Euroconference Editoria

CRISI E RISANAMENTO

Strumenti, tecniche e soluzioni concorsuali

Diritto

Le novità del Decreto correttivo – Parte seconda

di Nicla Corvacchiola 3

La sospensione della perdita di capitale a causa all'emergenza epidemiologica

di Federico Colognato e Valeria Marocchio 13

Spunti di riflessione sul sovraindebitamento al tempo del Covid-19

di Domenica Capezzera 25

Decreto Liquidità: le misure di finanza per le imprese in difficoltà

di Fabio Battaglia 35

La continuità aziendale nei bilanci 2019 e 2020 ai tempi del Coronavirus

di Massimo Buongiorno 51

Prescrizione del credito tributario e competenza del giudice delegato

di Ernestina De Medio 60

La cessione del quinto nelle procedure di sovraindebitamento

di Benedetto Favata 70

La tempestività del ricorso alle procedure di sovraindebitamento

di Giulio Pennisi 78

Operatività

Appalti pubblici e concordato in bianco dopo lo "*sblocca cantieri*"

di Stefano Cassamagnaghi 86

Rimborsi Iva e fallimento: le criticità per la curatela fallimentare

di Gianfranco Antico 96

La rielaborazione dei piani concordatari alla luce della pandemia

di Alessandro Solidoro 106

La coesistenza del rapporto di lavoro dirigenziale e di amministratore nella liquidazione giudiziale

di Teo Quarzo 116

Il Codice della Crisi sulla scrivania

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

di Massimo Conigliaro e Nicla Corvacchiola 126

Osservatorio

Osservatorio di giurisprudenza fallimentare

di Massimo Conigliaro 135

Crisi e risanamento n. 40/2020

Le novità del Decreto correttivo – Parte seconda

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

Continua l'analisi del primo Decreto correttivo approvato dal CdM nella seduta del 13 febbraio 2020 e ora all'esame delle commissioni parlamentari, rubricato "Disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma 1, L. 20/2019, al D.Lgs. 14/2019", recante "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della L. 155/2017", che come si legge in una nota del Governo, chiarisce il contenuto di alcune disposizioni e apporta modifiche dirette a meglio coordinare la disciplina dei diversi istituti previsti dal Codice della crisi e dell'insolvenza.
Nel presente articolo sarà posta attenzione alle modifiche apportate alla normativa del concordato sia esso minore (articolo 74 e ss., del Codice) sia quello preventivo (articolo 84 e ss., del Codice) per concludere con le prime modifiche introdotte in tema di liquidazione giudiziale.

Premessa

Prima di continuare la disamina del Decreto correttivo è opportuno segnalare come il D.L. 23/2020, contenente "*Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali",* c.d. "Decreto Liquidità", all'articolo 5 modifica l'articolo 389, D.Lgs. 14/2019 "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza rinviando l'entrata in vigore dello stesso al 1° settembre 2021 *"... salvo quanto previsto al comma 2*". Il comma 2, articolo 389, D.Lgs. 14/2019 prevede: "*gli articoli 27, comma 1, 350, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387 e 388 entrano in vigore il trentesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del presente Decreto*" (NdA 8 aprile 2020).

Il Legislatore alla base di tale scelta di rinvio ha addotto le seguenti e condivisibili motivazioni:

– la novità più rilevante del Codice è rappresentata proprio dalla introduzione del sistema delle c.d. misure di allerta, volte a provocare l'emersione anticipata della crisi delle imprese: in una situazione in cui l'intero tessuto economico mondiale risulta colpito da una gravissima forma di crisi, il sistema

dell'allerta potrebbe produrre risultati marcatamente disfunzionali, anche a danno di imprese sane (e che vivono una fase di temporanea crisi proprio per la pandemia in atto);

– l'obiettivo perseguito dal Codice è quello di garantire nella forma più ampia possibile il salvataggio delle imprese e della loro continuità: la sua applicazione in questa fase frustrerebbe irrimediabilmente tale obiettivo;

– in una situazione di sofferenza economica generalizzata, è preferibile che gli operatori possano utilizzare strumenti noti, che garantiscono una maggiore stabilità a livello applicativo;

– il differimento consentirà di allineare il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza alla emananda normativa di attuazione della Direttiva UE 1023/2019 in materia di ristrutturazione preventiva delle imprese.

Sul rinvio dell'entrata in vigore anche il Consiglio di Stato ha preso con favore la scelta e attraverso la Sezione Consultiva degli Atti ha precisato che:

> *«si tratta di scelta opportuna per evitare che il codice entri in vigore in un momento prossimo all'attuale emergenza sanitaria che, inevitabilmente, sta già causando pesanti ripercussioni sull'economia. In questo periodo potranno anche individuarsi differenti regole per la gestione delle crisi d'impresa derivanti dall'emergenza sanitaria, differenziando semmai il trattamento delle crisi economiche in cui le imprese si trovavano già prima dell'emergenza sanitaria da quelle derivanti dalla predetta emergenza».*

Il Consiglio di Stato è intervenuto anche sul contenuto del Decreto correttivo, attraverso la Sezione Consultiva per gli Atti, che ha reso il parere sulle disposizioni integrative e correttive in esso contenute. Nel dettaglio, la Sezione ha rilevato la necessità di rivedere il testo del Decreto correttivo per adeguarlo alle circolari della Presidenza del CdM del 20 aprile 2001, n. 1.1.26/10888/9.92 (Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi) e del 2 maggio 2001, n. 1/1.1.26/10888/9.92 (Guida alla redazione dei testi normativi). Viene inoltre osservato che l'Amministrazione ha spesso sostituito integralmente interi articoli e commi anche per aggiunte e inserimenti minimi. A tal proposito la Sezione raccomanda pertanto di formulare il Decreto Correttivo con la tecnica della novella, limitandolo alle sole disposizioni effettivamente modificate, così evitando la riproduzione integrale nel Decreto di intere disposizioni identiche a quelle contenute nel D.Lgs. 14/2019.

Modifiche alla disciplina del concordato minore

L'articolo 12 del Decreto correttivo interviene sulla disciplina del concordato minore e, più in particolare:

– sull'articolo 74, comma 3 del Codice prevedendo esplicitamente l'obbligatorietà della formazione delle classi per i creditori titolari di garanzie prestate da terzi. Si tratta di una modifica diretta a colmare una lacuna della disciplina introdotta dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza sul modello del concordato "maggiore" (articolo 85 del Codice), sia pure attribuendo rilievo al solo caso in cui i creditori siano titolari di garanzie esterne. Ciò in considerazione della tendenziale minore portata della situazione di crisi o di insolvenza che danno origine alla procedura, sì da mantenere fermo l'obiettivo di riservare alla regolazione di queste crisi "minori" strumenti più semplici e snelli. Gli obiettivi perseguiti sono quelli di rendere effettivo il diritto dei creditori a valutare la convenienza della proposta disponendo di informazioni adeguate e di garantire la trasparenza del meccanismo di formazione della maggioranza. In questo modo, peraltro, viene data attuazione alla prescrizione dell'articolo 9, § 4, Direttiva UE 2019/1023, ai sensi del quale gli Stati membri provvedono affinché le parti interessate siano trattate in classi distinte che rispecchiano una sufficiente comunanza di interessi e che "*come minimo, i creditori che vantano crediti garantiti e non garantiti sono trattati in classi distinte ai fini dell'adozione del piano di ristrutturazione*";

– attraverso la riformulazione del comma 1, articolo 79 colmando la lacuna presente nel Codice sulla formazione delle maggioranze, prevedendo che quando sono previste diverse classi di creditori, il concordato minore è approvato se la maggioranza dei crediti ammessi al voto è raggiunta anche nel maggior numero di classi. Il nuovo comma 2 completa la disciplina delle ipotesi di esclusione dal voto di quanti si trovino in situazione, accertata o presunta, di conflitto di interessi e il comma 4 allinea la disciplina a quella del concordato preventivo (articolo 266, comma 1 del Codice), consentendo di derogare, in virtù di patto espresso, al principio dell'estensione degli effetti del concordato ai soci illimitatamente responsabili;

– in tema di omologa del concordato minore, interviene sull'articolo 80 del Codice, eliminando, dal comma 4, la previsione secondo la quale il creditore che ha colpevolmente determinato la situazione di indebitamento o il suo aggravamento, non può far valere cause di inammissibilità che non derivino da comportamenti dolosi del debitore. Si tratta di sanzione irragionevole, soprattutto considerato che l'ammissibilità costituisce in ogni caso oggetto di verifica che l'Autorità giudiziaria deve svolgere d'ufficio;

– sull'articolo 81 del Codice rubricato "*esecuzione del concordato minore*", in coerenza con la nuova formulazione dell'articolo 71 del Codice. Anche in questo caso, fermo il principio generale secondo il quale all'esecuzione provvede il debitore sotto la vigilanza dell'OCC, il nuovo comma 1, allo scopo di garantire trasparenza all'attività liquidatoria e dunque che da essa consegua il miglior risultato

possibile, prevede che le vendite e le cessioni abbiano luogo tramite procedure competitive, anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base di stime effettuate da operatori esperti, fatta eccezione per i beni di modico valore, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati. Negli altri commi viene recuperato il disposto dell'articolo 13, commi 3 e 4, L. 3/2012, al fine sia di attribuire effetto purgativo alle vendite, consentendo la cancellazione dei vincoli esistenti sui beni liquidati in esecuzione del piano, sia di garantire che, in mancanza di spossessamento, i creditori concorrenti non siano pregiudicati da atti o pagamenti posti in essere dal debitore in violazione del piano. Inoltre, l'improprio riferimento al rendiconto, che di regola è atto di chi è chiamato a svolgere un'attività gestoria, viene sostituito dalla previsione della necessità del deposito di una relazione finale sull'esecuzione del piano. È stato infine riformulato l'originario comma 5 (ora comma 6) che aveva suscitato incertezze interpretative, poiché sembrava irragionevolmente escludere il diritto dell'OCC al compenso anche quando il piano concordatario omologato non possa essere attuato per cause non riconducibili alla condotta dell'organismo e comunque estranee alla sua sfera di controllo.

