovere di conservazione dell'integrità del capitale sociale

preveduto dall'articolo 2394, cod. civ. e al rispetto del principio di corretta amministrazione regolato dal successivo articolo 2403, cod. civ..

In un simile contesto interviene molto opportunamente il decreto dirigenziale che, proprio al fine di indirizzare l'impresa nei diversi contesti, individua gli obiettivi economici a cui l'imprenditore dovrà tendere, o le condotte a cui dovrà attenersi, declinandole in riferimento alle diverse condizioni di solvibilità in cui l'impresa potrebbe trovarsi.

In particolare, in caso di crisi e al fine di non cagionare pregiudizio alla sostenibilità economico finanziaria dell'impresa, il decreto precisa che non vi sarà di regola danno quando ci si attende un MOL positivo o quando, in presenza di MOL negativo, esso sia compensato dai vantaggi per i creditori derivanti, secondo una ragionevole previsione, dalla continuità aziendale.

Nel caso di insolvenza viene solo citata l'assenza di pregiudizio nell'ambito dei finanziamenti quando essi siano necessari ad assicurare la continuità aziendale e l'impresa sia dunque in grado di rimborsarli attraverso i soli flussi derivanti dalla continuità stessa. Al contrario vi sarà pregiudizio accertato quando le utilità per i creditori vengano compromesse, anche solo parzialmente, dalla maggiore esposizione debitoria derivante dal finanziamento.

La questione sulla quale bisognerebbe maggiormente riflettere è rappresentata dagli effetti derivanti dalla sospensione degli obblighi sull'integrità del capitale.

La sospensione ha come obiettivo quello di garantire che nel corso delle negoziazioni l'imprenditore non venga assoggettato agli obblighi di ricapitalizzazione o di scioglimento a fronte di perdite superiori al terzo del capitale sociale. È infatti probabile che le condizioni patrimoniali di chi si accinge a questa procedura possano risultare marcatamente compromesse e che dunque si stia per generare, se non si è già generata, la causa di scioglimento con i connessi obblighi ricostitutivi.

La norma consente in questo modo di poter integrare i provvedimenti sul capitale nell'ambito dei piani di risanamento, così da poterli attuare nella loro fase esecutiva, con l'ulteriore effetto che le risorse per la ricostituzione potrebbero anche autogenerarsi mediante rilascio di specifici strumenti finanziari partecipativi ovvero mediante la generazione di utili, da imputarsi a capitale, rivenienti da sopravvenienze attive originate dalla riduzione concordata di debiti.

Va preliminarmente osservato come l'ottenimento della sospensione non sia soggetto ad alcuna autorizzazione o conferma, né amministrativa né giudiziale. Si tratta di una vera e propria autodisattivazione degli obblighi di integrità del capitale e dell'automatico scioglimento sociale conseguiti mediante una semplice espressione di volontà, che si manifesterà formulando una dichiarazione che potrà essere resa sia con l'istanza di nomina dell'esperto sia in un qualsiasi momento

successivo, e la condizione permarrà inalterata fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione. La dichiarazione andrà però pubblicata presso il Registro Imprese e solo da quel momento decorreranno infatti i suoi effetti, e questo genererà un non marginale contraccolpo relazionale in quanto la riservatezza del procedimento verrà inevitabilmente compromessa.
Entro i confini della sostenibilità economica, saranno sopportate perdite incrementali se e in quanto coerenti, e dunque finalizzate all'esecuzione del piano di risanamento.
Risulta dunque evidente quanto importante sia il ruolo dell'esperto negoziatore poiché dovrà costantemente dare una valutazione sull'andamento della gestione e nel caso dovesse rilevare la compromissione delle prospettive di risanamento le trattative dovranno essere immediatamente interrotte. Appare assolutamente fondamentale che l'informativa finanziaria sia completa, trasparente e integra e che non vengano mai omesse notizie rilevanti.

Responsabilità dell'organo di controllo

La segnalazione della sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza rappresenta il primo degli obblighi a cui risulta soggetto l'organo di controllo dal Decreto Legge[6].
Va infatti considerato che, con l'introduzione nel marzo del 2019 della riscrittura dell'articolo 2086, cod. civ., gli obblighi di rilevazione tempestiva della crisi, unitamente a quelli organizzativi per renderla efficace, ha reso la rilevazione degli squilibri economico-finanziari che la precedono, per il tramite della vigilanza sull'adeguatezza degli assetti organizzativi di cui è onerato dal disposto di cui all'articolo 2403, cod. civ., uno degli obblighi centrali ascritti all'organo di controllo.
Dal combinato disposto delle 2 normative, l'articolo 15, D.L. 118/2021 e il comma 2, articolo 2086, cod. civ. si desume che sarà proprio la segnalazione prevista dall'articolo 15, D.L. 118/2021 la reazione naturale dell'organo di controllo di fronte alla rilevazione degli squilibri economici o finanziari. Quest'ultima, se tempestiva, eviterà il decorso delle responsabilità per eventuali danni incrementali successivi allo scioglimento della società per perdita del capitale mentre, se tardiva, di quel decorso ne segnerà unicamente la cessazione.
Il controllo, esercitato tramite la partecipazione alle sedute degli organi di governo collegiali, dovrà essere accurato e sarà dunque imprescindibile:
- l'esistenza di un piano aziendale a orientamento prospettico che assicuri il raggiungimento di margini operativi lordi positivi;

[6] Cfr. A. Cimolai "*L'autosospensione degli obblighi di conservazione del capitale e i nuovi quadri di responsabilità degli organo sociali*" in Diritto della Crisi del 1° febbraio 2022.

- un costante monitoraggio degli scostamenti dalle previsioni di piano al fine di poter tempestivamente intercettare l'approssimarsi dell'insolvenza;
- il conseguente aggiornamento del piano in modo tale da assicurare, oltre ai margini operativi lordi, anche la reversibilità dello stato di squilibrio.

Oggetto di particolare attenzione da parte del collegio sarà l'osservanza dell'interlocuzione preventiva con l'esperto in merito gli atti di straordinaria amministrazione o in merito i pagamenti incoerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento, nonché l'immediata comunicazione successiva sul compimento di quelli in ordine ai quali l'esperto abbia manifestato il dissenso.

Conclusioni

Il D.L. 118/2021 convertito dalla L. 147/2021, voluto dalla ministra Cartabia tramite la Commissione di esperti presieduta dalla prof. Ilaria Pagni, ha introdotto lo strumento della "*composizione negoziata della crisi*" al fine di agevolare il risanamento delle imprese, colpite dalla pandemia che, pur versando in una situazione di squilibrio patrimoniale o economico–finanziario tale da rendere possibile la crisi o l'insolvenza, hanno le potenzialità necessarie per continuare a operare sul mercato, anche mediante operazioni societarie di natura straordinaria.

In tale ottica di risanamento il Legislatore ha così di fatto lasciato la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa all'imprenditore affiancando a esso, un esperto indipendente con un ruolo di mediatore e facilitatore nelle trattative con i creditori e le parti interessate.

A salvaguardia del buon esito delle trattative condotte nell'ambito della soluzione negoziata della crisi il D.L. 118/2021 ha previsto una serie di misure protettive e provvedimenti cautelari nonché la sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione derivanti dagli articoli 2446, commi 2 e 3, 2447, 2482-*bis*, commi 4, 5, 6 e 2482-*ter*, cod. civ. e la mancata verifica della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, comma 1, n. 4) e 2545-*duodecies*, cod. civ..

Ricalcando la previsione dell'articolo 182-*sexies*, L.F. e dell'articolo 89 del Codice, l'articolo in esame, non esclude però l'applicazione del comma 1, articolo 2446, cod. civ. che impone agli amministratori o al consiglio di gestione (e nel caso di loro inerzia all'organo di controllo), quando in capitale risulta diminuito di oltre 1/3 in conseguenza di perdite, di convocare senza indugio l'assemblea per sottoporre al suo esame un'aggiornata situazione patrimoniale per gli opportuni provvedimenti.

Rimane, pertanto, inalterato in capo all'assemblea il potere di operare sul capitale sia procedendo a una ricapitalizzazione, sia a una riduzione in proporzione delle perdite.

Le disposizioni sulla ricapitalizzazione e sulla responsabilità dell'organo amministrativo e di controllo, rientrerebbero in vigore sia in seguito al buon esito delle trattative sulla composizione negoziata sia al momento dell'archiviazione dell'istanza.

Come avviene nelle ipotesi di omologazione degli accordi di ristrutturazione *ex* articolo 182-*bis*, L.F. o del concordato preventivo *ex* articoli 161 e 186-*bis*, L.F., non è da escludere che si debbano comunque effettuare operazioni sul capitale qualora le riduzioni di debito per effetto degli accordi non siano idonee a generare sopravvenienze sufficienti a riportare le perdite al di sotto del limite previsto dagli articoli 2446 e 2447, cod. civ..

Si può dunque affermare che l'obiettivo del nuovo strumento normativo, è quello di far fronte allo scenario economico *post* pandemico, responsabilizzando gli imprenditori oltre agli eventuali organi di controllo societari affinché questi esercitino una maggiore attenzione nell'accertare e valutare le condizioni di salute delle proprie attività svolgendo di fatto un'attività preventiva nell'emersione della crisi e anche al fine di scoraggiare l'imprenditore dal fare ricorso alle procedure previste dalla L.F., aventi natura prevalentemente giudiziale.

Crisi e risanamento n. 50/2022

Il *cram down* nell'ambito dell'udienza *ex* articolo 162, L.F.

di Domenica Capezzera – giudice delegato Tribunale di Pescara

L'istituto del cram down erariale e previdenziale è stato disciplinato dal Legislatore nell'ambito degli istituti del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione: nel presente contributo viene esaminata in particolare la natura e la funzione del sindacato giurisdizionale nell'ambito dell'udienza ex articolo 162, L.F..

Premessa

La questione da esaminare nello scritto che segue è quella che potrebbe verificarsi allorquando, in sede di votazione della proposta concordataria ammessa, l'Amministrazione finanziaria e gli enti di assistenza e previdenza obbligatorie esprimano dichiarazione di voto contrario alla proposta fornendo proprie motivazioni e, dalla relazione del commissario *ex* articolo 172, L.F. si evinca altresì che la mancata adesione dell'Erario a cui può aggiungersi la mancanza di voto degli enti di previdenza e assistenza obbligatorie, rappresenta carattere decisivo ai fini del (mancato) raggiungimento della maggioranza dei crediti complessivamente ammessi al voto.

Orbene, va posta una premessa partendo dalla esegesi delle norme coinvolte.

L'articolo 180, L.F., al suo comma 3, stabilisce che:

> *"Se sono state proposte opposizioni, il Tribunale assume i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti di ufficio, anche delegando uno dei componenti del collegio. Nell'ipotesi di cui al secondo periodo del comma 1, articolo 177 se un creditore appartenente a una classe dissenziente ovvero, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, i creditori dissenzienti che rappresentano il 20% dei crediti ammessi al voto, contestano la convenienza della proposta, il Tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili. Il Tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di adesione da parte dell'Amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze di cui all'articolo 177, L.F. e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista di cui all'articolo 161, comma 3, L.F. la proposta di soddisfacimento della predetta*

> *amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria".*

Ancora, l'articolo 179, L.F. stabilisce che:

> *"Se nei termini stabiliti non si raggiungono le maggioranze richieste dal comma 1, articolo 177, il giudice delegato ne riferisce immediatamente al Tribunale, che deve provvedere a norma dell'articolo 162, comma 2.*
> *Quando il commissario giudiziale rileva, dopo l'approvazione del concordato, che sono mutate le condizioni di fattibilità del piano, ne dà avviso ai creditori, i quali possono costituirsi nel giudizio di omologazione fino all'udienza di cui all'articolo 180 per modificare il voto".*

Dal combinato disposto delle norme sopra richiamate (articoli 177, 179 e 180, L.F.) può ragionevolmente sostenersi che il giudizio di omologa, nel quale verranno a valutarsi eventuali ulteriori opposizioni, potrà aprirsi solo all'esito dell'udienza *ex* articolo 162, L.F. nella quale il debitore ben potrà depositare documenti nuovi anche alla luce del voto negativo come espresso dall'Amministrazione finanziaria.
Pertanto, nel caso in cui la proposta - complessivamente considerata – e sottoposta al voto dei creditori (come risulta anche dalla relazione depositata dal commissario giudiziale nonché dalla certificazione della cancelleria) non riceva nel termine previsto dall'articolo 178, L.F., il voto favorevole dei creditori, non può che aver luogo l'applicazione dell'articolo 179, L.F sicché non può darsi ingresso al giudizio di omologazione mentre andrà fissata l'udienza in camera di consiglio per la comparizione del debitore e del commissario giudiziale, a norma dell'articolo 162, L.F..
Ma quali sono i contenuti del vaglio giurisdizionale svolto in seno all'udienza *ex* articolo 162, L.F.?

Applicabilità delle norme sul *cram down*

In primo luogo, occorre valutare se le disposizioni in ordine al *cram down* erariale e previdenziale siano applicabili a procedure iniziate prima della loro entrata in vigore.
Non v'è dubbio che trova applicazione il principio *tempus regit actum*.
Deve infatti ritenersi che le norme di cui trattasi hanno natura processuale e sono pertanto applicabili anche alle proposte di transazione presentate anteriormente purché, con riguardo ai concordati, non siano ancora state concluse le operazioni di voto e, con riguardo agli accordi di ristrutturazione, non sia ancora stata presentata la domanda di omologazione del "*fascio*" di accordi di cui la transazione fa parte (si veda in tal senso Tribunale di Teramo, decreto del 19 aprile 2021).

Una conferma di tale impostazione può ricavarsi dalla Corte di Cassazione, sentenza n. 13165/2016, la quale, nell'interpretare la norma transitoria del D.Lgs. 169/2007 (primo correttivo della riforma delle procedure concorsuali del 2006, con la quale si stabiliva che le novità normative si applicassero "*alle procedure concorsuali aperte successivamente alla sua entrata in vigore*"), ha chiarito che l'espressione "*procedure concorsuali*" andasse riferita alla disciplina interna propria di tali procedure, con esclusione dei procedimenti di rilievo esterno come le azioni da proporsi contro terzi da parte del curatore.

Tale precisazione, indirettamente, costituisce una conferma del fatto che, in assenza di una specifica norma transitoria, che ne differisca l'entrata in vigore o che riferisca l'efficacia solo alle procedure aperte successivamente, le norme che disciplinano le procedure concorsuali vanno intese come norme procedimentali rette dal principio "*tempus regit actum*".

Del resto, in via generale, va ricordato che la legge processuale o meglio la singola norma di una legge in materia processuale, non diversamente dalla norma di diritto sostanziale, assume come oggetto del suo "*disporre*" direttamente la fattispecie concreta idonea a essere sussunta sotto l'ambito della fattispecie astratta che essa individua. Poiché la legge in materia processuale regola il processo, che è una sequenza di atti (del giudice, delle parti e di terzi, che vi assumano un ruolo ausiliario o altro ruolo previsto da specifiche norme), l'oggetto del "*disporre*" della legge processuale, salvo i casi nei quali essa stessa l'assuma proprio in un certo processo o in determinati processi (se del caso a far tempo da un certo atto relativo al suo svolgimento), si riferisce a uno o più degli atti attraverso i quali il processo può avere corso. In questo caso, se la norma processuale "*dispone*" con riferimento a un certo atto o a certi atti, né l'articolo 11 delle preleggi, né alcun'altra norma, consentono di leggere l'oggetto di tale "*disporre*" non già solo in tale modo, ma anche come se tale "*disporre*" possa riguardare l'atto esclusivamente in quanto compiuto da chi o da coloro che lo devono compiere nell'ambito di un processo non pendente. Il "*disporre*" della norma processuale, infatti, è direttamente riferibile sia all'atto che verrà compiuto in un processo iniziato *ex novo*, sia all'atto che verrà compiuto in un processo che sia già pendente.

E sulla base di tali premesse la Suprema Corte ha affermato il principio di diritto secondo cui:

> *"Nel caso di successione di leggi processuali nel tempo, ove il Legislatore non abbia diversamente disposto, in ossequio alla regola generale di cui all'articolo 11 delle preleggi, la nuova norma disciplina non solo i processi iniziati successivamente alla sua entrata in vigore ma anche i singoli atti, a essa successivamente compiuti, di processi iniziati prima della sua entrata in vigore, quand'anche la nuova disciplina sia più rigorosa per le parti rispetto a quella vigente all'epoca di introduzione del giudizio"* (Cassazione n. 3688/2011).

Pertanto, andando a intervenire sulla fase che regola il procedimento di omologa e proprio in assenza di una norma transitoria che ne stabilisca l'efficacia esclusivamente alle nuove procedure concorsuali instaurate, le disposizioni dell'articolo 3, comma 1-*bis*, L. 159/2020 dovranno ritenersi applicabili anche alle procedure attualmente pendenti, salvo, naturalmente, il caso in cui possa dirsi già esaurita la fase procedimentale oggetto della novella normativa.

La sindacabilità del voto espresso dall'Amministrazione finanziaria

Risolta l'applicabilità della norma nel regime intertemporale occorre ora esaminare la questione della sindacabilità del voto negativo espresso dell'Amministrazione tributaria e della relativa giurisdizione.

Sul punto, infatti (e su cui *infra*), prima dell'intervento riformatore ultimo e di cui al D.L. 118/2021 convertito con la L. 147/2021 erano emersi diversi orientamenti sostanzialmente riconducibili a 2 posizioni.

Secondo un primo ordine di orientamento, sulla base dell'interpretazione letterale, le espressioni "*mancanza di voto*" e "*mancanza di adesione*" dell'Erario e degli enti di previdenza, contenuto nel comma 4, articolo 180 e nel comma 5, articolo 182-*bis*, L.F. in tema di accordi di ristrutturazione, non potevano che essere limitate all'ipotesi di mancanza di esplicita votazione da parte dell'Amministrazione pubblica con la conseguenza che, per il caso di voto negativo espresso, la norma restava non applicabile, non essendo possibile per il giudice sostituirsi al creditore nella valutazione dell'interesse alla prosecuzione della procedura.

Da ciò si faceva discendere, poi, l'eventuale sindacato da parte o del giudice tributario o del giudice amministrativo del voto negativo espresso dall'Amministrazione finanziaria, in quanto non espressione di un interesso egoistico sfuggente al controllo giurisdizionale.

Secondo altra tesi, differentemente, il Legislatore, pur utilizzando 2 diverse locuzioni letterali per disciplinare il *cram down* fiscale, aveva manifestato un'unica *voluntas legis*, come era ricavabile, del resto, dalla Relazione illustrativa al Codice della crisi di impresa da cui deriverebbero le suddette novità legislative, ovvero quella di superare ingiustificate resistenze verificatesi nella prassi da parte dell'Amministrazione finanziaria.

In quel senso, si era espresso poco prima il Tribunale di La Spezia con l'ordinanza del 14 gennaio 2021 nell'analoga fattispecie dell'accordo di composizione della crisi secondo cui:

> *"L'articolo 12, comma 3-quater, L. 3/2012, come introdotto dall'articolo 4-ter, comma 1, lettera f), D.L. 137/2020 convertito nella L. 176/2020, comporta la conversione ipso iure in voto positivo del voto negativo espresso dall'Agenzia delle entrate rispetto alla proposta di accordo di composizione della*

> *crisi avanzata dal debitore, qualora ricorrano 2 condizioni: quale prima condizione è necessario che il contenuto positivo o negativo del voto sia decisivo ai fini dell'esito delle votazioni, mentre quale seconda condizione è necessario che la proposta di accordo di composizione della crisi consenta all'Agenzia delle entrate di ottenere soddisfazione maggiore rispetto a quella ricavabile dalla procedura di liquidazione del patrimonio ai sensi degli articoli 14-ter e ss., 3/2012".*

Ha sostenuto la suddetta interpretazione, seppur in sede di concordato fallimentare, anche il Tribunale di Teramo con ordinanza del 14 aprile 2021 secondo cui:

> *"il Tribunale può omologare la proposta di concordato sia nel caso di voto contrario da parte dell'Amministrazione finanziaria e/o degli enti previdenziali e assistenziali, sia in caso di mancata manifestazione di voto. Ciò in quanto la disciplina dettata dall'articolo 3, D.L. 125/2020 è volta ad assicurare al debitore una reale tutela giurisdizionale da parte del giudice concorsuale contro il pregiudizio di una mancata adesione – o parere contrario – del fisco alla proposta, qualora quest'ultima risulti essere più conveniente rispetto all'ipotesi della liquidazione. La discrezionalità riconosciuta all'Amministrazione finanziaria nella definizione di accordi transattivi trova in tal modo bilanciamento nel sindacato giudiziale sul parere assente o negativo circa la proposta concordataria".*

La norma, così interpretata, diventa norma di sistema all'interno della soluzione concordata della crisi di impresa, anche dei soggetti non fallibili.

Norma facente parte del Codice della crisi di impresa, effettivamente non ancora in vigore, ma trasportata nel sistema positivo dall'articolo 3, D.L. 125/2020, convertito con modificazioni dalla L. 159/2020.

In questa seconda chiave di lettura il Legislatore si è fatto carico di attribuire alla giurisdizione ordinaria il compito di superare le inerzie e le resistenze che ha riscontrato nelle prassi delle decisioni sulle transazioni fiscali da parte dell'Amministrazione finanziaria e sicuramente per favorire la soluzione concordata delle crisi di impresa senza dimenticare, peraltro, che il superamento del voto negativo del creditore fiscale resta vincolato alla miglior soddisfazione che il medesimo potrà ottenere in sede concordataria piuttosto che in sede fallimentare.

L'arresto delle Sezioni Unite della Cassazione

È apparsa dirimente la pronuncia della Suprema Corte che, decidendo a SS.UU. in punto giurisdizione nella materia in esame, con ordinanza n. 8504/2021 ha stabilito che:

> *"Le controversie relative al mancato assenso dell'agenzia fiscale alle proposte di trattamento dei crediti tributari regolate dall'articolo 182-ter, L.F. spettano, anche con riguardo al periodo anteriore all'entrata in vigore del D.Lgs. 14/2019, alla giurisdizione ordinaria del Tribunale fallimentare, considerata l'obbligatorietà di tali proposte nell'ambito delle procedure nelle quali sono consentite e in ragione, altresì, del disposto degli articoli 180, 182-bis e 182-ter, L.F., nel testo modificato dal citato D.Lgs. 14/2019 e dal D.L. 125/2020, da cui si evince la prevalenza, con riferimento all'istituto in esame, dell'interesse concorsuale su quello tributario, senza che assuma rilievo, invece, la natura giuridica delle obbligazioni oggetto dei menzionati crediti".*

Insomma, e in sintesi, con la scelta in questione, il Legislatore della riforma ha incastonato la transazione fiscale con maggior chiarezza nel campo del diritto fallimentare, ancorché ne siano evidenti i riflessi di diritto tributario.

A partire dalla unificante *ratio legis*, come detto, sancita dal comune tratto della obbligatorietà della proposta transattiva nelle procedure concorsuali in oggetto, che va individuata non nell'interesse fiscale che è la "*causa prima*" dell'obbligazione tributaria, del quale si controverte nelle liti tributarie "*comuni*", bensì nel l'interesse concorsuale che è invece la "*ragione fondativa*" delle procedure concordatarie e assimilabili, sempre più mirate alla conservazione del "*bene impresa*" la transazione fiscale "*obbligatoria*" rappresenta l'esigenza di bilanciare appunto i 2 interessi sicché l'ampia discrezionalità riconosciuta all'Amministrazione finanziaria nello stipulare accordi transattivi concorsuali è in questo senso palesemente finalizzata, sia pure in considerazione del miglior soddisfacimento possibile del suo interesse proprio, ed è appunto bilanciata dal sindacato giudiziale sul diniego di accettazione della proposta transattiva, dalla normativa attualmente vigente, chiaramente, assegnato al giudice ordinario fallimentare.

Ad avviso della Corte, ancora, la valorizzazione del prevalente o assorbente valore concordatario dell'adesione dell'Erario è discriminante, non solo al fine di individuare il giudice competente, ma anche in punto di sindacato in concreto esercitatale.

Tale sindacato non può avere a oggetto la legittimità dell'atto come spetterebbe al giudice amministrativo in sede di legittimità e neppure il merito sul rapporto tributario come, diversamente, spetterebbe alla Commissione Tributaria in sede di giudizio di impugnazione dell'atto.

Al giudice fallimentare non può quindi che essere rimesso il vaglio sulla maggior convenienza della proposta concordataria rispetto all'alternativa liquidatoria, da valutarsi sulla base delle risultanze della relazione del professionista attestatore e di ogni altro elemento acquisito al procedimento, in primo

luogo la relazione *ex* articolo 172, L.F. del commissario giudiziale (in questo senso, vedi l'articolo 180, comma 4, L.F.).

E poiché la convenienza della proposta non è oggetto di valutazione da parte del Tribunale (come illustrato nel precedente paragrafo), nel silenzio della legge occorre chiedersi secondo quali modalità e sulla base di quale latitudine detta valutazione debba essere eseguita.

In considerazione della funzione surrogatoria assunta sul punto da tale organo, è da ritenere che il giudizio sulla convenienza vada svolto secondo i medesimi criteri che diligentemente avrebbero dovuto applicare l'Amministrazione finanziaria o gli enti previdenziali. Costituiscono pertanto un riferimento le indicazioni fornite in merito dalla stessa Agenzia delle entrate con la circolare n. 34/E/2020. In particolare, con riguardo al concordato preventivo, l'Agenzia delle entrate ha stabilito che, laddove il commissario giudiziale renda un parere favorevole alla proposta di concordato e, conseguentemente, alla connessa proposta di trattamento dei crediti tributari, l'eventuale diniego da parte dell'ufficio deve necessariamente essere corredato da una puntuale motivazione, capace di confutare analiticamente le argomentazioni e le conclusioni del commissario medesimo.

Del pari, gli uffici, tanto nel concordato quanto negli accordi di ristrutturazione dei debiti, se intendono disattendere le risultanze dell'attestazione avente a oggetto il piano di risanamento e la convenienza della proposta di transazione fiscale, devono corredare il loro giudizio con una puntuale motivazione, idonea a individuare in maniera analitica le ipotesi, le valutazioni e i dati ritenuti non attendibili.

Si tratta perciò di un sindacato che parte, necessariamente, dall'esame del voto negativo espresso e dalla sua motivazione, nella considerazione che le scelte dell'Erario, diversamente da ogni altro creditore privato, sono soggette al sindacato giurisdizionale, in quanto non sono espressione di mere scelte egoistiche, ma di tutela di interessi collettivi e nel rispetto del buon andamento della P.A..

La valutazione di convenienza

Il tenore letterale della norma è chiaro nell'indicare che il soggetto rispetto al quale valutare il trattamento proposto è la sola Amministrazione (o meglio, l'Amministrazione finanziaria e gli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie, non essendo consentita al riguardo alcuna unificazione), senza che rilevi quanto complessivamente offerto alla massa dei creditori.

Ciò differenzia questo giudizio da quello che va compiuto in sede di ammissione del concordato con continuità aziendale (articolo 87, comma 3 del Codice; articolo 186-*bis*, comma 2, lettera b), L.F.), dove il riferimento è alla soddisfazione complessiva dei creditori, e lo avvicina a quello che si opera in sede di omologazione degli accordi di ristrutturazione a efficacia estesa o con intermediari finanziari (articolo

61, comma 2, lettera d) del Codice), in caso di transazione e accordi su crediti contributivi (articolo 63, comma 1 del Codice), nonché a quello in sede di omologazione (articolo 112, comma 1 del Codice).
Volendo attribuire autonomo significativo interpretativo e applicativo al giudizio di convenienza, è dunque inevitabile ritenere che lo stesso debba appuntarsi proprio sullo specifico trattamento offerto all'Amministrazione, in termini di modifiche rispetto all'ammontare e/o alla tempistica originaria, con la conseguente possibilità per il Tribunale di imporre, appunto in via "*coattiva*", all'Amministrazione una ristrutturazione dei suoi crediti fiscali o contributivi, pur senza la sua adesione.
Quanto al termine di comparazione, la convenienza sussiste se il trattamento è più conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria fallimentare.
Quanto all'oggetto della valutazione, ossia il modo in cui va effettivamente accertata la convenienza rispetto alle alternative liquidatorie, a parere di chi scrive, rilievo primario assume, come ovvio, l'ammontare del soddisfacimento complessivamente offerto, dovendosi comparare l'importo proposto in sede di accordo con l'importo presumibilmente conseguibile in sede di liquidazione concorsuale, pur potendosi tenere conto anche del profilo temporale, essendo di tutta evidenza che l'interesse di ogni creditore, e anche dell'Amministrazione finanziaria, si appunta non solo sull'ammontare, ma anche sulla tempistica del soddisfacimento o dell'attendibilità delle prospettive effettive di adempimento e delle eventuali garanzie offerte nella proposta, che possono assumere un rilievo ai fini del giudizio di convenienza, considerato che la certezza, o quantomeno maggiore probabilità, di un pagamento ha essa stessa un valore economico che potrebbe indurre un creditore a preferirlo rispetto a un eventuale pagamento ipotetico maggiore in sede di liquidazione, ma rimesso all'alea e incertezza degli esiti della liquidazione.
Il riferimento nell'articolo 180, L.F. alla congiunzione coordinante "*anche*" indica che le risultanze della relazione giurata di un professionista in ordine alla convenienza della proposta rispetto all'alternativa liquidatoria non appare né sufficiente né vincolante per il Tribunale in sede di omologazione.
È da reputare pertanto che, per esigenze di economia processuale e considerando in molti casi lo stato avanzato in cui si trova la procedura, la relazione giurata del professionista possa essere supplita dalla relazione *ex* articolo 172, L.F. del commissario giudiziale e da quanto dallo stesso chiarito nel corso dell'udienza *ex* articolo 162, L.F. nella quale non è escluso che il debitore convocato possa produrre nuove documenti in relazione al contenuto del voto negativo espresso dall'Amministrazione finanziaria.
È evidente al tempo stesso che se il voto sarà inespresso e determinante sarà ben difficile che il debitore produrrà nuovi documenti per contrastare l'inezia del creditore istituzionale potendo al più egli chiarire

all'udienza gli aspetti della relazione *ex* articolo 172, L.F. per i quali la proposta concordataria debba considerarsi maggiormente conveniente per i dissenzienti.

Ne deriva che l'udienza *ex* articolo 162, L.F. assumerà una forma a geometria variabile a seconda del contenuto e della forma del dissenso manifestato dall'Erario ovvero dall'ente previdenziale o assistenziale; se il voto negativo è espresso e motivato lo spazio assertivo per il debitore sarà mag giore; viceversa, in caso di mero silenzio dell'amministrazione, il giudice potrà fondare il proprio giudizio di maggiore convenienza della proposta prevalentemente sul contenuto dell'attestazione *ex* articolo 161, L.F. e sui documenti commissariali, relazione *ex* articolo 172, L.F. e nota finale sull'esito della votazione in cui l'ausiliario segnalerà sinteticamente al magistrato se il voto negativo sia da considerarsi determinante per il raggiungimento della maggioranza, in tal caso esponendo le ragioni per le quali la proposta sia (eventualmente) da considerare migliorativa in termini di soddisfacimento rispetto all'alternativa fallimentare per le amministrazioni coinvolte.

Diversamente è a dirsi, invece, nel caso in cui l'Agenzia delle entrate, oltre ad avere rigettato la proposta di transazione fiscale, abbia presentato anche opposizione alla omologazione della stessa. In questa ipotesi, infatti, al Tribunale competerà anche il compito di valutare i profili di criticità eventualmente rilevati dall'Agenzia delle entrate in ordine all'effettiva attuabilità del piano di risoluzione della crisi, e non solo quelli attinenti alla convenienza della proposta rispetto alla liquidazione fallimentare.

Crisi e risanamento n. 50/2022

Le Sezioni Unite si pronunciano sulle fideiussioni a valle di intese dichiarate nulle dal garante: si tratta di nullità parziale, salvo eventuale diversa volontà delle parti

di Ernestina De Medio – avvocato

In forza dell'articolo 41, comma 1 della Costituzione "l'iniziativa economica privata è libera". Tuttavia, l'articolo 41 della Costituzione al comma 2 si preoccupa di precisare che l'iniziativa economica "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale" e al comma 3 aggiunge che "la legge determina i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali".
In forza della previsione costituzionale, dunque, la "concorrenza" tra imprese si connota come una situazione di mercato che postula una grande libertà di accesso all'attività economica da parte degli imprenditori, ma altresì una altrettanto ampia possibilità di libera scelta per ciascuno di cogliere le migliori opportunità disponibili sul mercato senza imposizioni da parte dello Stato o coalizioni d'imprese.
Al bilanciamento tra le contrapposte esigenze di garanzia della libera esplicazione dell'iniziativa economica privata e della tutela dei consumatori ha provveduto la normativa antitrust (L. 287/1990) il cui articolo 2 considera vietate le intese tra le imprese che abbiamo per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale.

Il provvedimento Banca d'Italia n. 55/2005 e le clausole contrarie alla normativa *antitrust*

La questione giuridica portata all'attenzione della Corte ha radici remote e risale al novembre del 2003 allorché la Banca d'Italia, in funzione di Autorità garante della concorrenza tra gli istituti di credito, avviò un'istruttoria finalizzata a verificare la compatibilità con la normativa *antitrust* dello schema negoziale tipo predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia di operazioni bancarie, nell'ambito della quale ebbe a evidenziare che la disciplina della "*fideiussione Omnibus*" di cui allo schema

predisposto dall'ABI presentava clausole idonee a restringere la concorrenza poiché suscettibili di determinare un aggravio economico indiretto in termini di minore facilità di accesso al credito, per giungere a emettere il provvedimento n. 55 del 5 maggio 2005 con il quale denunciò il contrasto tra lo schema contrattuale di fideiussione *omnibus* predisposto dall'ABI nel 2003, applicato in larga misura dagli istituti di credito associati, e l'articolo 2, L. 287/1990.

Le clausole dello schema contrattuale predisposto dall'ABI che il richiamato provvedimento n. 55/2005 ha ritenuto in contrasto con la normativa *antitrust* sono state le n. 2, 6 e 8, e precisamente la c.d. "*clausola di reviviscenza*" (articolo 2)[1], la clausola "*di rinuncia ai termini dell'articolo 1957, cod. civ.*" (articolo 6)[2] e la clausola "*di sopravvivenza*" (articolo 8)[3].

In merito alla clausola di cui all'articolo 6 occorre ricordare che l'articolo 1957, cod. civ. subordina la permanenza dell'obbligazione di garanzia del fideiussore, dopo la scadenza dell'obbligazione principale, alla circostanza che il creditore abbia proposto, e diligentemente continuato, le sue istanze nei confronti del debitore entro il termine di 6 mesi; tale termine, peraltro, si riduce a 2 mesi nell'ipotesi in cui il fideiussore abbia, preventivamente ed espressamente, limitato la propria garanzia allo stesso termine dell'obbligazione principale. Ebbene, la Banca d'Italia, nel provvedimento di cui sopra, aveva rilevato circa l'articolo 6 che la deroga all'articolo 1957, cod. civ. di fatto esonerava la banca dal proporre e proseguire diligentemente le proprie istanze nei confronti del debitore e del fideiussore, entro i termini previsti da detta norma. Pertanto, l'Autorità di vigilanza aveva rilevato che una clausola di siffatto genere avrebbe potuto disincentivare la diligenza della banca nel proporre le proprie istanze nonché, conseguentemente, sbilanciare la posizione della banca medesima a svantaggio del garante.

Tali clausole, in buona sostanza, furono considerate eccessivamente gravose per il garante poiché prevedevano la permanenza dell'obbligazione fideiussoria anche a fronte di vicende estintive del rapporto principale (come il pagamento del debitore), o di cause di invalidità anche coinvolgenti la stessa obbligazione principale garantita.

[1] Articolo 2 – "*Annullamento inefficacia e revoca dei pagamenti: 1. il fideiussore si impegna altresì a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo*".

[2] Articolo 6 – "*Responsabilità del fideiussore: 1. i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta a escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'articolo 1957, cod. civ., che si intende derogato*".

[3] Articolo 8 – "*Invalidità dell'obbligazione garantita: 1. qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate*".

L'ipotesi di nullità parziale

Le Sezioni Unite, pur nella consapevolezza dell'estrema problematicità della scelta tra le diverse forme di tutela riconoscibili al cliente-fideiussore, giungono alla conclusione che, tra le 3 diverse soluzioni individuate da dottrina e giurisprudenza, quella che perviene a risultati più in linea con le finalità e gli obbiettivi della normativa *antitrust* sia la tesi della nullità parziale.

A tale conclusione gli Ermellini giungono nonostante la resistenza del procuratore generale, fondata sul presupposto che, nel caso di specie, l'aver inserito nel contratto clausole conformi allo schema ABI non priverebbe comunque il contratto di un'autonoma ragion d'essere e della sua validità.

Né è riuscita a convincere la Corte la tesi del procuratore generale secondo cui il riconoscimento della nullità dei c.d. "*contratti a valle*" (stipulati, cioè, con il consumatore finale, ma sulla scorta dell'intesa anticoncorrenziale "*a monte*" in seno all'ABI) configurerebbe una "*tutela reale atipica*" in quanto non prevista dall'ordinamento, essendo nell'ordinamento prevista unicamente la tutela risarcitoria.