Modifiche alla disciplina del concordato

L'articolo 13 modifica alcuni articoli in tema di concordato preventivo e in particolare:

– allo scopo di meglio precisare le nozioni di continuità aziendale e di prevalenza al fine di evitare contrasti interpretativi sull'articolo 84 del Codice. La nuova disciplina del concordato preventivo risulta essere all'interno del nuovo Codice, come una delle disposizioni maggiormente innovative. La riformulazione del comma 2 è dunque diretta a chiarire, ai fini della continuità indiretta, che il requisito della stipulazione in data antecedente al deposito del ricorso si riferisce al solo affitto di azienda e che gli altri negozi in forza dei quali l'azienda può essere gestita da un soggetto diverso dal debitore devono essere stipulati in esecuzione del piano. Il comma 3 è stato invece riformulato al fine di escludere la precisazione secondo la quale la cessione del magazzino non è incompatibile con la continuità aziendale, perché ovvia e tuttavia possibile fonte di incertezze interpretative in relazione alle imprese che non svolgano attività di produzione di beni, nonché al fine di rendere il secondo periodo di più agevole lettura, sostituendo all'espressione "di quelli" le parole "dei lavoratori";

– interviene sugli articoli 86 e 87 del Codice al fine di prevenire possibili incertezze interpretative sul primo, chiarendo che la moratoria per il pagamento dei crediti assistiti da cause di prelazione, legittima esclusivamente nel concordato in continuità, non può mai eccedere i 2 anni dall'omologazione; e integrando il secondo con la previsione secondo la quale, se il concordato è in continuità, il piano deve

contenere anche il piano industriale e l'evidenziazione dei suoi effetti sul piano finanziario in modo da rendere più facilmente verificabile la ragionevolezza degli assunti posti a fondamento del piano e, con essi, dell'attestazione che lo accompagna;

– in tema di trattamento dei crediti tributari e contributivi nel concordato preventivo sull'articolo 88 del Codice, apportandovi minime modifiche di ordine lessicale dirette ad esplicitare meglio l'ambito applicativo della disposizione ed a renderne più scorrevole la lettura;

– sull'articolo 91 del Codice, riformulando il comma 1 in modo più chiaro e meglio esplicitando che la pubblicità diretta all'acquisizione di offerte concorrenti deve essere effettuata solo nei casi in cui il piano di concordato comprenda già un'offerta irrevocabile di affitto o acquisto dell'azienda o di rami d'azienda o di specifici beni.

Modifiche in tema presentazione della domanda

L'articolo 15 del Decreto correttivo sempre in tema di concordato preventivo apporta modifiche:

– all'articolo 94 del Codice, che disciplina gli effetti della presentazione della domanda di concordato preventivo, precisando, con la modifica introdotta al comma 3, che il giudice delegato può autorizzare atti di straordinaria amministrazione prima dell'omologazione del concordato solo dopo aver sentito il commissario giudiziale. Si tratta, ovviamente, di parere non vincolante per l'Autorità giudiziaria. Scopo dell'intervento, tuttavia, è garantire che non sfuggano al giudice importanti elementi di valutazione sulla coerenza dell'atto con il piano concordatario, sulla sua convenienza sotto il profilo economico, sull'utilità che esso venga autorizzato prima dell'omologazione; in sintesi, sull'effettiva funzionalità al miglior soddisfacimento dei creditori dell'atto che il debitore vuole compiere prima dell'omologazione. Il nuovo comma 6 regola in modo più puntuale l'ipotesi in cui sia urgente procedere all'alienazione o all'affitto di azienda, di rami di azienda e di specifici beni autorizzati e consente al Tribunale di autorizzare il negozio senza far luogo a pubblicità e alle procedure competitive se l'espletamento delle procedure ordinarie potrebbe compromettere l'interesse dei creditori al miglior soddisfacimento. Si precisa, infatti, che il pregiudizio temuto deve essere irreparabile, rendendo così più evidente il carattere eccezionale della deroga alla regola della necessaria competitività della liquidazione nelle procedure concorsuali. Si prevede, inoltre, che, in aggiunta alla pubblicità già prevista dalla norma, deve essere data comunicazione del provvedimento e del compimento dell'atto a tutti i creditori per consentire loro di contestare il provvedimento stesso ove lo ritengano adottato in assenza dei suoi presupposti e lesivo dei loro interessi;

– riscrive integralmente l'articolo 97 del Codice, rubricato "*contratti pendenti*":

1. al comma 1, ripristina la previsione, presente nell'articolo 186-*bis*, L.F., dell'inefficacia di patti che autorizzino il recesso o consentano lo scioglimento di contratti pendenti al momento del deposito della domanda di accesso al concordato preventivo;
2. al comma 6, disciplina la fase intercorrente tra la data della notificazione dell'istanza di sospensione o di scioglimento e la data della notificazione del provvedimento di accoglimento al fine di evitare che la mancata esecuzione delle prestazioni dovute dal debitore istante nel tempo durante il quale il Tribunale decide sull'istanza consenta alla controparte *in bonis* di provocare la risoluzione di diritto del contratto, così vanificando la regola generale stabilita dal comma 1 della disposizione. Si prevede dunque che la controparte cui sia stata notificata l'istanza di sospensione o di scioglimento non possa esigere dal debitore le prestazioni dovute né invocare la risoluzione di diritto del contratto per il mancato adempimento di obbligazioni venute a scadenza dopo il deposito della domanda di accesso al concordato preventivo;
3. al comma 12, riformula il primo e il terzo periodo, al solo scopo di rendere più scorrevole la lettura della disposizione al fine di evitare che una scrittura poco chiara determini incertezze sul piano interpretativo. Infine, viene introdotto il comma 14 in modo da tener conto delle peculiarità dei contratti di finanziamento bancario c.d. "autoliquidanti". Si tratta dei rapporti nei quali una parte, il cui interesse è quello di fruire dell'immediata disponibilità di crediti non ancora scaduti vantati verso soggetti terzi, cede in varie forme tali crediti a un intermediario a fronte del finanziamento erogato. Tra le operazioni autoliquidanti rientrano, ad esempio (e senza pretesa di esaustività), le operazioni di anticipo su fatture, le anticipazioni al salvo buon fine, i finanziamenti a fronte di cessioni di credito, altri anticipi su crediti commerciali e lo sconto di portafoglio commerciale. In tutte tali ipotesi la restituzione di quanto anticipato richiede un ruolo attivo da parte dell'istituto di credito che ha erogato il finanziamento. L'attività di riscossione, in questo ambito, è certamente ancillare alla prestazione principale, ma, al tempo stesso, ne costituisce una modalità essenziale.

In materia esiste un vivace contrasto giurisprudenziale e dunque esistono incertezze sul piano interpretativo che incidono negativamente sulla propensione degli istituti di credito a sostenere l'attività delle imprese che abbiano presentato domanda di concordato preventivo, anche in considerazione di condotte opportunistiche che nella prassi si sono a volte riscontrate da parte dei debitori beneficiari del finanziamento. La nuova disposizione, al fine di sanare i contrasti interpretativi, prevede in modo espresso che anche la riscossione diretta da parte del finanziatore nei confronti dei terzi debitori della parte finanziata costituisce prestazione principale ai sensi del comma 1, articolo 97 del Codice. Ciò vuol dire che l'erogazione dell'anticipazione da parte del

finanziatore non esaurisce le obbligazioni a suo carico e che, tra queste, vi è quella di procedere alla riscossione dei crediti del finanziato, sicché, fino a quando l'attività di riscossione non sia stata ultimata, il contratto deve considerarsi pendente. Diviene conseguentemente superflua la regola posta dall'(originario) articolo 99, comma 2 del Codice, secondo la quale anche il mantenimento di linee di credito autoliquidanti costituisce, se autorizzato, finanziamento prededucibile. I contratti pendenti, infatti, proseguono durante il concordato preventivo senza necessità di autorizzazione alcuna e la prosecuzione genera debiti che devono essere soddisfatti in prededuzione. In questa prospettiva, è apparso invece necessario disciplinare gli effetti dello scioglimento del contratto, ove autorizzato dal Tribunale. Si è previsto che, in tal caso, il finanziatore abbia diritto di riscuotere e trattenere le somme corrisposte dai terzi debitori fino al rimborso integrale delle anticipazioni effettuate nel periodo compreso tra i 120 giorni antecedenti il deposito della domanda di accesso al concordato preventivo e la notificazione del provvedimento che ha autorizzato lo scioglimento. La possibilità di trattenere le somme riscosse nei limiti di quanto erogato alla parte finanziata è coerente con la natura e le modalità di esecuzione del contratto; il limite temporale rappresenta il frutto di un bilanciamento di contrapposte esigenze, avendo come obiettivo quello di evitare che il finanziatore possa recuperare, in danno degli altri creditori, importi divenuti ingenti a causa di un inadempimento dell'obbligazione restitutoria protratto nel tempo, in presenza del quale una gestione del rapporto improntata a correttezza e buona fede avrebbe dovuto imporre la revoca delle linee di credito concesse. Nella quantificazione del termine si è tenuto conto dei termini normali di adempimento secondo le più diffuse prassi commerciali;

– in tema di finanziamenti prededucibili autorizzati prima dell'omologazione del concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti sull'articolo 99 del Codice sopprime l'originario comma 2 e con esso la previsione secondo la quale la richiesta può avere a oggetto anche il mantenimento delle linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda, divenuto superfluo alla luce del nuovo articolo 97, comma 14 del Codice e reintroducendo, al comma 5 la previsione, già contenuta nell'articolo 182-*quater*, comma 2, L.F., secondo la quale le previsioni di cui ai commi da 1 a 4 si applicano anche ai finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dal relativo piano e purché, in caso di concordato preventivo, la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il Tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato ovvero, in caso di accordi di ristrutturazione, purché essi siano omologati.

Modifiche in tema di operazioni del commissario giudiziale

La disposizione contenuta nell'articolo 16 del Decreto correttivo interviene:

– sull'articolo 105 del Codice, rubricato "*Operazioni e relazione del commissario*" al fine di reintrodurre, conformemente a quanto attualmente prevede l'articolo 172, L.F., la regola secondo la quale le relazioni redatte dal commissario giudiziale in vista del voto sulla proposta di concordato preventivo devono essere trasmesse anche al P.M - affinchè quest'ultimo venga a conoscenza degli esiti delle verifiche svolte dal commissario giudiziale, in particolar modo sulle cause del dissesto;

– sull'articolo 106 del Codice, al comma 2, prevedendo esplicitamente che in caso di mancato deposito della somma che il debitore deve versare, ai sensi dell'articolo 47, comma 1, lettera d) per le spese di procedura, come quantificata dal Tribunale con il decreto di apertura del concordato, si apre il procedimento volto alla revoca del decreto di apertura del concordato preventivo. Con la modifica del comma 3 si chiarisce, invece, che in presenza di atti di frode accertati il Tribunale provvede in ogni caso alla revoca del decreto di cui all'articolo 47 e fa luogo all'apertura della liquidazione giudiziale solo se un creditore o il p.m. ne abbia fatto istanza.