Secondo la Corte tale assunto (a più riprese smentito dalla giurisprudenza) è contrario alle specifiche finalità della normativa *antitrust*.

La forma di tutela che la Corte individua, secondo l'interpretazione del diritto interno, nella congiunzione della tutela risarcitoria alla tutela reale ("*unico modo di garantire la realizzazione delle finalità perseguite dalla normativa antitrust*") è, quindi, attraverso la nullità parziale ("*unica forma idonea ad assicurare anche il rispetto degli altri interessi coinvolti nella vicenda, segnatamente quello degli istituti di credit a mantenere in vita la garanzia fideiussoria espunte le clausole contrattuali illecite*").

Partendo infatti dal presupposto che se le parti ben possono determinare il contenuto del contratto ai sensi dell'articolo 1322, comma 1, cod. civ., esse sono tuttavia pur sempre tenute a farlo nei limiti imposti dalla Legge – da intendersi come ordinamento giuridico nel suo complesso, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale – resta in perfetta linea con l'articolo 41, Costituzione che prevede espressamente che l'iniziativa economica non debba svolgersi "*in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e dignità umana*" e che essa debba essere comunque sottoposta a "*programmi e controlli opportuni*" che la indirizzano e coordinano a fini sociali.

Così la *ratio* della normativa *antitrust* è quella di realizzare un bilanciamento tra libertà di concorrenza e tutela delle situazioni giuridiche dei soggetti diversi dagli imprenditori.

Abbiamo detto che le clausole dello schema ABI ritenute da Banca d'Italia sbocco dell'intesa illecita – nel senso di intesa di cartello tra le imprese che inseriscono dette clausole in uno schema *standard* generalizzato determinando un sintomatico abbandono della disciplina legale in senso deteriore per il fideiussore – sono gli articoli 2, 6 e 8 attraverso i quali l'ABI avrebbe previsto per la fideiussione *omnibus*

disposizioni che, nella misura in cui vengono applicate in modo uniforme, hanno lo scopo precipuo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca ovvero dall'invalidità o inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa.

La sentenza in commento pur ammettendo la tutela reale, cioè la sanzione della nullità, accanto alla tutela meramente risarcitoria per equivalente, ha però ritenuto che si configuri una mera nullità parziale, limitata cioè, alle sole clausole contrattuali illecite, sul rilievo per cui tale nullità meglio si contempera con il principio generale di conservazione del negozio giuridico.

Secondo la pronuncia delle Sezioni Unite, infatti, l'estensione della nullità che colpisce la parte o la clausola dell'intero contratto ha portata eccezionale ed è a carico di chi ha interesse a far cadere del tutto l'assetto degli interessi programmato, fornire la prova dell'interdipendenza del resto del contratto dalla clausola o dalla parte nulla, restando precluso al giudice di rilevare d'ufficio l'effetto estensivo della nullità parziale all'intero contratto.

Accertata, quindi, l'intesa *antitrust* diretta a falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale, mediante un'attività consistente nel fissare direttamente talune "*condizioni contrattuali*", le fideiussioni in questione restano pienamente valide ed efficaci, sebbene depurate dalle sole clausole riproduttive di quelle dichiarate nulle dalla Banca d'Italia, poiché anticoncorrenziali, in conformità a quanto stabilito dall'articolo 1419, cod. civ..

Ne consegue, da una parte, che la nullità delle singole clausole contrattuali non comporta la nullità dell'intero contratto, ovvero la conservazione dello stesso per il principio "*utile per inutile non vitiatus*", in dipendenza della scindibilità del contenuto negoziale il cui accertamento richiede essenzialmente la valutazione della potenziale volontà delle parti in relazione all'eventualità del mancato inserimento di tali clausole, dunque, in funzione dell'interesse in concreto perseguito.

La nullità delle singole clausole, dunque, si estenderà all'intero contratto solo ove l'interessato dimostri che la porzione colpita da invalidità non ha un'esistenza autonoma, né persegue un risultato distinto, ma è in correlazione inscindibile con il resto, nel senso che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del contenuto colpita da nullità.

Viene così esclusa la nullità derivata dell'intero contratto di fideiussione a valle, bensì soltanto di quelle clausole che costituiscono pedissequa applicazione degli articoli dello schema ABI dichiarati nulli dal provvedimento Banca d'Italia n. 55/2005.

Dall'altra parte ne deriva che, nei limiti stabiliti dal principio processuale della domanda (articoli 99 e 112, c.p.c.) il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità integrale del contratto deve

rilevarne d'ufficio la sua nullità solo parziale. E tuttavia, qualora le parti, all'esito di tale indicazione officiosa, omettano un'espressa istanza di accertamento in tal senso, deve rigettare l'originaria pretesa non potendo sovrapporsi alla loro valutazione e alle loro determinazioni espresse nel processo (Cassazione n. 26242/2014; n. 26243/2014 e n. 16501/2018).

Ciò sta a significare che, in mancanza di rigorosa allegazione e prova del contrario, il fideiussore avrebbe in ogni caso prestato la garanzia anche senza le clausole anzidette dovendosi ritenere portatore di un interesse economico al finanziamento bancario che spiega, appunto, il consenso alla prestazione della garanzia.

L'interessato, in altre parole, deve dimostrare che senza quella clausola i contraenti non avrebbero concluso il contratto.

La Corte pone l'accento sulla necessarietà, ai fini della nullità, di un collegamento funzionale tra l'intesa a monte e contratto a valle.

La funzionalità si riscontra quando il contratto è interamente o parzialmente riproduttivo dell'intesa a monte dichiarata nulla.

A parer della Corte, a ulteriore conferma della nullità parziale si pone il fatto che, nella maggior parte dei casi, solamente le 3 clausole critiche dello schema dichiarato nullo dalla Banca d'Italia vengono riprodotte; quindi, appare ancor più logico che i contratti di fideiussione a valle siano nulli limitatamente a dette clausole.

La circoscrizione temporale dell'accertata intesa anticoncorrenziale

Come già evidenziato, il provvedimento n. 55/2005 della Banca d'Italia venne emesso nel 2005 in relazione a un'intesa anticoncorrenziale risalente al 2003.

Pertanto, all'infuori del periodo corrente tra la data di pubblicazione dello schema ABI (novembre 2003) e il provvedimento della Banca d'Italia (maggio 2005) rimane il dubbio se, e in che misura, al di fuori del "*periodo sospetto*", l'inclusione nelle fideiussioni *omnibus* di clausole conformi al predetto schema possa dirsi frutto della medesima condotta anticoncorrenziale, proprio perchè il provvedimento n. 55/2005 della Banca d'Italia vale quale prova privilegiata soltanto con riferimento alle fideiussioni prestate nel periodo di tempo oggetto di esame della Banca medesima.

Di conseguenza sarà parte interessata, pertanto, onerata dell'allegazione e della dimostrazione di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie d'illecito concorrenziale dedotto, di cui all'articolo 2, L. 287/1990.

Ove la parte non dimostri che in un arco temporale eccedente il periodo 2003 - 2005 un numero significativo di istituti di credito, all'interno del medesimo mercato, avrebbe coordinato la propria azione al fine di sottoporre alla clientela dei modelli uniformi di fideiussione per operazioni specifiche in modo da privare quella stessa clientela del diritto a una scelta effettiva e non solo apparente tra prodotti alternativi e in reciproca concorrenza, non avrà fornito la prova di un'intesa, anteriore o coeva alla stipulazione della garanzia considerata, avente come oggetto o per effetto quello di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale degli impieghi bancari attraverso la fissazione di specifiche condizioni contrattuali in materia di garanzie fideiussorie.

L'imprescrittibilità dell'azione di nullità

Alla qualificazione di nullità parziale della fideiussione consegue, inoltre, l'imprescrittibilità dell'azione di nullità (Cassazione n. 23057/2010) e la proponibilità della domanda di ripetizione dell'indebito *ex* articolo 2033, cod. civ., ricorrendone i relativi presupposti (Cassazione n. 21647/2005), nonché dell'azione di risarcimento dei danni.

Al fianco della tutela risarcitoria la Corte ha riconosciuto al consumatore finale che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per effetto di una collusione tra gli imprenditori del settore, anche una tutela reale esercitabile con l'azione di ripetizione di cui all'articolo 2033, cod. civ.: la nullità d'intesa a monte si riverbera sul contratto stipulato a valle che ne costituisce un conseguenziale effetto tanto da legittimare l'azione di ripetizione di quanto pagato a titolo indebito, fondata sulla nullità del contratto medesimo.

Nullità della clausola di deroga dell'articolo 1957, cod. civ. e decadenza nei confronti dei garanti della debitrice principale

Il Tribunale di Lucca, con sentenza n. 1113/2021 ha posto in rilievo come una fideiussione oggetto di contestazione perché conforme al modello ABI del 2003 - dichiarato a sua volta non conforme alla normativa *antitrust* dalla Banca d'Italia poiché riproduttivo delle clausole 2, 6 e 8 di tale modello -, seppure di per sé non sia causa di nullità totale della fideiussione (a tal fine sarebbe stata necessaria la prova che, in loro assenza, le parti non avrebbero concluso il contratto), tuttavia causa la nullità delle relative pattuizioni.

Questo implica, per ciò che qui più specificamente rileva, che non può essere ritenuta operante la deroga all'articolo 1957, cod. civ., stabilita all'articolo 6 della fideiussione, riproduttivo del punto 6 del modello.

Su tale presupposto, e ritenuto dunque che l'articolo citato si applichi senz'altro, ove la Banca opposta, in un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, non fornisca la prova dell'integrazione della condizione in esso prevista al fine della conservazione della garanzia anche oltre la scadenza dell'obbligazione principale (vale a dire di avere "*entro 6 mesi ... proposto le sue istanze contro il debitore e* [di averle] *con diligenza continuate*"), ne consegue che il diritto nei confronti del fideiussore deve ritenersi venuto meno, con la revoca del decreto ingiuntivo opposto emesso nei confronti del fideiussore.

Parimenti il Tribunale di Vicenza con sentenza 14 dicembre 2021 ha sostenuto che la clausola della fideiussione derogatoria dell'articolo 1957, cod. civ., per effetto della sua coincidenza con quella censurata dalla Banca d'Italia con provvedimento n. 55/2005, vale a integrare un sufficiente indizio circa la volontà della banca di realizzare l'effetto distorsivo della concorrenza ed è inopponibile ai fideiussori.

Sussiste quindi il *fumus* dell'opposizione spiegata dai garanti per effetto della nullità parziale della fideiussione azionata, se la prima iniziativa intrapresa nei confronti del debitore principale coincide con la data della domanda di insinuazione al passivo fallimentare a fronte di un debito scaduto in epoca anteriore alla dichiarazione di suo fallimento (con conseguente inapplicabilità dell'articolo 55, comma 2, L.F.).

Le due pronunce appena riportate si riferiscono alla ammissibilità della eccezione spiegata dai fideiussori in sede di opposizione a decreto ingiuntivo.

Diversamente è a dirsi in caso di opposizione alla esecuzione, come spiega il Tribunale di Roma che con sentenza 21 dicembre 2021 ha dichiarato l'inammissibilità dell'opposizione all'esecuzione fondata sulla nullità della fideiussione sottesa all'emissione del decreto ingiuntivo costituente il titolo esecutivo dell'esecuzione quando il decreto è divenuto definitivo per mancata opposizione, in quanto il giudicato sostanziale conseguente alla mancata opposizione di un decreto ingiuntivo copre non soltanto l'esistenza del credito azionato, del rapporto di cui esso è oggetto e del titolo su cui il credito e il rapporto stessi si fondano, ma anche l'inesistenza di fatti impeditivi, estintivi e modificativi del rapporto e del credito precedenti al ricorso per ingiunzione e non dedotti con l'opposizione.

Né, poi, sembra che le argomentazioni svolte nel ricorso in opposizione, finalizzate come sono a evidenziare la contrarietà di tale orientamento alla normativa comunitaria dettata in tema di clausole abusive nei contratti tra professionista e consumatore, siano idonee a far ritenere superato detto orientamento.

Né è contraria ai principi del diritto comunitario e non deve, pertanto, essere disapplicata la disciplina del codice di rito civile secondo cui, nel giudizio di opposizione all'esecuzione, iniziata in base a un titolo esecutivo giudiziale, non possono essere sollevate eccezioni che si fondino su fatti anteriori alla formazione del titolo medesimo.

Secondo la giurisprudenza di legittimità assolutamente maggioritaria "*l'autorità del giudicato spiega i suoi effetti non solo sulla pronuncia esplicita della decisione, ma anche sulle ragioni che ne costituiscono, sia pure implicitamente, il presupposto logico-giuridico*", tale orientamento "*trova applicazione anche in riferimento al decreto ingiuntivo di condanna al pagamento di una somma di denaro, il quale, ove non sia proposta opposizione, acquista efficacia di giudicato non solo in ordine al credito azionato, ma anche in relazione al titolo posto a fondamento dello stesso, precludendo in tal modo ogni ulteriore esame delle ragioni addotte a giustificazione della relativa domanda*" (Cassazione n. 28318/2017, che richiama anche le conformi decisioni Cassazione n. 18725/2007 e n. 18791/2009; nello stesso senso, tra le altre, Cassazione n. 13207/2015 e n. 22465/2018). Risulta quindi accolto, con riferimento al decreto ingiuntivo non opposto, il principio di creazione giurisprudenziale del c.d. "*giudicato implicito*", fondato sull'argomento logico per il quale se il giudice si è pronunciato su una determinata questione ha, evidentemente, risolto in senso non ostativo tutte le altre questioni da considerare preliminari rispetto a quella esplicitamente decisa (tra le altre, Cassazione n. 26242/2014).

Nell'ambito del procedimento di espropriazione il giudice dell'esecuzione esercita poteri ordinatori:

> *"limitati alla direzione del processo esecutivo al fine del regolare compimento degli atti che lo compongono secondo criteri di celerità e opportunità; con esclusione, quindi, di potestas decidendo"* (Cassazione n. 1819/1971).

La stessa decisione, nell'escludere un incondizionato accoglimento del principio del giudicato implicito sul dedotto e deducibile, ha anche osservato come correttivo fondamentale di tale opzione ermeneutica vada ricercato, "*tra l'altro (e non solo)*", nel dovere, per il giudice, di rilevare una causa di nullità negoziale, sottoponendo la relativa questione alle parti, senza limiti derivanti da eventuali preclusioni processuali e, per quanto qui interessa, ha concluso che, in caso di mancata rilevazione *ex officio* della nullità, il giudice accoglierà la domanda (di adempimento, risoluzione, rescissione, annullamento) con una pronuncia che "*è idonea alla formazione del giudicato implicito della validità del negozio (salva la rilevazione officiosa del giudice di appello)*".

Con riferimento ai poteri esercitabili d'ufficio dal giudice dell'esecuzione occorre rilevare come, secondo quanto costantemente affermato dalla Suprema Corte, l'esistenza di un valido titolo esecutivo costituisca condizione dell'azione esecutiva (tra le tante, Cassazione n. 21110/2012); il titolo esecutivo

deve pertanto permanere per l'intera durata dell'espropriazione, destinata altrimenti a divenire improcedibile (tra le tante, Cassazione n. 7631/2002; n. 11769/20202 e n. 21110/2012). In conseguenza del principio espresso dal brocardo "*nulla executio sine titulo*" il giudice dell'esecuzione è quindi titolare del potere-dovere di verificare l'esistenza del titolo esecutivo all'inizio e per l'intera durata del processo esecutivo, dovendo, ove tale titolo difetti, arrestare il processo (tra le tante, Cassazione n. 11769/2002; n. 16541/2011 e n. 9161/2013).

Il potere officioso del giudice dell'esecuzione è tuttavia limitato alla sola esistenza del titolo esecutivo e non può estendersi anche al "*contenuto intrinseco*" dello stesso, sì da invalidarne l'efficacia in base a eccezioni che possono e devono essere dedotte nel giudizio di cognizione (in caso di decreto ingiuntivo, mediante proposizione dell'opposizione allo stesso decreto).

Un simile controllo "*intrinseco*" del titolo giudiziale è precluso anche in caso di opposizione proposta, ai sensi dell'articolo 615, comma 2, c.p.c., dal debitore; secondo costante giurisprudenza della Suprema Corte, infatti:

> "*nel giudizio di opposizione all'esecuzione promossa in base a titolo esecutivo di formazione giudiziale, la contestazione del diritto di procedere a esecuzione forzata può essere fondata su vizi di formazione del provvedimento solo quando questi ne determinino l'inesistenza giuridica, atteso che gli altri vizi e le ragioni di ingiustizia della decisione possono essere fatti valere, ove ancora possibile, solo nel corso del processo in cui il titolo è stato emesso, spettando la cognizione di ogni questione di merito al giudice naturale della causa in cui la controversia tra le parti ha avuto (o sta avendo) pieno sviluppo ed è stata (o è tuttora) in esame*" (Cassazione n. 3277/2015, conforme, tra le tante, Cassazione n. 9205/2011).

Crisi e risanamento n. 50/2022

La responsabilità del sindaco per il reato di indebita compensazione

di Gianfranco Antico – pubblicista

L'interessante pronuncia della Corte di Cassazione secondo cui il sindaco di una società che esprime parere favorevole all'acquisto di un credito fiscale inesistente, nella consapevolezza della sua inesistenza, pone in essere una condotta causalmente rilevante, quanto meno in termini agevolativi, e di rafforzamento del proposito criminoso, rispetto alla realizzazione del reato di indebita compensazione di cui all'articolo 10-quater, D.Lgs. 74/2000, permette di esaminare le tipiche responsabilità in capo a un componente del collegio sindacale e di soffermarsi sul reato tributario, fattispecie che sempre più spesso viene contestata.

La vicenda giudiziaria

Il caso sottoposto davanti agli Ermellini e deciso con la sentenza n. 40324/2021 trae origine dall'ordinanza emessa dal Tribunale di Palermo, che ha confermato il provvedimento con il quale il giudice per le indagini preliminari ha applicato, per quanto di interesse in questa sede, le misure dell'obbligo di presentazione alla Polizia giudiziaria e del divieto di esercitare imprese o uffici direttivi di persone giuridiche e imprese o professioni per la durata di un anno nei confronti di un professionista, sul quale gravava l'accusa per il reato di indebita compensazione *ex* articolo 10-*quater*, D.Lgs. 74/2000[1], in quanto nella qualità di presidente del collegio sindacale di una Spa avrebbe espresso parere favorevole all'adozione della delibera di acquisto di un ramo di azienda di una Srl, del quale faceva parte un credito Iva inesistente per un valore di 5.826.040 euro; delibera poi approvata, e seguita dall'utilizzazione di tale credito a fini della compensazione mediante più versamenti effettuati tra il 20 e il 25 giugno 2019, per un importo complessivo pari a 1.395.129,31 euro.

Gli Ermellini, in apertura, rilevano che la condotta in questione, pur se diversa da quella tipizzata dall'articolo 10-*quater*, D.Lgs. 74/2000, può assumere rilievo a norma dell'articolo 110, c.p., "*quale partecipazione a titolo di concorso nel reato di indebita compensazione*", preso atto, fra l'altro, che nella casistica giurisprudenziale il concorso nel reato di indebita compensazione è stato espressamente

[1] Unitamente a quella di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle Autorità pubbliche di vigilanza *ex* articolo 2638, commi 1 e 2, cod. civ..

ammesso con riguardo a condotte realizzate dal consulente fiscale[2]. Inoltre, secondo i principi generali, ai fini della configurabilità della partecipazione nel reato *ex* articolo 110, c.p., rilevano anche le condotte di agevolazione o di mero rafforzamento della volontà dell'autore c.d. principale. Invero, come costantemente osservato anche dalle Sezioni Unite, nella formula dell'articolo 110, c.p.:

> *"sono ricevute e riunite tutte le diverse forme e i diversi gradi della partecipazione criminosa, indipendentemente dall'importanza di quest'ultima nella determinazione dell'evento; in particolare, vi è compresa la partecipazione morale nelle sue varie forme del mandato, dell'incitamento e del rafforzamento della volontà, e della agevolazione in genere"*[3].

E il collegio sindacale di una società, e i singoli componenti di esso, secondo quanto si evince dalle disposizioni contenute nel codice civile, sono in condizione di "*confortare*" le scelte degli organi sociali o, al contrario, di attivarsi efficacemente per impedire le operazioni della persona giuridica, ove le ritengano illegittime. E, infatti, il collegio sindacale, a norma dell'articolo 2403, cod. civ., ha il dovere di vigilare, tra l'altro, "*sul rispetto dei principi di corretta amministrazione*". I sindaci, poi, a norma dell'articolo 2407, cod. civ. "*sono responsabili della verità delle loro attestazioni*" e "*sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica*"; questa responsabilità, per il richiamo effettuato dall'articolo 2407, comma 3, cod. civ., agli articoli 2394, 2394-*bis* e 2395, cod. civ., opera anche nei confronti dei creditori e dei terzi comunque danneggiati[4].

Per i giudici di Piazza Cavour, quindi, sembra:

> *"ragionevole concludere che il sindaco di una società, il quale esprime parere favorevole all'acquisto di un credito fiscale inesistente, o di un compendio aziendale contenente un credito fiscale inesistente, pone in essere una condotta causalmente rilevante, quanto meno in termini agevolativi, e di rafforzamento del proposito criminoso, rispetto alla realizzazione del reato di indebita compensazione di cui al D.Lgs. 74/2000, articolo 10-quater commesso mediante l'utilizzo dell'indicato credito fittizio".*

Resta ferma, perché possa sussistere la responsabilità del sindaco a titolo di concorso nel reato appena indicato, che occorre anche la sua colpevolezza, e, quindi, è necessario accertare che:

---

[2] Cfr. Cassazione n. 1999/2017. Ricordiamo che il comma 3, articolo 13-*bis*, D.Lgs. 74/2000, come riformulato dal D.Lgs. 158/2015, prevede una circostanza aggravante a effetto speciale – aumento della pena fino alla metà – nei confronti di professionisti o intermediari bancari o finanziari che concorrono nei reati attraverso l'elaborazione o la commercializzazione di modelli di evasione fiscale.

[3] Cassazione n. 13/1955; n. 45276/2003 e n. 36258/2012.

[4] I sindaci, per di più, sono titolari di specifici poteri e facoltà per influire sulla corretta gestione della società, poiché, tra l'altro, possono: convocare l'assemblea per segnalare irregolarità di gestione, a norma dell'articolo 2406, cod. civ.; far ricorso al Tribunale per la riduzione del capitale sociale per perdite, a norma degli articoli 2446 e 2447, cod. civ.; impugnare le delibere sociali ritenute illegittime, a norma degli articoli 2377 e 2388, cod. civ.; chiedere al Tribunale la nomina dei liquidatori *ex* articolo 2487, cod. civ.; presentare denuncia al Tribunale nei confronti degli amministratori a norma dell'articolo 2409, cod. civ..

> *"il medesimo soggetto abbia espresso il parere favorevole nella consapevolezza sia dell'inesistenza del credito fiscale, sia della strumentalità dell'acquisto di tale credito al successivo utilizzo a fini di compensazione, ai sensi del D.Lgs. 241/1997, articolo 17".*

La Corte, quindi, precisata la rilevanza, quale forma di contributo concorsuale *ex* articolo 110, c.p., del parere favorevole all'acquisto di un compendio aziendale contenente un credito inesistente, nella consapevolezza dell'inesistenza di questo e della strumentalità dell'acquisito all'effettuazione di compensazioni a norma dell'articolo 17, D.Lgs. 241/1997, esamina le censure concernenti l'affermazione della sussistenza di tale consapevolezza, indicando una pluralità di elementi gravi, precisi e concordanti per affermare, quanto meno, e in termini di gravità indiziaria, la sussistenza del dolo eventuale[5].

Inoltre, il medesimo ricorrente, nel momento in cui esprimeva parere favorevole, era perfettamente consapevole che l'acquisto del ramo di azienda era funzionale a ripianare la situazione debitoria della società, anche sotto il profilo fiscale, come evidenziate dalle parole pronunciate in assemblea, ed emerse attraverso le intercettazioni ambientali.

Il reato di indebita compensazione

Ai fini penali, l'articolo 9, D.Lgs. 158/2015, riformulando integralmente l'articolo 10-*quater*, D.Lgs. 74/2000, ha operato una scissione tra crediti non spettanti e crediti inesistenti.

Indebita compensazione: articolo 10-*quater*, D.Lgs. 74/2000
"1. È punito con la reclusione da 6 mesi a 2 anni chiunque non versa le somme dovute, utilizzando in compensazione, ai sensi dell'articolo 17, D.Lgs. 241/1997, crediti non spettanti, per un importo annuo superiore a 50.000 euro. *2. È punito con la reclusione da 1 anno e 6 mesi a 6 anni chiunque non versa le somme dovute, utilizzando in compensazione, ai sensi dell'articolo 17, D.Lgs. 241/1997, crediti inesistenti per un importo annuo superiore ai 50.000 euro"*

In pratica, l'attuale formulazione, al comma 1, pur confermando la fattispecie, la ridisegna in maniera autonoma, eliminando il richiamo all'articolo 10-*bis*, D.Lgs. 74/2000 e prevedendo che la sanzione della reclusione da 6 mesi a 2 anni prevista per chi non versa le somme dovute, utilizzando in compensazione,

[5] Il Tribunale "*mette sul tavolo*" una serie di elementi. In particolare, con riferimento all'atto di acquisito del credito: assenza di qualunque documentazione in ordine alla composizione del ramo di azienda, nel quale era compreso il credito Iva fittizio avente il valore nominale di 5.826.040 euro, nonostante l'importanza della transazione e, anzi, nell'atto di vendita del bene si faceva menzione esclusivamente di attrezzature esistenti e di un "*separato elenco*", però non allegato; nell'atto di vendita, la società acquirente del credito ha dichiarato di essere edotta dell'insussistenza di oneri fiscali nonché di aver effettuato le opportune verifiche e ha esonerato espressamente la parte cedente dal certificato attestante l'insussistenza di sanzioni e violazioni di carattere fiscale, così rinunciando a un documento che avrebbe immediatamente evidenziato qual era la reale situazione fiscale della cedente; il prezzo di vendita, pari alla somma di 2.900.000 euro, è di molto inferiore al valore anche del solo credito fiscale. Inoltre, fra gli altri elementi a supporto, come risulta dalle intercettazioni ambientali, il presidente del CdA della società acquirente il credito aveva espressamente dichiarato nel corso di una assemblea "*come da informazioni e verifiche personalmente prima d'ora effettuate, che le modalità con cui è stato operato risultano pienamente conferenti con la normativa vigente*", anche se poi, nell'interrogatorio di garanzia, ha precisato di aver compiuto le verifiche sulla base delle attestazioni degli altri professionisti.

ai sensi dell'articolo 17, D.Lgs. 241/1997, crediti "*non spettanti*", si configuri solo al superamento della soglia di punibilità fissata in 50.000 euro.

Il comma 2, articolo 10-*quater*, D.Lgs. 74/2000 punisce più gravemente, con la reclusione da 1 anno e 6 mesi a 6 anni, la fattispecie di utilizzo in compensazione di crediti "*inesistenti*" per un importo annuo superiore ai 50.000 euro.

Reati		
Articolo 10-*quater*, D.Lgs. 74/2000	→	Crediti inesistenti e non spettanti
Crediti inesistenti	→	Da 6 mesi a 2 anni
Crediti non spettanti	→	Da 1 anno e 6 mesi fino a 6 anni

Sul punto, la circolare n. 1/2018 della G. di F. precisa che l'estensione alla nozione di "*elementi attivi o passivi*" delle "*componenti che incidono sulla determinazione dell'imposta dovuta*", permette di "*ricondurre le indebite compensazioni verticali (indicazione in dichiarazione di un credito inesistente), ricorrendone tutti gli elementi, nell'ambito dei delitti dichiarativi di cui agli articoli 3 e 4, D.Lgs. 74/2000*".

Il delitto in questione si configura come istantaneo, consumandosi nel momento in cui si procede, nel medesimo periodo d'imposta, alla compensazione di un ulteriore importo di crediti non spettanti o inesistenti che, sommato agli importi già utilizzati in compensazione, sia superiore a 50.000 euro e si perfeziona all'atto dell'invio o della presentazione del modello F24 all'istituto di credito convenzionato cui è stata conferita apposita delega irrevocabile, ai sensi dell'articolo 19, D.Lgs. 241/1997.

La stessa circolare della G. di F. n. 1/2018 rileva che nei casi di delega da parte del contribuente a un professionista terzo per la compilazione e l'invio del modello F24, può determinarsi il concorso del consulente stesso nel delitto in trattazione laddove risulti che questi abbia eseguito la delega conferitagli nonostante fosse consapevole dell'illiceità della compensazione o che sia stato l'ideatore o suggeritore dell'utilizzo illecito dei meccanismi di cui al modello F24, concorrendo consapevolmente alla realizzazione delle indebite compensazioni[6].

La linea di demarcazione tra crediti inesistenti e non spettanti

La linea di demarcazione tra crediti inesistenti e non spettanti continua a far discutere.

Demarcazione tra crediti non spettanti e crediti non esistenti		
Articolo 13, comma 5, secondo periodo, D.Lgs. 471/1997	→	*"Si intende inesistente il credito in relazione al quale manca, in tutto o in parte, il presupposto costitutivo e la cui inesistenza non sia riscontrabile mediante controlli di cui agli articoli 36-bis e 36-ter, D.P.R. 600/1973, e all'articolo 54-bis, D.P.R. 633/1972"*

[6] Cassazione n. 24166/2011.

Relazione dell'ufficio del Massimario della Cassazione n. III/05/2015		
Crediti "*inesistenti*":	→	Quelli che "*risultano tali sin dall'origine (perché il credito utilizzato non esiste materialmente o perché, pur esistente, è già stato utilizzato una volta)*"; "*che non sono esistenti dal punto di vista soggettivo (cioè dei quali è riconosciuta la spettanza a un soggetto diverso da quello che li utilizza in indebita compensazione)*"; ovvero "*sottoposti a condizione sospensiva*"
Crediti "*non spettanti*"	→	Quelli utilizzati oltre il limite normativo; ovvero in compensazione in violazione del divieto di compensazione per ruoli non pagati[7]

Il Legislatore, pertanto, fornisce la definizione di credito inesistente – ove sono presenti i requisiti sostanziali e la cui inesistenza non sia riscontrabile mediante la liquidazione della dichiarazione ovvero mediante il mero controllo formale della stessa – e uno specifico regime sanzionatorio ma non fornisce la definizione di credito non spettante (che quindi, giocoforza non può che derivare *a contrariis*), pur prevedendo una diversa sanzione.

In questa sede va richiamato il costante orientamento della Cassazione[8], secondo cui la "*proroga*" è applicabile sia ai casi in cui il credito sia originariamente inesistente sia nell'ipotesi in cui si controverte sulla regolarità della compensazione di un credito esistente. Infatti, il termine di 8 anni per il recupero dei crediti d'imposta inesistenti indebitamente compensati, non intende elevare l'"*inesistenza*" del credito a categoria distinta dalla "*non spettanza*" dello stesso, ma mira a garantire un margine di tempo adeguato, per il compimento delle verifiche riguardanti l'investimento che ha generato il credito d'imposta, margine di tempo perciò indistintamente fissato in 8 anni.

Tuttavia, proprio in questi giorni, va registrato un deciso cambio di passo da parte della stessa Cassazione che, con la sentenza n. 34445/2021, ha affermato che il termine lungo presuppone l'utilizzo non già di un mero credito "*non spettante*", bensì di un credito "*inesistente*", per tale ultimo dovendo intendersi il credito in relazione al quale manca, in tutto o in parte, il presupposto costitutivo (il credito che non è, cioè, "*reale*") e la cui inesistenza non è riscontrabile mediante i controlli di cui agli articoli 36-*bis* e 36-*ter*, D.P.R.

[7] In senso conforme Cassazione n. 36393/2015.

[8] A queste conclusioni – interpretando il dettato normativo di riferimento - è giunta la Cassazione nell'ordinanza n. 355/2021. La Corte, richiamando un proprio precedente - ordinanza n. 19237/2017 – ha ribadito che l'"*articolo 27, comma 16, D.L. 185/2008, convertito, con modificazioni, dalla L. 2/2009, nel fissare il termine di 8 anni per il recupero dei crediti d'imposta inesistenti indebitamente compensati, non intende elevare l'"inesistenza" del credito a categoria distinta dalla "non spettanza" dello stesso (distinzione a ben vedere priva di fondamento logico-giuridico), ma mira a garantire un margine di tempo adeguato per il compimento delle verifiche riguardanti l'investimento che ha generato il credito d'imposta, margine di tempo perciò indistintamente fissato in 8 anni, senza che possa trovare applicazione il termine più breve stabilito dal D.P.R. 600/1973, articolo 43, per il comune avviso di accertamento*". E in senso conforme segnaliamo Cassazione n. 24093/2020, che non ha tenuto in considerazione le doglianze del contribuente, che si soffermava sulla differenza tra crediti inesistenti e "*crediti utilizzati in compensazione ... meramente illegittimi*". Infatti, la Corte afferma che "*... l'articolo 27, comma 16, D.L 185/2008 ... nel fissare il termine di 8 anni per il recupero dei crediti d'imposta inesistenti indebitamente compensati, non intende elevare l'"inesistenza" del credito a categoria distinta dalla "non spettanza" dello stesso (distinzione a ben vedere priva di fondamento logico - giuridico), ma mira a garantire un margine di tempo adeguato per il compimento delle verifiche riguardanti l'investimento che ha generato il credito d'imposta, margine di tempo perciò indistintamente fissato in 8 anni, senza che possa trovare applicazione il termine più breve stabilito dal D.P.R. 600/1973, articolo 43, per il comune avviso di accertamento*".

600/1973 e all'articolo 54-*bis*, D.P.R. 633/1972. Per la Corte, il credito fiscale illegittimamente utilizzato dal contribuente può dirsi "*inesistente*" quando ne manca il presupposto costitutivo:

> *"(ossia, quando la situazione giuridica creditoria non emerge dai dati contabili-patrimoniali-finanziari del contribuente) e quando tale mancanza sia evincibile dai controlli automatizzati o formali sugli elementi dichiarati dal contribuente stesso o in possesso dell'anagrafe tributaria, banca dati pubblica disciplinata dal D.P.R. 605/1973, su cui detti controlli anche si fondano. Non è affatto casuale, del resto, che il raddoppio dei termini di decadenza in discorso sia collegato alla non immediata riscontrabilità da parte del fisco, mediante i suddetti controlli, del carattere indebito della compensazione, la maggior durata giustificandosi, all'evidenza, solo per i casi in cui sia necessaria una più complessa attività istruttoria".*

Per gli Ermellini, l'affermazione secondo cui sarebbe priva di senso logico-giuridico la distinzione tra "*credito inesistente*" e "*credito non spettante*" – come sostenuto in precedenti pronunce – va superata anche per effetto della novella normativa – nuovo articolo 13, comma 5, terzo periodo, D.Lgs. 471/1997, come introdotto dal D.Lgs. 158/2015:

> *"non solo perché quest'ultima è direttamente applicabile alla fattispecie, ratione temporis, ma anche perché nella stessa definizione positiva di "credito inesistente" può rinvenirsi la conferma della dignità della distinzione delle 2 categorie in discorso, già sulla base dell'originario impianto normativo concernente la riscossione dei crediti d'imposta indebitamente utilizzati dal contribuente, mediante l'emissione dell'atto di recupero di cui alla L. 311/2004, articolo 1, comma 421".*

Infatti, è già assai significativo che tale ultima disposizione si riferisca in linea generale alla:

> *"riscossione dei crediti indebitamente utilizzati in tutto o in parte, anche in compensazione ai sensi del D.Lgs. 241/1997, articolo 17"*

mentre l'articolo 27, comma 16, D.L. 185/2008, convertito in L. 2/2009, che estende il termine di decadenza all'ottennio dal relativo utilizzo, concerna invece la sola:

> *"riscossione di crediti inesistenti utilizzati in compensazione ai sensi del D.Lgs. 241/1997, articolo 17"*, ossia – *"già intuitivamente, sul piano semantico, prim'ancora che giuridico – a una fattispecie necessariamente più ristretta rispetto a quella generale, evidentemente ritenuta più grave".*

Brevi conclusioni

La III sezione penale della Corte di Cassazione – che con la sentenza n. 40324/2021 per la prima volta esamina il tema della eventuale responsabilità dei componenti del collegio sindacale per il reato di

indebita compensazione di cui all'articolo 10-*quater*, D.Lgs. 74/2000, con riferimento all'ipotesi di utilizzo di crediti inesistenti[9] - pur constatando che tale reato non possa essere normativamente realizzato dal sindaco, ritiene comunque che lo stesso possa concorrere nel reato, ai sensi dell'articolo 110, c.p., potendo il parere favorevole all'acquisto di un credito fiscale inesistente, nella consapevolezza della sua inesistenza, porre in essere una condotta causalmente rilevante, quanto meno in termini agevolativi, e di rafforzamento del proposito criminoso.