Modifiche in tema di voto

L'articolo 17 del Decreto correttivo interviene:

– sull'articolo 107 del Codice, che disciplina il voto dei creditori nel concordato preventivo, meglio fissando le scansioni temporali del procedimento. Viene così stabilito:

1. che la Relazione finale del commissario deve essere comunicata ai creditori almeno 7 giorni (invece di cinque) prima della data iniziale del voto, in modo da assicurare loro un più ampio *spatium deliberandi*;
2. che i provvedimenti adottati dal giudice delegato per risolvere eventuali contestazioni, ad esempio sulla legittimazione al voto, ma anche sull'ammissibilità delle proposte concorrenti, debbano essere comunicati almeno 2 giorni prima della data iniziale stabilita per il voto;

– sull'articolo 108 del Codice, che disciplina l'ammissione provvisoria dei crediti contestati. L'eliminazione dell'adunanza dei creditori quale luogo di discussione e confronto sulla convenienza della proposta, ma anche quale luogo di immediata risoluzione da parte del giudice delegato delle questioni inerenti al voto, rende infatti necessaria una disciplina di maggiore dettaglio rispetto a quella dell'originario articolo 108 del Codice, che, nella sostanza, ripete il suo contenuto dall'articolo 176, L.F.. Si è dunque previsto che la decisione del giudice delegato di ammettere un credito al voto in via

provvisoria debba essere comunicata ai sensi dell'articolo 107, comma 7 del Codice e dunque ai medesimi soggetti e nel rispetto del medesimo termine. Si è stabilito inoltre che in mancanza di una decisione espressa del giudice delegato, tempestivamente comunicata, i creditori siano ammessi ad esprimere il voto sulla base dell'elenco redatto dal commissario giudiziale. In questo caso, mancando un provvedimento del giudice delegato contro il quale possa essere eventualmente proposto reclamo, non si forma alcuna preclusione endoprocedimentale ed è dunque espressamente fatto salvo il diritto di contestare l'ammissione (o l'esclusione dal) al voto mediante opposizione all'omologazione.

Modifiche in tema di omologazione

Il successivo articolo 18 del Decreto correttivo modifica:

– il comma 6, articolo 118 del Codice, precisando che il provvedimento di nomina dell'amministratore giudiziario deve essere iscritto nel Registro Imprese. La disposizione ricalca quella dell'articolo 103 disposizioni attuative cod. civ. in relazione all'analogo provvedimento adottato ai sensi dell'articolo 2409, cod. civ., giacché è evidente che tale disciplina costituisce il modello al quale il Legislatore delegato ha fatto riferimento nel prevedere la possibilità di nomina dell'amministratore giudiziario incaricato di dare compiuta esecuzione alla proposta di concordato;

– sulla disciplina della risoluzione del concordato preventivo, riscrive l'articolo 119 del Codice. Al comma 1, il termine "richiesta" è sostituito dal termine "istanza", in conformità con l'articolo 6, comma 1, lettera m), L. 155/2017, a sottolineare il carattere formale dell'atto che il creditore deve indirizzare al commissario giudiziale. Introduce, inoltre, il comma 7 che, al fine di dirimere un contrasto interpretativo non sopito neppure successivamente agli interventi della Corte di cassazione (ve n'è traccia, ad esempio, in Cassazione n. 26002/2019), stabilisce che l'apertura della liquidazione giudiziale presuppone la risoluzione del concordato preventivo, fatta eccezione per il caso in cui lo stato di insolvenza consegua a debiti sorti successivamente al deposito della domanda di apertura del concordato preventivo e dunque a debiti non qualificabili come concorsuali all'interno della prima procedura.

Modifiche in materia di liquidazione giudiziale

L'articolo 19 del Decreto interviene su alcuni articoli che disciplinano la nuova liquidazione giudiziale ed in particolare:

– sull'articolo 125 del Codice innanzitutto chiarendo, attraverso l'aggiunta dell'avverbio "già", che il registro nazionale di cui al comma 4 non è un registro di nuova istituzione, ma quello istituito

dall'articolo 28, L.F., comma 5, a seguito delle modifiche introdotte dal D.L. 83/2015, convertito, con modificazioni, dalla L. 132/2015. Viene inoltre eliminato l'erroneo riferimento al "fallimento" e il testo viene integrato tenendo conto delle modificazioni introdotte dall'articolo 14, D.Lgs. 97/2016 in ordine al contenuto del predetto registro (con esclusione unicamente del riferimento ai provvedimenti che attestano l'esecuzione del concordato, non previsti dal D.Lgs. 14/2019);

– sull'articolo 128 del Codice al fine di chiarire, prevenendo ogni incertezza interpretativa, che, non diversamente da quanto già prevede la legge fallimentare, la scelta dei difensori spetta sempre al curatore, anche nei casi in cui, per stare in giudizio, è necessaria l'autorizzazione il giudice delegato;

– sull'articolo 130 del Codice ricollegando le modifiche introdotte all'articolo 198 del Codice in tema di obbligo di redazione del bilancio dell'ultimo esercizio quando, alla data di apertura della liquidazione giudiziale, lo stesso non sia stato presentato dal debitore. Secondo la legge fallimentare e secondo il D.Lgs. 14/2019 in questi casi l'obbligo di redazione del bilancio grava sul curatore. La norma vigente deresponsabilizza il debitore e rende ardua la redazione del bilancio secondo un criterio di continuità, poiché è evidente che il curatore non dispone, soprattutto nei primi mesi successivi all'apertura della procedura, dei medesimi elementi di conoscenza in possesso del debitore. Si è dunque prevista una modifica dell'articolo 198, onerando della redazione e presentazione del bilancio dell'ultimo esercizio il debitore ed il curatore solo in via sussidiaria, nel caso in cui il primo non vi abbia provveduto. Si è conseguentemente modificato anche l'articolo 130, comma 2 del Codice, prevedendo che il pubblico ministero, così come deve essere informato del mancato deposito dei documenti di cui all'articolo 49, comma 3, lettera c), sia informato anche dell'inosservanza dell'obbligo di procedere alla presentazione del bilancio. Il comma 4, come modificato, dispone che detto bilancio sia allegato alla relazione del curatore, unitamente al rendiconto di gestione di cui all'articolo 2487-*bis*, cod. civ., come modificato dal presente provvedimento.

Crisi e risanamento n. 40/2020

La sospensione della perdita di capitale a causa all'emergenza epidemiologica

di Federico Colognato – avvocato

Valeria Marocchio – dottoressa in giurisprudenza

L'emergenza Covid-19 e la prospettiva di una consequenziale stagnazione economica, ha spinto il Legislatore ad adottare una serie di misure urgenti volte a mitigare le conseguenze pregiudizievoli che potrebbero riverberarsi sui bilanci delle imprese, operando un vero e proprio depotenziamento di alcuni capisaldi del codice civile.
Tra le previsioni di maggior impatto sul sistema societario vigente apportate, da ultimo dal Decreto "Liquidità" ha previsto la sospensione temporanea delle norme codicistiche in tema di perdite rilevanti del capitale – sia nel caso di perdite oltre il terzo del capitale (articolo 2446, commi 2 e 3, cod. civ. e articolo 2482-bis, commi 4, 5 e 6, cod. civ.), sia nel caso di azzeramento del capitale (articoli 2447 e 2482-ter, cod. civ.) - e in tema di scioglimento delle società a causa di perdite rilevanti non ripianate (ex articoli 2484, n. 4 e 2545-duodecies, cod. civ.).

Il Decreto "Liquidità" e le passività nelle società di capitali

L'intervento normativo di cui al Decreto Legge "Liquidità" 23/2020[1], si fonda sugli attuali orientamenti assunti dall'Unione Europea, che, alla luce degli effetti dell'emergenza in corso, consentono il più ampio intervento da parte degli Stati membri attraverso l'adozione di strumenti atti a salvaguardare le imprese da una potenziale e grave crisi di liquidità[2].

In particolare, il Capo II del Decreto Liquidità contiene, come recita la stessa rubrica, un pacchetto di "*misure urgenti per garantire la continuità delle imprese colpite dall'emergenza Covid-19*".

La prima novità riguarda l'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza[3] che è differita al 1° settembre 2021, data la necessità di affrontare le prossime situazioni di crisi con uno strumento già noto e maturato dalla prassi quale appunto la vigente Legge Fallimentare [4].

[1] Pubblicato in G.U. in data 9 aprile 2020, recante «*misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali*» convertito con modificazioni dalla L. 40/2020.
[2] Relazione Illustrativa, v. sub articolo 1, *cit.*.
[3] Articolo 5.
[4] «*In questo quadro macroeconomico l'opportunità di disporre il rinvio integrale dell'entrata in vigore del D.Lgs. 14/2019 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della L. 155/2017) appare evidenziata da una nutrita serie di considerazioni. La prima si riferisce a quella che costituisce la novità più rilevante del Codice, e cioè il sistema delle c.d. misure di allerta, volte a provocare l'emersione anticipata della crisi delle imprese. Il*

Si precisa, tuttavia, che mantengono pieno vigore quelle norme che, *ex* articolo 389, comma 2, del Codice, sono entrate in vigore sin dal trentesimo giorno della pubblicazione in G. U. della Riforma Fallimentare, quali, ad esempio: la disposizione *ex* articoli 2086, comma 2 e 2475, cod. civ., in tema di gestione dell'impresa e responsabilità degli amministratori [5], ed *ex* articolo 2409, cod. civ., in tema di controllo giudiziario nelle Srl[6], nonché, al superamento dei limiti imposti dall'articolo 2477, cod. civ., la nomina obbligatoria dell'organo di controllo, entro l'approvazione del bilancio relativo all'esercizio 2019[7].

Sempre in materia fallimentare, tutti i ricorsi *ex* articoli 15 e 195, L.F. e articolo 3, D.Lgs. 270/1999, depositati nel periodo tra il 9 marzo 2020 e il 30 giugno 2020, sono dichiarati improcedibili (salvo che la richiesta sia presentata dal P.M., unitamente alla domanda di emissione dei provvedimenti *ex* articolo 15, comma 8, L.F.).

Per cercare di garantire la sopravvivenza delle procedure di concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione, promossi in epoca anteriore all'emergenza del Covid-19:

1. è disposta una proroga di 6 mesi dei termini di adempimento dei concordati preventivi e degli accordi di ristrutturazione che, già omologati da parte del Tribunale alla data del 23 febbraio 2020[8], abbiano scadenza tra il 23 febbraio 2020 e il 31 dicembre 2021;
2. in relazione ai suddetti procedimenti pendenti, è concesso al debitore di ottenere dal Tribunale un nuovo termine per elaborare *ex novo* una proposta di concordato o un accordo di ristrutturazione, alla luce della mutata situazione economica;
3. nella introduzione di un nuovo termine di proroga (sino a 90 giorni) di cui si può avvalere il debitore cui sia stato concesso, alternativamente, termine *ex* articolo 161, comma 6, L.F. (c.d. "preconcordato" o "concordato in bianco") o termine *ex* articolo 182-*bis*, comma 7, L.F.[9].