Come è noto, il concorso di persone si sostanzia in qualunque forma di partecipazione all'altrui condotta criminosa, attraverso un contributo apprezzabile alla commissione del reato, in tutte o anche solo in alcune delle fasi ideative, organizzative o esecutive. La G. di F., nella circolare n. 1/2018, *legge* la giurisprudenza che si è formata, rilevando che la struttura della fattispecie di concorso di persone postula la sussistenza congiunta dei seguenti requisiti:

> *"pluralità di concorrenti; realizzazione di un fatto reato; apporto di un contributo materiale o morale (psicologico) apprezzabile da parte di ciascun concorrente, idoneo per la realizzazione, con giudizio di prognosi postuma, anche di una soltanto delle fasi dell'attività criminosa; connessione causale tra gli atti del concorso e l'evento; sussistenza dell'elemento soggettivo, ossia la coscienza e la volontà di realizzare l'evento di cooperare nell'illecito"*[10].

Se sotto il profilo oggettivo, è necessario sussista un nesso causale tra gli atti dei singoli concorrenti e l'evento, sul piano soggettivo, invece, è richiesta la consapevolezza di ciascuno in ordine al collegamento finalistico esistente tra i contributi apportati dai singoli.

Particolare attenzione viene dedicata dalle Fiamme Gialle al c.d. concorso morale, ipotizzabile allorquando chi vi è obbligato abbia omesso di presentare la dichiarazione perché istigato o rafforzato nelle sue intenzioni, ovvero abbia agito in attuazione di un accordo intercorso con altri soggetti[11]. Oggetto dell'istigazione o dell'accordo deve essere la violazione dell'obbligo, in modo che l'omissione, una volta perfezionata dall'autore materiale, possa essere soggettivamente attribuibile all'azione di ciascuno dei correi che l'abbia prevista e voluta come conseguenza della propria azione istigatrice o di

[9] Il delitto di indebita compensazione di cui all'articolo 10-*quater*, D.Lgs. 74/2000 si consuma al momento della presentazione dell'ultimo modello F24 relativo all'anno interessato, in quanto, con l'utilizzo del modello indicato, si perfeziona la condotta del contribuente, senza che "*giochi*" il mancato aggiornamento del c.d. cassetto fiscale. Così si esprime la sezione penale della Cassazione, con la sentenza n. 23027/2020.

[10] La Cassazione con la sentenza n. 31/2000 (richiamata dalla pronuncia della n. 18745/2013), ha chiarito che il concorso di persone, sul piano soggettivo, non richiede un previo accordo, ritenendo sufficiente soltanto la coscienza unilaterale del contributo fornito all'altrui condotta. Tale consapevolezza "*può manifestarsi indifferentemente o come previo concerto o come intesa istantanea ovvero come semplice adesione all'opera di un altro che rimane ignaro*". La mancanza del previo concerto non condiziona, dunque, la configurabilità del concorso di persone nel reato, essendo idonea l'intesa, anche spontanea, intervenuta nel corso dell'esecuzione del fatto criminoso.

[11] In merito, la Corte di Cassazione, con sentenza n. 43809/2015, ha analizzato i profili del concorso di persone nel delitto di omessa dichiarazione. Trattandosi di reato omissivo proprio, istantaneo e unisussistente, posto in essere da persona qualificata ("*intraneus*"), le condotte che precedono il momento di commissione del reato sono estranee alla fattispecie tipica e non hanno alcuna rilevanza, neppure ai fini di un eventuale tentativo (*ex* articolo 6, D.Lgs. 74/2000).

rafforzamento dell'altrui proposito o dell'accordo preso. Non integra concorso morale il non aver impedito la consumazione del reato.

Il concorso, quindi, deve avere a oggetto:

> *"la specifica omissione, non le condotte che l'hanno preceduta, che rilevano solo in quanto da esse possa desumersi, oltre ogni ragionevole dubbio, la prova dell'accordo criminoso".*

Si configura il concorso anomalo, *ex* articolo 116, c.p., laddove l'agente, pur non avendo in concreto previsto il fatto più grave, avrebbe potuto rappresentarselo come sviluppo logicamente prevedibile dell'azione convenuta, facendo uso della dovuta diligenza in relazione a tutte le circostanze del caso concreto.

E nel caso di specie, la consapevolezza dell'inesistenza del credito, individuata dagli Ermellini in una pluralità di elementi gravi, precisi e concordanti, ha determinato il concorso nel reato di indebita compensazione.

Crisi e risanamento n. 50/2022

Il concordato fallimentare del terzo assuntore e il relativo parere del curatore fallimentare

di Maurizio Orlando – avvocato e curatore fallimentare del Foro di Milano

Giulio Manetti – amministratore delegato di Fineurop Investment Opportunities Spa

Il concordato fallimentare può costituire una risorsa di grande utilità per la chiusura in tempi rapidi dei fallimenti, soprattutto in presenza di criticità tali da bloccare le procedure: le caratteristiche del terzo assuntore, il ruolo del curatore e alcuni casi pratici.

Premessa: il contesto

Come è noto, le procedure fallimentari e, più in generale, quelle di liquidazione, scontano una notevole imprevedibilità in termini di durata e probabilità di successo: in Italia, la durata media di una procedura fallimentare/liquidatoria è di circa 7 anni.

L'incremento senza precedenti delle dichiarazioni di fallimento e delle domande di accesso al concordato preventivo dal 2008 a oggi ha cagionato – unitamente ad altri fattori – il progressivo rallentamento della macchina burocratica nazionale, aumentando il grado di complessità della gestione delle procedure concorsuali da parte degli organi preposti. In altre parole, alle criticità che caratterizzano le procedure concorsuali si sono sommate nuove e ulteriori problematiche derivanti dal congestionamento dei Tribunali, delle cancellerie, delle procure.

Ed è proprio in un contesto siffatto che l'istituto del concordato fallimentare si fa particolarmente apprezzare, consentendo, da un lato, la chiusura del fallimento entro un termine inferiore alla media di cui sopra e, dall'altro – come si vedrà meglio nel prosieguo – fornendo agli organi preposti gli strumenti necessari ai fini dello sblocco di fallimenti incagliati.

L'utilizzo di tale strumento consente, pertanto, di conseguire un duplice beneficio: da un lato, la liberazione di valore in favore dei creditori, che godono di un soddisfacimento più celere (e, non di rado, di una percentuale di soddisfacimento più elevata), dall'altro, lo sgravio dell'apparato burocratico.

Il ruolo dell'assuntore e le iniziative sottese al concordato fallimentare

L'assuntore è, di norma, un investitore nazionale e, ciò, probabilmente, in quanto la complessità del diritto fallimentare – e, a ben vedere, dell'intero sistema italiano – rende assai problematico per un investitore straniero approcciarsi all'istituto del concordato fallimentare.

Due sono le qualità imprescindibili richieste all'investitore: è necessario che abbia una conoscenza profonda degli istituti della Legge Fallimentare italiana e un consolidato rapporto – improntato ad affidabilità e serietà – con gli operatori concorsuali, ossia curatori, commissari, sezioni fallimentari dei Tribunali, nonché professionisti della crisi che operano sul territorio nazionale.

L'attività svolta, in generale, dal terzo assuntore può essere così riassunta:

1. ricerca dell'opportunità e conseguente deposito di istanza *ex* articolo 90, L.F. al fine di accedere alla documentazione del fallimento;
2. attività di *due diligence* finalizzata a valutare la fattibilità dell'operazione;
3. deposito presso il Tribunale competente della proposta di concordato, con indicazione dell'impegno complessivo, che generalmente viene garantito da fideiussione bancaria a prima richiesta;
4. acquisizione di tutto l'attivo e soddisfazione dell'onere concordatario secondo tempi e modalità previsti nella proposta omologata.

Innanzitutto e, principalmente, è opportuno che l'accesso agli atti del fascicolo fallimentare, mediante deposito di istanza *ex* articolo 90, L.F., venga formalizzato solo a seguito di preventivo assenso del curatore fallimentare e, ciò, per evitare l'inutile e dispendiosa attività di deposito di istanze nell'ambito di procedure fallimentari prive di attivo; l'approccio preventivo, infatti, è sinonimo di rispetto verso gli organi della procedura, tenuto conto che l'espressione di un parere superfluo comporta comunque un dispendio di tempo e di energie per la curatela e per il Tribunale.

Avuta la conferma di cui sopra, generalmente si procede con l'istanza di accesso agli atti, così da avere puntuale contezza:

1. del passivo accertato e dichiarato esecutivo (oltre ai costi prededucibili maturati e maturandi);
2. dell'attivo realizzato; e
3. degli *asset* fallimentari ancora da liquidare.

Indi, effettuata la necessaria e comunque opportuna attività di *due diligence*, si prosegue con il deposito della proposta concordataria. Quest'ultima, oltre all'indicazione delle modalità e dei tempi di esecuzione, e alla richiesta rivolta alla curatela di sottoscrivere gli atti notarili di ricognizione degli attivi trasferiti in forza dell'intervenuto decreto di omologa, per agevolare le necessarie comunicazioni ai competenti registri/enti (Registro Imprese, conservatoria, Agenzia delle entrate, etc.), potrà prevedere:

– l'eventuale limitazione di responsabilità dell'assuntore *ex* articolo 124, comma 4, L.F.;

– l'eventuale suddivisione dei creditori in classi per trattamenti differenziati;

– l'eventuale soddisfacimento non integrale dei creditori muniti di privilegio speciale (su beni immobili, mobili, etc.) e ciò a fronte di apposita perizia che giustifichi lo stralcio;

– l'estinzione delle obbligazioni assunte anche attraverso modalità alternative al pagamento, quali *datio in solutum* (come può avvenire nel caso in cui tra gli *asset* del fallimento vi siano immobili ipotecati), stipulazione di espromissioni o accolli liberatori per il fallimento ovvero mediante atti di remissione del debito da parte dei creditori.

Benché l'articolo 124, L.F. non richieda, nella sua formulazione attuale, il rilascio di garanzie, la sussistenza e la portata delle stesse attiene al merito della proposta concordataria e, pertanto, condiziona i primi atti della procedura (*i.e.* il parere del curatore e quello del comitato dei creditori) sotto il profilo della valutazione di convenienza della proposta, nel senso di rendere tangibile la serietà dell'impegno dell'assuntore e dare sicurezza dell'adempimento, nei termini proposti. Nel silenzio della legge, dunque, è opportuno non solo che la garanzia venga offerta, ma anche che la stessa si concretizzi quantomeno all'atto dell'omologa della proposta di concordato.

In tale contesto, la prassi messa a punto da diversi operatori è quella di assumere l'impegno – già in sede di ricorso per concordato fallimentare – di consegnare "*brevi manu*" al curatore garanzia bancaria a prima richiesta nel più breve tempo possibile (solitamente alcune settimane) dalla ricezione della comunicazione del parere positivo del comitato dei creditori.

Inoltre, la garanzia bancaria *de qua* viene generalmente rilasciata con efficacia sospensivamente condizionata alla definitività del decreto di omologa e con validità di 6 o 12 mesi successivi a tale data. In questo modo, il Tribunale può disporre la chiusura formale del fallimento anche laddove vi sia ancora del passivo (individuato ma) in corso di accertamento (che poi verrà gestito dall'assuntore in un'ottica privatistica, ossia coltivando i contenziosi pendenti, concludendo eventuali transazioni, etc.).

Anche i tempi di chiusura della procedura sono, per il vero, un aspetto cardine dell'*iter* concordatario: in *parte qua*, l'impegno deve essere quello di procedere alla realizzazione degli oneri concordatari in tempi certi e brevi, generalmente entro alcuni mesi dal passaggio in giudicato del decreto di omologa.

A fondamento dell'intervento dell'assuntore possono esserci diverse iniziative, tra cui quella:

– di tipo immobiliare, volta all'acquisizione degli immobili presenti all'attivo del fallimento. Come è noto, è frequente che l'attivo immobiliare delle procedure sia gravato da problematiche di carattere ambientale, amministrativo e manutentivo; l'intervento dell'assuntore consente, da un lato, di

addivenire a una più rapida risoluzione di tali problematiche e, dall'altro, di valorizzare l'*asset* ai fini della successiva vendita;

– di tipo industriale, per l'acquisizione di tutti i diritti di privativa industriale (marchi, brevetti e modelli), dell'avviamento e delle commesse dell'impresa fallita, nonché alla successiva espansione imprenditoriale nel mercato di riferimento. In tale ipotesi, l'assuntore è in grado di intervenire sia laddove sia stato disposto l'esercizio provvisorio, sia nel caso in cui l'azienda facente capo alla società fallita sia oggetto di contratto di affitto stipulato *ante* o *post* fallimento. Laddove vi siano le condizioni, l'obiettivo dell'assuntore è quello di rilevare l'azienda, consolidarne la ripartenza e valorizzarla sul mercato;

- di tipo cartolare, per l'acquisizione di crediti commerciali, fiscali o di altra natura, nonché di azioni giudiziali già incardinate o ancora da incardinare (quali azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali, azioni nei confronti delle banche per concessione abusiva del credito, revocatorie etc.).

Il ruolo del curatore nel concordato fallimentare

Per quanto riguarda il ruolo del curatore nel concordato fallimentare, la norma di riferimento è sicuramente il comma 1, articolo 125, L.F., il quale – sia pure in maniera sintetica – definisce detto ruolo stabilendo che il giudice delegato, ricevuto il ricorso contenente la proposta di concordato, chieda il parere al curatore con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte.

Prima di affrontare il tema del parere *ex* articolo 125, L.F. – che costituisce certamente il fulcro dell'attività demandata al curatore nell'ambito di una proposta di concordato fallimentare – è utile fare una breve premessa in merito alla fase che normalmente precede la proposizione della domanda di concordato fallimentare. E ciò in quanto la formulazione di una siffatta domanda presuppone (chiaramente) una conoscenza della procedura fallimentare – in particolare dell'attivo e del passivo – che non può trarsi dalla sola lettura della relazione *ex* articolo 33, comma 5, L.F. (*i.e.* la relazione semestrale).

Come sopra anticipato, infatti, la formulazione di una proposta concordataria è preceduta dall'istanza che il soggetto interessato deposita per chiedere al giudice delegato al fallimento, ai sensi dell'articolo 90, comma 3, L.F., di poter prendere visione e di estrarre copia degli atti e dei documenti per i quali sussiste, come detta la norma, uno specifico e attuale interesse.

Trattasi di atti e di documenti facenti parte in senso lato del fascicolo fallimentare di cui parla il citato articolo 90, L.F., posto che l'interesse non sempre è limitato agli atti del curatore e ai provvedimenti del

giudice delegato, ma potrebbe anche riguardare documentazione della società fallita, come, per esempio, la contabilità.

A parere di chi scrive, l'istanza in questione non dovrebbe prevedere una generica richiesta di accesso agli atti, in quanto l'operatore professionale dovrebbe sapere quali sono i documenti di suo interesse.

Le informazioni utili per poter formulare una proposta di concordato fallimentare hanno per oggetto, solitamente:

a) in relazione al passivo fallimentare:

- i dati di contabilità aggiornati;
- lo stato passivo definitivo;
- le eventuali opposizioni *ex* articolo 98, L.F. e le domande tardive in essere ma non ancora esaminate;
- l'individuazione dei creditori ammessi con grado di privilegio ipotecario o pignoratizio con il dettaglio del grado di ipoteca e dei beni sui quali insistono le garanzie;
- la stima degli oneri in prededuzione maturati e non ancora pagati;

e

b) in relazione all'attivo realizzato e in corso di realizzazione:

- la situazione di cassa della procedura;
- l'ammontare dei crediti da recuperare;
- l'elenco dei beni mobili e immobili con le eventuali perizie di stima;
- l'elenco delle cause giudiziali eventualmente promosse dalla curatela, nonché la copia degli atti di causa (che, se del caso, potranno poi essere messi a disposizione, unitamente alle informazioni sullo stato del giudizio, direttamente dall'avvocato difensore del fallimento);
- l'indicazione degli eventuali contratti pendenti;
- il credito Iva, gli altri crediti fiscali maturati e le altre informazioni contabili utili allo scopo.

Sicuramente, in mancanza di richiesta dettagliata, è opportuno che sia il curatore, nell'esprimere il parere di cui appresso, a individuare con maggiore precisione gli atti da poter consegnare in visione al richiedente, così da limitare correttamente la visione ai documenti effettivamente necessari ed evitare la consegna di materiale inutile.

Parere del curatore che è espressamente previsto sempre dall'articolo 90, ultimo comma, L.F., che stabilisce che il giudice delegato rilascia la sua autorizzazione, sentito il curatore.

Quest'ultimo è quindi chiamato a redigere un breve parere in merito alla legittimità e all'accoglibilità della richiesta formulata ai sensi dell'articolo 90, L.F. e in relazione al quale è opportuno che il curatore esegua – dandone atto nel parere – idonee verifiche in merito:

1. al tipo di attività svolta dall'istante;
2. alla struttura economico-patrimoniale e alle reali capacità finanziarie di quest'ultimo; nonché
3. alla sussistenza di un impegno alla riservatezza (che deve essere elemento essenziale e quindi assolutamente da pretendere prima di consentire la visione di atti e documenti).

Verifiche che, se positive, consentiranno al curatore di esprimere il proprio parere favorevole al rilascio, da parte del giudice delegato, della autorizzazione richiesta dalla norma in questione.

I colleghi curatori daranno atto che il ricevimento di un'istanza *ex* articolo 90, L.F. genera, talvolta, una certa ritrosia all'evasione positiva e ciò a causa del fatto che, non di rado, alcuni operatori tendono a depositare istanze *ex* articolo 90, L.F. "*a tappeto*", senza effettuare alcun tipo di valutazione preliminare in merito alla capienza della procedura e, quindi, in relazione al loro sottostante interesse; cosicché la formulazione del parere e l'eventuale successiva trasmissione della documentazione finiscono per risultare un'inutile perdita di tempo.

Ma quando l'istanza è ben formulata e rivolta a procedure effettivamente meritevoli di interesse per l'assuntore – e in questo senso, può essere il risultato di una preliminare interlocuzione tra curatore e investitore – l'operazione concordataria, costruita a partire dalle risultanze documentali messe a disposizione dalla curatela, può essere uno strumento utilissimo per arrivare alla chiusura dello stesso fallimento in tempi rapidi, garantendo anche un soddisfacimento migliore per i creditori rispetto a quello che potrebbe derivare dalla ordinaria liquidazione concorsuale.

Va da sé, quindi, l'importanza della preliminare e attenta valutazione delle caratteristiche e delle capacità professionali e patrimoniali del potenziale assuntore, onde poter poi instaurare un dialogo – in presenza dei requisiti di affidabilità sopra evidenziati – finalizzato alla migliore riuscita dell'operazione. Beninteso, nel rispetto del ruolo e della terzietà del curatore, che, evidentemente, non può e non deve essere una sorta di consulente aggiunto del proponente.

Queste le valutazioni preliminari del curatore a seguito della manifestazione di interesse a proporre un concordato fallimentare, cui fa seguito – in caso di deposito della proposta – il parere del curatore previsto dall'articolo 125, L.F..

Il comma 1, articolo 125, L.F. stabilisce, infatti, che il giudice delegato chieda il parere del curatore sulla proposta di concordato fallimentare "*con riferimento specifico ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte*".

Ciò significa che il curatore non deve esprimere un giudizio in merito alla legittimità della proposta né deve esprimere necessariamente un giudizio favorevole o negativo. Deve invece segnalare, come si desume dalla lettera della norma, la possibile e prevedibile soddisfazione dei creditori in caso di accettazione della proposta di concordato fallimentare rispetto ai possibili e prevedibili risultati della liquidazione concorsuale a seguito della prosecuzione del fallimento. In sostanza, il curatore deve segnalare gli aspetti di convenienza della proposta rispetto alla conclusione, per così dire "*fisiologica*", della procedura fallimentare.

Tale comparazione viene generalmente già fatta dal proponente, cosicché il compito del curatore consiste, di fatto, nel verificare la correttezza delle conclusioni alle quali è giunto il proponente medesimo.

Non rilevano, invece, i vantaggi che il proponente spera di trarre dalla procedura concordataria, che infatti non devono essere indicati nella proposta e non devono neppure essere oggetto della valutazione del curatore.

La comparazione della proposta concordataria e della prosecuzione del fallimento ruota intorno a 2 cardini essenziali, ossia i "*presumibili risultati della liquidazione*" (*i.e.* la convenienza economica) e le "*garanzie offerte*".

Per quanto riguarda il primo aspetto, la valutazione della convenienza economica deve tenere conto dei tempi di realizzo e dei costi di realizzo. La convenienza economica per i creditori può essere valutata in termini assoluti – trattasi, evidentemente, dei casi più semplici – laddove l'offerta per i beni della procedura sia superiore rispetto alla stima di presunto realizzo in sede fallimentare.

Non necessariamente, però, la proposta di concordato deve essere più lucrativa per i creditori rispetto alla liquidazione fallimentare, in quanto, a fronte di una minore percentuale di soddisfacimento, il concordato fallimentare potrebbe in alternativa garantire tempi di incasso più brevi e celeri (oltre che la certezza del realizzo), risultando, per tale motivo, nel complesso più conveniente.

È opportuno precisare che la valutazione della convenienza economica costituisce, inevitabilmente, il riflesso dell'apprezzamento delle soluzioni prospettate dal proponente per il soddisfacimento dei creditori.

Della valutazione il giudice delegato terrà chiaramente conto al momento della sua valutazione in merito alla "*ritualità della proposta*".

Quanto all'apprezzamento delle soluzioni prospettate dal proponente per il soddisfacimento dei creditori, necessariamente si dovrà tenere conto anche e soprattutto delle garanzie offerte; in altre parole, una proposta, per essere considerata seria e realizzabile – in una parola, fondata – non può

prescindere da solide garanzie (normalmente, il fabbisogno concordatario viene garantito mediante il deposito di fideiussione bancaria a prima richiesta).

Queste le fasi, dunque, in cui si articola il procedimento disciplinato dall'articolo 124 e ss., L.F.:

1. deposito della proposta con ricorso al giudice delegato;
2. richiesta del parere al curatore *ex* articolo 125, L.F.;
3. inoltro della proposta e del parere del curatore al comitato dei creditori;
4. solo in caso di parere favorevole da parte del comitato dei creditori, valutazione della ritualità della proposta da parte del giudice delegato;
5. comunicazione della proposta ai creditori per l'espressione del voto.

Il parere del curatore ha carattere informativo e non vincolante, in quanto lo scopo di tale parere è quello di consentire:

– prima, al comitato dei creditori, di esprimere un parere – questa volta si, vincolante – adeguatamente informato;

– e poi, ai singoli creditori – solo in caso di parere favorevole del comitato dei creditori – un voto adeguatamente informato (posto che, in ossequio al principio del consenso-assenso, il voto si intende favorevole nel caso in cui non venga espresso entro il termine disposto dal giudice delegato).

Per concludere, è evidente che è il comitato dei creditori, di fatto, a decidere se la proposta di concordato fallimentare possa o meno essere inviata al voto, previa valutazione del giudice delegato sulla ritualità della stessa.

Ma è innegabile l'importanza del parere del curatore, in quanto è al curatore che la legge demanda la valutazione della convenienza economica della proposta. E quindi è il parere del curatore che, pur non avendo efficacia vincolante, certamente influenza il parere che il comitato dei creditori è poi chiamato a esprimere.

Alcuni casi pratici

Personalmente, come curatore fallimentare, ho avuto modo di verificare la sopra evidenziata utilità ed efficacia del concordato fallimentare, che può costituire uno strumento molto utile anche laddove sia necessario sbloccare situazioni particolarmente complesse, che impediscono di dare corso alla chiusura del fallimento in tempi ragionevoli.

A tale riguardo mi permetto di segnalare, sinteticamente, 3 esperienze personali.

In un primo caso il fallimento aveva un corposo contenzioso tributario che:

– non consentiva la chiusura della procedura sebbene fossero ormai trascorsi i canonici 6 anni e la liquidazione fosse da tempo terminata;

– avrebbe comportato un aumento delle spese prededucibili connesse all'attività di assistenza nei medesimi giudizi (10 giudizi pendenti in Cassazione, la cui durata veniva stimata in circa 5 anni, in aggiunta ai 6 già trascorsi);

– avrebbe portato al soddisfacimento dei creditori chirografari solo in caso di totale soccombenza dell'Erario nei menzionati giudizi.

La liquidità della procedura, oltretutto, era assolutamente rilevante (maggiore di 5 milioni di euro), ma a causa del contenzioso tributario ancora pendente non poteva essere ripartita (restando quindi "*bloccata*" sul conto del fallimento): difatti, erano già stati effettuati tutti i riparti possibili e il primo creditore da soddisfare era proprio l'Erario, ammesso però al passivo in via condizionata per oltre 49 milioni di euro, stante il contenzioso come sopra pendente.

Quale curatore ho provato ripetutamente a raggiungere un accordo transattivo con l'Erario, ma senza alcun esito positivo.

La soluzione è arrivata proprio a fronte del deposito di una proposta concordataria che prevedeva il versamento, in favore dell'Erario, dell'importo di 4,2 milioni di euro (pari al 8,73% del credito complessivo ammesso al passivo in via definitiva e/o condizionata) e di una minima percentuale (pari allo 0,28%) in favore dei creditori chirografari.

Proposta di concordato a cui l'Erario ha ritenuto di aderire con l'espressione del voto favorevole (mentre aveva ritenuto di non poter aderire a una mera proposta transattiva) e alla quale hanno aderito anche i creditori chirografari, che, in caso di esito negativo del contenzioso (e sarebbe bastata anche una sola sentenza negativa per il fallimento), non avrebbero ricevuto nulla.

I pagamenti sono poi stati effettuati entro 90 giorni dall'omologazione del concordato fallimentare e, conseguentemente, è stato possibile chiudere il fallimento 5 anni prima.

In un secondo caso, la convenienza dell'ipotesi concordataria derivava essenzialmente dal fattore tempo, in quanto la prosecuzione dell'attività liquidatoria da parte del fallimento avrebbe sì in ipotesi comportato un soddisfacimento lievemente maggiore per i creditori, ma in un *range* temporale più lungo, pari a circa 5/7 anni.

Il concordato fallimentare comportava invece un soddisfacimento inferiore (circa 4 punti percentuali in meno), ma in un *range* temporale sufficientemente contenuto (60 giorni dall'omologazione).

I creditori hanno ritenuto di aderire al concordato.

In un terzo caso, le presumibili percentuali di soddisfazione dei creditori chirografari, in ipotesi di liquidazione fallimentare, si collocavano in un *range* tra il 6,16% e il 7,66%, laddove la percentuale di soddisfazione del 6,82% prevista nella proposta concordataria si collocava in una posizione intermedia.
Anche in tal caso le tempistiche si ipotizzavano come sensibilmente differenti, dipendendo dall'esito e dalla durata della pendente azione di responsabilità verso amministratori e sindaci.
Nell'ipotesi di prosecuzione del fallimento, infatti, i tempi necessari per ottenere sentenze definitive ed esecutive erano ragionevolmente da collocarsi in non meno di 5 anni (e con l'alea del rigetto delle domande del fallimento).
Nell'ipotesi concordataria, invece, sussisteva la certezza del soddisfacimento del ceto creditorio in tempi più celeri, circa 30 giorni *post* omologa.
Anche in questo caso i creditori hanno aderito alla proposta.

Crisi e risanamento n. 50/2022

Gli effetti del sequestro e della confisca per equivalente sull'insolvenza dell'impresa

di Giovanbattista Tona – consigliere della Corte d'Appello di Caltanissetta

Nel contrasto ai reati economici la confisca per equivalente sta assumendo un ruolo sempre più strategico, perché mira ad aggredire anche beni di origine lecita nella misura del valore di quelli che hanno costituito profitto del reato e di cui risulti impossibile la confisca diretta. Così potrebbero essere colpiti anche cespiti patrimoniali o risorse finanziarie che fanno parte del compendio aziendale o che costituiscono l'attivo di un'impresa. Se l'impresa fa capo a una persona fisica o giuridica diversa da quella colpita dalla sanzione della confisca per equivalente dovrà accertarsi se dei beni aziendali il reo ne abbia comunque la disponibilità, diretta o indiretta.

La confisca del profitto di reato

Nell'apparato sanzionatorio strutturato dalla legislazione vigente e puntellato dalla giurisprudenza, i reati produttivi di utile economico sono perseguiti in maniera sempre più incisiva, oltre che con le classiche sanzioni penali limitative della libertà personale, anche con lo strumento della confisca del profitto.

Per profitto tradizionalmente (e genericamente) si intende l'utilità economica conseguita con la commissione del reato. Che può consistere in somme di denaro, in beni o – in una prospettiva più ampia che ricomprende sia il denaro sia i beni – in un valore.

Il concetto di profitto richiama quello di vantaggio; in una nota sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione (n. 31617/2015) si parla, in particolare di "*vantaggio economico derivante in via diretta e immediata dalla commissione dell'illecito*".

Il profitto del reato, così come il prodotto di esso e le cose che servirono o furono destinate alla sua esecuzione, in base alla regola generale di cui all'articolo 240, c.p., può essere confiscato in caso di condanna, sempre che non appartenga a persona estranea.

A fronte della regola generale di confisca facoltativa, che il giudice può disporre in base ai fatti accertati con la sentenza di condanna ma solo ove ravvisi il pericolo che, se tali beni vengono lasciati nella disponibilità del condannato, possano essere da lui utilizzati per commettere altri illeciti, vi sono molte

disposizioni con carattere di specialità che per una serie oramai assai numerosa di delitti prevedono la confisca obbligatoria del profitto (ma lo stesso vale per il prodotto o per le cose che servirono o furono destinate alla commissione dell'illecito).

In questi casi se il giudice dichiara la responsabilità dell'imputato, deve accertare altresì se egli ha tratto un vantaggio economico dalla sua condotta illecita e, in caso positivo, lo deve confiscare per ciò solo, senza effettuare ulteriori valutazioni.

Dalla sussistenza dei presupposti per la confisca obbligatoria deriva la possibilità che, già nel corso delle indagini preliminari, il P.M. richieda al giudice l'emissione di un decreto di sequestro preventivo ai sensi dell'articolo 321, c.p.p. sui beni, che, in caso di condanna, dovranno essere confiscati e che nelle more del giudizio potrebbero essere sottratti, trasferiti o dispersi.

La confisca tradizionalmente concepita, secondo il dettato dell'articolo 240, c.p., comporta l'accertamento della correlazione tra i beni e il reato commesso. Certamente andranno confiscati i beni che l'autore dell'illecito acquisisce alla sua disponibilità per effetto immediato e diretto del reato.

Ma la giurisprudenza di legittimità ha precisato che nel concetto di profitto di reato va ricompresa anche ogni altra utilità che il condannato ha realizzato come effetto mediato e indiretto dell'attività criminosa; conta insomma l'arricchimento complessivo che ha tratto dalla condotta criminosa e, quindi, qualsiasi trasformazione che il denaro illecitamente conseguito subisca per effetto di investimento dello stesso, deve essere considerata profitto del reato quando sia casualmente collegata al medesimo reato e al profitto immediato già conseguito (il denaro appunto) e sia soggettivamente attribuibile all'autore del reato, che quella trasformazione ha voluto (Cassazione n. 10280/2008).

In questa prospettiva costituisce profitto di reato sia la somma di denaro conseguita dall'autore del reato con la condotta illecita, ma anche, se del caso (e in via esemplificativa), l'immobile che con quella somma di denaro l'autore del reato abbia successivamente acquistato.

Nella nozione di profitto si ricomprendono, quindi, anche i beni ottenuti dallo stesso autore del delitto attraverso l'utilizzo del profitto stesso.

In tal modo il bene da confiscare viene individuato unendo gli anelli di una catena di derivazione chiara e tracciabile; vi si ricostruisce il nesso di pertinenzialità con il reato che delinea l'origine illecita del bene stesso, che dà conto della sua intrinseca pericolosità e che ne comporta la confisca.

Confisca diretta, confisca per equivalente e patrimonio aziendale

Quando viene colpito il profitto, pure così inteso in questa nozione ampia, ricorrono ipotesi di confisca diretta.

La confisca diretta può non essere possibile perché non viene individuato nel patrimonio dell'autore del delitto il bene conseguito direttamente o quello successivamente acquisito utilizzando le utilità ottenute con l'illecito.

Diverse norme hanno previsto che il profitto possa essere colpito anche in via indiretta e cioè disponendo la confisca di beni di cui il *reo* ha la disponibilità, a qualsiasi titolo anche lecito, per un valore corrispondente al profitto del reato, nella misura accertata dalla sentenza che ha dichiarato la colpevolezza dell'imputato che lo ha conseguito.

È questa la confisca per equivalente.

Quando la legge lo prevede, quindi, possono essere colpiti patrimoni leciti per consentire allo Stato di recuperare l'ammontare di profitti illeciti non più aggredibili in via diretta ma il relativo provvedimento è subordinato alla impossibilità di individuare e apprendere i beni costituenti il prodotto, profitto o strumento del reato (Cassazione n. 6391/2021). Tuttavia, se all'esito del giudizio la confisca per equivalente sarà disposta solo dopo un'adeguata istruttoria sulla concreta e definitiva impossibilità di procedere alla confisca diretta (Cassazione n. 3165/2019), in fase cautelare prima del giudizio, il sequestro dei beni ai fini della confisca per equivalente può essere disposto anche se tale impossibilità sia transitoria e quindi superabile.

Da questo può derivare che su un patrimonio aziendale potrebbe abbattersi un provvedimento di sequestro e successivamente di confisca di beni che nulla hanno a che vedere con l'illecito penale perseguito ma che sono di valore equivalente al profitto che da tale illecito è stato conseguito; essi possono anche essere stati acquisiti in data precedente o successiva alla commissione del reato (Cassazione n. 6163/2020) e in ragione di giustificabili operazioni lecite.

Deve, infatti, ricordarsi che, per definizione la confisca per equivalente è misura che attinge beni non pericolosi e che non sono in diretto rapporto di pertinenzialità con il reato, tanto che il giudice delle leggi ne ha sottolineato la natura sanzionatoria, a differenza della confisca diretta che ha natura di misura di sicurezza volta a prevenire la reiterazione degli illeciti (Corte Costituzionale n. 97/2009).

Di recente si è sottolineata la natura solo "*parzialmente sanzionatoria*" della confisca di valore, che sarebbe connotata piuttosto da una funzione ripristinatoria diretta al riallineamento degli squilibri patrimoniali generati dall'illecito (Cassazione n. 19645/2021); di "*presidio ripristinatorio autonomo, connotato da obbligatorietà e assenza di discrezionalità nella determinazione del "quantum", rispetto alle sanzioni principali e accessorie*" aveva già parlato Cassazione n. 8538/2019 per escludere che gli effetti della sospensione condizionale della pena si estendessero anche alla confisca per equivalente.

È coerente con questa prospettiva il principio, fissato dalla più autorevole giurisprudenza di legittimità, secondo il quale, invece, "*la confisca del denaro costituente profitto o prezzo del reato, comunque rinvenuto nel patrimonio dell'autore della condotta, e che rappresenti l'effettivo accrescimento patrimoniale monetario conseguito, va sempre qualificata come diretta, e non per equivalente, in considerazione della natura fungibile del bene, con la conseguenza che non è ostativa alla sua adozione l'allegazione o la prova dell'origine lecita della specifica somma di denaro oggetto di apprensione*" (Cassazione n. 42415/2021). La confisca per equivalente opera quindi tra beni diversi e infungibili.

E questi beni diversi potrebbero essere riconducibili al destinatario della confisca per equivalente, seppure compongano un patrimonio aziendale e siano destinati all'esercizio di un'attività di impresa estranea alle condotte illecite dalle quali è derivato il profitto.

La confisca per equivalente dei beni nella disponibilità del condannato

Non vi è difatti una disciplina generale della confisca per equivalente ma tanti interventi normativi sparsi che in relazione a varie tipologie di reato hanno introdotto tale misura. In essi si fa riferimento non alla titolarità di un diritto reale ma, penalisticamente, alla mera disponibilità di beni anche leciti da parte del soggetto che ha commesso il reato. In questi termini si esprime la norma "*apripista*" per l'istituto, quella contenuta nell'articolo 322-*ter*, c.p., che fissa la sanzione per i reati contro la P.A. (articoli 314-320, c.p.) e che è richiamato dall'articolo 640-*quater*, c.p., per i reati di truffa e frode informatica, dall'articolo 466-*bis*, c.p., per i reati di falsità in monete, in carte di pubblico credito e in valori di bollo, e dall'articolo 474-*bis*, c.p., per i reati di introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi.

Tale disposizione ha previsto la confisca del profitto o del prezzo, "*ovvero, quando non è possibile, la confisca dei beni di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto*". Pur senza richiamare espressamente l'articolo 322-*ter*, c.p., diverse altre norme che prevedono la confisca per equivalente usano la stessa formulazione letterale e parlano solo di disponibilità: tra queste, nel codice penale, l'articolo 270-*septies* per i reati commessi con finalità di terrorismo e l'articolo 493-*ter*, comma 2, per i reati di indebito utilizzo e falsificazione di carte di credito e pagamento, e, nella legislazione speciale, l'articolo 73, comma 7-*bis* e l'articolo 74, comma 7-*bis*, D.P.R. 309/1990 per i reati in materia di stupefacenti.

La stessa locuzione, "*disponibilità*", si legge nell'articolo 12-*bis*, D.Lgs. 74/2000, che reca un'ipotesi di confisca per equivalente di assoluto rilievo per il settore dell'impresa, quella prevista in caso di condanna per reati tributari.

Solo nell'articolo 2641, cod. civ., che prevede la confisca anche per equivalente "*del prodotto o del profitto del reato e dei beni utilizzati a commetterlo*" in caso di condanna per uno degli illeciti previsti dal Titolo XI, Libro V, cod. civ. in materia di società e consorzi, e nell'articolo 187 del Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria che la prevede per i reati di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato, si afferma che dovrà avere a oggetto "*una somma di denaro o beni di valore equivalente*", senza indicare come si dovrà individuare la relazione tra questa somma e questi beni e il *reo*.

Tuttavia, trattandosi di disciplina penale, seppur contenuta per ragioni sistematiche nel codice civile e in un Testo Unico in materia finanziaria, la riconducibilità del bene a un condannato dovrà essere accertata con le categorie penalistiche.

E la giurisprudenza ha da tempo spiegato che la nozione penalistica di disponibilità "*intende designare la relazione effettuale del condannato con il bene, connotata dall'esercizio di poteri di fatto corrispondenti al diritto di proprietà*"; e "*coincide, pertanto, con la signoria di fatto sulla "res" indipendentemente dalle categorie delineate dal diritto privato, riguardo al quale il richiamo più appropriato sembra essere quello riferito al possesso nella definizione che ne dà l'articolo 1140, cod. civ.*" (Cassazione n. 11732/2005; similmente Cassazione n. 22153/2013).

E proprio dando applicazione al richiamato articolo 322-*ter*, c.p., si è affermato che per disponibilità devono intendersi, "*al pari della nozione civilistica del possesso, tutte quelle situazioni nelle quali i beni stessi ricadano nella sfera degli interessi economici del reo, ancorché il potere dispositivo su di essi venga esercitato per il tramite di terzi*" (Cassazione n. 15201/2012; così pure Cassazione n. 4887/2018).

Tra i beni che non hanno alcuna relazione con il reato possono esserci quelli che compongono un patrimonio aziendale. Se il *reo* è titolare di una ditta individuale ovviamente i suoi beni aziendali, pur non essendo provento di reato, possono essere colpiti da sequestro finalizzato alla confisca per equivalente, così come possono essere oggetto di pignoramento per soddisfare i creditori personali dell'imprenditore; e questo perché tra l'azienda e l'imprenditore non vi è autonomia patrimoniale e il vincolo di destinazione impresso ai beni non basta a farne un patrimonio separato.

Ma anche se i beni aziendali fanno capo a soggetto giuridico distinto da colui il quale ha commesso il reato possono essere appresi ai fini dell'esecuzione di una confisca per equivalente, se in sede penale si dimostri che costui ne ha la "*disponibilità*", a nulla rilevando il fatto che essi rientrino, secondo le categorie civilistiche, in un patrimonio separato da quello del *reo*.

La disponibilità dei beni e l'interposizione

La questione si pone con riguardo agli effetti dell'eventuale schermo societario che si frapponga tra il soggetto che ha commesso il reato, o, più in generale, con riguardo alle situazioni di interposizione.

La prospettiva che correla la disponibilità alla nozione civilistica del possesso può rendere irrilevante o, sotto altro profilo, può inglobare il tema della interposizione; ciò che conta sarebbe accertare un potere di fatto sulla cosa, una riferibilità in concreto di essa al soggetto colpito dalla confisca, una "*relazione effettuale con il bene*" (Cassazione n. 22135/2013), a prescindere dalla circostanza che altri siano formalmente titolari di un diritto su di esso e a prescindere dalla verifica sulla fittizietà dell'attribuzione del diritto ad altri, attraverso negozi simulati.

La precisazione ha una sua rilevanza. Si è già incidentalmente detto che vi è un frastagliato arcipelago di disposizioni che prevedono la confisca per equivalente per vari reati, introdotte in tempi diversi e per materie non sempre omogenee, accomunate solo dal fatto che i relativi illeciti possono comportare il conseguimento di proventi facilmente consumabili o occultabili.

Ma, come si è visto, non tutte le previsioni normative si esprimono con la stessa terminologia. Mentre spesso si fa riferimento alla "*disponibilità*", *sic et simpliciter,* come fa il citato articolo 322-*ter*, c.p. e tutte le altre norme già sopra richiamate, ve ne sono altre nelle quali si precisa che la disponibilità può essere sia diretta sia indiretta o può avvenire per interposta persona.

L'articolo 603-*bis.*2, c.p., ad esempio, ove è prevista la confisca per equivalente a seguito di condanna per i reati di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, indica i beni "*di cui il reo ha la disponibilità, anche indirettamente o per interposta persona*"; l'articolo 644, c.p., in tema di usura parla di "*disponibilità anche per interposta persona*" e così pure l'articolo 648-*quater*, c.p., per i reati di riciclaggio, reimpiego, riciclaggio e autoriciclaggio; l'articolo 11, L. 146/2006 in materia di reati di criminalità organizzata transnazionale precisa "*per interposta persona fisica o giuridica*"; l'articolo 423-*quater*, c.p., recentemente introdotto dall'articolo 6, D.L. 120/2021, convertito con modificazioni dalla L. 155/2021, per il reato di incendio boschivo utilizza la formula "*beni di valore equivalente di cui il condannato abbia anche indirettamente o per interposta persona la disponibilità*", che si leggeva, identica, già nell'articolo 452-*undecies*, c.p. per i delitti contro l'ambiente e nell'articolo 452-*quaterdecies*, c.p. per le attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti. Infine, l'articolo 600-*septies*, c.p., per i reati di riduzione in schiavitù, prostituzione minorile, pedopornografia e violenza sessuale anche in danno di minorenni, usa le stesse parole ("*indirettamente o per interposta persona*").

L'attenzione del Legislatore per l'interposizione origina dalle esigenze di contrasto alla criminalità organizzata, che occultava i proventi delle attività illecite attraverso operazioni di riciclaggio o di intestazione fittizia.

In particolare, l'articolo 12-*quinquies*, D.L. 306/1992, convertito con modificazioni dalla L. 356/1992 aveva previsto il reato di trasferimento fraudolento di valori, punendo le condotte con le quali si attribuiva fittiziamente la titolarità di denaro, beni o altre utilità per eludere la normativa in materia di misure di prevenzione (il reato oggi è stato recepito nell'articolo 512-*bis*, c.p.). Ma anche a prescindere dalla commissione di questo reato (che avrebbe richiesto l'accertamento di tutti gli elementi di condotta, cioè sia l'operazione di trasferimento simulato sia il dolo specifico della finalità elusiva), l'articolo 12-*sexies*, D.L. 306/1992 aveva introdotto la c.d. confisca allargata, cioè quella che deve accompagnarsi obbligatoriamente alla condanna per una lunga lista di reati (dagli illeciti di criminalità organizzata di tipo mafioso a quelli terroristici, dall'usura a quelli di riciclaggio e reimpiego, e altri ancora) e che ha a oggetto tutti i beni dei quali il *reo* non può giustificare la provenienza e di cui abbia la disponibilità, anche per interposta persona fisica o giuridica, in valore sproporzionato rispetto al proprio reddito lecito. E aveva così inteso colpire ogni forma di schermo giuridico che potesse frapporsi alla sanzione di natura patrimoniale.

L'articolo 12-*sexies*, D.L. 306/1992 è ora confluito nell'articolo 240-*bis*, c.p., che prevede in linea generale la confisca per equivalente anche dei beni di valore sproporzionati che non fossero più aggredibili in via diretta, e che, anche in tal caso, richiama la disponibilità per interposta persona.

Resta da comprendere se in concreto risultino differenti gli effetti della confisca per equivalente sui beni di cui il *reo* abbia la disponibilità, a seconda che le singole norme che la disciplinano richiamino o meno l'interposizione.

Orbene, alla luce della giurisprudenza di legittimità, si può affermare che nell'uno e nell'altro caso ciò che si deve dimostrare è la concreta relazione del bene con il *reo*. Il fatto che la legge talvolta richiama il fenomeno dell'interposizione ha il chiaro significato di sottolineare come in sede applicativa la formale intestazione a terzi del bene non preclude l'accertamento della disponibilità del bene in capo al *reo*, ma nemmeno può valere ad agevolarne la dimostrazione, che deve invece essere sorretta da prova rigorosa.

> *"Incombe sull'accusa l'onere di dimostrare l'esistenza di situazioni che avallino concretamente l'ipotesi di una discrasia tra intestazione formale e disponibilità effettiva del bene, in modo che possa affermarsi con certezza che il terzo intestatario si sia prestato alla titolarità apparente al solo fine di favorire la permanenza dell'acquisizione del bene in capo al condannato e di salvaguardarlo dal pericolo della*

> *confisca. Il giudice ha, a sua volta, l'obbligo di spiegare le ragioni della ritenuta interposizione fittizia, adducendo non solo circostanze sintomatiche di spessore indiziario ma anche elementi fattuali che si connotino della gravità, precisione e concordanza, tali da costituire prova indiretta del superamento della coincidenza fra titolarità apparente e disponibilità effettiva del bene"* (Cassazione n. 13084/2017).

Da una tale direttiva di metodo discendono, ad esempio, orientamenti applicativi di particolare rigore. Sicché si è affermato che:

> *"ai fini della sussistenza del requisito della disponibilità di un bene formalmente intestato a terzi in capo al responsabile del reato presupposto, è necessario che il bene sia riconducibile all'iniziativa economica di tale soggetto; pertanto, qualora il medesimo abbia contribuito solo in parte all'acquisto del bene, questo non può essere considerato nella sua integrale disponibilità e, conseguentemente, non può esserne disposta la confisca per l'intero, ma soltanto per la quota corrispondente all'entità del contributo dal predetto fornito"* (Cassazione n. 35762/2019).

D'altro canto, tuttavia, se nella norma si fa riferimento solo alla disponibilità, senza alcun riferimento all'interposizione, ciò non potrà impedire la confisca di un bene di un terzo se si accerta che l'attribuzione a costui è solo formale, è simulata o comunque fittizia e su di esso il reo esercita poteri di fatto analoghi a quelli del titolare di un diritto reale.

Ai fini del sequestro e poi della confisca per equivalente ciò che conta è l'effettiva disponibilità giuridica dei beni, diretta o per interposta persona, al momento in cui sia disposto il vincolo, essendo ininfluente, in considerazione della natura sanzionatoria dell'istituto, la circostanza che gli stessi siano stati acquisiti antecedentemente o dopo la commissione del reato (Cassazione n. 41135/2019). E ricomprende "*tutte quelle situazioni nelle quali il bene stesso ricade nella sfera degli interessi economici del reo, ancorché il potere dispositivo su di esso venga esercitato tramite terzi*" (Cassazione n. 4887/2018).

Interposizione, società schermo e quote sociali

Alla luce di queste considerazioni, appare chiaro che, se da un canto la creazione di uno schermo societario non potrà impedire che beni nella disponibilità del *reo* siano colpiti da confisca anche per equivalente, d'altro canto i beni leciti facenti capo a una società o a un patrimonio separato di cui il condannato sia amministratore o titolare di una quota non possono essere aggrediti se non dopo aver dimostrato la effettiva riferibilità di quei beni in via esclusiva a costui.

La questione investe, come si è detto, già la fase cautelare, quando prima ancora del giudizio all'indagato deve essere sottratta la disponibilità dei beni al fine di assicurarne l'eventuale confisca.

Quando si procede per reati tributari nei quali il profitto del reato viene identificato nel valore dei beni idonei a fungere da garanzia nei confronti dell'Amministrazione finanziaria che agisce per il recupero delle somme evase (Cassazione n. 8226/2021) e, come tale, è assai di frequente del tutto impossibile da individuare in capo al chi ha commesso l'illecito, la giurisprudenza si è confrontata spesso con l'esigenza di individuare beni confluiti in capo ad altri soggetti.

In tali casi si è affermato, ad esempio, il principio secondo il quale:

> *"il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente, prevista dall'articolo 12-bis, D.Lgs. 74/2000, può essere disposto sul patrimonio della persona giuridica che sia priva di autonomia e costituisca un mero schermo attraverso cui l'indagato agisca come effettivo titolare dei beni anche nel caso in cui il vincolo reale sia riferito al profitto di un reato che il titolare sostanziale della società-schermo abbia commesso in una diversa veste, ossia quale amministratore di altra società ovvero indipendentemente dallo svolgimento di funzioni amministrative di enti"* (Cassazione n. 34956/2020).

È stata inoltre elaborata la categoria della "*società-schermo*".

Tuttavia, quando si è ritenuto che essa sia stata costituita *ad hoc* al solo fine di creare un'apparenza di autonomia patrimoniale, si è affermato che il sequestro preventivo ai fini di confisca del profitto diretto del reato poteva essere eseguito, indifferentemente, sia sui beni dell'imputato, sia su quelli della società (Cassazione n. 50151/2018 e n. 10098/2019).

La giurisprudenza ha inoltre fissato le condizioni in presenza delle quali la misura cautelare patrimoniale resta insensibile alle trasformazioni degli assetti societari.

Ha così affermato che:

> *"il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, disposto sui beni della società, successivamente interessata da un processo di fusione per incorporazione, è eseguibile anche nei confronti dei beni formalmente intestati alla società incorporante nei limiti in cui tali beni risultano riferibili, al momento della fusione, alla società incorporata, in quanto tale processo si risolve in una vicenda evolutiva-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo contesto organizzativo"* (Cassazione n. 47312/2017).

Resta infine la possibilità di colpire con il sequestro e la confisca per equivalente la quota di partecipazione del condannato a una società, che deve considerarsi un bene patrimoniale che esprime un autonomo valore, anche a prescindere dal fatto che nello statuto sia fissata la clausola di libera cedibilità della quota. La giurisprudenza ha avuto modo di precisarlo anche con riguardo a una quota

di socio accomandatario in Sas, il cui sequestro è stato ritenuto ammissibile:

> *"anche quando questa, pur dopo l'apposizione del vincolo, resta in uso al socio quale custode, poiché, in tale evenienza, la misura cautelare ha una funzione prenotativa e il suo oggetto si identifica nel "quantum" che spetterà al socio all'esito della liquidazione della società, sicché, anche in questo caso, non si deroga al principio dell'intuitus personae in contrasto con la volontà degli altri soci"* (Cassazione n. 36929/2015).

Crisi e risanamento n. 50/2022

La rinuncia del curatore all'acquisizione dei beni per anti economicità della liquidazione ai sensi dell'articolo 104-*ter*, comma 8, L.F.

di Maurizio Pocetti – dottore commercialista

L'articolo 104-ter, comma 8, L.F. dispone che "il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può non acquisire all'attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni, se l'attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente. In questo caso, il curatore ne dà comunicazione ai creditori i quali, in deroga a quanto previsto nell'articolo 51, Tuir possono iniziare azioni esecutive o cautelari sui beni rimessi nella disponibilità del debitore".

La non acquisizione del bene e la tutela dei creditori

A norma dell'articolo 104-*ter*, L.F. il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori e non del giudice, può non acquisire all'attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni acquisiti ed eventualmente anche inclusi nel programma, se l'attività di liquidazione appaia manifestamente antieconomica. In questo caso il curatore ne dovrà dare comunicazione ai creditori insinuati i quali, in deroga a quanto previsto nell'articolo 51, Tuir, potranno iniziare azioni esecutive o cautelari sui beni rimessi nella disponibilità del debitore. La tutela dei creditori è qui prevalente rispetto a quella del fallito, poiché in tal modo si scarica su quest'ultimo ciò che non conviene liquidare: ad esempio, il curatore può abbandonare un impianto che deve essere messo a norma con un costo superiore al valore di realizzo, un immobile che deve essere disinquinato, ove ricorrono interessi pubblicistici di tutela della pubblica salute.

Legittimati a procedere su tali beni sono non solo i creditori insinuati e ammessi al passivo, ma anche i creditori non insinuati, poiché si tratta di beni che non sono assoggettati al concorso dei creditori e per i quali la nozione di concorso non ha più nessun effetto.

La norma non specifica, inoltre, se il creditore che si sia soddisfatto sul bene debba vedere ridotta la domanda di ammissione della somma ottenuta in sede di esecuzione individuale. Tale dubbio è stato superato, nel senso che la somma da attribuire al creditore in sede di riparto deve essere ridotta di

quanto sia stato ottenuto dallo stesso in sede *extra* fallimentare, come accade per il pagamento del creditore da parte dei fideiussori.

Sostanzialmente con il procedimento di cui all'articolo 104-*ter*, comma 8, L.F. si attua una operazione diretta a neutralizzare gli effetti che il comma 1, articolo 42, L.F. collega alla dichiarazione di fallimento; ossia, la sentenza che dichiara il fallimento, priva il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti dalla data di dichiarazione di fallimento, e con la procedura di cui all'articolo 104-*ter*, L.F. non si acquista la disponibilità dei beni non convenienti o, se già acquisita, si dismette la stessa, con la conseguenza che i beni non acquisiti o dismessi non sono mai usciti (nel primo caso) o ritornano (nel secondo) nella disponibilità piena del fallito, tant'è che la norma citata prevede che sia data comunicazione della rinuncia o della dismissione ai creditori, i quali possono iniziare azioni esecutive o cautelari sui beni rimessi nella disponibilità del debitore; cosa che non avrebbero potuto fare ove detti beni fossero rimasti nell'attivo fallimentare per il divieto di cui all'articolo 51, Tuir. Ritornati detti beni nella disponibilità del fallito, questi può venderli, o nel caso di beni mobili registrati, può rottamarli e svolgere tutte le altre incombenze del proprietario libero possessore dei propri beni.

Per quanto riguarda la non acquisizione o la dismissione dei beni mobili registrati, appunto, l'articolo 104-*ter*, comma 8, Tuir non pone limitazioni particolari se non la condizione della manifesta non convenienza; con essa il curatore rinuncia ad apprendere al fallimento o a liquidare un bene, che rimane o torna nella disponibilità del fallito e quindi la curatela non risponde degli oneri relativi a quel bene, scaricandoli, come la legge consente, sul fallito.

La trascrizione dell'estratto della sentenza di fallimento presso il Pra è lo strumento attraverso cui la curatela ha acquisito all'attivo fallimentare gli automezzi allo scopo di procedere alla loro liquidazione per ripartirne il ricavato ai creditori, per cui, nel momento in cui viene autorizzato dal comitato dei creditori a non liquidare detti beni, che ritornano quindi nella disponibilità del fallito uscendo dall'attivo fallimentare, deve provvedere alla cancellazione della trascrizione effettuata, in modo che, in caso di vendita coattiva in danno del fallito, chi acquista gli automezzi li acquista liberi.

Per la cancellazione della trascrizione della sentenza dovrebbe essere sufficiente il provvedimento di autorizzazione del comitato *ex* articolo 104-*ter*, L.F. ma è probabile che il Pra non si accontenti di questo atto, nel qual caso potrebbe provvedere il giudice delegato, applicando in via analogica l'articolo 108, L.F..

La *derelictio* ai sensi dell'articolo 104-*ter*, L.F. di un bene immobile inventariato, per converso, consiste sostanzialmente in un atto contrario all'acquisizione, per cui come con la trascrizione della sentenza di fallimento la curatela ha acquisito la disponibilità del bene all'attivo, nel momento in cui ritiene di non

liquidarlo e restituirne la disponibilità al fallito, deve eliminare la trascrizione della sentenza, richiedendo al giudice l'emissione di un provvedimento di cancellazione di detta trascrizione, in applicazione analogica dell'articolo 108, comma 2, L.F..

Non vi è quindi un termine fissato dalla legge per la cancellazione, ma è evidente che tale atto deve essere tempestivamente adempiuto al fine di evitare conseguenze in capo alla curatela, infatti fin quando non si cancella la trascrizione il bene è parte dell'attivo, con la conseguenza che i creditori non possono escuterlo per il divieto di cui all'articolo 51, L.F. e la curatela è tenuta al pagamento delle spese legate al possesso del bene. Una volta effettuata la cancellazione della trascrizione della sentenza di fallimento, il bene, da quel momento, non fa più parte dell'attivo fallimentare e, quindi, i creditori possono aggredirlo per la espressa disposizione di cui all'articolo 104-*ter*, L.F. e la massa non risponde più delle relative spese.

La dismissione dei beni antieconomici e le imposte comunali

Una volta che il bene è stato dismesso, lo stesso ritorna nella disponibilità del fallito e su esso possono agire i creditori, anche se insinuati al passivo fallimentare e possono agire anche in via esecutiva in quanto non vale il divieto di cui all'articolo 51, L.F. non facendo più parte il bene del patrimonio fallimentare.

Anche se è probabile che i Comuni si rivolgeranno ai curatori, anche dopo la dismissione dei cespiti cosa certa è che il fallimento non è più tenuto al pagamento degli oneri che gravano sul bene dismesso.

Uno dei tanti problemi è quello del coordinamento della norma di cui all'articolo 104-*ter*, comma 8, L.F. con la normativa fiscale di cui all'articolo 10, comma 6, D.Lgs. 504/1992, richiamato dall'articolo 9, comma 7, D.Lgs. 23/2011. Va ricordato che la norma fiscale, nella versione attuale dovuta all'articolo 1, comma 173, L. 296/2006 stabilisce quanto segue:

> *"Per gli immobili compresi nel fallimento o nella liquidazione coatta amministrativa il curatore o il commissario liquidatore, entro 90 giorni dalla data della loro nomina, deve presentare al Comune di ubicazione degli immobili una dichiarazione attestante l'avvio della procedura. Detti soggetti sono, altresì, tenuti al versamento dell'imposta dovuta per il periodo di durata dell'intera procedura concorsuale entro il termine di 3 mesi dalla data del decreto di trasferimento degli immobili".*

La Cassazione con la sentenza n. 3845/2013, ha sostenuto che ove il fallimento o la liquidazione coatta vengano chiusi senza farsi luogo alla vendita e con il ritorno "*in bonis*" dell'*ex* fallito o del soggetto sottoposto alla liquidazione, la predetta obbligazione tributaria (Ici/Imu), quale progressivamente maturata, è posta a carico dei medesimi, tenuti da quel momento sia alla denuncia sia al pagamento

dei ratei annuali di imposta relativa al periodo concorsuale, senza che nell'ammontare complessivo finale siano compresi gli interessi, di cui non fa menzione la Legge (cfr. anche Cassazione n. 24670/2007 e n. 15478/2010) scaricando sul fallito l'obbligo del pagamento dell'imposta in caso di dismissione dell'immobile *ex* articolo 104-*ter*, L.F. da parte del fallimento che non avrebbe alcun obbligo contributivo.

Occorre però osservare che le decisioni richiamate riguardavano la chiusura del fallimento senza che si fosse attuata la vendita di un bene, per cui il fallito che riprendeva la disponibilità di detto bene era tornato *in bonis*, cosa che non accade nel caso di dismissione *ex* articolo 104-*ter*, L.F.; ma, principalmente, dette decisioni erano giustificate dalla normativa all'epoca vigente, ossia dal testo dell'articolo 10, comma 6, D.Lgs. 504/1992, antecedente alla riforma dovuta alla L. 296/2006.

Infatti, nella motivazione della più recente decisione richiamata si legge che, in tema di Ici, nell'ipotesi in cui il cespite sia compreso nel fallimento, o nella liquidazione coatta amministrativa, l'articolo 10, comma 6, D.Lgs. 504/1992, nel testo "*ratione temporis*" vigente, stabilisce che l'imposta – dovuta per ciascun anno di possesso rientrante nel periodo di durata del procedimento – è prelevata direttamente sul prezzo ricavato dalla vendita, con soddisfacimento in prededuzione del soggetto attivo (non tenuto a insinuarsi al passivo), e che il termine per il versamento e la presentazione della dichiarazione, nel frattempo sospeso, è di 3 mesi dalla data di incasso del prezzo; testo che, come si vede è significativamente diverso da quello attuale in precedenza riportato.

Vi è da aggiungere che la soluzione proposta dalla Corte, applicata alla fattispecie di cui all'articolo 104-*ter*, comma 8, L.F., presuppone che il provvedimento di dismissione abbia effetti retroattivi alla data del fallimento, il che contrasta con il sistema.

L'articolo 104-*ter*, comma 8, L.F. prevede, infatti, 2 ipotesi per il caso che l'attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente, e cioè che il curatore non acquisisca all'attivo uno o più beni - nel qual caso questi non entrano nell'attivo fallimentare e non sorge alcun obbligo a carico del curatore per eventuali imposte relative - oppure che rinunci a liquidare uno o più beni acquisiti all'attivo fallimentare. In quest'ultimo caso la dismissione non può avere effetto retroattivo, come se il bene non avesse mai fatto parte dell'attivo fallimentare, perché la disponibilità del bene in capo al fallimento è dato di fatto incontestabile e non eliminabile; fino alla dismissione la conservazione e gestione del bene sono state del curatore, questi potrebbe addirittura aver fatto dei tentativi di vendita risultati infruttuosi, all'esito dei quali si appuri che la ulteriore liquidazione non è conveniente, lo stato di inconvenienza potrebbe essere stata determinata da un evento fortuito (ad esempio a causa di un incendio), e così via.

Pertanto, sembra più ragionevole ritenere che il fallimento paghi l'imposta per il periodo per il quale ha avuto la disponibilità dell'immobile. Operazione possibile perché la Legge fiscale, come ricordato, parla di versamento dell'imposta dovuta per il periodo di durata dell'intera procedura concorsuale entro il termine di 3 mesi dalla data del decreto di trasferimento degli immobili; con una interpretazione estensiva si può comprendere nel concetto di trasferimento anche quello della dismissione, considerato che la norma fiscale chiaramente non prende in considerazione l'istituto della *derelictio* di cui all'articolo 104-*ter*, comma 8, L.F.; essa quindi si riferisce alla vendita come sbocco unico dell'attività liquidatoria, ma ora che non è più così, il trasferimento può essere inteso come l'atto che determina la perdita della disponibilità giuridica del bene da parte della curatela o, per meglio dire, come l'atto che determina la fuoriuscita del bene dall'attivo fallimentare, anche senza alcun corrispettivo.
Del resto, poiché il bene ritorna nella disponibilità del fallito, che ha conservato la proprietà, il trasferimento al fallito non può che essere appunto il ritorno della disponibilità del bene nelle sue mani. Ovviamente in questo caso la provvista per il pagamento dell'imposta non può essere ottenuta dal prezzo della vendita, ma dovrà essere reperita altrove.

Le novità introdotte dalla Riforma del 2006 e gli effetti della rinuncia del curatore

Prima della Riforma del 2006 non esistevano alternative alla liquidazione per i beni immobili, non potendo il curatore chiudere il fallimento senza liquidare tali beni; con la Riforma è stata introdotto l'attuale articolo 104-*ter*, comma 8, L.F., per il quale, seguendo una determinata procedura, il curatore può rinunciare a liquidare uno o più beni (mobili o immobili), "*se l'attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente*".
Queste sono le alternative che la Legge lascia al curatore: o dismette i beni la cui liquidazione non è chiaramente conveniente o liquida detti beni con le forme competitive disposte dall'articolo 107, L.F..
Il curatore, a norma dell'articolo 104-*ter*, comma 8, L.F. può rinunciare alla liquidazione dei beni acquisiti all'attivo, previa autorizzazione del comitato dei creditori, senza necessità che intervenga il giudice delegato, se non per disporre la cancellazione della sentenza di fallimento. La rinuncia del curatore può avere effetto nei confronti del fallito dal momento della comunicazione allo stesso (anche se non prevista dalla norma) e nei confronti dei creditori dalla comunicazione di cui parla la norma.
Prima di tali atti, il curatore può addirittura revocare la sua rinuncia in quanto non ancora portata a conoscenza degli interessati che avrebbero potuto impugnarla ai sensi dell'articolo 36, L.F..
Se le comunicazioni siano già avvenute, sarà invece possibile una successiva acquisizione del bene derelitto, attraverso nuova inventariazione e supplemento del programma di liquidazione, spiegandone

ovviamente le ragioni di tale scelta, sempre che il fallito non abbia nel frattempo disposto del bene che era nella sua disponibilità o i creditori non abbiano iniziato azioni esecutive sullo stesso, anzi, è necessario che le abbiano concluse, altrimenti riscatterebbe il divieto dell'articolo 51, L.F..

La decisione del curatore di acquisire un bene abbandonato, ovvero di riprendere l'attività di liquidazione rinunziata, troverà dunque un limite nello stato giuridico del bene stesso all'epoca del ripensamento. Più precisamente la ripresa della liquidazione sarà possibile solo entro il termine della vendita o dell'assegnazione del bene nell'ambito dell'esecuzione individuale eventualmente introdotta dai creditori *uti singuli*.

In linea generale, la rinuncia del curatore di cui all'articolo 104-*ter*, comma 8, L.F. può avere effetto nei confronti del fallito dal momento della comunicazione allo stesso (anche se non prevista dalla norma) e nei confronti dei creditori dalla comunicazione di cui parla la norma. Quando l'acquisizione e, di conseguenza, la dismissione, del bene richiede una pubblicità, come la quota di partecipazione in una Srl che, a norma dell'articolo 2471, cod. civ. può formare oggetto di espropriazione e il pignoramento si esegue "*mediante notificazione al debitore e alla società e successiva iscrizione nel Registro Imprese*", si pone il problema degli effetti di tale iscrizione o mancata iscrizione, rispetto all'atto di acquisizione o di abbandono.

In tal caso l'iscrizione nel Registro Imprese non è elemento costitutivo del pignoramento, nonostante il dettato normativo, in considerazione della finalità della iscrizione al Registro Imprese. Questa, infatti, ha lo scopo, come ogni trascrizione (cui è equiparabile l'iscrizione in questione, Tribunale di Milano 22gennaio 2020), di risolvere, il conflitto tra il creditore pignorante e l'acquirente della partecipazione stessa in applicazione dell'articolo 2914, n. 1, cod. civ., con la conseguenza che non hanno effetto in pregiudizio del primo le alienazioni che siano state iscritte nel Registro Imprese successivamente all'iscrizione del pignoramento (Cassazione, sentenza n. 20170/2017). Orbene un tale conflitto, in caso di fallimento del socio non è ipotizzabile in quanto la vendita da parte del fallito della quota sarebbe comunque inefficace ai sensi della Legge Fallimentare (articolo 44) e comunque non riguarda l'aspetto dei diritti collegati alla quota, quale il voto, il cui esercizio discende dalla legale disponibilità della quota, che fin dal fallimento compete al curatore.

La *derelictio* nella Legge Fallimentare

Il fenomeno dello spossessamento universale subito dai beni del debitore nell'ambito delle procedure concorsuali, al di là delle situazioni particolari, dipendenti dalla peculiare natura dei beni ovvero dalla concorrenza di altre disposizioni normative, è comunque soggetto a una più generale disciplina

derogatoria che ruota attorno al giudizio, affidato agli organi della procedura, sulla convenienza, o meno, di provvedere alla liquidazione dei beni in ambito concorsuale.

La disciplina è recata dagli articoli 42, comma 3, 44, comma 3 e 104-*ter*, L.F..

Gli articoli 42 e 44, L.F. si occupano di disciplinare il caso di beni (o di utilità) pervenuti al fallito in corso di procedura, disponendo la loro acquisizione all'attivo fallimentare, fatta salva la possibilità per gli organi della procedura, allorché si prospetti un giudizio di non convenienza economica, di rinunziarvi.

L'articolo 104-*ter*, L.F. (rubricato programma di liquidazione), al comma 8, prevede invece la possibilità per il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, di "*non acquisire all'attivo*" o di "*rinunciare a liquidare*" uno o più beni, allorché "*l'attività di liquidazione*" appaia "*manifestamente non conveniente*".

Si tratta del c.d. "*procedimento di abbandono dei beni*" (la *derelictio* fallimentare di cui sopra), che riguarda però beni che sono già esistenti nel patrimonio del debitore al momento della dichiarazione di fallimento.

Si è, autorevolmente[1] osservato come la ricomprensione della *derelictio* nel programma di liquidazione consenta al giudice delegato di compiere una più efficace valutazione dell'attività di liquidazione nel suo complesso, pur non essendo a egli direttamente devoluto il provvedimento autorizzativo dell'abbandono.

L'intervenuto fallimento, come si è già evidenziato, priva il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di apertura della procedura, ma non determina la sottrazione al fallito *ope legis* del loro possesso[2].

Con l'inventario (*ex* articolo 87, L.F.) il curatore individua, elenca, descrive e valuta i beni che costituiscono il patrimonio del fallito, prendendoli in consegna (*ex* articolo 88, L.F.) e divenendone pertanto (mero) detentore (assumendo peraltro la responsabilità della loro custodia).

L'inventario rappresenta l'atto con cui effettivamente e contabilmente i beni del fallito si trasformano in attivo fallimentare.

Ebbene, dal punto di vista cronologico, le operazioni inventariali precedono certamente la predisposizione del programma di liquidazione, se non altro perché il termine mobile dei 60 giorni (entro cui il programma deve essere presentato al comitato dei creditori per l'approvazione) decorre proprio dal deposito dell'inventario. Da tale elementare constatazione deriva pertanto che l'istituto

[1] Cfr. G. Miccolis, "*Il processo di fallimento, Il programma di liquidazione*", in Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali, diretto da F. Vassalli - F.P. Luiso - E. Gabrielli, Torino, 2014, pag. 699.
[2] Cassazione n. 17605/2005; *ibidem* Cassazione n. 18653/2005.

della non acquisizione sarà praticabile dal curatore solo per i beni non inclusi nel fallimento e per i quali non si è già verificata, quindi, la presa in consegna *ex* articolo 88, L.F..

In altre parole, per i beni inventariati (e quindi presi in custodia dal curatore) la *derelictio* pare attuabile unicamente mediante la rinunzia alla liquidazione.

Le motivazioni della scelta del curatore

Il dato letterale della disposizione appare chiaro allorché parla di *"manifesta non convenienza dell'attività di liquidazione"*. Il giudizio sotteso presuppone pertanto che il curatore operi la comparazione tra 2 valori: il valore di presunto realizzo del bene e il valore presumibile dei costi da sostenere per la sua conservazione e liquidazione.

Nel caso di prevalenza dei costi ecco che si realizza la condizione di non convenienza.

Il giudizio di convenienza, dunque, si risolve in una (semplice) formula aritmetica (sottrazione) il cui risultato, rispondendo alle regole della matematica, è ontologicamente scevro da qualsiasi dubbio ("*se la differenza sarà positiva l'attività di liquidazione sarà giudicata conveniente, viceversa, se il risultato sarà negativo, si mostrerà non conveniente"*). Sotto questo profilo, quindi, l'utilizzo dell'avverbio "*manifestamente"* niente aggiunge sul piano metodologico al giudizio di convenienza.

Trattandosi però di un giudizio di tipo preventivo (in quanto si svolge *ex ante*) l'attenzione va posta non sul risultato in sé ma sul procedimento valutativo impiegato per determinare i 2 valori da comparare.

Di conseguenza diverso valore assume l'avverbio "*manifestamente*" sarà da applicare a un criterio massimamente cautelativo[3], che va inteso nel senso di limitare nell'elaborazione, per quanto possibile, il ricorso a congetture e ipotesi che non siano in stretta aderenza con la *best practice* in tema di tecniche valutative-estimative.

La necessità della prudenza è imposta dagli effetti che la *derelictio* determina, ovvero l'esclusione del bene dalla massa attiva destinata a generare le somme vincolate alla soddisfazione dei creditori concorrenti.

La prospettiva, inoltre, varia a seconda che si tratti di non acquisire ovvero rinunziare a liquidare un bene.

Nel primo caso, infatti, poiché la scansione temporale degli adempimenti previsti dalla Legge Fallimentare (cfr. articoli 84-88 e articolo 104-*ter*, L.F.) pone la decisione di non acquisire un bene a ridosso della dichiarazione di fallimento, è evidente che il giudizio di convenienza mantiene integra

[3] Cfr. A. Paluchowski, "*art. 104-ter, Programma di liquidazione*", pag. 1315, che parla di *"criteri prudenti di previsione"*.

tutta la sua natura prognostica, con l'aggravante del poco tempo a disposizione del curatore per acquisire le informazioni necessarie a una compiuta elaborazione dei valori da comparare.

La decisione di rinunziare a liquidare un bene si pone invece in un momento successivo rispetto alla sua presa in consegna, e può avvenire anche dopo uno o più tentativi di vendita[4], eseguiti ai sensi dell'articolo 107, L.F., che non abbiano sortito esito positivo.

In quest'ultimo caso appare evidente come la natura aleatoria del giudizio di convenienza venga mitigata dalla conoscenza da parte del curatore di informazioni certe, soprattutto in merito al presumibile valore di realizzo (che sconterà la riduzione del prezzo conseguente ai tentativi di vendita già eseguiti).

Ne consegue che la decisione di non acquisire un bene rappresenti un atto di amministrazione del curatore di sicura più elevata difficoltà (e rischiosità) rispetto alla decisione di rinunciare a liquidare un bene, allorché, verosimilmente, saranno disponibili per il curatore informazioni dotate di un maggior grado di attendibilità che possono assicurare all'atto un tasso di oggettività decisamente superiore.

Gli effetti della *derelictio*

Si è già accennato che l'effetto della *derelictio* è quello di escludere i beni dalla massa attiva (nel caso di non acquisizione) ovvero di non procedere al loro realizzo (nel caso di rinunzia alla liquidazione), talché, da un lato essi tornano nella piena disponibilità del fallito, dall'altro lato potranno essere assoggettati alle azioni cautelari ed esecutive esercitate *uti singuli*, non applicandosi più, per tali beni, il divieto posto dall'articolo 51, L.F.. Da qui la previsione contenuta nell'ultimo periodo dell'articolo 104-*ter*, comma 8, L.F., per cui il curatore deve dare comunicazione dell'avvenuto abbandono dei beni ai creditori i quali, appunto, potranno, in deroga all'articolo 51, L.F., iniziare azioni esecutive o cautelari sui beni rimessi nella disponibilità del debitore.