---

sistema dell'allerta, infatti, è stato concepito nell'ottica di un quadro economico stabile e caratterizzato da oscillazioni fisiologiche, all'interno del quale, quindi, la preponderanza delle imprese non sia colpita dalla crisi, e nel quale sia possibile conseguentemente concentrare gli strumenti predisposti dal codice sulle imprese che presentino criticità. In una situazione in cui l'intero tessuto economico mondiale risulta colpito da una gravissima forma di crisi, invece, gli indicatori non potrebbero svolgere alcun concreto ruolo selettivo, finendo di fatto per mancare quello che è il proprio obiettivo ed anzi generando effetti potenzialmente sfavorevoli. La seconda si riferisce a quella che la filosofia di fondo del Codice e cioè quella di operare nell'ottica di un quanto più ampio possibile salvataggio delle imprese e della loro continuità, adottando lo strumento liquidatorio (quello che ancora oggi è definito fallimento) come extrema ratio, cui ricorrere in assenza di concrete alternative....» Relazione Illustrativa, v. sub articolo 5, *cit.*.

[5] Cfr. L. Salvatore, *"La gestione sociale della Srl: il "tramonto" dei soci e dell'assemblea amministratrice"*, in Crisi e risanamento n. 34/2019.

[6] Si veda L. Salvatore, *"La "conferma" normativa del controllo giudiziario ex articolo2409 nelle Srl e le responsabilità degli amministratori"*, in Crisi e risanamento n. 36/2019.

[7] Il cui termine per la prima convocazione dell'assemblea per l'approvazione del bilancio è stato prorogato dall'articolo 106 del Decreto Cura Italia, come infra precisato, al 28 giugno 2020. Sul punto si veda anche circolare Assonime del 18 marzo 2020, "Decreto "Cura Italia". Assemblee societarie: flessibilità dei tempi di convocazione delle assemblee di bilancio e possibilità di tenere assemblee a porte chiuse", reperibile presso http://www.assonime.it/Stampa/Documents/Decreto%20Cura%20Italia_Assemblee.pdf secondo cui «*L'utilizzo del termine più ampio non deve essere motivato da parte della società. Il termine di 180 giorni dovrebbe intendersi riferito alla data di "prima convocazione" dell'assemblea*».

[8] *i.e.* la data "ufficiale" di inizio dell'emergenza epidemiologica.

[9] Articolo 9.

Al fine di incentivare la raccolta di risorse delle imprese, per i finanziamenti posti in essere dai soci delle stesse tra il 9 aprile 2020[10] e il 31 dicembre 2020 è sospesa l'applicazione degli articoli 2467 e 2497-*quinquies*, cod. civ.[11] che prevedono la postergazione del rimborso dei finanziamenti dei soci (o delle società che esercitano attività di direzione e coordinamento o altri soggetti collegati alle stesse) rispetto agli altri creditori, se effettuati in un momento di squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria per la quale sarebbe stato ragionevole un conferimento a capitale.

La *ratio* degli articoli 2467 e 2497-*quinquies,* cod. civ., infatti, è quella di sanzionare indirettamente i fenomeni di c.d. "sottocapitalizzazione nominale", e cioè di quelle situazioni in cui la società dispone dei mezzi per l'esercizio dell'impresa, ma questi sono in minima parte imputati a capitale, perché risultano per lo più concessi sotto forma di finanziamento.

Nell'attuale situazione congiunturale, tuttavia, l'applicazione di tale sanzione civilistica risulta eccessivamente disincentivante a fronte di un quadro economico che necessita – temporaneamente – di un maggior coinvolgimento dei soci nell'accrescimento della finanza societaria[12].

Normativa emergenziale: la redazione del bilancio

Le misure emergenziali apportate con il Decreto Liquidità fanno seguito alle altre di matrice societaria contenute nel D.L. 18/2020 (c.d. "Cura Italia")[13], che hanno concesso:

1. la facoltà di estendere il termine per la convocazione dell'assemblea annuale di approvazione del bilancio a 180 giorni dalla chiusura dell'esercizio 2019 (dunque in deroga a quanto previsto dagli articoli 2364, comma 2, e 2478-*bis,* cod. civ. e alle relative previsioni statutarie)[14];
2. l'intervento in assemblea e l'espressione del voto mediante mezzi alternativi (voto a distanza con collegamento audio/audio-video, voto per corrispondenza, etc.), in assenza o anche in contrato con disposizioni normative vigenti o statutarie[15].

Il Legislatore, data la coincidenza della pandemia con il periodo "caldo" di approvazione dei bilanci societari chiusi al 31 dicembre 2019 (la cui assemblea si sarebbe dovuta convocare, in prima convocazione, entro il 29 aprile u.s., salvo diversa previsione statutaria), ha infatti inteso neutralizzare

[10] Data di entrata in vigore del Decreto Liquidità.
[11] Da notare che l'articolo 2497-*quinquies,* cod. civ., dettato in tema di Srl, è pacificamente ritenuto applicabile anche alle Spa.
[12] Così la Relazione Illustrativa dello stesso Decreto, v. sub articolo 8 «*Disposizioni temporanee in materia di finanziamenti alle società*», *cit.*.
[13] Pubblicato nella G.U. del 17 marzo 2020 e rubricato «*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19*», convertito con modificazioni dalla L. 27/2020 (G.U. 29 aprile 2020, n. 110).
[14] Articolo 106, D.L. 18/2020.
[15] Sul punto, sia consentito il rinvio a V. Marocchio – F. Colognato, "*Lo svolgimento delle assemblee durante l'emergenza epidemiologica da COVID-19. Casi straordinari di assemblea digitale e atto a distanza*", in corso di pubblicazione presso la Rivista delle operazioni straordinarie.

il rischio di una paralisi societaria, data l'impossibilità "fisica" per i soci di riunirsi tempestivamente per approvare i bilanci dell'esercizio 2019.

Inevitabilmente, però, la prospettiva di continuità aziendale dell'attività potrebbe essere falsata (se non pregiudicata gravemente) dal periodo di *lockdown* delle impresa che ha reso difficile, se non impossibile, la vendita della relativa merce[16].

Quali saranno, allora, i criteri a cui gli amministratori dovranno attenersi nella redazione dei bilanci e nella confezione dei documenti allegati agli stessi?

A tal riguardo, l'articolo 7 del Decreto Liquidità prevede che:

> *Nella redazione del bilancio di esercizio in corso al 31 dicembre 2020, la valutazione delle voci nella prospettiva della continuazione dell'attività di cui all'articolo 2423-bis, comma 1, n. 1), cod. civ. può comunque essere operata se risulta sussistente nell'ultimo bilancio di esercizio chiuso in data anteriore al 23 febbraio 2020, fatta salva la previsione di cui all'articolo 106 D.L. 18/2020, convertito, con modificazioni, dalla L. 27/2020 .... Il criterio di valutazione è specificamente illustrato nella nota informativa anche mediante il richiamo delle risultanze del bilancio precedente»; tale disposizione si applica «anche ai bilanci chiusi entro il 23 febbraio 2020 e non ancora approvati»*[17].

Conseguentemente, nella redazione del bilancio di esercizio chiuso al 31 dicembre 2019 (qualora non ancora approvato *ex* articolo 106, D.L. 18/2020)[18] nonché di quello dell'esercizio 2020 ancora in corso, le voci di bilancio potranno continuare a essere valutate – con scelta rimessa agli amministratori – nella prospettiva della continuità aziendale (se questa era sussistente anche nell'ultimo bilancio d'esercizio chiuso in data anteriore al 23 febbraio 2020) e non in un'ottica liquidatoria.

Qualora gli amministratori abbiano, quindi, ritenuto di ricorrere alla previsione di cui all'articolo 7 del Decreto Liquidità, in deroga a quanto previsto dall'articolo 2423-*bis*, comma 1, n. 1), cod. civ. e ai Principi contabili Oic 29 e Ias 1, «*per i bilanci al tempo del coronavirus la valutazione della continuità aziendale si baserà sul recente passato anziché sul futuro prossimo*»[19].

---

[16] Per un quadro d'insieme, vedi F. Calò – G. Capodaglio – V. Dangarska – G. Ricci – I. Tozzi, "*Gli effetti della pandemia sui bilanci delle imprese italiane*", in Crisi d'Impresa e Insolvenza, 23 aprile 2020.

[17] Pare potersi ritenere, che la norma riguardi anche i bilanci intermedi i bilanci consolidati, la cui approvazione dovesse intervenire medio tempore.

[18] La disposizione, come indicato dal comma 2, troverà applicazione anche ai bilanci relativi all'esercizio chiuso al 31 dicembre 2019, qualora la società abbia deciso di avvalersi del termine "lungo" di 180 giorni per convocare, in prima convocazione, l'assemblea dei soci per l'approvazione del bilancio previsto dall'articolo 106 del Decreto "Cura Italia". Tale precisazione si è resa necessaria per la circostanza che il blocco delle attività (verificatosi il 23 febbraio 2020) non dovrebbe aver inciso, in generale, sui bilanci chiusi al 31 dicembre 2019. Tuttavia, essendo gli amministratori obbligati a dare conto nella Nota integrativa dei fatti di rilievo verificatisi dopo la chiusura dell'esercizio - in assenza della norma eccezionale di cui all'articolo 7 del D.L. Liquidità – gli effetti economico-finanziari originati dalla pandemia avrebbero dispiegato effetti negativi sulla valutazione della sussistenza del criterio della continuità aziendale (e dunque delle singole voci di bilancio) anche nell'esercizio 2019.

[19] A. Bongi, "*Il decreto sulla liquidità delle imprese tenta di salvaguardare i conti delle aziende - Bilanci con sguardo al passato*", ItaliaOggi, 8 aprile 2020, *cit.*.

L'utilizzo dei criteri "derogatori" di valutazione dovrà, poi, essere specificamente illustrato nella Nota integrativa anche mediante richiamo alle risultanze del bilancio precedente.

È bene sottolineare che, di tale deroga nella valutazione dell'attività aziendale, potranno godere soltanto le imprese il cui ultimo bilancio approvato evidenziasse una situazione di continuità, deterioratasi soltanto a causa dell'emergenza economico-sanitaria frattanto insorta.