Legittimati a procedere in *executivis* saranno non solo i creditori concorrenti, ma tutti i creditori, in quanto il bene derelitto rientra nella piena disponibilità del debitore ed è assoggettato alle ordinarie regole della responsabilità patrimoniale.

Ci si è chiesti allora se la comunicazione della intervenuta *derelictio* prevista dalla norma debba essere destinata a tutti i creditori del debitore, ai soli creditori insinuati ovvero unicamente ai creditori ammessi.

[4] In tal senso depone l'articolo 213, comma 2 del Codice.

Sulla questione pare che la soluzione più convincente, nel silenzio della Legge, sia quella che ritiene che l'onere informativo a carico del curatore valga solamente nei confronti dei creditori che abbiano fatto (almeno) domanda di insinuazione al passivo.

Il bene abbandonato può pertanto essere oggetto di una parallela procedura esecutiva individuale che si sovrappone alla liquidazione fallimentare (secondo alcuni sulla falsariga dell'azione individuale esercitabile dal creditore fondiario *ex* articolo 40, Tub). Va escluso però, che il curatore possa promuovere un intervento in tale procedura individuale, nemmeno nella fase eventuale della distribuzione del prezzo.

Rimane invece necessario che lo stesso curatore si premunisca di conoscere l'esito dell'esecuzione, in quanto sarà necessario ridurre il credito insinuato (se la domanda non sia ancora stata decisa), ovvero il credito ammesso in sede di riparto, della somma di cui il creditore ha già goduto in sede *extra* fallimentare.

La pronuncia della Cassazione, sentenza n. 17835/2019 sulla natura ordinatoria del provvedimento di rinuncia

Si è già ampiamente sostenuto che l'effetto specifico della c.d. *derelictio* di cui all'articolo 104-*ter*, L.F. è notoriamente collegato al principio di cui all'articolo 51, L.F. - secondo cui dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva o cautelare, anche per crediti maturati durante il fallimento, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento – in deroga al quale la *derelictio* determina (semplicemente) la restituzione del bene nella piena disponibilità del fallito e la conseguente possibilità di aggressione di esso mediante l'azione esecutiva (o cautelare) individuale dei creditori.

È vero che l'articolo 104-*ter*, L.F. prevede sia l'ipotesi di non acquisizione all'attivo sia quella di derelizione del bene acquisito ma non ancora liquidato.

Tuttavia, la distinzione non rileva ai fini della natura e del provvedimento autorizzatorio e di quello consequenziale adottato nella sede del reclamo.

Il decreto di autorizzazione, nella specie del caso esaminato dalla Suprema Corte, adottato dal giudice delegato in sostituzione del comitato dei creditori, non costituito per mancanza di creditori disponibili, non incide infatti su diritti soggettivi del fallito, visto che semplicemente sottrae, come detto, il bene derelitto all'esecuzione concorsuale. In tutti i casi il provvedimento di autorizzazione assume una funzione integrativa (ordinatoria) di tipo gestorio, consentendo al curatore di non procedere alla

liquidazione di determinati beni a fronte delle prescelte modalità della liquidazione indicate nel programma.

Da questo punto di vista non è decisorio il provvedimento emesso dal Tribunale ai sensi dell'articolo 26, poiché non ha la funzione di risolvere controversie su diritti, ma afferisce alle funzioni di controllo sull'esercizio dei menzionati poteri gestori e sulle eventuali misure integrative da adottare, al pari di quanto accade per esempio nelle ipotesi di autorizzazione all'affitto di azienda (su cui si veda Cassazione n. 1240/2013).

Trattandosi quindi di decisione del Tribunale sulla individuazione delle modalità ritenute più opportune per amministrare in modo appropriato e utile alla massa il patrimonio del fallito, atteso che di siffatta amministrazione il fallito è stato spogliato con la dichiarazione di fallimento, i relativi provvedimenti non assumono carattere decisorio, perché non è previsto un diritto del fallito di determinare le decisioni gestionali degli organi della procedura; e non possiedono neppure carattere definitivo, poiché la corrispondente scelta gestoria è sempre suscettibile di modificazione, salva l'eventuale maturazione *medio tempore* di incompatibili diritti di terzi. Ne segue che al fallito compete solo la facoltà di ottenere, attraverso eventuali reclami, un riesame di merito delle scelte gestionali, oltre che naturalmente di formulare osservazioni e contestazioni in sede di rendiconto, in ipotesi di paventata lesione del diritto di vedere reintegrato il suo patrimonio a seguito della chiusura del fallimento (articolo 116, commi 3 e 4, L.F.).

La *derelictio* nel Codice

L'articolo 142, comma 3 del Codice (che rappresenta la norma omologa dell'articolo 42, comma 3, L.F.) prevede che:

> *"Il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può rinunziare ad acquisire i beni del debitore, compresi quelli che gli pervengono durante la procedura, qualora i costi da sostenere per il loro acquisto e la loro conservazione risultino superiori al presumibile valore di realizzo dei beni stessi".*

Il profondo cambio di prospettiva rispetto alla Legge Fallimentare sinora esaminata è evidente: la disposizione non si limita infatti a disciplinare la *derelictio* dei beni sopravvenuti, ma fissa anzi una regola di portata generale rappresentata dalla facoltà, del curatore, di rinunziare ad acquisire, nel caso di non convenienza, qualsiasi bene del debitore: sia che si tratti di beni già esistenti nel patrimonio sia di beni futuri. Ebbene, siccome nel Codice sopravvive un'altra disposizione che, analogamente a quanto prevede l'articolo 104-*ter*, comma 8, L.F., consente anch'essa al curatore di non acquisire all'attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni (si tratta dell'articolo 213, comma 2 del Codice, vedi *infra*) si pone

un'evidente esigenza di coordinamento tra le 2 disposizioni. Se si condivide l'opinione secondo cui è con la dichiarazione di apertura della procedura che si determina l'effetto di acquisizione all'attivo del patrimonio del debitore, si deve allora convenire che i costi di acquisizione e conservazione dei beni che ne fanno parte gravano fin da subito (ovvero dalla data della sentenza) sulla massa quali crediti prededucibili e continueranno a maturare fino a quando il curatore non assumerà l'eventuale decisione di abbandonare uno o più di tali beni.

Ebbene, anticipare la possibilità di "*abbandonare*" a un momento quanto più prossimo possibile alla data della sentenza di apertura della procedura, potrebbe così evitare di onerare la massa dei costi inerenti alla conservazione di quei beni destinati comunque a essere derelitti.

Il che può spiegare, forse, il motivo per cui l'abbandono (generale) dei beni sia una facoltà del curatore già prevista nell'articolo 142 del Codice, ma non spiega, invece, il motivo per cui la possibilità di rinunziare ad acquisire o a liquidare sia ripetuta poi anche nell'ambito dell'articolo 213 del Codice che si occupa, invece, di regolare la formazione del programma di liquidazione.

Per provare a coordinare le 2 disposizioni, oltreché per comprendere le ragioni della loro coesistenza, è utile ricordare nuovamente quale è la scansione temporale degli adempimenti relativi all'amministrazione dei beni che incombono sul curatore successivamente alla sentenza di apertura della liquidazione. Si tratta, come è noto: della ricognizione dei beni ed eventuale apposizione dei sigilli, che per espressa previsione di legge deve avvenire con immediatezza, ovvero nell'imminenza della sentenza (articolo 193 del Codice); della redazione dell'inventario, che deve avvenire nel più breve termine possibile (articolo 195 del Codice); della presa in consegna dei beni che, essendo conseguente all'inventario, avverrà anch'essa nel più breve termine possibile (articolo 197 del Codice); della predisposizione del programma di liquidazione, per cui è previsto un doppio termine, di 60 giorni dalla redazione dell'inventario o, in ogni caso, di 180 giorni dalla data della sentenza (articolo 213 del Codice).

Così posta la questione può allora ritenersi che la *derelictio* prevista dall'articolo 142 del Codice sia da collegarsi a quell'attività ricognitiva dei beni del debitore che il curatore, *ex* articolo 193 del Codice, deve svolgere nell'immediatezza dell'apertura della procedura e dalla quale potrebbe emergere *ictu oculi* l'opportunità di abbandonare il bene, allorché sia manifesto che i costi di acquisizione e conservazione superano il valore di presumibile realizzo.

Si eviterebbe così di assumere a carico della massa oneri inerenti a un bene rispetto al quale sarebbe già del tutto evidente l'inutilità della liquidazione. Anzi, sotto altro profilo, si può aggiungere che la *derelictio* prevista dall'articolo 142 del Codice possa costituire un rafforzamento dell'onere di diligenza

posto a carico del curatore nella ricognizione dei beni di cui all'articolo 193 del Codice, talché il mancato esercizio della facoltà di abbandono di un bene, palesemente inidoneo a una proficua liquidazione, potrebbe comportare una responsabilità del curatore *ex* articolo 136 del Codice.

La rinunzia ad acquisire un bene prevista dall'articolo 213 del Codice potrebbe invece rappresentare l'esito di un giudizio più meditato, maturato dal curatore durante l'attività d'inventariazione, compiuto anche con l'ausilio degli esperti nominati ai sensi dell'articolo 195 del Codice. La manifesta non convenienza dell'acquisizione (che costituisce anche per il Codice così come per la Legge Fallimentare la condizione oggettiva per la rinunzia all'acquisizione) non sarebbe, pertanto, in questo caso, apprezzabile *ictu oculi* durante la ricognizione del bene, ma risulterebbe appunto a conclusione di un'attività valutativa-estimativa più estesa compiuta dal curatore. Questa fase potrebbe chiudersi con la mancata presa in consegna del bene da parte del curatore, previa autorizzazione all'abbandono rilasciata dal comitato dei creditori (a seguito di una richiesta autonoma ovvero all'esito dell'approvazione del programma di liquidazione).

Diverso ancora dovrebbe essere considerato il caso della rinunzia alla liquidazione di un bene, prevista anch'essa dall'articolo 213, comma 2 del Codice, che postula invece la precedente presa in consegna del bene stesso da parte del curatore e la sua inclusione nel programma di liquidazione. Qui il giudizio di non convenienza deve ritenersi che sopravvenga durante la fase di realizzo del bene, in particolare a seguito del succedersi dei tentativi di vendita senza aggiudicazione. In questo senso depone d'altronde lo stesso tenore dell'articolo 213, comma 2 del Codice, che, con disposizione innovativa, fa presumere la manifesta non convenienza alla prosecuzione dell'attività di liquidazione dopo 6 esperimenti di vendita a cui non ha fatto seguito l'aggiudicazione.

Conclusioni

In conclusione:

– la *derelictio* di cui all'articolo 142, comma 3 del Codice trova la più opportuna applicazione per quei beni dei quali il curatore, durante l'attività ricognitiva *ex* articolo 193, L.F., sia già in grado di apprezzare *ictu oculi* l'inutilità (*melius* la non convenienza);

– la rinuncia all'acquisizione *ex* articolo 213, comma 2 del Codice, trovi invece una più appropriata pratica per i beni rispetto ai quali il giudizio di non convenienza si formi all'esito dell'attività valutativa-estimativa compiuta durante la fase di inventariazione; che la rinuncia alla liquidazione, infine, consegua all'andamento non positivo della fase di realizzo del bene, e sia pertanto successiva all'approvazione del programma di liquidazione.

Crisi e risanamento n. 50/2022

Il merito creditizio nel sovraindebitamento: ribadite le conseguenze processuali per le banche negligenti

di Federico Colognato – avvocato

Le modifiche apportate dal D.L. 137/2020 c.d. "Decreto Ristori" alla L. 3/2012, in tema di sovraindebitamento, sposando un'interpretazione volta a un'analisi "a tutto tondo" delle cause e delle condotte che hanno contribuito a originare o aggravare la situazione di crisi del debitore, hanno imposto un approfondito esame dei comportamenti e dalle responsabilità non solo del debitore ma anche dei suoi creditori.
In tale prospettiva, assume rilievo, anche ai sensi degli articoli 124 e 124-bis, Tub, il comportamento dei finanziatori professionisti che non hanno ponderato accuratamente il merito creditizio del richiedente-debitore.

Il panorama normativo di riferimento

Il D.L. 137/2020, c.d. "*Decreto Ristori*", convertito nella L. 176/2020, ha apportato delle significative modifiche alla c.d. Legge sul sovraindebitamento, L. 3/2012, anticipando alcune previsioni normative del Codice[1].

La normativa in tema di sovraindebitamento, nella formulazione anteriore alla novella del Decreto Ristori, incentrava il giudizio di omologazione dell'accordo o del piano sul comportamento tenuto dal debitore (consumatore o soggetto non fallibile). Tale prospettiva emerge, in particolare, dalle norme che escludono, dalla possibilità di attivare le procedure di esdebitazione in discorso, il debitore che (tra le altre condizioni):

> *"d-ter) limitatamente al piano del consumatore, ha determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode;*

[1] Il quale entrerà in vigore il prossimo 31 maggio 2022, salvo ulteriori differimenti.

> *d-quater) limitatamente all'accordo di composizione della crisi, risulta abbia commesso atti diretti a frodare le ragioni dei creditori"*[2].

Tali comportamenti dolosi o fraudolenti devono, tuttavia, trovare riscontro da parte del gestore della crisi o dall'organismo di composizione della crisi. Nelle relative relazioni, previste rispettivamente per l'ipotesi di piano del consumatore o di accordo di composizione della crisi, gli esperti dovranno infatti indicare[3]:

a) le cause dell'indebitamento e della diligenza impiegata dal debitore nell'assumere le obbligazioni;

b) le ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere le obbligazioni assunte;

c) l'eventuale esistenza di atti del debitore impugnati dai creditori;

d) la valutazione sulla completezza e sull'attendibilità della documentazione depositata a corredo della domanda (in caso di accordo di composizione, anche la convenienza del piano rispetto all'alternativa liquidatoria);

e) i presunti costi della procedura[4].

Dal quadro sin qui delineato, la relazione del professionista nominato per la gestione della crisi avrebbe a oggetto la verifica della sola diligenza assunta dal debitore-proponente e della veridicità delle informazioni dallo stesso fornite, al fine di tutelare il ceto creditorio dal potenziale rischio di ipotesi di condotte fraudolente.

La sanzione, in caso di esito negativo, è l'inammissibilità o la mancata omologa dell'accordo del debitore o del piano del consumatore[5].

Il debitore, quindi, non deve aver commesso atti con finalità distrattive dei beni dal proprio patrimonio, quali, a titolo esemplificativo, l'occultamento di fatti o notizie tali da influire sul giudizio dei creditori, aver volontariamente e dolosamente disposto, in tutto o in parte, del patrimonio a terzi per sottrarlo alla relativa funzione di garanzia dei creditori, la costituzione di *trust* o fondi patrimoniali e vincoli in genere.

---

[2] Articolo 7, comma 2, L. 3/2012 "*La proposta non è ammissibile quando il debitore, anche consumatore: a) è soggetto a procedure concorsuali diverse da quelle regolate dal presente capo; b) ha fatto ricorso, nei precedenti 5 anni, ai procedimenti di cui al presente capo; c) ha subito, per cause a lui imputabili, uno dei provvedimenti di cui agli articoli 14 e 14-bis; d) ha fornito documentazione che non consente di ricostruire compiutamente la sua situazione economica e patrimoniale; d-bis) ha già beneficiato dell'esdebitazione per 2 volte; d-ter) limitatamente al piano del consumatore, ha determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode; d-quater) limitatamente all'accordo di composizione della crisi, risulta abbia commesso atti diretti a frodare le ragioni dei creditori*".

[3] Articolo 9, comma 3-*bis* e 3-*bis*1, L. 3/2012.

[4] In caso *"di domanda di accordo di composizione, devono essere altresì indicati la percentuale, le modalità e i tempi di soddisfacimento dei creditori, nonché i criteri adottati nella formazione delle classi, ove previste dalla proposta"*.

[5] Il debitore-consumatore (il quale deve aver assunto obbligazioni sostenibili nel tempo in rapporto al proprio reddito) o quello del debitore-non fallibile (dimostrando la propria diligenza nel fornire informazioni e adempiendo i pagamenti maturati fino ad allora, senza compimento di atti dispostivi in frode alle ragioni dei creditori).

Nella giurisprudenza di merito, inoltre, è stato riconosciuto essere in frode alle ragioni del ceto creditorio il ricorso a finanziamenti da parte del debitore (magari assistiti anche dalla costituzione di garanzie reali), in un momento di evidente stato di sovraindebitamento, nel quale cioè le prospettive di solvenza sono già gravemente o irrimediabilmente compromesse e le garanzie e privilegi sono costituiti a favore dei finanziatori con il malcelato intento di alterare la *par condicio creditorum*.

La finalità perseguita (dalla giurisprudenza, prima, e dal Legislatore, poi) è ricomprendere nella valutazione del gestore anche l'analisi di tali condotte distrattive realizzate, non tanto attraverso atti giuridici propriamente dispositivi del debitore (eventualmente in concorso con terzi estranei), quanto attraverso il ricorso all'indebitamento e al rifinanziamento del debito accumulato, con aggravamento della situazione debitoria precedente.

In tal modo, si è cercato di dare giusta rilevanza anche al comportamento (consapevole o meno) dei terzi finanziatori-professionali nell'indebitamento del debitore, al fine di ridurre il paradossale concorso (peraltro, muniti di titoli di preferenza e, spesso, costituenti la maggioranza dei crediti ammessi) dei finanziatori che hanno determinato o aggravato la crisi con gli altri creditori ordinari.

Con la novella del Decreto Ristori, si è inteso fornire soluzione a tale incoerenza pratica, estendendo l'indagine sull'ammissibilità del debitore alle procedure di sovraindebitamento, dando debito riconoscimento ai necessari e imprescindibili controlli, effettuati (o almeno colpevolmente omessi) dal creditore-finanziatore professionale, in ordine alla meritevolezza del credito concesso all'indebitato.

In tal senso, l'indagine del gestore della procedura è, al contempo, unitaria (dell'intera situazione del debitore) e biunivoca (ricomprendendo anche l'origine e le finalità dei crediti richiesti di soddisfazione, nonché delle garanzie che li assistono).

È stato previsto, così, che la relazione del gestore o dell'Occ debba ricomprendere anche:

> *"l'indicazione del fatto che, ai fini della concessione del finanziamento, il soggetto finanziatore abbia o meno tenuto conto del merito creditizio del debitore valutato, con deduzione dell'importo necessario a mantenere un dignitoso tenore di vita, in relazione al suo reddito disponibile[6]".*

In tal senso, quindi, anche la valutazione del merito creditizio operata dal finanziatore, al momento della concessione del finanziamento, assume rilievo ai fini della relazione dell'esperto.

La novella non ha, però, inteso classificare *tout court* come "*distrattivi*" o "*in frode*" gli atti di finanziamento o il ricorso al credito, ma ha imposto all'organo della procedura di analizzare anche

[6] "*A tal fine si ritiene idonea una quantificazione non inferiore all'ammontare dell'assegno sociale, moltiplicato per un parametro corrispondente al numero dei componenti del nucleo familiare della scala di equivalenza dell'Isee prevista dal regolamento di cui al D.P.C.M. 159/2013*".

l'adeguatezza dell'istruttoria condotta dal finanziatore professionale al momento della concessione di nuove obbligazioni finanziarie al debitore.

A tal fine, dunque, rileveranno i finanziamenti concessi in momenti di evidente elevato indebitamento del debitore, soprattutto laddove accompagnate dalla costituzione di garanzie e altre ragioni di preferenza nella liquidazione del patrimonio.

In tali casi, si possono verificare 2 scenari, a seconda dell'intento del debitore:

1. qualora costui abbia fornito false documentazioni o informazioni non verificabili dal finanziatore, il piano o l'accordo proposto non sarà ammissibile e non potrà verificarsi il fisiologico effetto esdebitatorio;

2. qualora sia riscontrabile un'omissione o un'inidonea valutazione del merito creditizio da parte del creditore-finanziatore - il quale abbia proditoriamente (o, almeno, colposamente) approfittato dello stato di crisi e dell'affannosa ricerca di credito da parte del debitore -, ciò comprometterà i diritti di partecipazione del creditore nella procedura esdebitatoria.

Secondo la novella legislativa, in tale secondo caso è previsto che:

> *"il creditore che ha colpevolmente determinato la situazione di indebitamento o il suo aggravamento o che ha violato i principi di cui all'articolo 124-bis, D.Lgs. 385/1993, non può presentare opposizione o reclamo in sede di omologa, né far valere cause di inammissibilità che non derivino da comportamenti dolosi del debitore"*[7].

Tale disposizione segna, dunque, il tramonto della centralità della figura del debitore (e di terzi concorrenti con costui) nel compimento di condotte distrattive, ampliando così il quadro dell'indagine anche nei confronti delle "*controparti*" della procedura: i creditori. Costoro (o quantomeno quelli professionali, costituenti solitamente la maggioranza dei crediti partecipanti) vengono così direttamente coinvolti nella ricostruzione e profilazione della genesi ed evoluzione dell'indebitamento, essendo chiamati a dimostrare (per non incorrere nelle preclusioni ed esclusioni processuali anzidette) di aver assunto adeguate e corrette informazioni circa la potenziale capacità del debitore di adempiere alle obbligazioni assunte, ovvero dimostrare che la valutazione di adeguatezza creditizia è stata raggiunta sulla base di false informazioni fornite dal debitore e non verificabili dall'intermediario.

La *ratio* è evidentemente quella di anticipare la valutazione del merito creditizio, sollecitando i concedenti i finanziamenti ad adottare delle procedure di analisi di rischio economico e finanziario, atte a prevenire l'originarsi o l'aggravarsi fraudolento di situazioni di crisi dei propri debitori.

[7] Così l'articolo 12, comma 3-*bis*, L. 3/2012; disposizione che riecheggia, peraltro, quanto previsto, in tema di piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore, dall'articolo 69, comma 2 del Codice.

In tale sede, quindi, alla responsabilità/diligenza del debitore nell'esporre e valutare la propria situazione, si affiancherà anche la responsabilità/diligenza del creditore finanziario nella valutazione professionale del merito creditizio del debitore secondo la disciplina del Tub.

Il Legislatore ha, infatti, codificato l'analisi in ordine alla corresponsabilità del creditore professionale, richiamando quanto previsto dalla normativa del settore bancario all'articolo 124-*bis*, Tub, disposizione che impone agli istituti finanziari, prima della conclusione del contratto di credito, di valutare il merito del consumatore sulla base di informazioni adeguate[8], se del caso fornite dal richiedente stesso e, ove necessario, mediante consultazione delle banche dati finanziarie[9].

La *ratio* delle richiamate disposizioni del Tub è quella di tutelare sia interessi privatistici, mediante la tutela del consumatore, il quale deve essere posto nelle condizioni di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione del contratto, sia pubblicistici, connessi al mercato creditizio[10].

Pertanto, nell'ambito della disciplina del sovraindebitamento, oggi, in caso di violazione accertata di tali regole di *due diligence*, ai creditori-finanziatori professionali è inibita la legittimazione ad agire in sede di omologa o di presentazione di reclamo in momento successivo, con conseguente falcidia del proprio credito secondo il piano o accordo formulato dal debitore.

Il Tribunale di Vicenza 27 settembre 2021: il merito creditizio

Una recente e peculiare applicazione giurisprudenziale di tale estesa indagine degli attori della procedura esdebitatoria, si rinviene nell'omologa pronunciata il 27 settembre 2021 del Tribunale di Vicenza[11], all'interno di una procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento.

In tale occasione, una società agricola proponeva ricorso *ex* articolo 7, L. 3/2012, presentando una proposta di accordo di ristrutturazione dei debiti, unitamente al relativo piano, ritenuta fattibile dal gestore della crisi.

Nonostante alcune integrazioni dell'originaria proposta, all'omologa, tuttavia, si opponevano alcuni istituti finanziari, i quali avevano concesso dei mutui, garantiti da ipoteche, al soggetto debitore.

[8] Verificando la reale capacità del debitore di poter sottoscrivere l'obbligazione anche in ragione dei propri redditi, dell'impatto finanziario dell'operazione anche in ragione del volume degli interessi a pagarsi e ciò al fine, preventivo, di colmare l'asimmetria informativa esistente fra finanziatore e finanziato, basata sulla maggiore conoscenza, o conoscibilità, del primo sulla reale solvibilità del secondo sulla base delle informazioni assunte; cfr. G. Pennisi, *"La meritevolezza del sovraindebitato: profili giuridici e operativi alla luce della Riforma"*, in Crisi e risanamento n. 44/2021, pag. 12 e ss..

[9] La verifica del compimento di tale valutazione è oggetto anche della relazione dell'Occ, come previsto dall'articolo 68, comma 3 del Codice.

[10] Così, Tribunale di Napoli del 27 ottobre 2020. Sul punto, si veda anche E. Colantonio, "*Le modifiche alla L. 3/2012 sulla composizione della crisi da sovraindebitamento introdotte dalla legge di conversione dei Decreti Ristori – Parte prima*", in La circolare tributaria n. 6/2021, pag. 59 e ss..

[11] Depositato in cancelleria il 30 settembre 2021.

Nel dirimere la questione, la Corte pone l'accento sulla valutazione della esposizione debitoria del ricorrente compiuta dai creditori-finanziatori al momento dell'erogazione di ciascun finanziamento, sviluppando una consequenziale disamina sulla reale capacità – nel caso di specie, acclaratamente assente – del debitore di far fronte alle obbligazioni restitutorie assunte.

Sposando le conclusioni raggiunte dal gestore, il Tribunale ha ritenuto, infatti, che gli istituti di credito avevano violato le regole, poste dall'articolo 124-*bis*, Tub, in ordine al merito creditizio del debitore, al momento della richiesta dei finanziamenti, privandoli quindi del potere di opporsi all'omologa dell'accordo del debitore.

Veniva, infatti, rilevato che già gli iniziali 2 mutui superavano (al momento della loro erogazione) le capacità restitutorie del soggetto finanziato (il cui utile di esercizio risultava lampantemente inferiore al complessivo ammontare annuo delle rate di mutuo), situazione resa ancora più critica e irrealistica con la concessione di un successivo terzo mutuo (e, quindi, con incremento delle passività relative) nell'ambito di una sostanziale invarianza della situazione reddituale del finanziato-debitore.

Secondo la Corte vicentina:

> *"va ritenuto, pertanto, che la Banca abbia erogato il secondo finanziamento nella quasi certezza della sua mancata restituzione, essendosi comunque garantita con l'ipoteca e le fideiussioni proprio per questa probabile insolvenza; il suo voto, quindi, per la parte chirografaria, non può essere preso in considerazione ai fini del calcolo della maggioranza, la qual cosa determina perciò il raggiungimento della stessa ai fini dell'approvazione della proposta di accordo, stante la previsione di legge della perdita del creditore della facoltà di opporsi all'omologa, e, quindi, della possibilità di votare contro la proposta".*

Infatti, tutte le volte in cui, dalla relazione particolareggiata, dalle osservazioni e dalla documentazione prodotta dal gestore della crisi, emerga che i creditori che hanno proposto opposizione all'omologa non hanno provveduto, al momento della concessione dei finanziamenti, alla corretta verifica del merito creditizio del debitore (che, alla luce del rapporto rata/reddito indicato con riferimento alla data di ciascun finanziamento, risulti decisamente inadeguato), deve trovare applicazione la sanzione della sterilizzazione del voto in sede di omologa o la decadenza dalla facoltà di proporre opposizione.

La comprovata omissione degli obblighi di corretta valutazione del merito creditizio *ex* articolo 124-*bis,* Tub, che abbiano determinato o aggravato la situazione di indebitamento, non potrebbe neppure astrattamente ricondursi all'intenzione del debitore diretta a pregiudicare le ragioni creditorie[12].

[12] Cfr. sul punto anche il recente Tribunale di Roma del 5 novembre 2021.

Dalla lettura coordinata dell'articolo 12, comma 3-*ter*, L. 3/2012 con l'articolo 124-*bis*, Tub, infatti, si impone uno specifico obbligo al finanziatore, il quale deve, *in primis*, acquisire informazioni relative alla situazione finanziaria del richiedente prima di erogare un finanziamento, dovendo, poi, negare il finanziamento nel caso in cui sia necessario per la tutela degli interessi protetti dal proprio ufficio.
Come deciso in una precedente occasione, infatti, il sovraindebitamento derivante dalla stipula di un contratto di finanziamento in violazione dell'articolo 124-*bis*, Tub è riconducibile eziologicamente proprio e solo all'intermediario finanziario[13]. Fatti salvi comprovati comportamenti dolosi del debitore, infatti, costui:

> *"non può, dunque, essere ritenuto in colpa per essersi rivolto all'intermediario e aver fatto affidamento sulla capacità di quest'ultimo di valutare il proprio merito creditizio"*[14].

Il requisito della meritevolezza del piano presentato dal consumatore deve ritenersi esistente, pertanto, in tutti i casi in cui il finanziamento, nonostante il reddito del consumatore e prestiti pregressi, venga e continui a essere concesso dalla banca.
L'articolo 124-*bis*, Tub:

> *"pone, infatti, a carico del finanziatore l'onere di vigilare, prima della conclusione del contratto, il c.d. merito creditizio del consumatore, non potendo, successivamente, in casi di inadempimenti di quest'ultimo, far valere la situazione di difficoltà economica in cui versa al momento della stipula del contratto finanziario"* [15].

Conseguentemente, fatte salve le ipotesi di false informazioni circa la situazione patrimoniale e finanziaria o la determinazione volontaria della situazione di sovraindebitamento da parte del debitore, il finanziatore si troverà sempre in una situazione di conclamata dissimmetria informativa a proprio vantaggio, rispetto al finanziato sovraindebitato, che, per questo, non si può mai considerare immune da responsabilità per la violazione del merito creditizio, essendo più lui in grado di valutare la capacità di solvenza del debitore, che non quest'ultimo, i cui profili di colpevolezza, quand'anche in astratto configurabili, verrebbero senz'altro assorbiti e superati da quelli del finanziatore[16].

Il voto espresso oltre i termini, un'ipotesi di silenzio-assenso

Nella vicenda affrontata dal Tribunale di Vicenza, inoltre, ricorre un'ulteriore peculiarità affrontata dal giudice dell'omologa: la validità del voto contrario espresso oltre il termine di Legge.

[13] Così, Tribunale di Napoli del 27 ottobre 2020.
[14] Vedi *supra*.
[15] Così, Tribunale di Napoli del 21 ottobre 2020.
[16] Così, Tribunale di Vicenza del 24 settembre 2020. Sul punto, vedi anche Tribunale di Bari dell'8 luglio 2020.

Ai sensi dell'articolo 10, comma 1, L. 3/2012, i creditori devono far pervenire, anche per telegramma o per lettera raccomandata con avviso di ricevimento o per *telefax* o per posta elettronica certificata, all'organismo di composizione della crisi, dichiarazione sottoscritta del proprio consenso (o dissenso) alla proposta, come eventualmente modificata, almeno 10 giorni prima dell'udienza di omologa: "*In mancanza, si ritiene che abbiano prestato consenso alla proposta nei termini in cui è stata loro comunicata*". Nel caso affrontato dal Tribunale vicentino, l'opposizione dell'istituto bancario era stata invece formulata ben oltre il termine di Legge, derivando da tale circostanza – alla luce del disposto dell'articolo 10, L. 3/2012 – un tacito assenso *ex lege* alla proposta di accordo formulata dal ricorrente. La norma sopra riportata, infatti:

> *"non prevede una semplice scadenza temporale, che, in ipotesi, possa essere considerata meramente ordinatoria, ma prevede un meccanismo legale di formazione del consenso attraverso il silenzio-assenso, tale per cui, scaduto il termine di legge, deve reputarsi formato il voto positivo, non più smentibile da una contraria manifestazione di volontà; ne consegue che la proposta di accordo risulta integralmente approvata dai creditori"*[17].

Facendo così applicazione di tutte le principali novità legislative rilevanti nel caso di specie (sterilizzando il voto degli istituti di credito – per l'opposizione formulata tempestivamente – o ritenendo formato il silenzio-assenso dei medesimi alla proposta formulata dal debitore – per l'opposizione manifestata oltre i termini di legge), si è così pervenuti all'omologa dell'accordo di composizione della crisi proposto dal ricorrente.

Riflessioni finali

Nella formulazione della norma vigente fino al dicembre 2020, l'istituto della meritevolezza era univocamente incentrato nella figura del debitore (come singolo o in concorso fraudolento con terzi estranei), senza aprirsi a una accurata indagine in ordine ai comportamenti assunti dai creditori professionali partecipanti alla procedura.

Gli effetti dell'evoluzione giurisprudenziale e della codificazione legislativa sono duplici: da un lato, l'azione "*omissiva*" del soggetto finanziatore nella mancata o inadeguata verifica del merito creditizio rileva sul profilo della minore responsabilità del consumatore (la meritevolezza del consumatore intesa come assenza di colpa, può altresì essere desunta dalla positiva valutazione, a monte, del merito creditizio da parte del soggetto finanziatore, compiuta ai sensi dell'articolo 124-*bis*, Tub[18]), dall'altro, e

[17] Tribunale di Vicenza del 27 settembre 2021, *cit.*.
[18] Tribunale di Bari dell'8 luglio 2020, *cit.*.

al contempo, essa avrà effetto di decadenza dal diritto del creditore di presentare opposizione o reclamo in sede di omologa, anche se dissenziente, né far valere cause di inammissibilità che non derivino da comportamenti dolosi del debitore.

Il risultato dell'indagine è pertanto dirimente non solo ai fini dell'ammissibilità della proposta, ma anche sul piano processuale per la limitazione dei diritti del creditore[19].

Conseguentemente, sia nel piano sia nell'accordo, l'accertamento da parte del gestore della crisi in ordine al colpevole inadempimento del soggetto finanziatore nella profilazione e nell'adeguata valutazione del merito creditizio del debitore (nella misura in questo abbia causato, ovvero anche solo aggravato la situazione di sovraindebitamento), comporta la conseguenziale impossibilità di far valere cause di inammissibilità che non derivino da comportamenti dolosi del debitore, ovvero di proporre opposizione o, successivamente, reclamo all'omologa.

Appare del tutto evidente come l'attività del gestore della crisi, oggi, sia divenuta particolarmente penetrante nell'analisi della condotta del creditore finanziatore, il quale, di contro, dovrà necessariamente fornire la prova di aver diligentemente provveduto, prima di erogare il prestito, ad assumere tutte le informazioni, relative all'effettiva capacità del debitore ad adempiere alle proprie obbligazioni, richieste dalla legislazione bancaria e dalla *best pratice* del settore.

Da un punto di vista pratico e processuale, infatti, la violazione di tali regole di condotta da parte del creditore-finanziatore (che solitamente compongono la maggioranza del ceto creditorio) comporta conseguenze pesantissime: non solo, di fatto, non ha la possibilità di esprimere il proprio voto per opporsi al piano, ma non ha nemmeno la possibilità di svolgere opposizione all'omologa con conseguente e inevitabile falcidia del proprio credito.

[19] G. Pennisi, *"L'attività del gestore della crisi nella valutazione del comportamento assunto dal concedente il finanziamento"*, in Crisi e risanamento n. 48/2021, pag. 92 e ss., *cit.*.

Crisi e risanamento n. 50/2022

Recupero dell'Iva su crediti non riscossi nelle procedure concorsuali: l'intervento dell'Agenzia delle entrate dopo la novella del "*Decreto Sostegni*"

di Fabio Battaglia – dottore commercialista

La circolare n. 20/E/2021 chiude il cerchio di una vicenda sintomatica delle dinamiche del Paese nel rapporto tra disciplina fiscale e disciplina della crisi. Il Legislatore, storicamente, tende scaricare sui soggetti coinvolti nel dissesto il peso del danno recato dal fallimento, evitando di assorbire, per il tramite dell'Erario, parte dei disagi.
Come noto l'articolo 26, D.P.R. 633/1972 prevede la possibilità, per le operazioni fatturate, di poter emettere una nota di variazione volta a recuperare l'imposta se l'operazione viene meno in tutto o in parte. Tale norma si può applicare anche in caso di mancato pagamento. In questo quadro viene dettata una specifica disciplina in caso di assoggettamento a procedura concorsuale, accordo di ristrutturazione o piano attestato. La disciplina si è di recente evoluta con l'articolo 18, D.L. 73/2021 "Decreto Sostegni" e la prassi amministrativa adeguata con la circolare n. 20/E/2021.

I Legislatori nel mondo, nel disciplinare le situazioni di crisi, si trovano di fronte a un *trade off* nella distribuzione degli effetti tra i soggetti strettamente coinvolti in quanto creditori e la collettività, Erario compreso. In molti ordinamenti si sceglie di minimizzare il danno in capo ai creditori coinvolti scaricando, in parte, sul Fisco gli effetti del dissesto. La questione si gioca principalmente attraverso 2 strumenti: misura delle sanzioni e meccanismo dei privilegi.

Come noto il Legislatore italiano sul tema, si è mostrato totalmente prono alle urgenze dell'Erario.

Tale approccio si è spinto fino al punto che alcune modifiche previste dal D.L. 98/2011 nel sistema dei privilegi in favore dell'Erario potessero applicarsi anche ai crediti sorti anteriormente alla data della entrata in vigore della novella, con ciò superando la preclusione processuale dovuta al giudicato endo-fallimentare che si determina quando lo stato passivo esecutivo diviene definitivo.

Sul tema è intervenuta la Corte Costituzionale con la sentenza n. 170/2013, dichiarando illegittima tale retroattività in assenza di valide ragioni e, pertanto, in contrasto con il principio di razionalità di cui

all'articolo 3, Costituzione e ai principi ritraibili dall'articolo 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo interposto per il tramite dell'articolo 117, comma 1, Costituzione.

L'approccio che il Legislatore ha assunto anche con riferimento al tema della nota di variazione nell'ambito delle procedure concorsuali risponde alla logica qui esposta e sul tema è intervenuta a censurare il Legislatore nazionale la Corte di Giustizia Europea.

Come noto l'articolo 26, D.P.R. 633/1972 prevede la possibilità, per le operazioni per le quali è stata emessa fattura, di poter emettere una nota di variazione volta a recuperare l'imposta se l'operazione viene meno in tutto o in parte. Tale norma si può applicare anche in caso di mancato pagamento. In questo quadro viene dettata una specifica disciplina in caso di assoggettamento a procedura concorsuale, accordo di ristrutturazione o piano attestato.

La circolare n. 20/E/2021, in commento della norma contenuta nel "*Decreto Sostegni*" (articolo 18, D.L. 73/2021, convertito, con modificazioni, dalla L. 106/2021) apre proprio con una breve disamina della normativa comunitaria e alcuni arresti della Corte di Giustizia, che costituiscono il presupposto dell'intervento legislativo "*riparatore*" sul tema realizzato mediante l'emanazione della norma in questa sede analizzata.

Prima di entrare nel merito, però, è opportuno approfondire il tema del bilanciamento degli interessi tra Erario e il resto del ceto creditorio nelle situazioni di crisi. Siamo di fronte a 2 beni primari costituzionalmente garantiti: da una parte l'equa distribuzione del carico tributario e dall'altro l'ordinato andamento dell'economia.

Il tema, ovviamente, non è banale e non può essere risolto con pregiudiziali schieramenti ideologici, ma tenendo presenti le esigenze dell'economia del Paese.

Il dissesto e, quindi, il danno subito dagli operatori economici coinvolti quali creditori insoddisfatti, non vede costoro, salvo evidentemente i lavoratori dipendenti, come soggetti "*incolpevoli*". Il merito del credito è per tutti gli operatori economici una funzione aziendale fondamentale, specialmente per le banche quali finanziatori istituzionali. I lavoratori dipendenti sono tutelati su più fronti (grado di privilegio, fondo di garanzia, tutele sociali) proprio perché incolpevoli e, soprattutto, in quanto subiscono il danno maggiore e cioè il totale venir meno del reddito fonte di sostentamento per loro e le loro famiglie.

Non si può ritenere l'Erario "*colpevole*", in quanto la situazione di creditore non è collegata a un'attività di merito del credito e, tuttavia, è pur vero che l'accumularsi eccessivo del credito è sintomo di una inefficienza del sistema di raccolta erariale. In merito a questo l'incremento delle dichiarazioni

periodiche Iva, il controllo telematico e le fatture elettroniche, hanno sicuramente reso più efficiente tale funzione statale.

Certo è che la scelta del Legislatore non è mai semplice, perché un maggior vantaggio in favore dei creditori coinvolti nei dissesti, si traduce in un maggior onere a carico dei contribuenti.

Ciò detto il forte sbilanciamento del privilegio in favore del credito erariale, non solo per le imposte, ma anche per le sanzioni, applicate senza alcun tipo di temperamento, può arrivare a costituire un *vulnus* nel gioco degli equilibri tra beni primari.

Non può invece essere tollerata, nel nome della tutela erariale, la violazione dei principi del diritto tributario. Cosa indubitabilmente accaduta nella vicenda della nota di variazione ai sensi dell' articolo 26, D.P.R. 633/1972.

Entrando nel merito della questione, come evidenziato nella circolare n. 20/E/2021, l'articolo 90, Direttiva 2006/112/CE del Consiglio del 28 novembre 2006 (c.d. Direttiva Iva) – dal quale discende la disposizione recata dall'articolo 26, D.P.R. 633/19672 – stabilisce che:

> *"1. In caso di ... non pagamento totale o parziale ... dopo il momento in cui si effettua l'operazione, la base imponibile è debitamente ridotta alle condizioni stabilite dagli Stati membri;*
> *2. in caso di non pagamento totale o parziale, gli Stati membri possono derogare al § 1".*

Il Legislatore italiano ha pesantemente abusato della deroga di cui al comma 2, introducendo un sistema che ha finito per incidere in modo rilevante sugli operatori economici. Infatti, il sistema dell'Iva impone che in nessun modo il meccanismo di riscossione possa finire con il gravare su soggetti diversi dai consumatori finali, ma la lunghezza delle procedure concorsuali italiane, ha finito con il frustrare la possibilità di recuperare l'imposta per la quale non è stato possibile esercitare il diritto di rivalsa.

Non vi è dubbio che, con riferimento alle procedure concorsuali, l'esercizio del diritto in capo al creditore di emissione della nota di variazione e conseguente recupero dell'Iva, si possa tradurre in un aggravio per l'Erario, ma il sistema non può tollerare alternative, perché significa gravare dell'Iva un soggetto che, pur essendo il soggetto passivo dell'imposta, non ne deve rimanere inciso, seppure sotto forma di ritardo nel recupero.

La circolare n. 20/E/2021, opportunamente, richiama la sentenza della Corte di Giustizia UE del 23 novembre 2017 (causa C-246/16) che ha sancito che gli Stati membri possono, in ragione delle diverse discipline, individuare le concrete situazioni di individuazione di infruttuosità ma *"uno Stato membro non può subordinare la riduzione della base imponibile dell'Iva all'infruttuosità di una procedura concorsuale qualora una tale procedura possa durare più di 10 anni"* e ancora ammette la variazione in diminuzione anche in presenza di una *"ragionevole probabilità che il debito non sia saldato"*.

La novella ha meglio sistematizzato, nell'articolo 26, D.P.R. 633/1972, le 2 distinte casistiche riferentesi all'ipotesi di mancato pagamento, in tutto o in parte, da parte del cessionario o committente:

- procedure concorsuali e altri istituti della Legge Fallimentare da una parte;
- le procedure esecutive individuali rimaste infruttuose dall'altra,

superando per la prima categoria la condizione dell'infruttuosità, attraverso la soppressione del relativo riferimento al comma 2, e precisando il momento in cui per ogni istituto è possibile l'emissione della nota di variazione:

1. per le procedure concorsuali dalla data di assoggettamento alle stesse del cessionario o committente precisa la circolare i provvedimenti giudiziari e amministrativi relativamente alle diverse procedure:

– la sentenza dichiarativa del fallimento;
– il provvedimento che ordina la liquidazione coatta amministrativa;
– il decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo;
– il decreto che dispone la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi;

2. per l'accordo di ristrutturazione ai sensi dell'articolo 182-*bis*, L.F. la data del decreto di omologa;
3. per il piano attestato di cui all'articolo 67, L.F., la data di pubblicazione nel Registro Imprese.

Per tale ultima ipotesi non si ritiene corretto l'aver posto come riferimento necessario la pubblicazione nel Registro Imprese, visto che l'articolo 67, L.F. non introduce un obbligo in tal senso, ma una facoltà del debitore. Avrebbe potuto farsi riferimento, quindi, alla data di perfezionamento dell'accordo tra debitore e creditori, imponendo semmai di adottare uno strumento che consentisse di acquisire la certezza della data.

L'aspetto decisamente rilevante è costituito dalla precisazione per cui le novità legislative si applicano alle procedure concorsuali avviate in seguito alla data di entrata in vigore della norma e cioè il 26 maggio 2021. A tutte le procedure precedenti si applica il vecchio principio della infruttuosità che, in base alle varie circolari che sul tema si sono susseguite, va individuato per il fallimento nel momento di definitività del piano di riparto o, in sua assenza, il provvedimento di chiusura del fallimento e per il concordato preventivo occorre fare riferimento non solo al decreto di omologazione che, ai sensi dell'articolo 181, L.F. chiude la procedura, ma anche al momento in cui il debitore adempie gli obblighi assunti nel concordato (come ribadito nella circolare n. 8/E/2017, che richiama quanto già previsto nella circolare n. 77/E/2000).

Non può sfuggire che tale scelta legislativa non è priva di profili censurabili.

Se, infatti, la modifica è dovuta all'accertata inesatta applicazione dei principi stabiliti nella Direttiva, si comprende come in tal modo si introduca una indebita disparità di trattamento tra soggetti che potrà essere oggetto di ulteriori successivi interventi della Corte di Giustizia.

Si ritiene, pertanto, che il creditore, di fronte al prolungamento di una procedura oltre un certo periodo di tempo tale da frustrare il concreto diritto al recupero e in presenza di una *"ragionevole probabilità che il debito non sia saldato"* (così anche la sentenza 11 giugno 2020, causa C-146/19 richiamata nella circolare n. 20/E/2021) possa comunque emettere la nota di variazione anche prima del verificarsi delle circostanze sopra richiamate.

In ordine alla ragionevole probabilità potranno soccorrere le relazioni periodiche del curatore fallimentare o del liquidatore giudiziale, con riferimento invece al tempo della procedura non è semplice individuarne la misura, ma essa ben potrà essere correlata alla condizione della ragionevole probabilità di mancata riscossione del credito.

A seguire, la circolare n. 20/E/2021 interviene a precisare i seguenti aspetti:

a) la decorrenza del termine per l'emissione della nota di variazione;

b) la necessità della preventiva insinuazione del creditore al passivo;

c) termine per la detrazione dell'imposta;

d) gli obblighi in capo al cessionario o committente;

e) mancata emissione della nota di credito e recuperabilità dell'imposta.

In ordine alla decorrenza già si è detto, individuando tutti i provvedimenti che abilitano all'emissione della nota di variazione.

La necessità di adeguarsi agli orientamenti della Corte di Giustizia UE ha condotto l'Agenzia delle entrate a mutare orientamento in ordine alla necessità di preventiva insinuazione al passivo.

Richiamando un precedente della Corte, la circolare n. 20/E/2021 chiarisce che deve ritenersi superata la presa di posizione ribadita in più documenti di prassi (circolare n. 77/E/2000, § 2.a e risoluzioni n. 155/E/2001; n. 89/E/2002 e n. 195/E/2008), per cui la nota di variazione potrà essere emessa senza la condizione della preventiva insinuazione al passivo, a condizione però (così si esprime la stessa Corte di Giustizia nella sentenza 11 giugno 2020, causa C-146/19) che il creditore stesso possa dimostrare che, anche qualora avesse insinuato il credito in questione, questo non sarebbe stato riscosso.

Intervenendo sul termine entro il quale effettuare la detrazione dell'imposta, la circolare n. 20/E/2021 in base al combinato disposto dell'articolo 26, comma 2, D.P.R. 633/1972 che prevede, come detto, nei casi visti, il diritto di portare in detrazione ai sensi dell'articolo 19, D.P.R. 633/1972 l'imposta corrispondente alla variazione, registrandola a norma dell'articolo 25, D.P.R. 633/1972 e, appunto,

l'articolo 19, comma 1, secondo periodo, D.P.R. 633/1972 il quale dispone che *"il diritto alla detrazione dell'imposta relativa ai beni e servizi acquistati o importati sorge nel momento in cui l'imposta diviene esigibile ed è esercitato al più tardi con la dichiarazione relativa all'anno in cui il diritto alla detrazione è sorto e alle condizioni esistenti al momento della nascita del diritto medesimo"*, precisa che il diritto alla detrazione spetta entro il termine di presentazione della dichiarazione Iva relativa all'anno in cui e si sono verificati i presupposti per operare la variazione in diminuzione.

Sul piano pratico ciò comporta che il creditore che emette la nota di variazione entro i primi 4 mesi dell'anno successivo a quello in cui è maturato il diritto ad emettere la nota di variazione (cioè-entro il termine di presentazione della dichiarazione Iva), la detrazione potrà essere operata nell'ambito della prima liquidazione periodica utile o, al più, in sede di dichiarazione Iva.

Passando agli obblighi del cessionario/committente derivanti dall'emissione della nota di variazione, nulla si è modificato, nel comma 5, articolo 26, D.P.R. 633/1972, per quanto riguarda l'obbligo di registrare la variazione ai sensi degli articoli 23 e 24, D.P.R. 633/1972, laddove abbia a suo tempo proceduto alla registrazione dell'operazione ai sensi dell'articolo 25, D.P.R. 633/1972.

A fronte della detrazione del cedente/prestatore, sorgerà, pertanto, l'obbligo di versamento del cessionario/committente onde evitare salti di imposta.

Nella precedente formulazione della norma che imponeva la certezza della infruttuosità, ne derivava inevitabilmente che il curatore fallimentare fosse tenuto all'annotazione in contabilità della nota di variazione, ma che ciò non determinasse l'inclusione del relativo credito erariale nel riparto finale, ormai definitivo, ma consentisse unicamente di evidenziare il credito eventualmente esigibile nei confronti del fallito tornato *in bonis*, con l'effetto che non sussisteva un debito a carico della procedura e il curatore fallimentare non era tenuto a ulteriori adempimenti in termini di dichiarazioni periodiche e annuali (così ha precisato la risoluzione n. 155/E/2001). Il venir meno della condizione della certezza della infruttuosità e la possibilità di emissione della nota di variazione alla apertura della procedura fallimentare, avrebbe indubbiamente riaperto la questione, in assenza di un piano di riparto finale definitivo, per questo motivo, al comma 5, articolo 26, D.P.R. 633/1972 è stato precisato che "*l'obbligo di cui al primo periodo non si applica nel caso di procedure concorsuali di cui al comma 3-bis, lettera a)*".

La circolare n. 20/E/2021 puntualizza che valendo l'esclusione dell'obbligo per le procedure concorsuali, esso non potrà essere escluso per gli accordi di ristrutturazione ai sensi dell'articolo 182-*bis*, L.F. e i piani attestati di cui all'articolo 67, L.F..

Si ritiene di poter condividere questa interpretazione fondata, peraltro, sul dato letterale (procedure concorsuali), ma non può evidentemente sfuggire che l'aggravio per il debitore che dovrà versare l'Iva

relativa alle note di variazione pervenute, non potrà che ribaltarsi sui creditori sotto forma di maggior falcidia.

Per lo stesso motivo, la novella ha dovuto chiarire il comportamento del cedente/prestatore che riceva il pagamento dopo aver emesso la nota di variazione. È evidente che in questo caso dovrà emettere una nota di variazione in aumento, sorgendo il diritto di detrazione in capo al cessionario/committente che in precedenza abbia versato l'Iva relativa alla nota di variazione in diminuzione.

La circolare n. 20/E/2021 si chiude con la soluzione prospettata dall'Agenzia delle entrate relativamente alla possibilità di recuperare l'imposta in caso di mancata emissione della nota di credito.

La posizione dell'Agenzia delle entrate è nel senso di escludere la possibilità di recuperare l'imposta non detratta, ove sia superato il limite temporale per l'emissione della nota di variazione (si ripete entro il termine di presentazione della dichiarazione Iva relativa all'anno in cui si sono verificati i presupposti per operare la variazione in diminuzione), alternativamente:

a) presentando, in una fase successiva, la dichiarazione integrativa a favore di cui all'articolo 8, comma 6-*bis*, D.P.R. 322/1998;

b) presentando un'istanza di rimborso ai sensi dell'articolo 30-*ter*, D.P.R. 633/1972.

Rimane ferma la possibilità di presentare un'istanza di rimborso nel solo caso in cui il contribuente, per motivi a lui non imputabili, non sia legittimato a emettere una nota di variazione in diminuzione ai sensi dell'articolo 26, D.P.R. 633/1972.

> Nota tecnica: onde non appesantire la narrativa dell'articolo si è evitato di inserire direttamente in esso gli esempi molto utili riportati nella circolare n. 20/E/2021 che vengono qui in calce integralmente riportati:

Esempio a pag. 12 della circolare n. 20/E/2021 per l'ipotesi di intervenuto fallimento:

- 30 novembre 2021: a seguito della vendita di un bene, il cedente (creditore) emette fattura per operazioni imponibili pari a 45.000 euro e imposta per 9.900 euro, non pagate dal cessionario (debitore);
- 10 gennaio 2022: sentenza dichiarativa di fallimento del debitore;
- 10 gennaio 2022: decorrenza del termine a partire dal quale poter emettere la nota di variazione in diminuzione;
- il creditore emette nota di variazione in diminuzione per - 45.000 euro e imposta per - 9.900 euro;

Ipotesi 1 - il creditore emette la nota di variazione nell'anno 2022:

il diritto a detrazione può essere esercitato al più tardi in sede di presentazione della dichiarazione Iva relativa all'anno 2022 (da presentare entro il 30 aprile 2023); per l'effetto, il creditore riduce l'imposta a debito di 9.900 euro.

Ipotesi 2 - il creditore emette la nota di variazione entro i primi quattro mesi dell'anno 2023 (termine di presentazione della dichiarazione Iva relativa al 2022):

in tale ipotesi, il diritto a detrazione può essere esercitato nella liquidazione periodica relativa al mese/trimestre di emissione ovvero, al più tardi, in sede di dichiarazione Iva relativa all'anno 2023 (30 aprile 2024); per l'effetto, il creditore riduce l'imposta a debito di 9.900 euro.

Esempio a pag. 15 della circolare n. 20/E/2021, nell'ipotesi in cui a fronte della precedente emissione di nota di variazione, segua l'incasso di una parte dell'importo variato in diminuzione:
- 10 giugno 2026: definizione del piano di riparto della procedura fallimentare del debitore che prevede il pagamento parziale al creditore del corrispettivo pattuito, per un ammontare complessivo pari a 30.000 euro, ossia per un importo superiore a quello rettificato in diminuzione (comma 3-*bis);*
- 18 giugno 2026: pagamento del corrispettivo come da piano di riparto;
- 30 giugno 2026: termine ultimo per emettere la nota di variazione in aumento ai sensi del comma 5-*bis;* il creditore emette nota di variazione in aumento per 24.590 euro di imponibile e 5.410 euro di imposta;
- 16 luglio 2026: termine della liquidazione di giugno 2026 (per i contribuenti mensili), alla quale fare concorrere l'imposta afferente la nota di variazione in aumento, ossia una imposta a debito pari a 5.410 euro; oppure
- 20 agosto 2026: termine della liquidazione del secondo trimestre 2026 (per i contribuenti trimestrali), alla quale fare concorrere l'imposta afferente la nota di variazione in aumento, ossia una imposta a debito pari a 5.410 euro.

Crisi e risanamento n. 50/2022

Il fallimento della cooperativa sociale Onlus

di Eleonora Cannizzo – avvocato

È assoggettabile a fallimento, ai sensi del combinato disposto degli articoli 2082, 2545-terdecies, cod. civ. e 1, L.F., una società cooperativa sociale che svolga attività commerciale secondo criteri di economicità (c.d. lucro oggettivo), senza che rilevi l'eventuale assunzione della qualifica di Onlus ai sensi dell'articolo 10, D.Lgs. 460/1997, trattandosi di norma speciale di carattere fiscale che non integra la "diversa previsione di legge" contemplata dal comma 2, articolo 2545-terdecies, cod. civ..

Premessa

Un tema ampiamente dibattuto nel tempo è stato quello della fallibilità della società cooperativa a scopo mutualistico. L'articolo 1, L.F. definisce i requisiti soggettivi che l'imprenditore deve avere per essere assoggettato alla procedura fallimentare, individuando il soggetto destinatario della norma nell'imprenditore e, conseguentemente, nell'impresa.

Ma la società cooperativa è un'impresa? E può pertanto essere assoggettata al fallimento?

Una recente sentenza della Cassazione (n. 29245/2021) ha enunciato il principio di diritto secondo cui la società cooperativa sociale che svolge attività commerciale può fallire, anche se ha la qualifica di Onlus.

Il fallimento, infatti, è applicabile all'attività imprenditoriale svolta secondo criteri di economicità da una società cooperativa, a prescindere dal tipo di mutualità adottato e soprattutto a prescindere dalla eventuale sua qualifica di Onlus, ai sensi dell'articolo 10, D.Lgs. 460/1997.

È l'Autorità giudiziaria che accerta la natura commerciale dell'attività svolta da una società cooperativa sociale, ai fini della sua assoggettabilità a fallimento, senza che abbiano natura vincolante i pareri e gli atti adottati dal Mise nell'esercizio dei poteri di vigilanza attribuiti dalla legge.

Lo scopo mutualistico della società cooperativa

L'articolo 2512, cod. civ. offre la definizione della cooperativa a mutualità prevalente ed elenca le caratteristiche proprie di questo tipo di impresa. In particolare, quest'ultima deve svolgere l'attività

prevalentemente in favore di soci, consumatori o utenti di beni e servizi, oppure deve avvalersi, principalmente, delle prestazioni lavorative dei soci o degli apporti di beni o servizi da parte dei soci.
Essa, in generale, si distingue dalle altre società per il fatto che lo scopo principale non è quello di conseguire un utile, bensì quello di remunerare i soci che prestano all'interno la propria attività o conferiscono beni o servizi; il tutto alle migliori condizioni di mercato.
Non può tuttavia escludersi – trattandosi di lavoro o di conferimento remunerato – lo svolgimento di attività commerciale da parte delle cooperative, anche se all'interno del proprio statuto è specificato lo scopo mutualistico.
Per la qualificazione di un'impresa come commerciale, ciò che rileva – accanto all'autonomia gestionale, finanziaria e contabile – è il perseguimento di un c.d. "*lucro oggettivo*", ossia il rispetto del criterio di economicità della gestione, quale tendenziale proporzionalità di costi e ricavi, nella misura in cui quest'ultimi tendono a coprire i primi, almeno nel medio-lungo periodo; giuridicamente irrilevante è, invece, lo scopo di lucro o "*lucro soggettivo*", che riguarda il movente soggettivo che induce l'imprenditore a esercitare la sua attività (cfr. Cassazione, sentenza n. 29245/2021).
Ne consegue che il fine mutualistico non esclude in alcun modo la natura di imprenditore commerciale di una cooperativa, tant'è vero che l'articolo 2545-*terdecies*, cod. civ., ne prevede espressamente la dichiarazione di fallimento; allo stesso modo è inconferente la natura di Onlus prevista dall'articolo 10, D.Lgs. 460/1997, da considerarsi disciplina attinente unicamente ad aspetti fiscali e non civilistici.
Il fine altruistico eventualmente perseguito – inteso come destinazione dei proventi a iniziative connesse con gli scopi istituzionali dell'ente – non pregiudica infatti l'imprenditorialità dei servizi resi ed è giuridicamente irrilevante, al pari dello scopo di lucro soggettivo e di qualsiasi altro movente che induca l'imprenditore a esercitare la sua attività. Pertanto, l'assoggettabilità a fallimento di una società cooperativa Onlus è esclusa soltanto qualora l'attività sia svolta in modo del tutto gratuito ovvero manchi la prova di attività commerciale e di continuità aziendale, senza che rilevi il fine altruistico eventualmente perseguito (cfr. Tribunale di Como, decreto del 20 aprile 2021).
È, infine, importante sottolineare la distinzione tra i concetti di lucro soggettivo e lucro oggettivo, poiché solo il primo è incompatibile sia con la qualifica di Onlus (stante il divieto di distribuire utili e avanzi di gestione, anche in modo indiretto, come previsto dall'articolo 10, comma 1, lettera d), D.Lgs. 460/1997) che con la causa delle società cooperative, caratterizzate – oltre che dal capitale variabile – dallo scopo mutualistico (articolo 2511, cod. civ.), a differenza dell'ordinario contratto di società, la cui causa è integrata proprio dallo scopo di dividere gli utili prodotti (articolo 2247, cod. civ.).

Ed è questa la ragione per cui possono assumere la qualifica di Onlus le imprese commerciali costituite in forma di cooperativa, in quanto caratterizzate dal perseguimento del lucro in senso solo oggettivo, che però le rende soggette al pagamento delle imposte sui proventi prodotti dall'attività svolta, come previsto dall'articolo 12, D.Lgs. 460/1997; al contrario, non possono esserlo le società lucrative, in quanto perseguono, appunto, il lucro soggettivo.

D'altro canto, la giurisprudenza di legittimità non ha mancato di rilevare come lo scopo di lucro (c.d. lucro soggettivo) non sia più un elemento essenziale per il riconoscimento della qualità di imprenditore commerciale. Sussiste, infatti, attività di impresa tutte le volte in cui vi sia una obiettiva economicità della gestione – intesa come proporzionalità tra costi e ricavi (c.d. lucro oggettivo), che si traduce nell'attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi (cfr. Cassazione, sentenze n. 20815/2006 e n. 22955/2020), o anche nella tendenziale idoneità dei ricavi a perseguire il pareggio di bilancio (cfr. Cassazione, sentenza n. 42/2018) – dovendo essere esclusa solo qualora l'attività sia svolta in modo del tutto gratuito (cfr. Cassazione, sentenze n. 3353/1994; n. 16435/2003; n. 14250/2016 e n. 22955/2020), senza che rilevi, invece, il fine altruistico perseguito (cfr. Cassazione, sentenze n. 9589/1993; n. 16612/2008 e n. 17399/2011), poiché esso, inteso come destinazione dei proventi a iniziative connesse con gli scopi istituzionali dell'ente, non pregiudica l'imprenditorialità dei servizi resi ed è giuridicamente irrilevante, al pari dello scopo di lucro soggettivo e di qualsiasi altro movente che induca l'imprenditore a esercitare la sua attività (cfr. Cassazione, sentenze n. 16612/2008; n. 17399/2011 e n. 6835/2014).

E poiché il requisito del c.d. lucro oggettivo non è inconciliabile con il fine mutualistico (ben potendo sussistere anche in una società cooperativa che operi nei confronti dei propri soli soci), appare evidente che anche tale società, ove svolga attività commerciale, può essere assoggettata a fallimento in caso di insolvenza, in applicazione dell'articolo 2545-*terdecies*, cod. civ. (cfr. Cassazione, sentenze n. 6835/2014; n. 14250/2016; n. 9567/2017 e n. 25478/2019) che, nel prevederne espressamente la fallibilità, riconosce implicitamente che le società cooperative possono svolgere attività commerciale (cfr. Cassazione, sentenza n. 7061/1994).

Il peculiare regime normativo delle cooperative sociali Onlus

L'identificazione dell'economicità della gestione – in luogo dello scopo di lucro soggettivo – quale requisito essenziale dell'attività d'impresa permette, dunque, di riconoscere lo statuto di imprenditore commerciale fallibile a tutti gli enti di tipo associativo che svolgano in concreto, esclusivamente o prevalentemente, attività di impresa commerciale, restando ininfluente lo schema giuridico adottato (cfr. Cassazione, sentenze

n. 8374/2000 e n. 22955/2020). Tale approdo è in linea con l'ordinamento euro-unionale, che ha adottato una nozione di imprenditore ancora più ampia di quella nazionale, comprensiva di qualsiasi entità che eserciti un'attività economica consistente nell'offerta di beni o servizi in un determinato mercato, indipendentemente dal suo *status* giuridico e delle sue modalità di finanziamento (cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia Europea, sentenze del 3 marzo 2011, 29 settembre 2011 e 29 marzo 2011, Arcelor Mittal).

Alla luce di tale orientamento, è possibile attribuire la natura di imprenditore commerciale fallibile in capo al consorzio che eserciti una fase dell'attività delle imprese consorziate o un'impresa ausiliaria, pur costituendosi fra le singole imprese rapporti associativi di tipo mutualistico dai quali scaturiscono vantaggi realizzati grazie all'organizzazione comune (cfr., Corte di Cassazione, sentenze n. 13465/2010; n. 21818/2011 e n. 978/2021), nonché in capo ad associazioni o fondazioni che esercitino un'attività d'impresa, pur mantenendo come fine il perseguimento di uno scopo altruistico (cfr. Corte di Cassazione, sentenze n. 5305/2004 e n. 6853/2011).

In particolare, l'accertamento della natura commerciale dell'attività svolta da una società cooperativa sociale, ai fini della sua assoggettabilità a fallimento, compete all'Autorità giudiziaria, senza che abbiano natura vincolante i pareri e gli atti adottati dal Mise nell'esercizio dei suoi poteri di vigilanza.

Gli stessi criteri di giudizio sono applicabili anche all'attività imprenditoriale svolta secondo criteri di economicità (c.d. lucro oggettivo) da una società cooperativa, a prescindere sia dal tipo di mutualità adottato sia dalla eventuale qualifica di Onlus acquisita ai sensi dell'articolo 10, D.Lgs. 460/1997, trattandosi di norma speciale di natura fiscale che non può assurgere, *ex sé*, al rango di quella "*diversa previsione di legge*" (come ad esempio l'articolo 15, D.Lgs. 185/2016, che prevede espressamente l'assoggettamento delle imprese sociali alla procedura di liquidazione coatta amministrativa) contemplata dal comma 2 dell'articolo 2545-*terdecies*, cod. civ., in base al quale le cooperative che svolgono attività commerciale sono altrimenti soggette anche al fallimento, oltre che alla liquidazione coatta amministrativa, secondo il criterio di prevenzione temporale fissato dal comma 2 della norma, pacificamente rispettato nella fattispecie in esame.

In particolare, l'articolo 10, D.Lgs. 460/1997 è una normativa speciale, di carattere fiscale intitolata "*Riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale*" (c.d. Onlus) nel cui ambito di applicazione non rientra affatto la disciplina circa la assoggettabilità o meno a fallimento degli enti, essendo solamente introduttiva di agevolazioni fiscali (cfr. Cassazione, sentenze n. 18396/2015 e n. 9830/2017).

Ciò è reso evidente dalla relativa Relazione illustrativa nella quale si legge che la disciplina così introdotta mira allo sviluppo del settore c.d. non profit:

> *"attraverso un razionale impiego della leva fiscale, così da consentire allo Stato di effettuare risparmi in diversi comparti di servizi, ora direttamente gestiti, che potrebbero essere efficacemente assicurati da queste realtà emergenti e non più marginali".*

La qualifica di "*Onlus*" è, in effetti, una mera categoria fiscale destinata a scomparire con la Riforma attuata dal D.Lgs. 117/ 2017 e successive modifiche (CTS), tanto che il relativo acronimo (ora sostituito da "*ETS*") veniva semplicemente aggiunto alle varie tipologie di enti (associazioni, fondazioni, società cooperative, etc.) legittimati ad assumere quella ulteriore caratterizzazione per finalità fiscali.

Non è pertanto rilevante che l'articolo 10, comma 1, D.Lgs. 460/1997 consideri Onlus anche le società cooperative – così come le associazioni, i comitati, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato, con o senza personalità giuridica – i cui statuti o atti costitutivi prevedono espressamente:

a) lo svolgimento di attività in alcuni settori, tra i quali l'assistenza sociale e socio sanitaria e l'assistenza sanitaria (oltre a beneficenza, istruzione, formazione, sport dilettantistico, ricerca scientifica, cooperazione allo sviluppo e solidarietà internazionale, promozione e tutela della cultura, dell'arte, della natura, dell'ambiente, dei diritti civili);

b) l'esclusivo perseguimento di finalità di solidarietà sociale – che, come chiarito al comma 2, articolo 10, D.Lgs. 460/1997 sono tali quando le cessioni di beni e le prestazioni di servizi sono rese in favore di persone svantaggiate in ragione di condizioni fisiche, psichiche, economiche, sociali o familiari (nonché componenti collettività estere, limitatamente agli aiuti umanitari) e non nei confronti dei soci, associati, partecipanti e altri soggetti indicati alla lettera a), comma 6, articolo 10, D.Lgs. 460/1997 quindi non nei confronti degli stessi produttori, a meno che siano anch'essi soggetti svantaggiati, come si precisa nel comma 3, articolo 10, D.Lgs. 460/1997;

c) il divieto di svolgere attività diverse (salvo quelle direttamente connesse);

d) il divieto di distribuire utili e avanzi di gestione, anche in modo indiretto;

e) l'obbligo di impiegare gli utili o gli avanzi di gestione per la realizzazione delle attività istituzionali e connesse;

f) vincoli nella devoluzione del patrimonio in caso di scioglimento;

g) l'obbligo di redigere bilancio o rendiconto annuale.

Per le medesime ragioni non è decisivo il successivo comma 4, articolo 10, D.Lgs. 460/1997 – il quale prevede che "*a prescindere dalle condizioni previste ai commi 2 e 3, si considerano comunque inerenti a finalità di solidarietà sociale le attività statutarie istituzionali*" svolte in una lunga serie di settori, tra i quali quello della "*assistenza sociale e sociosanitaria*" – atteso che esso non significa che gli enti operanti in quest'ultimo settore siano sempre e comunque Onlus, bensì che in quei casi le attività svolte si

considerano inerenti a finalità di solidarietà sociale anche se non siano rispettati i criteri stabiliti dai precedenti commi 2 e 3, articolo 10, D.Lgs. 460/1997.

Peraltro, nello stesso D.Lgs. 460/1997 vi sono disposizioni che confermano come esso non incida né interferisca sullo statuto delle imprese assoggettabili a fallimento, sottendendo che le società cooperative possano assumere la qualifica di Onlus pur svolgendo attività commerciale.

In particolare, l'articolo 10, comma 10, D.Lgs. 460/1997 – stabilendo che "*non si considerano in ogni caso Onlus gli enti pubblici, le società commerciali diverse da quelle cooperative, gli enti conferenti di cui alla L. 218/1990, i partiti e i movimenti politici, le organizzazioni sindacali, le associazioni di datori di lavoro e le associazioni di categoria*" - segnala a contrario che la qualifica di Onlus può essere assunta dalle società cooperative commerciali.

Analogamente l'articolo 12, D.Lgs. 460/1997 (recante "*Agevolazioni ai fini delle imposte sui redditi*"), nell'introdurre l'articolo 111-*ter*, Tuir– in base al quale "*Per le organizzazioni non lucrative di utilità sociale (Onlus), a eccezione delle società cooperative, non costituisce esercizio di attività commerciale lo svolgimento delle attività istituzionali nel perseguimento di esclusive finalità di solidarietà sociale*" (comma 1), con la precisazione che "*I proventi derivanti dall'esercizio delle attività direttamente connesse non concorrono alla formazione del reddito imponibile*" (comma 2) – testimonia che per le società cooperative, disciplinate nel Libro V (piuttosto che nel Libro I) del codice civile, lo svolgimento delle attività istituzionali in forza delle quali hanno assunto la qualifica fiscale di Onlus può costituire esercizio di attività commerciale. In altre parole, le società cooperative sono enti che possono svolgere attività commerciale pur essendo Onlus.

Infine, la clausola di compatibilità contenuta nell'articolo 26, D.Lgs. 460/1997 per cui "*Alle Onlus si applicano, ove compatibili, le disposizioni relative agli enti non commerciali e, in particolare, le norme di cui agli articoli 2 e 9 del presente decreto*", lascia intendere che non a tutti gli enti muniti della qualifica di Onlus possono applicarsi le disposizioni dettate per gli enti non commerciali dalla Sezione I (intitolata "*Modifiche alla disciplina degli enti non commerciali in materia di imposte sul reddito e di imposta sul valore aggiunto*"), potendo evidentemente sussistere ragioni di incompatibilità rispetto alle società cooperative che svolgono attività commerciale.

Assoggettabilità a fallimento delle Onlus

L'articolo 1, L.F. stabilisce chiaramente quali sono i requisiti soggettivi che l'imprenditore deve avere per essere assoggettabile alla procedura fallimentare. La norma prevede che:

> *"sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici.*
> *Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al comma 1, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti:*

> *a) aver avuto, nei 3 esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore a 300.000 euro;*
> *b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei 3 esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore a 200.000 euro;*
> *c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore a 500.000 euro.*
> *I limiti di cui alle lettere a), b) e c) del comma 2 possono essere aggiornati ogni 3 anni con decreto del Ministro della giustizia, sulla base della media delle variazioni degli indici Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati intervenute nel periodo di riferimento".*

La mancanza dei suddetti requisiti comporta l'esclusione dal fallimento dell'imprenditore insolvente. Il relativo onere della prova è posto a carico dell'imprenditore stesso, il quale, se vuole evitare le conseguenze del fallimento, deve dimostrare il possesso congiunto dei requisiti relativi al mancato superamento della "*soglia di fallibilità*" oppure deve dimostrare di non svolgere attività commerciale. Per l'individuazione del requisito soggettivo della qualità di imprenditore occorre fare rinvio all'articolo 2082, cod. civ., a norma del quale "*è imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*", senza che, come già detto, sia necessario anche lo "*scopo di lucro*" (cfr., Cassazione, sentenza n. 22955/2020). È quindi sufficiente che l'attività svolta, di produzione o scambio di beni o servizi, sia organizzata in modo professionale - dunque con sistematicità e continuità - e abbia il carattere della "*economicità*"' intesa nel senso di "*lucro oggettivo*", ovvero sia svolta con modalità tali da soddisfare l'esigenza di essere astrattamente idonea a coprire i costi di produzione, alimentandosi con i suoi stessi ricavi (cfr., Cassazione, sentenze n. 6835/2014; n. 9567/2017 e n. 22955/2020). La natura commerciale dell'attività della cooperativa deriva esclusivamente dalla circostanza che la coesistenza dello scopo di lucro oggettivo con lo scopo mutualistico risulta accertata effettivamente e non sull'indicazione dell'oggetto sociale dichiarato nello statuto, pur sempre considerando la prevalenza del secondo sul primo e verificando che l'attività commerciale sia stata svolta a partire da un momento anteriore a quello in cui si deve valutare la fallibilità della cooperativa.
L'identificazione dell'economicità della gestione – in luogo dello scopo di lucro soggettivo – quale requisito essenziale dell'attività d'impresa permette, dunque, di riconoscere lo statuto di imprenditore commerciale fallibile a tutti gli enti di tipo associativo che svolgano in concreto, esclusivamente o prevalentemente, attività di impresa commerciale, restando ininfluente lo schema giuridico adottato (cfr., Cassazione, sentenze n. 8374/2000 e n. 22955/2020).