La *ratio* della deroga normativa deriva, infatti, dalla consapevolezza degli effetti dirompenti e abnormi che l'epidemia di Covid-19 e il relativo *lockdown* produrrà sulle prospettive aziendali: la situazione anomala che si è determinata comporterebbe (ove si applicassero le regole "ordinarie", elaborate con riferimento a un panorama fisiologico e non patologico) l'obbligo, per una notevolissima quantità di imprese, di redigere i bilanci dell'esercizio in corso[20] senza la possibilità di adottare l'ottica della continuità aziendale, con grave pregiudizio su tutte le voci del bilancio medesimo.

Si è così consentito alle imprese che, prima della crisi, presentavano una regolare prospettiva di continuità, di conservare tale prospettiva nella redazione dei bilanci degli esercizi in corso, ed escludendo, quindi, le imprese che, indipendentemente dalla crisi Covid-19, si trovavano autonomamente in stato di perdita di continuità.

La norma in commento (ripetiamo, eccezionale e temporanea) mira anche a tutelare le esigenze di informativa di terzi (*in primis* i creditori), consentendo a tutti i soggetti economici coinvolti di affrontare le difficoltà dell'emergenza Covid-19 con una chiara rappresentazione della realtà dell'impresa, riclassificando la gravità della eccezionale situazione patologica alla luce della situazione fisiologica precedente[21].

Ciò consentirà anche ai revisori legali di esprimere un giudizio, depurato dagli effetti negativi dell'emergenza in corso, sulla continuità aziendale dell'impresa soggetta a revisione, e pertanto:

– se già gli esercizi chiusi prima del 23 febbraio u.s. suscitavano dubbi, o addirittura certezze, in ordine alla perdita di continuità del soggetto revisionato, allora i revisori non avranno difficoltà nell'esprimere il loro giudizio (che sarà al più "aggravato");

– qualora invece le difficoltà economico-finanziarie dovessero essere solo conseguenza delle misure restrittive e di prevenzione sanitaria iniziate dopo la suddetta data, i revisori potranno non basare il loro giudizio in ordine alla continuità aziendale, ma concentrarsi sui risultati "*in bonis*" dell'ultimo bilancio approvato.

[20] Sia quelli chiusi al 31 dicembre 2019 ma il cui bilancio non sia stato ancora approvato, in forza della proroga dei termini per la convocazione della relativa assemblea *ex* articolo 106 del Decreto Cura Italia, sia quelli che si chiuderanno al 31 dicembre 2020. Vedi supra nota 18.

[21] Relazione Illustrativa, vedi sub articolo 7, *cit.*.

Gli amministratori e i revisori potranno esprimere, quindi, un giudizio sulla prospettiva futura dell'attività dell'impresa basandosi, non sull'arco temporale futuro dei 12 mesi successivi alla chiusura dell'esercizio in corso, ma ancorando le loro valutazioni sui dati emergenti dall'ultimo bilancio approvato prima dell'emergenza da Covid-19[22].

Normativa emergenziale: il capitale e le perdite

Qualora dal bilancio, anche ricorrendo alla valutazione della continuità "al passato", risultassero perdite "rilevanti" di esercizio?

A tal riguardo, il Legislatore ha previsto, sempre quale disposizione temporanea, che, a decorrere dalla data del 9 aprile u.s. e fino alla data del 31 dicembre 2020:

> *«per le fattispecie verificatesi nel corso degli esercizi chiusi entro la predetta data non si applicano gli articoli 2446, commi 2 e 3, 2447, 2482-bis, commi 4, 5 e 5, e 2482-ter, cod. civ.».*

Inoltre,

> *«per lo stesso periodo non opera la 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.»*[23].

Conseguentemente, nell'arco temporale compreso tra il 9 aprile 2020 e il 31 dicembre 2020, non troveranno applicazione le norme che:

– in caso di perdita superiore al terzo del capitale sociale, impongono all'assemblea che approva il bilancio dell'esercizio successivo di deliberare la riduzione del capitale in proporzione alle perdite accertate (articolo 2446, commi 2 e 3, cod. civ. e articolo 2482-*bis*, commi 4, 5 e 6, cod. civ.);

– in caso di perdita superiore al terzo del capitale sociale che riduce il capitale al di sotto del minimo legale, impongono di deliberare immediatamente la riduzione del capitale e il contemporaneo aumento a importo non inferiore al minimo legale, oppure la trasformazione della società (articolo 2447, cod. civ. e articolo 2482-*ter*, cod. civ.);

– in caso di mancata ricostituzione del capitale legale minimo, comportano lo scioglimento della società con conseguente apertura della fase di liquidazione (articolo 2484, comma 1, n. 4, cod. civ. e articolo 2545-*duodecies*, cod. civ.)[24].

---

[22] V. *amplius* A. Bongi, ult. op. *cit.*.

[23] Articolo 6 «*Disposizioni temporanee in materia di riduzione del capitale*».

[24] È da notare come la disposizione di cui all'articolo 6 riecheggi, sostanzialmente, quella dettata per le start-up innovative dall'articolo 26, comma 1, D.L. 179/2012 (convertito con L. 221/2012), relativa: alla posticipazione al secondo esercizio successivo del termine di cui agli articoli 2446, comma 2, e 2482-*bis*, comma 4, cod. civ.; alla possibilità di deliberare, in alternativa all'immediata riduzione del capitale e al contemporaneo aumento del medesimo a una cifra non inferiore al minimo legale, il rinvio di tali decisioni alla chiusura dell'esercizio successivo; nonché alla inoperatività, fino alla chiusura di tale esercizio, della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del

Con la sospensione delle suddette norme, si è inteso evitare che la perdita del capitale, dovuta alla crisi da Covid-19 e verificatasi nel corso degli esercizi che si chiuderanno al 31 dicembre 2020, ponga gli amministratori di un numero elevatissimo di imprese nell'alternativa tra l'immediata messa in liquidazione (con perdita della prospettiva di continuità per imprese anche performanti), ed il rischio di esporsi alla responsabilità per gestione non conservativa ai sensi dell'articolo 2486, cod. civ..

Per quanto riguarda il caso della riduzione del capitale per perdite superiori al terzo, quindi, l'efficacia della sospensione è circoscritta (oltre che temporalmente) ai soli commi 2 e 3, articolo 2446 e ai commi 4, 5 e 6, articolo 2482-*bis*, cod. civ. e pertanto: l'organo amministrativo (o, in caso di sua inerzia, quello di controllo), al manifestarsi di perdite rilevanti, dovrà comunque attivarsi "senza indugio" convocando l'assemblea dei soci e redigendo la relazione sulla situazione patrimoniale da sottoporre all'assemblea medesima per l'assunzione degli "opportuni provvedimenti".

Come precisato anche dalla Relazione Illustrativa, infatti, «*resta invece ferma la previsione in tema di informativa ai soci, peraltro prevista, per la società per azioni, dall'articolo 58 della Direttiva 1132/2017*» e, pertanto, in caso di perdita grave del capitale sottoscritto, l'assemblea deve essere comunque convocata per essere messa a conoscenza della situazione patrimoniale della società e potersi esprimere in merito ai provvedimenti da adottare.

La norma emergenziale consente, per il caso di perdita superiore al terzo e nel caso in cui la società si trovi nell'esercizio "successivo" di cui agli articoli 2446, comma 2, o 2482-*bis*, comma 4, cod. civ.:

- all'assemblea dei soci, a seguito del recepimento dell'informativa contenuta nella relazione sulla situazione patrimoniale formulata dall'organo amministrativo e con il parere dell'organo di controllo, di non essere obbligata ad assumere alcun provvedimento[25],
- agli amministratori e ai sindaci (e al soggetto incaricato della revisione legale dei conti, nelle Srl) di non dover ricorrere al Tribunale per la riduzione coattiva del capitale sociale (articoli 2446, comma 2, e 2482-*bis*, commi 4-5, cod. civ.).

Per quanto riguarda, invece, il caso della riduzione del capitale per perdite superiori al terzo ed erosive del capitale legale minimo, il Decreto Liquidità sospenderebbe l'intera normativa "ordinaria" (ivi inclusi gli obblighi di informativa ai soci). Tuttavia, onde non incorrere in una disparità di trattamento, deve ritenersi comunque fatto salvo l'obbligo[26] di convocare l'assemblea dei soci al fine di accertare la

capitale sociale di cui agli articoli 2484, 1°, n. 4), e 2545-*duodecies,* cod. civ.. Cfr. M. Borio, ""*Decreto Liquidità": disposizioni in materia societaria*", in Federnotizie, 14 Aprile 2020, *cit.*.

[25] Ripianare le perdite mediante versamenti, ridurre ed aumentare il capitale, deliberare la trasformazione della società.

[26] Ritenuta pacificamente applicabile in via analogica, pur nel silenzio degli articoli 2447 e 2482-*ter*, cod. civ..

relativa situazione patrimoniale (come confermato dalla Relazione Illustrativa, nel periodo conclusivo sopra richiamato).

Anche in caso di perdite che erodono il capitale sociale oltre il minimo legale o lo azzerano completamente, si consente, quindi, all'assemblea dei soci, debitamente informata e convocata, di non porre in essere alcun provvedimento che comporti l'uscita dalla situazione di perdita "rilevante", ma rinviandola all'esercizio successivo a quello in cui è stata accertata.

Consentendo il "riporto" a nuovo delle perdite (anche se rilevanti e anche se comportanti l'azzeramento del capitale sociale):

1. non opererà nemmeno la causa di scioglimento, in caso di impossibilità o mancata volontà da parte dei soci di ripianare le perdite e ricostituire il capitale al minimo legale (*ex* articolo 2484, comma 1, n. 4, cod. civ. per le società di capitali e articolo 2545-*duodecies*, cod. civ. per le società cooperative);
2. gli amministratori non dovranno accertare il verificarsi di alcuna causa di scioglimento del capitale per perdite né porre la società in liquidazione (articolo 2484 e ss., cod. civ.).

L'intervento normativo esonera così gli amministratori da addebiti di responsabilità per mancata attivazione delle opportune procedure di rilevazione dello stato di crisi, di ripianamento delle perdite e di attivazione della procedura liquidatoria della società.

Non deve trascurarsi il fatto che, comunque, tali deroghe sono da coordinare con quanto non sospeso dalla decretazione d'emergenza come, per esempio, la normativa in tema di responsabilità sulla gestione (che fa capo – sempre e comunque – agli amministratori).

Si deve, poi, tener conto anche del fatto che, proprio perché temporanea, la disposizione in commento avrà il solo effetto di ritardare al bilancio successivo (meglio precisato al paragrafo successivo) l'attivazione dei meccanismi "ordinari" per far fronte alla perdita rilevante o all'azzeramento del capitale sociale.