Tale approdo, si ribadisce, è in linea con l'ordinamento euro-unionale che ha adottato una nozione di imprenditore ancora più ampia di quella nazionale, comprensiva di qualsiasi entità che eserciti un'attività economica consistente nell'offerta di beni o servizi in un determinato mercato, indipendentemente dal suo *status* giuridico e delle sue modalità di finanziamento (cfr., *ex multis*, Corte Giustizia 3 marzo 2011, Ag2R; 29 settembre 2011, Elf Aquitaine; 29 marzo 2011, Arcelor Mittal, richiamate nella requisitoria scritta della procura generale). In effetti, la giurisprudenza di legittimità ha affermato molte volte la natura di imprenditore commerciale fallibile in capo al consorzio che eserciti una fase dell'attività delle imprese consorziate o un'impresa ausiliaria, pur costituendosi fra le singole imprese rapporti associativi di tipo mutualistico dai quali scaturiscono vantaggi realizzati grazie all'organizzazione comune (cfr., Corte di Cassazione, sentenze n. 13465/2010; n. 21818/2011 e n. 978/2021), nonché in capo ad associazioni o fondazioni che esercitino un'attività d'impresa, pur mantenendo come fine il perseguimento di uno scopo altruistico (cfr. Cassazione, sentenze n. 5305/2004 e n. 6853/2011).

Conclusioni

Alla luce del contenuto delle determinazioni esposte risulta assoggettabile a fallimento, ai sensi del combinato disposto degli articoli 2082, 2545-*terdecies*, cod. civ. e articolo 1, L.F., una società cooperativa sociale che svolga attività commerciale secondo criteri di economicità (c.d. lucro oggettivo), senza che rilevi l'eventuale assunzione della qualifica di Onlus ai sensi dell'articolo 10, D.Lgs. 460/1997 trattandosi di norma speciale di carattere fiscale che non integra la "*diversa previsione di legge*" contemplata dall'articolo 2545-*terdecies,* comma 2, cod. civ.. Infatti, lo scopo di lucro (c.d. lucro soggettivo) non è più – in netta discontinuità ideologica con il codice di commercio – un elemento essenziale per il riconoscimento della qualità di imprenditore commerciale, sussistendo attività di impresa tutte le volte in cui vi sia una obiettiva economicità della gestione e deve essere escluso solo qualora l'attività sia svolta in modo del tutto gratuito, senza che rilevi, invece, il fine altruistico perseguito. Infine, l'accertamento della natura commerciale dell'attività svolta da una società cooperativa sociale (c.d. requisito oggettivo), ai fini della sua assoggettabilità a fallimento, compete all'Autorità giudiziaria, senza che abbiano natura vincolante i pareri e gli atti adottati dal Mise nell'esercizio dei poteri di vigilanza attribuiti dalla legge. Infatti, tale commercialità è esattamente affermata nel caso in cui, prescindendo dalle enunciazioni dell'oggetto sociale e dai requisiti iscrizionali, nonché dal parere ministeriale (elementi non vincolanti), l'attività dell'ente – indagata ai fini fallimentari in contraddittorio con i creditori – risulti contaminata da rilevanti operazioni che, per natura e complessità, appaiono incompatibili con lo scopo mutualistico (cfr. Cassazione, sentenza n. 9567/2017).

Crisi e risanamento n. 50/2022

Composizione negoziata della crisi: la formazione dell'elenco degli esperti e la gestione della piattaforma telematica

di Maurizio Stella – dottore commercialista e revisore legale

Il D.L. 118/2021, convertito con modificazioni dalla L. 147/2021 ha introdotto e disciplinato la procedura di composizione negoziata della crisi, nuovo istituto volontario, cui si accede tramite una piattaforma telematica nazionale, che offre all'imprenditore l'affiancamento di un esperto terzo e indipendente per agevolare, in maniera riservata, le trattative con i creditori. Il D.L. 118/2021 disciplina nel dettaglio le possibili soluzioni adottabili in esito alla procedura, prevedendo, fra le altre, nel caso di mancata individuazione di una soluzione idonea al superamento della situazione di crisi la possibilità per l'imprenditore di presentare una proposta di concordato per cessione di beni unitamente al piano di liquidazione, il c.d. concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio.

Premessa

Con il recente D.L. 118/2021, convertito con modificazione dalla L. 147/2021, entrato in vigore il 15 novembre 2021, oltre a essere stata ulteriormente differita l'entrata in vigore del Codice, ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto della composizione negoziata della crisi.

Il nuovo istituto ha l'obiettivo di mettere a disposizione degli imprenditori uno strumento finalizzato alla ristrutturazione o al risanamento aziendale delle imprese in crisi e di agevolare l'accesso alle procedure alternative al fallimento.

Il Legislatore ha previsto che l'intera procedura di composizione negoziata si svolga fuori dal Tribunale a eccezione della fase riguardante l'ammissione alle misure protettive chieste dagli imprenditori per evitare eventuali aggressioni di creditori.

La gestione della composizione negoziata della crisi passa attraverso la figura dell'esperto indipendente al quale è affidato un ruolo centrale, ossia accompagnare l'imprenditore nell'individuazione di una soluzione per il superamento della crisi, facilitando i rapporti con i creditori e fornendo il supporto necessario al raggiungimento della composizione della crisi.

Altro elemento innovativo introdotto dal D.L. 118/2021 riguarda l'istituzione di una piattaforma telematica nazionale attraverso la quale gestire la procedura di composizione negoziata della crisi. Passeremo in rassegna le varie questioni relative alla formazione dell'elenco degli esperti e il funzionamento della piattaforma telematica nazionale.

L'elenco degli esperti indipendenti

Il comma 3, articolo 3, D.L. 118/2021 ha previsto che presso la CCIAA di ciascun capoluogo di Regione e delle Province autonome di Trento e di Bolzano è formato un elenco di esperti nel quale possono essere inseriti:

– gli iscritti da almeno 5 anni all'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e all'albo degli avvocati che documentano di aver maturato precedenti esperienze nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi d'impresa;

– gli iscritti da almeno 5 anni all'albo dei consulenti del lavoro che documentano di avere concorso, almeno in 3 casi, alla conclusione di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o di accordi sottostanti a piani attestati o di avere concorso alla presentazione di concordati con continuità aziendale omologati.

Possono inoltre essere inseriti nell'elenco coloro che, pur non iscritti in albi professionali, documentano di avere svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in imprese interessate da operazioni di ristrutturazione concluse con piani di risanamento attestati, accordi di ristrutturazione dei debiti e concordati preventivi con continuità aziendale omologati, nei confronti delle quali non sia stata successivamente pronunciata sentenza dichiarativa di fallimento o sentenza di accertamento dello stato di insolvenza.

Va ricordato che nel testo originario del D.L. 118/2021 era previsto che potessero essere inseriti all'elenco degli esperti i dottori commercialisti iscritti all'albo da almeno 5 anni, senza la dimostrazione di precedenti esperienze in materia di ristrutturazione aziendale e crisi d'impresa, che erano invece richieste per gli avvocati. In sede di conversione il testo è stato modificato prevedendo che anche i dottori commercialisti devono dare dimostrazione di precedenti esperienze in materia di crisi d'impresa.

L'iscrizione all'elenco degli esperti indipendenti è altresì subordinata al possesso della specifica formazione effettuata nel rispetto delle previsioni contenute nella sezione IV del decreto dirigenziale del Ministero della giustizia emanato in data 28 settembre 2021.

Per ottenere l'iscrizione all'elenco degli esperti, dottori commercialisti, avvocati e consulenti del lavoro devono presentare domanda all'ordine territoriale al quale sono iscritti. I soggetti che documentano di avere svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in imprese interessate da operazioni di ristrutturazione

andate a buon fine presentano la domanda d'iscrizione all'elenco presso la CCIAA del capoluogo di Regione e delle Province autonome di Trento e di Bolzano competente per il luogo di residenza.

Nel rispetto di quanto disposto dal comma 5, articolo 3, D.L. 118/2021, il Cndcec, in data 27 ottobre 2021, ha emanato il regolamento sulle modalità di formazione, tenuta e aggiornamento dei dati raccolti dagli ordini territoriali dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e comunicati alle CCIAA di competenza.

Successivamente il Cndcec, con l'informativa n. 108/2021 ha approvato un modello di domanda per l'iscrizione nell'elenco degli esperti individuando anche gli ambiti professionali nei quali bisognava aver maturato precedenti esperienze relative alla ristrutturazione e alla gestione della crisi di impresa.

Il 29 dicembre 2021 il Ministero della giustizia ha emanato le linee d'indirizzo agli ordini professionali per l'attività di selezione delle domande per la formazione degli elenchi regionali degli esperti indipendenti nella composizione negoziata della crisi d'impresa.

In seno alle stesse, il Ministero ha rappresentato che gli incarichi e le prestazioni professionali indicativi delle esperienze nella ristrutturazione aziendale e nella crisi d'impresa sono le seguenti:

- commissario giudiziale e commissario straordinario di grandi imprese in stato di insolvenza;
- attestatore (*ex* articoli 67, comma 3, lettera d), 161, comma 3, 182 – *bis*, comma 1 e 186 – *bis*, L.F.;);
- gestore della crisi incaricato della ristrutturazione dell'impresa agricola *ex* articolo 7, L. 3/2012;
- *advisor*, anche legale, con incarico finalizzato alla predisposizione e presentazione di piani di risanamento attestati, di piani negli accordi di ristrutturazione dei debiti, di convenzioni e\o accordi di moratoria con più creditori e infine di piani e proposte nei concordati preventivi o fallimentari in continuità o misti;
- *advisor*, anche legale, con incarico finalizzato all'individuazione e alla soluzione delle problematiche fiscali per la ristrutturazione del debito tributario e previdenziale e funzionale alla ristrutturazione di imprese in crisi;
- *advisor*, anche legale, con incarico in ambito giuslavoristico, purché strettamente funzionale alla gestione dei rapporti con i dipendenti nell'ambito della ristrutturazione di imprese in crisi;
- attività di amministrazione, direzione e controllo in imprese interessate da operazioni di ristrutturazione concluse con piani di risanamento attestati, accordi di ristrutturazione dei debiti e concordati preventivi con continuità aziendale se omologati, nei confronti dei quali non sia stata successivamente pronunciata sentenza dichiarativa di fallimento o accertamento di stato d'insolvenza.

Il Ministero ha inoltre precisato che l'espressione utilizzata dal Legislatore, che richiede il possesso di pregresse esperienze per garantire un'adeguata preparazione all'esperto, porta a ritenere che gli

incarichi e le prestazioni professionali rilevanti possano essere individuati nel numero minimo di 2. È stato altresì chiarito che è necessario depositare, unitamente alla domanda d'iscrizione all'elenco, la documentazione comprovante gli incarichi o i mandati professionali ricevuti al fine di provare il possesso dei requisiti di esperienza.

Il Cndcec, con l'informativa n. 9/2022, ha adeguato la domanda da utilizzare per chiedere l'ammissione all'elenco degli esperti, aggiornandola con le disposizioni contenute nelle linee guida diramate dal Ministero della giustizia.

La prova del possesso dei requisiti per l'iscrizione nell'elenco degli esperti

Con le citate linee guida del 29 dicembre 2021, indirizzate ai Consigli nazionali dei professionisti che possono essere iscritti agli elenchi, il Ministero ha fornito istruzioni sul requisito delle "*precedenti esperienze*" nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi d'impresa.

Il Ministero ha inoltre precisato che gli incarichi di curatore fallimentare, di liquidatore giudiziale e la quasi totalità degli incarichi di gestori della crisi da sovraindebitamento non sono esperienze utili ai fini dell'iscrizione negli elenchi degli esperti indipendenti.

Come detto, per l'iscrizione agli elenchi i professionisti dovranno documentare di essere in possesso di almeno 2 esperienze professionali a dimostrazione delle pregresse esperienze riconosciute dal Ministero della giustizia.

Per quanto concerne la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di esperienza si passa in rassegna quanto segue:

a) per i commissari giudiziali e per i commissari straordinari di grandi imprese, necessita produrre copia del provvedimento di ammissione dell'impresa alla procedura di concordato preventivo o di amministrazione straordinaria. Non può essere considerata valida la nomina a commissario giudiziale nella fase con riserva del concordato preventivo perché manca il decreto di ammissione da parte del Tribunale. Il Ministero nulla ha rappresentato riguardo alla natura del concordato e all'esito dello stesso e pertanto non appare necessario che il concordato preventivo sia stato omologato o che sia in continuità aziendale. Va però rappresentato che al di fuori delle ipotesi sopra indicate non rientrano tra le precedenti esperienze gli incarichi di commissari liquidatori nelle procedure di liquidazione coatta amministrativa, di commissario liquidatore nei concordati preventivi, quegli di amministratori giudiziari etc.;

b) per gli incarichi di attestatore (*ex* articoli 67, comma 3, lettera d), 161, comma 3, 182–*bis*, comma 1 e 186–*bis*, L.F.), trattandosi di un conferimento di incarico di natura privatistica (non demandato a una preventiva scelta del professionista da parte di un organo giurisdizionale o della P.A.), si ritiene, in

conformità alle linee d'indirizzo emanate dal Ministero della giustizia, che sia necessario allegare copia del mandato professionale con cui è stato conferito l'incarico per l'attestazione e documentare che l'incarico non sia stato revocato o successivamente rinunciato dall'attestatore.

Si ritiene, quindi necessario che il richiedente alleghi alla domanda il mandato professionale o altra documentazione utile a provare il conferimento e l'espletamento dell'incarico o in alternativa copia della relazione di attestazione;

c) per il gestore della crisi di impresa agricola, appare essere esaustiva, l'acquisizione del decreto/provvedimento di nomina, ritenendo insito nella designazione da parte dell'Occ o del Tribunale il riconoscimento in capo al professionista incaricato del possesso del requisito dell'esperienza. Va però documentato, ove non risulti dal decreto/provvedimento di nomina, che l'incarico riguardi la ristrutturazione dell'impresa agricola *ex* articolo 7, L. 3/2012 e che l'incarico sia stato espletato;

d) per gli *advisor* con incarico finalizzato alla predisposizione e presentazione di piani di risanamento attestati, di piani negli accordi di ristrutturazione dei debiti, di convenzioni e/o accordi di moratoria con più creditori e infine di piani e proposte nei concordati preventivi o fallimentari in continuità o misti, anche in questa ipotesi, trattandosi di un conferimento di incarico di natura privatistica, appare necessario allegare copia del mandato professionale con cui è stato conferito l'incarico di *advisor* e documentare l'effettiva esecuzione del medesimo.

Nell'ipotesi in cui l'incarico riguardi i piani e/o le proposte di concordati preventivi o fallimentari va documentato che si tratti di concordati in continuità o misti;

e) per gli *advisor* con incarico finalizzato all'individuazione e alla soluzione delle problematiche fiscali per la ristrutturazione del debito tributario e previdenziale e funzionale alla ristrutturazione di imprese in crisi, trattandosi, anche in questo caso, di un conferimento di incarico di natura privatistica deve ritenersi necessario allegare copia del mandato professionale con cui è stato conferito l'incarico di *advisor* e che l'incarico sia stato espletato e non stato revocato o rinunciato. Anche in questa ipotesi l'incarico deve essere conferito nell'ambito dell'esercizio delle professioni indicate nell'articolo 3, D.L. 118/2021;

g) per gli *advisor* con incarico in ambito giuslavoristico, purché strettamente funzionale alla gestione dei rapporti con i dipendenti nell'ambito della ristrutturazione di imprese in crisi, come per le ipotesi sopra esaminate, appare necessario documentare l'esperienza allegando il mandato professionale con cui è stato conferito l'incarico di *advisor* e che l'incarico sia stato espletato e non sia stato revocato o successivamente rinunciato dal professionista;

h) per l'attività di amministrazione, direzione e controllo in imprese interessate da operazioni di ristrutturazione concluse con piani di risanamento attestati, accordi di ristrutturazione dei debiti e

concordati preventivi con continuità aziendale se omologati, nei confronti dei quali non sia stata successivamente pronunciata sentenza dichiarativa di fallimento o sentenza di accertamento dello stato di insolvenza appare necessario fare alcune importanti precisazioni.

Preliminarmente bisogna distinguere il caso in cui l'attività di amministrazione sia svolta da un professionista iscritto negli albi professionali previsti all'articolo 3, D.L. 118/2021 rispetto al caso in cui si tratti di soggetti non iscritti nei predetti albi professionali.

Nella prima ipotesi la domanda di iscrizione va presentata presso gli ordini professionali di appartenenza nella seconda ipotesi invece deve essere presentata presso la CCIAA competente.

Per quanto concerne gli incarichi rientranti in questa tipologia, devono ritenersi certamente compatibili quelli di amministratore unico, presidente o componente del CdA, direttore generale dell'impresa interessata da operazioni di ristrutturazione.

Per quanto concerne l'identificazione dell'attività di direzione e controllo, a parere dello scrivente, bisogna invece rifarsi ai concetti di direzione e controllo in ambito aziendalistico, ossia quell'attività mirata a definire gli obiettivi strategici a medio e lungo termine e operativi a breve termine con l'individuazione dei processi da utilizzare per il raggiungimento degli obiettivi. In sostanza si tratta di tutte quelle attività riconducibili alla predisposizione di strategie, piani, *budget*, *report* e analisi degli scostamenti attraverso le quali gli organi aziendali definiscono e raggiungono gli obiettivi di breve periodo. Pertanto, i soggetti rientranti in questa funzione possono essere individuati nei responsabili del controllo di gestione, della pianificazione strategica, nella figura di *internal audit* con incarico specifico di verificare l'attendibilità dei rendiconti finanziari, gestionali etc..

Chiaramente le dette funzioni devono essere state ricoperte in imprese interessate da operazioni di ristrutturazione concluse con piani di risanamento attestati, accordi di ristrutturazione dei debiti e concordati preventivi con continuità aziendale se omologati, nei confronti dei quali non sia stata successivamente pronunciata sentenza dichiarativa di fallimento o sentenza di accertamento dello stato di insolvenza.

Stante l'attuale indirizzo dettato dalle linee guida del Ministero non pare che rientrino tra i soggetti che possiedono i requisiti d'esperienza i sindaci delle imprese interessate da operazioni di ristrutturazione concluse con piani, accordi etc..

In sintesi, pertanto, le principali caratteristiche per individuare il requisito dell'esperienza in questa tipologia di attività sono:

1. l'avere ricoperto uno dei suddetti incarichi nel periodo in cui si è protratta la procedura di risanamento dell'impresa (con necessità, quindi, di individuare la data di apertura della procedura e la data di omologa);

2. la verifica, in caso di concordati preventivi, che trattasi di concordati in continuità aziendale;
3. l'emissione di un decreto di omologa;
4. l'insussistenza, a conclusione della procedura, di sentenza dichiarativa di fallimento o sentenza di accertamento dello stato di insolvenza.

Per documentare detti requisiti appare quindi necessario allegare alla domanda d'iscrizione: la visura storica dell'impresa nella quale sono stati assunti incarichi di amministrazione, direzione e controllo; il decreto di apertura della procedura di risanamento; il decreto di omologa della procedura di risanamento dal quale risulti l'esito positivo; la visura camerale aggiornata della società per la quale è stata prestata l'attività indicata nella domanda.

Da ultimo va rilevato che nelle ipotesi in cui le prestazioni professionali fossero state svolte in qualità di coadiutore di altro professionista che abbia ricevuto gli incarichi indicati dal Ministero, l'interessato dovrà depositare la documentazione dalla quale risulti la prestazione svolta (mandato professionale e\o di collaborazione conferito dal professionista con cui si è collaborato) nonché attestare l'avvenuta esecuzione della prestazione anche mediante apposita lettera di referenza rilasciata dal professionista con cui si è svolta la prestazione.

Compilazione della domanda e documenti da allegare

Per ottenere l'iscrizione all'elenco degli esperti, dottori commercialisti, avvocati e consulenti del lavoro devono presentare domanda all'ordine territoriale al quale sono iscritti.

Nella compilazione della domanda, gli interessati dovranno indicare:

- i propri dati anagrafici e professionali;
- autocertificare la data d'iscrizione all'albo professionale che deve sussistere da almeno 5 anni;
- autocertificare di non avere in corso sanzioni disciplinari più gravi della censura;
- autocertificare l'ente di formazione presso il quale è stata svolta la formazione obbligatoria di 55 ore prevista in materia (eventualmente con copia dell'attestato);
- autocertificare l'esposizione degli incarichi già svolti, che danno titolo all'accoglimento della domanda, per i quali è necessario produrre documentazione a supporto per il controllo da parte degli ordini.

Si rileva che in presenza di numerosi incarichi validi per il riconoscimento dei requisiti, sarà sufficiente la produzione di una limitata documentazione a dimostrazione dell'esistenza di almeno 2 esperienze precedenti.

Alla domanda di iscrizione devono inoltre essere allegati:

- il *curriculum vitae* (predisposto in formato PDF/A, firmato digitalmente e autocertificato);
- copia del documento d'identità;
- un *file* in *excel* contenente una sintesi delle informazioni inserite nella domanda, accompagnato da una stampa pdf del medesimo *file*.

Conclusa la compilazione e l'acquisizione degli allegati, la domanda, predisposta in formato PDF/A e firmata digitalmente, va spedita a mezzo pec all'ordine di competenza.

Il consiglio dell'ordine ha il compito di verificare le domande presentate dai suoi iscritti per rilevare l'esistenza di tutti i presupposti richiesti. In caso di documentazione incompleta la domanda andrà rigettata entro i 30 giorni successivi alla presentazione.

In caso di esito positivo, la domanda è accolta e i nominativi saranno comunicati alla CCIAA regionale per l'inserimento negli elenchi da mettere a disposizione della commissione camerale.

Ai fini del primo popolamento degli elenchi, ossia sino al 16 maggio 2022, è previsto un aggiornamento continuo dei dati comunicati dagli ordini professionali, mentre dal 17 maggio 2022 l'aggiornamento avverrà con cadenza annuale.

La piattaforma telematica nazionale

I commi 1 e 2, articolo 3, D.L. 118/2021 disciplinano l'istituzione della piattaforma telematica nazionale per la gestione della composizione negoziata della crisi d'impresa.

La norma ha previsto che la piattaforma sia gestita dal sistema delle CCIAA, per il tramite di Unioncamere, sotto la vigilanza del Ministero della giustizia e del Mise.

Nella piattaforma è disponibile una lista di controllo particolareggiata, adeguata anche alle esigenze delle micro, piccole e medie imprese, che contiene indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento, un *test* pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento, ed è accessibile sia da parte dell'imprenditore sia dei professionisti dallo stesso incaricati, è altresì presente un protocollo di conduzione della composizione negoziata.

La struttura della piattaforma, la lista di controllo particolareggiata, le modalità di esecuzione del *test* pratico e il contenuto del protocollo sono stati definiti con il decreto dirigenziale del Ministero della giustizia emanato il 28 settembre 2021.

Il citato decreto dirigenziale, composto da 5 sezioni, alla sezione V ha disciplinato il funzionamento della piattaforma.

La piattaforma è rappresentata da un portale *internet* (www.composizionenegoziata.camcom.it attivo dal 15 novembre 2021) che rende disponibili 2 aree principali, una pubblica e una riservata a utenti autorizzati (con diversi livelli di accesso/cassetti informatici).

Nell'area pubblica della piattaforma, accessibile senza necessità di autenticazione, sono presenti le sezioni informative relative a:

- informazioni sui soggetti titolati a presentare istanza di composizione;
- lista di controllo particolareggiata, adeguata alle esigenze delle micro, piccole e medie imprese, che contiene indicazioni operative;
- protocollo di conduzione delle trattative;
- informazioni sulla tipologia delle proposte che possono essere formulate durante la composizione;
- la modulistica prevista dal decreto;
- informazioni sulla documentazione da allegare, con separata indicazione di quella indispensabile per la presentazione dell'istanza;
- *test* pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento;
- *curricula* degli esperti che hanno accettato l'incarico.

La parte ad accesso riservato contiene le funzionalità che consentono la presentazione delle istanze per la composizione negoziata e la gestione del successivo *iter*.

Le sezioni II e III del decreto dirigenziale hanno disciplinato rispettivamente la *check-list* (lista di controllo) particolareggiata per la redazione del piano di risanamento e per la analisi della sua coerenza e il protocollo di conduzione della composizione negoziata.

È precisato nel decreto che appare essenziale, anche se non imprescindibile, che l'imprenditore, nel momento in cui decide di intraprendere il percorso di risanamento, abbia già predisposto un piano, e ciò visto che la procedura di negoziazione prevede un tempo massimo di definizione di 180 giorni (articolo 5, D.L. 118/2021), prorogabile una volta solo per altri 180 giorni con il consenso di tutte le parti e ove l'esperto vi acconsenta.

Il piano di risanamento deve muovere dalla situazione in cui versa l'impresa e dalle sue cause, individuate in modo realistico. Le strategie di intervento devono attagliarsi a essa e consentire di rimuovere le difficoltà in essere.

La *check-list* contenuta nel decreto può consentire all'imprenditore che intende accedere alla composizione negoziata di redigere un piano di risanamento affidabile. La *check-list* servirà anche all'esperto per l'analisi di coerenza del piano.

Crisi e risanamento n. 50/2022

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza a puntate

di Massimo Conigliaro - dottore commercialista, pubblicista, Direttore Scientifico Crisi e Risanamento
Nicla Corvacchiola - dottore commercialista docente a contratto presso l'Università Carlo Cattaneo LIUC

Si conclude l'esame della disciplina riguardante la ripartizione dell'attivo, già iniziata nella precedente puntata. Vengono quindi approfondite le fasi fondamentali della procedura come le ripartizioni parziali e la finale, passando per il rendiconto del curatore. Viene analizzata al Capo VI la cessazione della procedura di liquidazione giudiziale con gli eventuali casi di riapertura della stessa previsti dalla Legge. Infine, si introduce il Capo VII dove inizia l'esame del concordato nella liquidazione giudiziale

Ordine di distribuzione delle somme

L'articolo 221 del Codice ripropone l'attuale articolo 111, L.F., in merito al comma 1, dove viene stabilito l'ordine di erogazione delle somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo, con la previsione delle 4 tipologie di crediti rappresentati da quelli prededucibili, quelli prelatizi, quelli chirografari e quelli postergati.
Il comma 2, articolo 221 del Codice non contiene una qualificazione dei crediti prededucibili, come al comma 2, articolo 111, L.F., e viene rimessa in via generale all'articolo 6, L.F..

Disciplina dei crediti prededucibili

L'articolo 222 del Codice è la trasposizione sostanzialmente immutata, salvo che nei richiami testuali, dell'articolo 111-*bis*, L.F., sull'accertamento dei crediti prededucibili e sul loro concreto soddisfacimento. Recependo un'osservazione della Commissione giustizia della Camera si è soltanto provveduto a rendere esplicito il collegamento con l'articolo 223 del Codice per quanto attiene all'incidenza dei debiti prededucibili sulle singole masse.

Conti speciali

La disposizione di cui all'articolo 223 del Codice è ripetitiva dell'articolo 111-*ter*, L.F. e riguarda la formazione della massa liquida immobiliare e mobiliare e sulla formazione, da parte del curatore, dei relativi conti autonomi.

Crediti assistiti da prelazione

La disposizione di cui all'articolo 224 del Codice ripropone quanto previsto dall'articolo 111-*quater*, L.F., sull'esercizio del diritto di prelazione per i crediti assistiti da privilegio generale sui mobili e per i crediti garantiti da ipoteca e pegno o assistiti da privilegio speciale.

Partecipazione dei creditori ammessi tardivamente

L'articolo 225 del Codice prevede che i creditori ammessi a norma dell'articolo 208 del Codice[1] concorrono solo alle ripartizioni posteriori alla loro ammissione in proporzione del rispettivo credito, salvo il diritto di prelevare le quote che sarebbero loro spettate nelle precedenti ripartizioni se assistiti da cause di prelazione o se il ritardo è dipeso da cause a essi non imputabili.

Ripartizioni e diritti in favore del creditore con domanda tardiva

L'articolo 226 del Codice prevede che il creditore tardivo ha diritto di partecipare al concorso con riferimento alle somme già distribuite nei limiti delle quote che sarebbero a lui spettate nelle precedenti ripartizioni se assistito da cause di prelazione o se il ritardo sia dipeso da cause a lui non imputabili.

Si prevede, altresì, che il titolare di diritti su beni mobili o immobili, se prova che il ritardo è dipeso da causa non imputabile, può chiedere che siano sospese le attività di liquidazione del bene sino all'accertamento del diritto.

Ripartizioni parziali

L'articolo 227 del Codice ripropone fedelmente quanto previsto dall'articolo 113, L.F. in merito ai limiti delle ripartizioni parziali e sulle categorie dei crediti rispetto ai quali devono essere trattenute e depositate somme in caso di ripartizioni parziali.

Scioglimento delle ammissioni con riserva

L'articolo 228 del Codice ripercorre quanto previsto dall'articolo 113-*bis*, L.F..

[1] Sono considerate domande tardive tutte quelle domande di ammissione allo stato passivo trasmesse al curatore oltre il termine di 30 giorni prima dell'udienza fissata per la verifica del passivo e non oltre quello di 6 mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo.

Quando si verifica l'evento che ha determinato l'accoglimento di una domanda con riserva, il giudice delegato modifica lo stato passivo, con decreto, disponendo che la domanda deve intendersi accolta definitivamente.

Restituzione di somme riscosse

La disposizione di cui all'articolo 229 del Codice è ripetitiva dell'articolo 114, L.F. in merito l'irripetibilità dei pagamenti effettuati in esecuzione dei piani di riparto.
I creditori che hanno oltretutto percepito pagamenti non dovuti devono restituire le somme riscosse, oltre agli interessi legali dal momento del pagamento effettuato a loro favore.

Pagamento ai creditori

L'articolo 230 del Codice ripropone fedelmente quanto previsto dall'articolo 115, L.F..
In merito le modalità di pagamento delle somme assegnate ai creditori da parte del curatore e sul pagamento in favore dei creditori cessionari, nulla è stato modificato.

Rendiconto del curatore

L'articolo 231 del Codice ricalca quanto previsto dall'articolo 116, L.F. ma con 2 elementi di diversità e in particolare:
– al comma 1 si prevede che il curatore debba presentare al giudice delegato una descrizione analitica delle operazioni contabili e dell'attività di gestione della procedura, indicando in particolare sia le modalità con cui ha attuato il programma di liquidazione, sia l'esito dell'attività di liquidazione;
– al comma 3 si prevede che la comunicazione del deposito e della fissazione dell'udienza fissata per il rendiconto avvenga con modalità analoghe per tutti i soggetti della procedura e, dunque, anche per il debitore, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 10, L.F. sulle comunicazioni telematiche.

Ripartizione finale

L'articolo 232 del Codice riepiloga quanto già previsto dall'articolo 117, L.F. sulla ripartizione finale dell'attivo liquidato secondo le disposizioni precedenti.
Approvato il conto e liquidato il compenso del curatore, il giudice delegato, sentite le proposte del curatore, ordina il riparto finale.

Nel riparto finale vengono distribuiti anche gli accantonamenti precedentemente fatti. Se il provvedimento non è ancora passato in giudicato, la somma è depositata nei modi stabiliti dal giudice delegato, perché, verificatisi gli eventi indicati, possa essere versata ai creditori cui spetta o fatta oggetto di riparto supplementare fra gli altri creditori. Gli accantonamenti non impediscono la chiusura della procedura.

Nel rispetto delle cause di prelazione, può essere disposto che a singoli creditori siano assegnati, in sostituzione delle somme agli stessi spettanti, crediti di imposta del debitore non ancora rimborsati.

Per i creditori che non si presentano o sono irreperibili le somme dovute sono nuovamente depositate presso l'ufficio postale o la banca. Decorsi 5 anni dal deposito, le somme non riscosse dagli aventi diritto e i relativi interessi, se non richieste da altri creditori, rimasti insoddisfatti, sono versate a cura del depositario all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate, con decreti del Mef, allo stato di previsione del Ministero della giustizia.

Il giudice, su ricorso dei creditori rimasti insoddisfatti che abbiano presentato la richiesta di cui al comma 4, dispone la distribuzione delle somme non riscosse fra i soli richiedenti e in base all'articolo 221 del Codice.

Casi di chiusura

L'articolo 233 del Codice disciplina i casi di chiusura della procedura della liquidazione giudiziale e conferma le ipotesi previste dall'articolo 118, L.F. e precisamente:

a) se nel termine stabilito nella sentenza con cui è stata dichiarata aperta la procedura non sono state proposte domande di ammissione al passivo;

b) quando, anche prima che sia compiuta la ripartizione finale dell'attivo, le ripartizioni ai creditori raggiungono l'intero ammontare dei crediti ammessi, o questi sono in altro modo estinti e sono pagati tutti i debiti e le spese da soddisfare in prededuzione;

c) quando è compiuta la ripartizione finale dell'attivo;

d) quando nel corso della procedura si accerta che la sua prosecuzione non consente di soddisfare, neppure in parte, i creditori concorsuali, né i crediti prededucibili e le spese di procedura.

Nel caso di chiusura di cui al comma 1, lettere a) e b), articolo 233 del Codice il curatore convoca l'assemblea ordinaria dei soci per le deliberazioni necessarie ai fini della ripresa dell'attività o della sua cessazione ovvero per la trattazione di argomenti sollecitati, con richiesta scritta, da un numero di soci che rappresenti il 20% del capitale sociale. La chiusura della procedura di liquidazione giudiziale della società nei casi di cui alle lettere a) e b), articolo 233 del Codice determina anche la chiusura della

procedura estesa ai soci ai sensi dell'articolo 256 del Codice, salvo che nei confronti del socio non sia stata aperta una procedura di liquidazione giudiziale come imprenditore individuale.

È previsto, analogamente all'attuale disciplina, che nell'ipotesi di chiusura di cui alle lettere c) e d), comma 1, articolo 233 del Codice, ove si tratti di procedura di liquidazione giudiziale di società e fatta salva l'ipotesi di chiusura di cui all'articolo 234 del Codice[2], il curatore ne chiede la cancellazione dal Registro Imprese.

Prosecuzione di giudizi e procedimenti esecutivi dopo la chiusura

L'articolo 234 del Codice disciplina la prosecuzione di giudizi e procedimenti esecutivi dopo la chiusura "*anticipata*".

La disposizione contiene gran parte delle norme introdotte con il D.L. 83/2015, le quali avevano implementato in modo rilevante il contenuto dell'articolo 118, L.F., mentre ragioni di chiarezza e sistematiche hanno indotto a disciplinare con autonomo articolo l'ipotesi della chiusura "*anticipata*", la quale si ha, nel caso di chiusura della procedura previsto dalla lettera c), comma 1, articolo 233 del Codice, quando pendono giudizi o procedimenti esecutivi, rispetto ai quali il curatore ha l'esclusiva legittimazione processuale, anche nei successivi stati e gradi del giudizio.

Nell'ipotesi di chiusura "*anticipata*", in deroga all'articolo 132, L.F., anche le rinunzie alle liti e le transazioni sono autorizzate dal giudice delegato. Le somme necessarie per spese future ed eventuali oneri relativi ai giudizi pendenti, nonché le somme ricevute dal curatore per effetto di provvedimenti provvisoriamente esecutivi e non ancora passati in giudicato, sono trattenute dal curatore secondo quanto previsto dall'articolo 232, comma 2 del Codice. È stabilito che, dopo la chiusura della procedura ai sensi della disposizione in esame, le somme ricevute dal curatore per effetto di provvedimenti definitivi e gli eventuali residui degli accantonamenti sono fatti oggetto di riparto supplementare fra i creditori secondo le modalità disposte dal Tribunale con il decreto di cui all'articolo 235 del Codice. In ogni caso, in relazione alle eventuali sopravvenienze attive derivanti dai giudizi pendenti non si fa luogo a riapertura della procedura.

Con il decreto di chiusura, pronunciato ai sensi della disposizione illustrata, il Tribunale impartisce le disposizioni necessarie per il deposito del rapporto riepilogativo previsto dall'articolo 130, comma 9, L.F. di un supplemento di rendiconto, del riparto supplementare e del rapporto riepilogativo finale.

[2] Caso di chiusura della procedura in pendenza di giudizi o procedimenti esecutivi.

La chiusura c.d. "*anticipata*" della procedura non comporta la cancellazione della società dal Registro Imprese, sino alla conclusione dei giudizi in corso e all'effettuazione dei riparti supplementari, anche all'esito delle ulteriori attività liquidatorie che si siano rese necessarie.