L'intervento del Legislatore italiano pare, dunque, diretto a realizzare 2 obiettivi principali: garantire un più ampio termine per la raccolta delle risorse utili a rafforzare patrimonialmente la società; sollevare, per un anno, gli organi societari da impegnativi oneri e procedimenti finanziari nell'attuale contesto di crisi, confidando nel recupero fisiologico degli andamenti bilancistici (che, in assenza del *lockdown*, si presume avrebbero proseguito nell'andamento positivo precedente).

La decisione circa l'eventuale rinvio a nuovo o l'immediata riduzione del capitale o altro provvedimento ordinario, poi, per espressa volontà legislativa non può essere rimessa all'organo amministrativo: rendendo inapplicabile l'articolo 2446, comma 3, cod. civ., il Decreto Liquidità ha, infatti, escluso la

possibilità per gli amministratori, in forza di una clausola statutaria o di una deliberazione già esistente o adottata *ad hoc*, di decidere da soli il provvedimento opportuno per far fronte alle perdite rilevanti. Conseguentemente, nel periodo di durata della norma eccezionale in esame, qualsiasi decisione in ordine alle perdite sociali non solo è facoltativa, ma è del tutto rimessa alla volontà assembleare[27], previa completa e corretta informativa predisposta dagli amministratori[28].

Un incerto arco temporale: quale bilancio e quale perdita?

La disposizione di cui all'articolo 6 Decreto Liquidità, in tema di sospensione temporanea delle norme sulle perdite rilevanti, da quanto sopra illustrato, risulta pensata con riferimento a 2 specifiche ipotesi: perdite superiori al terzo maturate nel corso dell'esercizio chiuso prima della data di entrata in vigore del Decreto e non diminuite a meno di un terzo; perdite superiori al terzo e intaccanti il minimo legale, a prescindere dall'esercizio di maturazione.

Dal punto di vista "temporale", permane il dubbio circa la rilevanza della sospensione nel diverso caso in cui le perdite superiori al terzo (ma non intaccanti in capitale minimo) maturino nel corso di un esercizio con chiusura fra il 9 aprile 2020 e il 31 dicembre 2020 e non siano diminuite a meno di un terzo entro l'esercizio successivo: ferma la ovvia considerazione per l'esercizio chiuso al 31 dicembre 2020 (da approvare nei primi mesi del 2021), è però incerto se già l'esercizio 2020 possa o meno considerarsi come "successivo" (e dunque impositivo o meno della disciplina di cui all'articolo 2446, comma 2, cod. civ.) e, quindi, se la disciplina speciale possa applicarsi anche alle perdite dell'esercizio 2019 il cui bilancio sia ancora da approvarsi nell'arco temporale indicato del 2020, giusta la proroga concessa dall'articolo 106 del Decreto Cura Italia sopra esposta per la prima convocazione della relativa assemblea dei soci[29].

A tale riguardo, il riferimento all'articolo 2446, comma 2, cod. civ. (e non anche al suo comma 1) e l'esplicita limitazione applicativa alle «*fattispecie verificatesi nel corso degli esercizi chiusi entro*» il 31 dicembre 2020, porterebbe all'inoperatività della sospensione per qualsiasi bilancio dell'esercizio 2019 approvato nel 2020.

Solo le perdite incorrenti nell'esercizio 2020, e in particolare nel periodo tra il 9 aprile 2020 e il 31 dicembre 2020, sarebbero "graziate" dal Decreto Liquidità dagli obblighi di ripianamento civilistici

[27] F. Urbani, "*Covid-19: disposizioni temporanee su riduzione del capitale per perdite e finanziamenti dei soci. Prime note (critiche) sugli artt. 6 e 8 del Decreto Liquidità*", in ilsocietario.it.

[28] E ciò in quanto il Decreto Liquidità, prevedendo la disapplicazione delle citate norme e l'esenzione di responsabilità nelle ipotesi ivi previste per gli organi societari, non prevede alcuna esenzione per i reati fallimentari. La condizione di un eventuale dissesto societario grave, magari anche in parte dovuto alla situazione pregressa, potrebbe rendere opportuno, in luogo della straordinaria facoltà di rinvio a nuovo della perdita rilevante, il ricorso ai "classici" provvedimenti civilistici e fallimentari.

[29] V. *amplius* nota 7.

ordinari, dispiegando pieni effetti la normativa ordinaria per le perdite anteriori o successive a tale arco temporale[30].

Sarebbero, quindi, soggette *in toto* alla disciplina "ordinaria" delle perdite societarie le perdite rilevanti verificatesi:

- nell'esercizio chiuso al 31 dicembre 2019 o al diverso termine compreso tra gennaio 2020 e l'8 aprile 2020, anche qualora l'assemblea dei soci deliberi l'approvazione del relativo bilancio successivamente alla data del 9 aprile 2020;
- nell'esercizio chiuso al 31 dicembre 2021.

A tale posizione (che dà maggior rilevanza al dato letterale della norma), si oppongono coloro[31] che (orecchiando quanto previsto dall'articolo 7 del Decreto Liquidità che, in merito alla possibilità di effettuare una valutazione della continuità bilancistica "al passato", include anche le società il cui bilancio di esercizio 2019 sia ancora da approvare *ex* articolo 106 Decreto Cura Italia[32]) interpretano il termine "esercizi" come riferito a tutti gli esercizi (siano essi 2019 o 2020) in corso tra la data del 9 aprile 2020 ed entro il 31 dicembre 2020.

Conseguentemente, qualora la società versi in una situazione di perdita rilevante agli effetti delle disposizioni codicistiche:

– se l'assemblea per l'approvazione del bilancio di esercizio è tenuta prima del 9 aprile 2020 (o dopo il 31 dicembre 2020), gli articoli 2446, 2447, 2482-*bis*, e 2482-*ter*, cod. civ. troverebbero piena applicazione;

– se, viceversa, l'assemblea è tenuta in una data compresa tra il 9 aprile 2020 e il 31 dicembre 2020, alla società è data la facoltà di sospendere l'applicazione delle disposizioni anzidette, per tutte le fattispecie verificatesi nel corso degli esercizi (2019 "prorogato" o 2020) che si chiudano entro il 31 dicembre 2020[33].

Seguendo tale posizione dottrinaria, quindi, l'assemblea della società, per l'approvazione del bilancio chiuso al 31 dicembre 2019 (in presenza di perdite rilevanti), che si tenga, per esempio, il 1° giugno 2020, potrà[34] già disapplicare, per l'esercizio 2019 (che, contabilmente, non dovrebbe essere

[30] A. Busani, "*Stop all'obbligo di ripianare le perdite per l'esercizio in corso*", ne Il Sole24Ore, 15 aprile 2020.
[31] M. Borio, "*"Decreto Liquidità": disposizioni in materia societaria; il caso specifico della riduzione del capitale*", in Federnotizie, 21 Aprile 2020, *cit.*.
[32] Vedi supra nota 18.
[33] In questo senso, v. anche di M. Ventoruzzo, "*Continuità aziendale, perdite sul capitale e finanziamenti soci nella legislazione emergenziale da Covid-19*", in Società, 2020, pag. 525 e ss..
[34] Ove non ritenga, qualora si prospetti un mero differimento senza possibilità concreta di assorbimento della perdita nel corso dell'esercizio 2020, di procedere comunque ed in via prudenziale all'adozione di uno dei rimedi "classici" in caso di perdite rilevanti. in termini di "facoltà", Vedi circolare Assonime, del 18 marzo 2020, *cit.* alla nota 7 del presente contributo.

pregiudicato dall'emergenza Covid-19), gli articoli in tema di ripianamento perdite, limitandosi al rinvio a nuovo della perdita rilevante verificatasi.

Tale interpretazione estensiva deriva da una lettura della Relazione Illustrativa al Decreto Liquidità che si focalizza, più che sull'interdipendenza fra conseguenze economiche dell'attuale emergenza e perdite lesive del capitale sociale, sulle finalità generali della normativa emergenziale: contrastare uno:

> *«stato di emergenza e crisi economica di dimensioni eccezionali determinato dall'epidemia di Covid-19 sta determinando una situazione anomala che coinvolge anche imprese che, prima dell'epidemia, si trovavano in condizioni economiche anche [quindi, non solo] ottimali, traducendosi in una patologica perdita di capitale che non riflette le effettive capacità e potenzialità delle imprese coinvolte».*

Oltretutto, in tal modo, sarebbe altresì soddisfatta l'altra finalità evidenziata nella Relazione Illustrativa: evitare di lasciare:

> *«gli amministratori di un numero elevatissimo di imprese nell'alternativa - palesemente abnorme - tra l'immediata messa in liquidazione, con perdita della prospettiva di continuità per imprese anche performanti, e il rischio di esporsi alla responsabilità per gestione non conservativa ai sensi dell'articolo 2486, cod. civ.».*

Oltre a tale ordine di considerazioni, poi, occorre anche tenere presente che lo scioglimento della società non interviene automaticamente al momento in cui si verifica la riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale, ma solo a seguito della mancata adozione delle deliberazioni *ex* articoli 2447 e 2482-*ter*, cod. civ., che fungono da condizione sospensiva della causa di scioglimento. Conseguentemente, anche in presenza di perdite verificatesi nel corso di un esercizio già chiuso al 9 aprile 2020, le tutele "ordinarie" dovrebbero dirsi sospese dalla disposizione di cui all'articolo 6 del Decreto Liquidità, qualora non si sia ancora tenuta l'assemblea dei soci di approvazione del bilancio da cui emerga la perdita.

La sospensione potrebbe, allora, operare anche retroattivamente, coprendo situazioni verificatesi prima dell'entrata in vigore della norma, purché rilevate entro l'esercizio in corso, e anche se le perdite non sono in alcun modo causate o riconducibili agli effetti economici della pandemia[35].

[35] Come sottolineato da G. D'Attorre, "*Disposizioni temporanee in materia di riduzione del capitale ed obblighi degli amministratori di società in crisi*", in Fallimento, 2020, pag. 597 e ss, cit. «*Vi sono, però, dei potenziali limiti a questa retroattività, soprattutto con riferimento alla già intervenuta riduzione del capitale al di sotto del minimo legale. Nel caso in cui gli amministratori abbiano già iscritto al registro delle imprese la causa di scioglimento ex articolo 2484, n. 4, cod. civ., anche se per ipotesi non sia ancora avvenuta la nomina dei liquidatori, la sospensione non può operare, perché non può eliminare gli effetti dello scioglimento già prodotti. Ciò vale, in particolare, per il diritto dei soci alla quota di liquidazione, che non può essere eliminato, salvo l'eventuale delibera di revoca dello stato di liquidazione ai sensi dell'articolo 2487-ter, comma 1, cod. civ., che però presuppone l'eliminazione della causa di scioglimento, ossia la ricostituzione del capitale sociale o la trasformazione, e con salvezza del diritto di recesso dei soci che non hanno concorso alla sua adozione (articoli 2437, comma 1, lettera d), e 2473, comma 1, cod. civ.)*».

L'incertezza temporale qui evidenziata non è affatto irrilevante per le funzioni e l'attività che gli amministratori dovranno esercitare e programmare nel corso dei prossimi mesi. Questi ultimi, in quanto responsabili in ogni caso della gestione societaria, dovrebbero essere posti nelle condizioni di conoscere esattamente l'effettiva portata dei propri doveri e delle proprie responsabilità gestorie[36].

La disposizione emergenziale, come peraltro evidenziato dalla Relazione Illustrativa, è stata dettata con l'intento di non di lasciare:

> *«gli amministratori di un numero elevatissimo di imprese nell'alternativa - palesemente abnorme - tra l'immediata messa in liquidazione, con perdita della prospettiva di continuità per imprese anche performanti, e il rischio di esporsi alla responsabilità per gestione non conservativa ai sensi dell'articolo 2486, cod. civ.».*

Purtroppo, il Legislatore non ha apportato alcun auspicato chiarimento in sede di conversione in Legge del Decreto Liquidità.

[36] Per un'analisi del rapporto fra principio di continuità e principio di prudenza, cfr. F. Calò – G. Capodaglio – V. Dangarska – G. Ricci – I. Tozzi, ult. op. *cit.*.

Crisi e risanamento n. 40/2020

Spunti di riflessione sul sovraindebitamento al tempo del Covid-19

di Domenica Capezzera – magistrato – giudice delegato presso il Tribunale di Pescara

L'autore affronta la spinosa tematica delle conseguenze che la legislazione dettata per il contenimento della epidemia da Covid-19 è destinata ad avere in materia di sovraindebitamento prospettando altresì alcuni spunti operativi che tengono conto, soprattutto, della grave crisi di liquidità in atto.

In tempo di emergenza sanitaria e di misure di contenimento dell'epidemia da Covid-19 può accadere che eventi quali l'entrata in cassa integrazione ovvero un licenziamento o ancora la semplice contrazione delle entrate finanziarie dovute al blocco della quasi totalità delle attività produttive vadano a impattare su situazioni finanziarie già critiche di debitori in crisi da sovraindebitamento ma che avevano proposto un piano per fronteggiare i loro debiti ristrutturandoli o rendendoli sostenibili.

L'operatore del diritto è chiamato dunque a chiedersi quali siano, attualmente, gli strumenti a disposizione del debitore, consumatore o piccolo imprenditore che, a causa della situazione sanitaria attuale, si sia visto mutare le condizioni in base alle quali erano stati predisposti piano e proposta di composizione della crisi da sovraindebitamento.

Appare evidente che il campo di indagine è quello delle procedure pendenti (quelle non ancora omologate), soprattutto se parliamo di accordi di composizione per cui sia prevista la continuità.

Ebbene, ritengo che esse siano certamente quelle che presentano maggiori problematiche operative nell'attuale contesto emergenziale.

Da un punto di vista sostanziale, le criticità principali sono rappresentate dal fatto che nei casi in cui un piano di sovraindebitamento sia già stato redatto è ben possibile, e anzi altamente probabile, che la sua tenuta sia messa a dura prova dal blocco delle attività imposto dalle pubbliche Autorità.

La situazione appena descritta viene resa ancora più difficile non solo dal fatto che un imprenditore in procedura o un consumatore sia soggetto molto più fragile, per definizione, ma anche dal fatto che a

questi è inibito per lo più l'accesso alle misure straordinarie di sostegno messe a disposizione dal Legislatore alle imprese *in bonis* (cfr. ad esempio, articolo 55 e 56 del Decreto "Cura Italia").

Del resto, da un lato, l'apparente apertura contenuta all'articolo 13, comma 1, lettera g) del Decreto Liquidità (a mente del quale "*la garanzia è concessa anche alle imprese che, in data successiva al 31 dicembre 2019, sono state ammesse alla procedura del concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis, R.D. 267/1942, hanno stipulato accordi di ristrutturazione ai sensi dell'articolo 182-bis, R.D. 267/1942 o hanno presentato un piano attestato di cui all'articolo 67 del predetto Regio Decreto*"), riguarda gli imprenditori non piccoli ovvero coloro che, appunto, sono soggetti fallibili e dunque esclusi dalle norme sul sovraindebitamento, dall'altro gli spazi di effettiva operatività della norma appaiono pressoché inesistenti alla luce dei presupposti di accesso ("*le loro esposizioni non siano più in una situazione che ne determinerebbe la classificazione come esposizioni deteriorate, non presentino importi in arretrato successivi all'applicazione delle misure di concessione e la banca, sulla base dell'analisi della situazione finanziaria del debitore, possa ragionevolmente presumere il rimborso integrale dell'esposizione alla scadenza, ai sensi dell'articolo 47-bis, comma 6, lettere a) e c), Regolamento (UE) 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013*").

Nei casi in cui, invece, il piano non sia ancora stato redatto è certamente ardua la sua formulazione e la sua attestazione, in ragione della difficoltà di formulare, in questa fase, previsioni che siano attendibili nel breve o medio termine.

Da un punto di vista procedurale, invece, potrebbero registrarsi 2 situazioni di cui tenere conto: la generalizzata dilatazione dei tempi, dovuta alla sospensione dei termini nel c.d. periodo cuscinetto (9 marzo 2020-11 maggio 2020); la necessità, in ogni caso, di un aggiornamento del piano di composizione della crisi ove lo stesso non sia stato ancora portato alla approvazione dei creditori, per verificarne la sua attualità e tenuta.

In linea astratta potrebbero infatti verificarsi 3 ordini di fattispecie.

1. Procedure pendenti, nelle quali non sia ancora stato depositato il piano ma vi è stata soltanto l'individuazione o designazione del gestore della crisi; ebbene, qui vi è la massima libertà per il debitore di adeguamento ai fatti sopravvenuti del piano in corso di redazione: dunque, nessuna difficoltà da un punto di vista procedurale, ma solo le criticità connesse alla difficoltà o all'impossibilità per il gestore di formulare previsioni attendibili nel breve e medio termine, con tutto ciò che ne consegue. Essenziale, in questa fase, appare il dialogo costante con gli organi della procedura (primo fra tutti il gestore) per offrire un quadro quanto più aggiornato della situazione.

2. Procedure pendenti con un piano depositato per le quali non sia ancora stata fissata l'udienza *ex* articoli 10 o 12-*bis* (piano del consumatore); anche in questo caso si ritiene che vi sia ampia libertà di manovra per l'aggiornamento del piano con possibilità per il gestore di chiedere di poter modificare il piano o la proposta in ragione dell'emergenza.

3. Procedure per le quali sia già stata fissata l'udienza ed addirittura, nell'accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento, acquisto il voto favorevole dei creditori e si sia in attesa dell'omologa. È, certamente questa, la fattispecie più critica nella quale ci si chiede se il creditore possa o meno ottenere dal giudice un nuovo termine per elaborare *ex novo* una proposta di accordo o un nuovo piano da portare nuovamente in votazione.

E invero, non sembra qui invocabile la norma di cui all'articolo 9, comma 3-*ter*, L. 3/2012 che riguarda la fase *post* deposito della proposta da parte del debitore, prima dunque della fissazione dell'udienza o, addirittura, prima della formazione della maggioranza dei voti; neppure sembrerebbe di primo acchito invocabile la norma di cui all'articolo 13, comma 4-*ter* della legge che riguarda invece la fase *post* omologa (anche se va segnalato che secondo qualche pronuncia di merito l'applicazione della norma è possibile anche in tale fase proprio in vista della possibilità in fase esecutiva di applicare l'articolo 13, comma 4-*ter*, sicché sarebbe irragionevole non anticiparne gli effetti già prima della omologa)[1]. E ancora ci si chiede, ove il debitore necessiti solo di una proroga dei termini per l'esecuzione del piano, si potrebbe accedere comunque al giudizio di omologa, senza necessità di una nuova espressione di voto e senza pregiudizio in termini di giudizio di fattibilità?

Nel caso in cui non si dovessero riscontrare scostamenti rilevanti, il giudizio di omologa dovrebbe ad avviso di chi scrive, essere trattato con la massima urgenza su istanza del debitore al fine di consentire all'imprenditore di tornare *in bonis* il più presto possibile e beneficiare degli strumenti legislativi di sostegno alle imprese già emessi, al fine di completare il processo di risanamento intrapreso.

Di certo una considerazione di fondo va fatta.

L'alluvione normativa dell'emergenza Covid-19 ha interessato il concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazione e i ricorsi per la dichiarazione di fallimento tralasciando inspiegabilmente di regolare l'impatto che il blocco dell'economia ha avuto sui sovraindebitamenti e sui concordati fallimentari. Per il piano e per l'accordo di composizione della crisi, si potrebbe azzardare un'applicazione analogica della normativa emanata ancorché eccezionale, per le medesime ragioni che hanno indotto la consulta

[1] In tal senso Tribunale di Napoli 3 aprile 2020 che in maniera del tutto condivisibile, ritiene che la soluzione sia analoga a quella appena vista: anche per ragioni di economia processuale il debitore è legittimato (sempre coinvolgendo l'OCC che dovrà relazione sul punto) a chiedere la modifica. «*L'alternativa, infatti sarebbe quella di omologare il piano così come proposto, senza lo spostamento del tempo dell'adempimento come richiesto e poi procedere all'esame di una istanza diretta ad ottenere la modifica della proposta del piano sotto il profilo temporale*».

a parificare il sovraindebitamento al concordato in punto falcidia Iva (Corte Costituzionale, sentenza n. 245/2019). L'articolo 9 del Decreto Liquidità ha infatti e, come noto a tutti, adottato un variopinto quadro di disposizioni derogative dell'attuale disciplina delle procedure minori con il dichiarato "*obiettivo di garantire la piena efficacia degli strumenti alternativi al fallimento*" (Relazione tecnica al D.L. 23/2020).

Anzitutto, i termini per l'adempimento dei concordati e degli accordi di ristrutturazione dei debiti già omologati tra il 23 febbraio e il 31 dicembre 2020 sono prorogati di diritto. La disposizione ha lo scopo di salvaguardare le procedure che avevano concrete possibilità di successo prima della crisi sanitaria e che potrebbero risultare irrimediabilmente compromesse in questa fase di conservazione delle imprese rilevanti per il ciclo produttivo ed economico (ancora, cfr. Relazione Tecnica al D.L. 23/2020).