La disciplina è completata dalla previsione per la quale, eseguito l'ultimo progetto di ripartizione, il curatore chiede al Tribunale di archiviare con decreto la procedura di liquidazione giudiziale e, entro 10 giorni dal decreto di archiviazione, chiede la cancellazione della società dal Registro Imprese. Il comma 8, articolo 234 del Codice è stato oggetto di modifiche poiché la disposizione non teneva conto dell'eventualità in cui la fase si fosse chiusa con il pagamento integrale dei creditori e delle spese prededucibili, nel qual caso non vi sarebbe motivo di cancellare la società dal Registro Imprese. La norma è stata integrata con la previsione secondo la quale il curatore provveda a convocare l'assemblea dei soci per le opportune deliberazioni[3].

Decreto di chiusura

L'articolo 235 del Codice riproduce il testo dell'articolo 119, L.F. in merito alle modalità di chiusura della procedura, la quale è disposta con decreto reclamabile alla Corte d'Appello, che decide con provvedimento ricorribile per cassazione.

Effetti della chiusura

L'articolo 236 del Codice conferma quanto previsto dall'articolo 120, L.F. e dunque sono riaffermati: la cessazione degli effetti della procedura di liquidazione sul patrimonio del debitore; la cessazione delle incapacità personali dello stesso debitore; la decadenza degli organi preposti alla procedura; l'improseguibilità delle azioni esperite dal curatore, salvo quanto previsto dall'articolo 234 del Codice; il riacquisto, da parte dei creditori, del libero esercizio delle azioni verso il debitore, salvi gli effetti dell'esdebitazione. Infine, si ribadisce che nell'ipotesi di chiusura in pendenza di giudizi ai sensi dell'articolo 234 del Codice, il giudice delegato e il curatore restano in carica ai soli fini di quanto ivi previsto. In nessun caso i creditori possono agire su quanto è oggetto dei giudizi medesimi.

Casi di riapertura della procedura di liquidazione giudiziale

L'articolo 237 del Codice disciplina gli eventuali casi di riapertura della procedura di liquidazione giudiziale riproducendo sostanzialmente quanto previsto dall'articolo 121, L.F. tranne che per il

[3] Cfr. articolo 26 del decreto correttivo "*Modifiche alla parte prima, Titolo V, Capo VI, D.Lgs. 14/2019*".

richiamo all'esdebitazione e viene previsto che salvo vi sia stata la pronuncia in merito l'esdebitazione nei casi preveduti dall'articolo 233, comma 1, lettere c) e d) del Codice, il Tribunale, entro 5 anni dal decreto di chiusura, su istanza del debitore o di qualunque creditore, può ordinare che la liquidazione giudiziale già chiusa sia riaperta, quando risulta che nel patrimonio del debitore esistono attività in misura tale da rendere utile il provvedimento.

Concorso dei vecchi e nuovi creditori

La disposizione di cui all'articolo 238 del Codice ripropone quanto previsto dall'articolo 122, L.F. prevedendo che i creditori concorrono alle nuove ripartizioni per le somme loro dovute al momento della riapertura, dedotto quanto hanno percepito nelle precedenti ripartizioni, salve in ogni caso le cause legittime di prelazione.

Effetti della riapertura sugli atti pregiudizievoli ai creditori

L'articolo 239 del Codice prevede che in caso di riapertura della procedura di liquidazione giudiziale, per le azioni revocatorie relative agli atti del debitore, compiuti dopo la chiusura della procedura, i termini stabiliti dagli articoli 164, 166 e 167, L.F., sono computati dalla data della sentenza di riapertura. Sono privi di effetto nei confronti dei creditori gli atti a titolo gratuito e quelli di cui all'articolo 169, L.F., posteriori alla chiusura e anteriori alla riapertura della procedura.

Proposta di concordato nella liquidazione giudiziale

Si conferma che uno dei modi di chiusura della procedura liquidatoria è il concordato, la cui disciplina non muta rispetto a quella attuale.

Possono dunque proporre il concordato un creditore o un terzo e, al fine di accelerare i tempi di chiusura, la proposta può esser formulata anche prima che lo stato passivo sia stato reso esecutivo a condizione che sia stata tenuta dal debitore una contabilità che, unitamente alle informazioni che può assumere, consenta al curatore di predisporre un elenco provvisorio di creditori dotato di un grado di affidabilità idoneo a farlo approvare dal giudice delegato.

Viene confermato, rispetto alla disciplina vigente, che può proporre il concordato anche il debitore, o una società alla quale egli partecipi o da società sottoposta a comune controllo, ma non prima che sia trascorso un anno dall'apertura della procedura di liquidazione al fine di indurlo a ricercare, avendone la possibilità, soluzioni concordate anticipando quella della liquidazione giudiziale la cui pendenza può indurre i creditori ad accettare proposte di second'ordine. La proposta del debitore non può essere

presentata una volta che siano decorsi 2 anni dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo al fine di non consentirgli di posticipare la soluzione proponendo soluzioni deteriori approfittando dell'aspirazione dei creditori alla sollecita chiusura della procedura.

Un elemento di novità è costituito dalla condizione, imposta al debitore, della necessità che, come nel concordato preventivo liquidatorio, vengano apportate risorse che incrementino il valore dell'attivo di almeno il 10%.

Non vi sono invece novità, rispetto al vigente articolo 124, L.F., quanto al contenuto della proposta che può prevedere la suddivisione dei creditori in classi, il trattamento differenziato tra le classi, un contenuto libero quanto alle modalità satisfattive, il soddisfacimento non integrale dei crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca, purché non inferiore al valore di mercato, in caso di liquidazione giudiziale, dei beni o diritti sui quali grava la prelazione quale attestato da un professionista indipendente iscritto all'albo dei soggetti incaricati dall'Autorità giudiziaria delle funzioni di gestione e di controllo nelle procedure regolate dal Codice dell'insolvenza e nominato dal Tribunale. Si conferma che il trattamento delle varie classi non può alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione.

Si conferma la possibilità per il proponente di limitare il suo impegno ai soli crediti ammessi al passivo anche provvisoriamente e a quelli che hanno proposto opposizione al passivo o presentato domanda tardiva al tempo della proposta.

In presenza di tale limitazione di responsabilità, verso gli altri creditori continua a rispondere il debitore, salvi gli effetti dell'esdebitazione.

Esame della proposta e comunicazione ai creditori

La norma di cui all'articolo 241 del Codice disciplina, analogamente al vigente articolo 125, L.F., l'*iter* della proposta prevedendo che la stessa, una volta acquisito il parere del curatore, che deve indicare anche quale sia il presumibile esito alternativo della liquidazione ed esprimere una valutazione sulle garanzie prestate, sia sottoposta anche al parere del comitato dei creditori. Solo se quest'ultimo è favorevole la proposta prosegue il suo *iter* e il giudice delegato, se la ritiene idonea, ne ordina la comunicazione, unitamente ai pareri acquisiti, ai creditori a mezzo pec specificando dove possono essere reperiti i dati per la sua valutazione e li informa che una eventuale mancata risposta verrà considerata come voto favorevole.

Nel provvedimento è anche indicato il termine entro il quale debbono pervenire eventuali voti non favorevoli.

La norma prende in considerazione anche il caso in cui siano presentate più proposte prima dell' *iter* descritto o comunque prima della comunicazione dell'unica proposta prevedendo che il comitato dei creditori scelga quella da presentare per l'approvazione ma che anche altre proposte possano essere sottoposte ai creditori per il voto se lo chiede il curatore e il giudice delegato le ritiene parimenti convenienti.

Si conferma la diposizione di carattere generale secondo la quale, in caso di mancanza o inerzia del comitato, provvede il giudice delegato.

È necessario anche l'esame da parte del Tribunale circa la correttezza dei criteri utilizzati per la loro formazione se una delle proposte prevede la presenza di classi e condizioni differenziate tra le stesse.

Concordato nel caso di numerosi creditori

L'articolo 242 del Codice ripercorre quanto previsto dall'articolo 126, L.F., prevedendo cosa fare nel caso di un numero rilevante di creditori da coinvolgere nella procedura di concordato.

È data la possibilità al curatore di dare comunicazione ai creditori, in questa situazione, mediante pubblicazione del testo integrale della medesima su uno o più quotidiani a diffusione nazionale o locale anziché singolarmente ai creditori.

Voto nel concordato

L'articolo 243 del Codice dispone, analogamente a quanto previsto dall'articolo 127, L.F., in merito i criteri di ammissione al voto sia nel caso in cui la proposta sia stata presentata prima della definizione dello stato passivo, prevedendo che in tal caso possano votare i creditori inseriti nell'elenco formato dal curatore e autorizzato dal giudice delegato, sia in quello in cui la proposta sia presentata dopo l'intervenuta esecutività dello stato passivo, prevedendo allora che votino i creditori ammessi, anche se provvisoriamente o con riserva.

I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, per i quali è previsto l'integrale pagamento, non hanno diritto al voto a meno che non rinuncino in tutto o in parte (con effetto solo ai fini del concordato) alla prelazione. Nel caso di rinuncia, per la parte non coperta dalla garanzia sono assimilati ai creditori chirografari.

Sono considerati altresì creditori chirografari per la parte residua del credito anche i creditori privilegiati per i quali è previsto il soddisfacimento solo parziale.

I commi da 5 a 7, articolo 243 del Codice prevedono una disciplina particolare ai fini del voto per alcune categorie di creditori: sono esclusi i creditori che hanno particolari rapporti di vicinanza con il debitore

per rapporti familiari o para-familiari oppure per rapporti societari di controllo, e i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della domanda di concordato; sono altresì esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze i creditori in conflitto di interessi e cioè i portatori di un interesse che non sia quello derivante dalle cause legittime di prelazione, in conflitto con il miglior soddisfacimento dei creditori. Può votare solo se inserito in una classe il creditore che propone il concordato e la stessa condizione vale per le società controllate, controllanti o sottoposte a comune controllo.

Infine, per evitare manovre sulle maggioranze, è prevista l'esclusione dal voto dei titolari di crediti trasferiti dopo la sentenza che ha aperto la liquidazione giudiziale, salvo che il trasferimento non sia avvenuto a favore di banche o altri intermediari finanziari, non ritenendosi, in tal caso, sospetto il trasferimento.

Approvazione del concordato nella liquidazione giudiziale

L'articolo 244 del Codice fissa le regole in merito l'approvazione del concordato nella liquidazione giudiziale.

Quanto alla maggioranza occorrente per l'approvazione si conferma la regola, contenuta nell'articolo 128, L.F., del necessario raggiungimento della maggioranza dei crediti ammessi al voto. Nel caso siano previste classi per l'approvazione è necessario che la maggioranza sia raggiunta anche nel maggior numero di classi, ferma restando la regola per cui sono ritenuti consenzienti i creditori che non esprimono il loro dissenso.

Il comma 3, articolo 244 del Codice conferma l'irrilevanza, ai fini del calcolo delle maggioranze, della variazione del numero dei creditori o dell'ammontare dei singoli crediti intervenuti per effetto di provvedimento emessi successivamente alla scadenza del termine per la votazione.

L'ultimo comma dell'articolo 244 del Codice ripropone la disciplina della votazione nel caso in cui siano più le proposte ammesse al voto, prevedendo che risulti approvata quella che ha raggiunto il maggior numero di consensi e, in caso di parità, quella presentata per prima.

Crisi e risanamento n. 50/2022

Osservatorio di giurisprudenza fallimentare

di Massimo Conigliaro – dottore commercialista, pubblicista, Direttore Scientifico Crisi e Risanamento

Rapporti fiscali insorti *ante* fallimento: nullo l'avviso di accertamento senza la notifica anche al fallito

CTR Torino, Sezione III, sentenza n. 1025/2021

La Cassazione con sentenza n. 18002/2016 ha invero stabilito che:

> *"appare dunque ius receptum che l'accertamento tributario, se inerente a crediti i cui presupposti siano insorti prima della dichiarazione di fallimento del contribuente (o nel periodo d'imposta in cui tale dichiarazione è intervenuta) debba essere notificato non solo al curatore – in ragione della partecipazione di detti crediti al concorso fallimentare, o, comunque, della loro idoneità a incidere sulla gestione delle attività e dei beni acquisiti al fallimento - ma anche al contribuente fallito, il quale non è privato, a seguito della dichiarazione di fallimento, della sua qualità di soggetto passivo del rapporto tributario - e resta esposto ai riflessi, anche di carattere sanzionatorio, che conseguono alla definitività dell'atto impositivo. In altri termini, una volta affermata la legitimatio ad processum del contribuente fallito, sia pure di natura suppletiva (per il caso di inerzia, ovvero mancanza di iniziative degli organi fallimentari), si è imposta la necessità, a fini di tutela del diritto di proprietà dei beni e della titolarità dei relativi rapporti giuridici spettanti al fallito, che gli accertamenti tributari siano portati (anche) a sua conoscenza, mediante una notifica ulteriore rispetto a quella effettuata al curatore (Cassazione n. 7561/1995; n. 7308/1996; n. 14997/2000; n. 6937/2002; n. 27263/2006; n. 4235/2006; n. 5671/2006; n. 6393/2006; n. 3020/2007; n. 2910/2009 e CTC n. 2510/2007)".*

Pertanto, l'omessa notifica alla società, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, del pvc e degli avvisi di accertamento ha determinato la nullità dell'imposizione tributaria *de quo*. Si rileva peraltro che lo stesso ufficio verbalizzante sottoscrivesse che, una copia del pvc: "*verrà notificato, ex articolo 60, D.P.R. 600/1973, all'indirizzo indicato come ultima sede dichiarata dalla E. Spa …*", e anche *"uno verrà notificato, ex articolo 60, D.P.R. 600/1973 al Sig. M.T. P. R."*, di fatto mai avvenuto.

Accordo di ristrutturazione dei debiti: l'oggetto della relazione del professionista

Tribunale Milano, 12 dicembre 2021 - Pres. Paluchowski. Est. Vasile

Nell'accordo, l'attestazione del professionista ha a oggetto:

- la veridicità dei dati aziendali, con particolare riferimento ai riscontri effettuati per le singole poste, verificando i valori nominali contenuti nella documentazione contabile prodotta;
- l'attuabilità dell'accordo, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nei termini di Legge.

L'attestazione del professionista è, sotto quest'ultimo aspetto, differente dall'attestazione nel concordato preventivo. Mentre l'esperto nel concordato deve attestare che la proposta assicuri il soddisfacimento dei creditori chirografari almeno nella misura del 20%, nell'accordo, l'esperto deve attestare "*l'idoneità*" del piano "*ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei*". Si tratta, pertanto, di una valutazione prospettica *ex ante* ed evidentemente meno pregnante di quella del concordato preventivo, assimilabile al contenuto di una *negative assurance*. Nell'accordo, difatti, l'imprenditore non assume obbligazioni nei confronti dei creditori estranei, perché le obbligazioni assunte sono quelle preesistenti all'accordo, salva la moratoria di 120 giorni, né i terzi risultano incisi nei loro diritti contrattuali, ma maturano dalla ristrutturazione del debito con i creditori aderenti una ragionevole aspettativa al loro soddisfacimento integrale, di cui viene data contezza nell'attestazione.

Sovraindebitamento: condotta del consumatore e valutazione del merito creditizio da parte del finanziatore

Tribunale Messina, 20 dicembre 2021 - Pres. Minutoli

Il consumatore che abbia chiesto e ottenuto un finanziamento, facendo affidamento sull'obbligo e la capacità dell'intermediario finanziario di valutare preventivamente il merito creditizio, secondo quanto prescritto dall'articolo 124-*bis*, Tub, non può ritenersi responsabile di ricorso a credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali, salvo che non abbia fornito al soggetto finanziatore informazioni false e rilevanti agli effetti della suddetta valutazione. Pertanto, nella valutazione della meritevolezza non può solo guardarsi alla condotta del debitore che, al fine di far fronte alla sua situazione debitoria e a esigenze anche sopravvenute, assume ulteriori obbligazioni, dovendosi anche avere riguardo alla diligenza del creditore e al rispetto da parte di questi del precetto di cui all'articolo 124-*bis*, Tub, norma posta a presidio sia di interessi privatistici a tutela del consumatore, sia di interessi pubblicistici connessi al mercato creditizio. Sicché l'assenza di colpa del consumatore nella

determinazione del proprio sovraindebitamento può essere desunta dalla positiva valutazione, a monte, del c.d. merito creditizio da parte del soggetto finanziatore.

L'azione revocatoria del curatore nei confronti dei subacquirenti

Corte di Cassazione, ordinanza n. 40872/2021 - Pres. Scaldaferri. Est. Pazzi

L'articolo 67, L.F., non facendo alcun riferimento alla sorte dei diritti di coloro che abbiano subacquistato dal primo acquirente del debitore fallito, è inapplicabile agli atti di acquisto dei subacquirenti, dovendosi fare riferimento in questa ipotesi al regime giuridico dell'azione revocatoria ordinaria con salvezza dei diritti acquistati a titolo oneroso da terzi di buona fede. Pertanto, l'azione revocatoria esercitata dal curatore fallimentare, ai sensi dell'articolo 66, comma 2, L.F., nei confronti di terzi aventi causa del primo acquirente del fallito, pur presupponendo l'esercizio della revocatoria fallimentare nei confronti dell'atto dispositivo posto in essere dal fallito che è all'origine della catena dei trasferimenti, e la conseguente dichiarazione d'inefficacia di tale atto, è una revocatoria ordinaria, il cui accoglimento presuppone l'accertamento della mala fede del subacquirente, consistente nella consapevolezza della revocabilità, ai sensi dell'articolo 67, L.F., del trasferimento intervenuto tra il primo *dante causa* e il debitore fallito. Il giudice, una volta pronunciata l'inefficacia dell'atto dispositivo che sta all'origine della catena dei trasferimenti, deve dunque accertare se il primo acquirente abbia compiuto un atto di disposizione del bene così acquistato, impedendo la sua retrocessione in favore della procedura concorsuale, nella consapevolezza delle circostanze che rendevano revocabile l'atto compiuto dal fallito.

La notifica alle parti nel procedimento volto alle misure protettive e cautelari nella composizione negoziata della crisi

Tribunale Roma, 24 dicembre 2021 - Est. Ceccarini

Il ricorso di cui all'articolo 6, D.L. 118/2021, volto a ottenere la conferma delle misure protettive e cautelari funzionali alla composizione negoziata crisi d'impresa, deve essere notificato, a cura della parte ricorrente, unitamente al provvedimento di fissazione dell'udienza:

- all'esperto;
- ai creditori, diversi dai lavoratori, che abbiano promosso procedure esecutive o cautelari nei suoi confronti, o siano intervenuti nei relativi procedimenti;
- agli eventuali destinatari di specifiche misure cautelari formanti oggetto del presente procedimento.

La notifica deve eseguirsi:

- mediante strumenti telematici all'indirizzo pec se disponibile;

- nel caso la pec non sia disponibile, all'indirizzo di posta elettronica non certificata per il quale sia verificata o verificabile la titolarità della singola casella;
- nel caso in cui l'utilizzo delle suddette forme sia impossibile, mediante le forme previste dall'articolo 137 e ss., c.p.c..

Ammissibile il ricorso congiunto di famigliari nella liquidazione del patrimonio

Tribunale Bologna, 24 dicembre 2021 - Est. Florini

Sebbene la norma si riferisca letteralmente ad altre fattispecie, quali "*piano del consumatore*" e "*accordo di ristrutturazione*" dei debiti, è ammissibile l'istanza congiunta di apertura della liquidazione dei patrimoni *ex* articolo 14-*ter*, L. 3/2012, presentata da coniugi (in regime di comunione dei beni) conviventi, membri di unico nucleo familiare e in situazione di sovraindebitamento avente origine in parte comune.

Nel ricorso congiunto per la liquidazione dei patrimoni, vanno comunque tenute distinte le masse attive e passive di pertinenza di ciascun debitore: pertanto, l'attivo ricavato dalla liquidazione di ogni autonomo patrimonio dovrà essere riservato per il riparto – sempre nel rispetto dei principi della concorsualità e dell'ordine delle prelazioni – a favore dei creditori di esclusiva pertinenza del singolo ricorrente (e di quelli eventualmente da soddisfare "*in comune*" con altri condebitori), ma senza poter invece destinare il ricavato dalla liquidazione del patrimonio personale di un certo sovraindebitato al pagamento dei creditori individuali dell'altro ricorrente.

All'apertura della liquidazione del patrimonio, al pari delle altre procedure di sovraindebitamento, consegue l'inopponibilità della cessione del quinto e del pignoramento prezzo terzi in danno del sovraindebitato, per cui da tale data i ratei di prossima scadenza di pregresse "*cessioni del quinto*", e i prelievi futuri collegati a versamenti periodici sottoposti a pignoramento presso terzi sono definitivamente acquisiti alla procedura.

Tali principi appaiono applicabili a maggior ragione alla procedura di liquidazione del patrimonio, caratterizzata da una ancora più spiccata concorsualità; deve pertanto ritenersi applicabile a tutte le procedure di sovraindebitamento l'inopponibilità della cessione del quinto che il nuovo articolo 8, comma 1-*bis*, L. 3/2012 prevede esplicitamente solo per il piano del consumatore.

Legittimazione e interesse all'impugnazione dei crediti ammessi al passivo fallimentare

Corte di Cassazione, sentenza n. 41512/2021 - Pres. Cristiano. Est. Amatore

Entro i termini di decadenza previsti dalla Legge, sono legittimati all'impugnazione dei crediti ammessi, di cui all'articolo 98, comma 3, L.F., tutti i creditori, tempestivi o tardivi, la cui domanda di ammissione

al passivo sia stata accolta definitivamente o sia ancora *sub iudice* per la pendenza dell'opposizione contro il decreto di rigetto, nonché i creditori tardivi la cui domanda non sia stata ancora esaminata. L'interesse all'impugnazione dei crediti tempestivi di colui che abbia avanzato domanda di ammissione tardiva allo stato passivo sorge sin dal momento della proposizione di tale domanda e permane sino a quando l'impugnante non veda definitivamente accertata l'insussistenza del suo diritto a partecipare al concorso, salva l'ipotesi che il credito in contestazione non venga definitivamente soddisfatto in sede di riparto prima che la domanda tardiva sia stata esaminata.

Legittimazione processuale dell'*ex* amministratore della società fallita

CTR Puglia, sentenza n. 3419/2021 - Pres. Dima - Rel. Cazzolla

L'*ex* amministratore della Srl, dichiarata fallita, è legittimato a impugnare gli avvisi di accertamento emessi dall'Agenzia delle entrate, relativamente all'omesso pagamento dell'Iva, Ires e Irap, cui il curatore non abbia ritenuto di opporsi, avendone interesse in ragione della carica rivestita nella società, riferendosi i debiti erariali rivendicati dall'Amministrazione finanziaria, al periodo antecedente la dichiarazione di fallimento e potendosi determinare pregiudizio anche patrimoniale nella sfera della fallita e dello stesso ricorrente.

Il parere dell'esperto in relazione alle misure protettive e cautelari nella composizione negoziata crisi d'impresa

Tribunale Firenze, 29 dicembre 2021 - Est. Legnaioli

L'esperto ha dato atto del contenuto dell'istanza, dello stato delle trattative, al momento non ancora avviate stante il poco tempo disponibile ma di cui è verosimile l'avvio nelle prossime settimane, dell'attività svolta fino all'udienza, e consistita nell'acquisizione di informazioni presso l'imprenditore e l'organo di controllo, dell'esito delle analisi di cui al *test* pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento e delle motivate modifiche dal medesimo esperto apportate, e ha concluso per l'assenza di controindicazioni alla conferma delle misure protettive richieste.

In particolare l'esperto, con riferimento all'analisi di coerenza del piano con la *check list*, ha riferito che l'impresa non ha ancora redatto un piano di risanamento, anche se ha già predisposto un previsionale/*budget* per i prossimi 3 anni, secondo il quale sulla scia della "*ripresa*" dei volumi d'affari che si è incominciata a intravedere negli ultimi mesi, e sulla scorta delle assunzioni alla base del piano in costruzione, si prevede — anche grazie agli investimenti già effettuati e alla riorganizzazione del *business* in atto — di riportare il fatturato a livelli adeguati.

L'esperto, riservandosi ogni attenta verifica delle previsioni e dei *budget* relativi agli anni a venire, ha ottenuto conferma da parte dell'organo di controllo (sindaci, che effettuano anche la revisione contabile) dell'affidabilità e correttezza della situazione contabile aggiornata allegata all'istanza di nomina, della completezza del quadro fornito dall'imprenditore nonché dell'adeguatezza allo stato dell'assetto amministrativo della società.

Sulla base delle informazioni fino a questo momento a disposizione e del citato parere dell'esperto, sussista con riferimento alla società ricorrente una ragionevole probabilità di perseguire il risanamento e che le misure protettive prodottesi fin dal momento della pubblicazione dell'istanza nel Registro Imprese — divieto per tutti i creditori di acquisire diritti di prelazione se non concordati nonché di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari — e di cui oggi si chiede la conferma, siano strumentali al buon esito delle trattative, in procinto di essere avviate, le quali potrebbero essere pregiudicate da iniziative individuali dei creditori e che impedirebbero il piano di risanamento.

Ancora strettoie per la prededucibilità dei crediti del consulente del debitore nel concordato

Corte di Cassazione, sentenza n. 42093/2021

Il credito del professionista incaricato dal debitore di ausilio tecnico per l'accesso al concordato preventivo o il perfezionamento dei relativi atti è considerato prededucibile, anche nel successivo e consecutivo fallimento, se la relativa prestazione, anteriore o posteriore alla domanda di cui all'articolo 161, L.F., sia stata funzionale, ai sensi dell'articolo 111, comma 2, L.F., alle finalità della prima procedura, contribuendo con inerenza necessaria, secondo un giudizio "*ex ante*" rimesso all'apprezzamento del giudice del merito, alla conservazione o all'incremento dei valori aziendali dell'impresa, sempre che il debitore venga ammesso alla procedura ai sensi dell'articolo 163, L.F., ciò permettendo istituzionalmente ai creditori, cui la proposta è rivolta, di potersi esprimere sulla stessa; restano impregiudicate, da un lato, la possibile ammissione al passivo, con l'eventuale causa di prelazione e, per l'altro, la non ammissione, totale o parziale, del singolo credito ove si accerti l'inadempimento della obbligazione assunta o la partecipazione del professionista ad attività fraudatoria.

Concordato preventivo e contratti pendenti

Tribunale Treviso, 3 gennaio 2022 - Pres. Burra. Est. Uliana

È possibile concedere la sospensione inaudita altera parte *ex* articolo 169-*bis*, L.F. di contratti d'appalto per scongiurare l'evenienza che le controparti contrattuali, a seguito della notifica dell'istanza di

sospensione, diano impulso a iniziative risarcitorie e all'escussione delle garanzie fideiussorie, con la probabile conseguenza di rendere inattuabile il piano e la proposta di concordato per effetto dell'aumento della prededuzione gravante sulla massa dei creditori, fatta salva la conferma del provvedimento di sospensione all'esito del contraddittorio instaurato con le controparti contrattuali.

Cram down erariale e contributivo: al giudice delegato il sindacato sulle contestazioni relative al trattamento dei crediti

Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, decreto 11 gennaio 2022 - Pres. Quaranta, Est. Sodano

Alla luce dell'articolo 180, L.F. – per come modificato dal D.L. 125/2020 e dal D.L. 118/2021 – il Tribunale può procedere all'omologazione del concordato preventivo sia nell'ipotesi in cui l'Amministrazione finanziaria abbia votato in senso contrario, sia nel caso in cui non abbia espresso alcun voto, stante l'operatività della regola del silenzio-dissenso prevista dall'articolo 178, L.F., purché il voto dell'amministrazione abbia carattere decisivo. Sussistendo tali condizioni – e sempre che la proposta sia conveniente per il Fisco rispetto all'alternativa liquidatoria – il voto negativo o il silenzio dell'Amministrazione dovrà essere convertito in voto favorevole, con la conseguenza che le classi composte da crediti fiscali o contributivi andranno conteggiate come favorevoli e il concordato omologato, spettando al giudice fallimentare il sindacato sulle contestazioni inerenti i profili eminentemente concorsuali del trattamento dei crediti tributari.

Composizione negoziata crisi d'impresa: il parere dell'esperto determinante ai fini delle misure protettive

Tribunale Milano, 17 gennaio 2022 - Est. Pipicelli

Il proseguimento delle azioni esecutive ostacola le trattative in corso e non consente il rispetto della *par condicio* nonché l'operatività della continuità aziendale, trattandosi di pignoramenti presso terzi che interessano i conti correnti aziendali; evidente è pertanto la strumentalità della conferma delle misure protettive alla buona riuscita delle trattative con tutti i creditori e al sereno svolgimento della composizione negoziata e della ristrutturazione aziendale già prospettata dall'esperto nelle linee essenziali; appare verosimile che almeno alcuni dei creditori possano mutare il proprio convincimento e partecipare in modo effettivo e proficuo alle trattative non appena potranno conoscere le linee guida del risanamento aziendale nonché l'utilità a essi assicurata per effetto della continuità, fatti a oggi non conoscibili, proprio per lo stadio embrionale in cui si trova il procedimento di composizione negoziata.

Nel momento in cui è chiamato a confermare o meno le misure protettive, il Tribunale non può che operare, un bilanciamento tra gli interessi del debitore e le aspettative dei creditori, valutando come utile il percorso di risanamento intrapreso, in base alle inequivoche dichiarazioni dell'esperto. La complessità del passivo e della ristrutturazione aziendale, le dimensioni rilevanti della società per azioni, la moltitudine dei creditori chirografari coinvolti, la contrarietà preliminare alle trattative espressa da molti di quelli uditi in udienza (che fa pensare alla necessità di un lungo percorso di ristrutturazione e di plurimi incontri con l'esperto compositore), sono circostanze che suggeriscono per il complesso corso della composizione negoziata l'accoglimento delle misure protettive nel termine massimo di 120 giorni, in assenza di una richiesta di minor termine da parte della proponente. Nel momento in cui è chiamato a confermare o meno le misure protettive, il Tribunale non può che operare un bilanciamento tra gli interessi del debitore e le aspettative dei creditori, valutando come utile il percorso di risanamento intrapreso sulla base alle inequivoche dichiarazioni dell'esperto, il quale dovrà verificare l'esistenza di una concreta e ragionevole prospettiva di risanamento con ragionamento congruo, non contraddittorio.

Finanziamento garantito da SACE: il credito ammesso al passivo anche in caso di revoca

Corte di Cassazione, ordinanza n. 1453/2022 - Pres. Genovese. Est. Mercolino

In caso di fallimento del beneficiario del finanziamento di un progetto di investimento e internazionalizzazione e garantito dell'articolo 11-*quinquies*, D.L. 35/2005, convertito con modificazioni dalla L. 80/2005, l'ente concedente può insinuare il proprio credito al passivo, anche nel caso in cui il pagamento, effettuato dopo l'apertura della procedura concorsuale, non sia risultato interamente satisfattorio per l'istituto di credito, il quale abbia a sua volta ottenuto l'ammissione al passivo.

La busta paga costituisce prova del credito nell'accertamento del passivo

Corte di Cassazione, ordinanza n. 1649/2022 - Pre. Genovese, Est. Falabella

In tema di accertamento del passivo fallimentare, le copie delle buste paga rilasciate al lavoratore dal datore di lavoro, ove munite, alternativamente, della firma, della sigla o del timbro di quest'ultimo, hanno piena efficacia probatoria del credito insinuato, alla stregua del loro contenuto, obbligatorio e penalmente sanzionato, ferma restando la facoltà del curatore di contestarne le risultanze con altri mezzi di prova, ovvero con specifiche deduzioni e argomentazioni volte a dimostrarne l'inesattezza, la cui valutazione è rimessa al prudente apprezzamento del giudice.

Composizione e misure protettive: condizioni per la loro conferma da parte del Tribunale

Tribunale Milano, ordinanza 26 gennaio 2022 - Est. Pascale

Nella relazione ritualmente depositata, l'esperto ha dato atto della sussistenza di condizioni idonee – allo stato e salvi gli ulteriori necessari approfondimenti - a consentire il superamento dello stato di crisi. In detta cornice e stante l'insussistenza di iniziative esecutive o cautelari da parte dei creditori, le misure protettive hanno l'esclusiva funzione di consentire l'avvio e la prosecuzione di trattative con i creditori in una prospettiva non sbilanciata. In base a quanto riferito dall'esperto, essendo allo stato la società ferma, possono confermarsi le misure richieste per la durata di giorni 120 come da istanza. Per quanto concerne il procedimento prefallimentare pendente, parte istante avrà cura di trasmettere il presente provvedimento al GR per le valutazioni di competenza. Il giudice pertanto conferma le misure protettive richieste, stabilendo che i creditori per titolo o causa anteriore alla data di pubblicazione dell'istanza non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio dell'istante o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa, né possono acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'istante, anche se non sono inibiti i pagamenti spontanei; fissa per tali misure protettive concesse il termine massimo di durata di 120 giorni decorrenti dalla pubblicazione dell'istanza; avverte che ai sensi di legge sono esclusi dalle misure protettive i diritti di credito dei lavoratori e che dal giorno della pubblicazione dell'istanza e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, la sentenza dichiarativa di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata.

Composizione negoziata della crisi e soggetti legittimati passivi

Tribunale di Roma, ordinanza 2 febbraio 2022 - Est. Ceccarini

In tema di composizione negoziata, nel procedimento per la conferma delle misure protettive *ex* articolo 7, D.L. 118/2021, non sono legittimati passivi, né il creditore istante il fallimento – che invero sconta un divieto *ex lege* di pronuncia della relativa declaratoria –, né l'intera massa dei creditori astrattamente in grado di promuovere azioni esecutive nei confronti del debitore; legittimati passivi sono, per converso, i soli creditori specificamente individuati dal ricorrente e concretamente limitati dalle misure richieste, ferma restando la possibilità di tutti gli altri di acquisire nuovi diritti di prelazione e di avviare nuove iniziative esecutive in costanza di percorso di composizione.

NEWS
Euroconference
L'INFORMAZIONE QUOTIDIANA DA PROFESSIONISTA A PROFESSIONISTA

L'**informazione quotidiana**, attenta e completa, disponibile **gratuitamente**

NOTIZIE E APPROFONDIMENTI PER I PROFESSIONISTI DI TUTTA ITALIA

IscriviTi alla mailing list e rimani informato su tutte le news

www.ecnews.it

EDITORE E PROPRIETARIO
Gruppo Euroconference Spa
Via E. Fermi, 11 - 37135 Verona

DIRETTORE RESPONSABILE
Fabio Garrini

DIREZIONE E COORDINAMENTO SCIENTIFICO
Massimo Conigliaro – dottore commercialista e revisore legale in Siracusa, pubblicista

COMITATO SCIENTIFICO
Fabio Battaglia - dottore commercialista in Arezzo, Studio Galeotti Flori Firenze
Domenica Capezzera - giudice delegato Tribunale di Pescara
Ernestina De Medio - avvocato in Chieti
Nicla Corvacchiola - dottore commercialista in Pescara
Lorenzo Salvatore - Notaio in Verona
Alessandro Solidoro - dottore commercialista, professore a contratto Università Bicocca di Milano
Roberta Zorloni - presidente Associazione Concorsualisti Milano

REDAZIONE
Milena Martini e Chiara Ridolfi

Registrazione del Tribunale di Verona n.1995 del 5 settembre 2013
Iscrizione ROC 13 marzo 2017 n.28049
ISSN 2499-1015

SERVIZIO CLIENTI
Per informazioni sull'abbonamento scrivere a:
circolari@euroconference.it

SITO INTERNET
Per informazioni e ordini:
www.euroconference.it/editoria

I numeri arretrati sono disponibili nell'area riservata, accessibile tramite le proprie credenziali dal *link*: http://www.euroconference.it/area_riservata_login.
In caso di smarrimento delle *password* è possibile utilizzare la funzionalità "Hai dimenticato la password?" disponibile nella pagina di login.

PERIODICITÀ E DISTRIBUZIONE
Bimestrale
Vendita esclusiva per abbonamento

ABBONAMENTO ANNUALE 2022
Euro 180 Iva esclusa

Per i contenuti di "Crisi e risanamento" Gruppo Euroconference Spa comunica di aver assolto agli obblighi derivanti dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi. La violazione dei diritti dei titolari del diritto d'autore e dei diritti connessi comporta l'applicazione delle sanzioni previste dal capo III del titolo III della legge 22.04.1941 n.633 e succ. mod.
Tutti i contenuti presenti sul nostro sito *web* e nel materiale scientifico edito da Gruppo Euroconference Spa sono soggetti a *copyright*. Qualsiasi riproduzione e divulgazione e/o utilizzo anche parziale, non autorizzato espressamente da Gruppo Euroconference Spa è vietato. La violazione sarà perseguita a norma di legge. Gli autori e l'editore declinano ogni responsabilità per eventuali errori e/o inesattezze relative all'elaborazione dei contenuti presenti nelle riviste e testi editi e/o nel materiale pubblicato nelle dispense. Gli autori, pur garantendo la massima affidabilità dell'opera, non rispondono di danni derivanti dall'uso dei dati e delle notizie ivi contenute. L'editore non risponde di eventuali danni causati da involontari refusi o errori di stampa.