Risalendo a ritroso l'*iter* della procedura, nel ricorso per l'omologa o nel ricorso *ex* articolo 182-*bis*, L.F. per l'omologa dell'accordo, il Decreto Liquidità accorda la facoltà di mutare il piano, se già votato dai creditori purché con esito positivo: è possibile richiedere un ulteriore termine non superiore a 90 giorni per il deposito rispettivamente di un nuovo piano o di un nuovo accordo, evidentemente per tenere conto del mutato contesto economico di riferimento su quale impatta la proposta. Nel caso in cui il concordato sia stato già approvato, mi pare inevitabile la fissazione di una ulteriore fase per l'espressione di un nuovo consenso sulla nuova proposta, che potrà interessare molteplici aspetti del piano.

È poi interessante notare la diversità di disciplina dettata là dove la modifica riguardi invece solo i termini dell'adempimento; qui è possibile depositare sino alla udienza di omologa una richiesta di differimento del termine di adempimento di massimo 6 mesi rispetto alla scadenza originaria: in tal caso, il Tribunale acquisisce il parere del commissario giudiziale e procede all'omologa della proposta unilateralmente differita, senza bisogno di andare a ripetere le operazioni di voto, al pari della proroga *post* omologa.

Va poi considerato come tutte le disposizioni sopra richiamate si riferiscano di certo a situazioni di crisi la cui origine va individuata in un momento anteriore allo scoppio dell'epidemia: il Legislatore, dunque, non distingue e forse, non è nemmeno utile e possibile distinguere.

Chi ha intrapreso un processo di ristrutturazione nei primi mesi del 2020 ha di norma subito un aggravamento della crisi e ha riscontrato maggiori difficoltà di ogni genere nel processo di ristrutturazione, non fosse altro che per la difficoltà di reperire i documenti e incontrare personalmente i professionisti in un periodo di *lockdown*.

È dunque molto rischioso distinguere tra crisi Covid e crisi pre-Covid per accordare strumenti di maggior favore nel percorso di ristrutturazione, perché è ontologicamente complesso negare che il blocco dell'economia conseguente la crisi non sia stata concausa di squilibri precedenti.

Le misure e le azioni necessarie per una corretta canalizzazione delle risorse pubbliche che in questi mesi sono state stanziate dal Governo

Dunque, riallacciandoci al discorso precedente, potremmo dire che una corretta canalizzazione delle risorse pubbliche, necessaria a dare forza a imprese sane affinché le stesse non vadano in sovraindebitamento per effetto della pandemia passa necessariamente attraverso un'igiene negoziale che consenta una sterilizzazione diffusa dei debiti pregressi tramite il potenziamento del sovraindebitamento, dal quale però devono essere rimosse le maggiori ambiguità per consentirne una rapida applicazione senza incorrere nelle incertezze che ne hanno ostacolato una piena applicazione.

Alcuni temi dovrebbero essere chiariti una volta per tutte.

In primis la possibilità di aprire la liquidazione senza beni, il trattamento della cessione del quinto come debito di massa (giurisprudenza favorevole: Tribunale Grosseto 9 maggio 2017, Tribunale Torino 8 giugno 2016, contraria Tribunale Monza 26 luglio 2017), la durata del piano (non oltre 5 anni: Tribunale, Rovigo 13 dicembre 2016; da valutare caso per caso Tribunale Como 24 maggio 2018), la domanda familiare (parzialmente inammissibile: Tribunale di Novara 25 luglio 2017; a favore: Tribunale Milano 6 dicembre 2017, Tribunale Mantova 8 aprile 2018), l'esperibilità dell'istituto per i soci illimitatamente responsabili delle società di persone (contraria Tribunale Milano, 18 agosto 2016, a favore: Tribunale Prato 16 novembre 2016), gli atti di frode ostativi all'apertura della liquidazione del patrimonio e il merito creditizio.

A ragionare diversamente, verranno tradite tutte le aspettative di chi si rivolge ai Tribunali in un momento particolarmente delicato e di spiccata fragilità: nell'ottica dell'utenza, che non è in grado di elaborare il rigetto di una istanza di giustizia con la sola contropartita di una distinzione giuridica, un eccessivo formalismo potrebbe causare una sconfitta della legalità, perché può indurre i sovraindebitati a rivolgersi a chi soddisfi altrove i propri bisogni primari entrando nel campo dell'illegalità.

A nostro avviso è quindi necessario applicare l'istituto in modo maggiormente duttile, onde eliminarne le incertezze applicative.

Non si può più indugiare dunque in eccessive distinzioni esse infatti non sarebbero comprese in questa fase dove fra più opzioni interpretative occorre scegliere quella che favorisce il blocco delle azioni esecutive.

Al *moral hazard* e al tasso di interesse dei finanziamenti potrà pensarsi quando la società ora in *deficit* di liquidità si sarà stabilizzata.

Se il Codice della crisi dell'insolvenza è differito al primo settembre 2021 probabilmente, le norme sul sovraindebitamento dovranno auspicabilmente entrare subito in vigore, visto che la riforma dirime in senso ammissivo la maggior parte dei dubbi sorti nel regime della L. 3/2012 e non tutti i giudici di merito si sono rivelati disposti ad anticipare le soluzioni adottate dal codice della crisi in via interpretativa.

È pur vero l'applicazione di un singolo istituto al di fuori del sistema del Codice può apparire distonica ma l'attuale Legge è già asistematica, eppure è riuscita ad aiutare moltissime persone in difficoltà pur in presenza di antinomie nel testo di Legge che hanno contribuito a ritardarne l'applicazione.

Oltretutto va rilevato come la liquidazione controllata aperta all'iniziativa dei terzi, pur con i limiti previsti dal c.d. correttivo per evitare derive estorsive dei creditori, permetterebbe di assorbire l'inevitabile pioggia di decreti ingiuntivi e delle procedure esecutive sui Tribunali, rendendo molto più efficiente la macchina della giustizia che, altrimenti, dovrebbe dedicare risorse a miriadi di procedimenti privi di una vera prospettiva di equa distribuzione di risorse all'interno del ceto creditorio.

Semmai, ove non fosse possibile applicare il procedimento unitario perché appare rischioso incidere su nuove Leggi processuali in un momento di prevedibile tensione del sistema, si potrebbe ricorrere al procedimento di volontaria giurisdizione che attualmente governa con tollerabili inefficienze i procedimenti di cui alla L. 3/2012.

La sfida che il sistema sanitario nazionale ha affrontato in prima linea, toccherà in seconda battuta agli operatori del diritto: occorre prendere coscienza della fragilità umana di fronte agli eventi, dimenticarci per qualche tempo dei formalismi giuridici che hanno impedito al sovraindebitamento di spiegare i suoi effetti solidaristici e rimandare a un secondo momento le preoccupazioni connesse a una eccessiva violazione dell'affidamento, della garanzia generica e del principio consensualistico, pena la frustrazione degli interventi a sostegno del reddito e l'acuirsi delle spaccature sociali.

Quali sono in caso di piani o accordi già omologati le possibili soluzioni?

La L. 3/2012 reca al suo interno una disposizione, quella dell'articolo 13, comma 4-*ter*, dettata in riferimento alle ipotesi specifiche in cui l'esecuzione di un accordo di ristrutturazione dei debiti o di un piano del consumatore divenga impossibile per cause non imputabili al debitore, accordando in tal caso, allo stesso, la possibilità di modificare la proposta su cui si fondano il piano o l'accordo, con l'ausilio dell'Organismo di composizione della crisi (Occ).

Trattasi, a ben vedere, di una previsione che può senz'altro trovare applicazione in riferimento a tutti i piani del consumatore, ovvero agli accordi di ristrutturazione, la cui esecuzione, in considerazione dell'attuale contesto emergenziale - e, dunque, di un evento manifestamente non imputabile al debitore - sia divenuta impossibile.

Ne consegue che i debitori, nei confronti dei quali sia già intervenuta l'omologazione di un piano o di un accordo, possono rimodularne modalità e tempistiche dell'esecuzione, all'uopo avvalendosi dell'ausilio dell'Occ cui la stessa L. 3/2012 attribuisce, in via generale, l'obbligo di risolvere le eventuali difficoltà insorte nell'esecuzione dell'accordo e di vigilare sull'esatto adempimento dell'accordo o del piano.

Del resto, l'Occ, nelle procedure di composizione della crisi e di liquidazione del patrimonio del sovraindebitato, svolge un'ampia funzione di ausilio che ricomprende, oltre alle attività specificatamente indicate in relazione alle singole procedure, ogni iniziativa funzionale alla predisposizione del piano, alla ristrutturazione e all'esecuzione del piano, nonché l'attestazione di fattibilità.

> In altri termini, stando all'articolo 13, comma 4-*ter*, L. 3/2012, sembra possibile sostenere che, attualmente, considerata la situazione emergenziale in corso, gli Occ e per essi i gestori della crisi incaricati nell'ambito di procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento che siano giunte alla fase di esecuzione, possono predisporre, di concerto con il debitore, le modifiche al piano o all'accordo omologati che si rendano necessarie a causa delle misure contenitive approntate per evitare la diffusione del contagio, prevedendo, in tal senso, nuove modalità o la dilazione delle tempistiche originariamente individuate per l'adempimento. Ciò posto, occorre evidenziare come l'articolo 13, comma 4-*ter*, L. 3/2012, dopo aver specificato le condizioni al ricorrere delle quali è possibile modificare la proposta, operi un rinvio espresso alle disposizioni contenute nei § 2 e 3, L. 3/2012 che ricomprendono gli articoli 10-12-*ter* della stessa legge, vale a dire le norme relative al raggiungimento dell'accordo con i creditori e all'omologazione dello stesso, ovvero all'omologazione del piano del consumatore, richiedendo, in tal modo, un supplemento di tutti gli adempimenti all'uopo previsti.

A ben vedere, una simile previsione, considerando le misure di sospensione delle attività processuali previste dal richiamato articolo 83, D.L. 18/2020 (nonché la verosimile proroga dei termini di sospensione che, con un futuro provvedimento, potrebbe essere disposta), non appare del tutto congeniale a soddisfare per un verso, l'esigenza di concedere ai debitori la possibilità di apportare celermente modifiche ai piani e, per altro verso, a garantire le esigenze di semplificazione richieste

dall'attuale fase emergenziale, nella gestione dei procedimenti pendenti e futuri: tale criticità si ravvisa in particolar modo con riferimento agli accordi di composizione della crisi, ove l'avvio di un ulteriore *iter*, finalizzato al raggiungimento di un nuovo accordo con i creditori, rischierebbe di dilatarne eccessivamente la durata, in considerazione, anche dei nuovi carichi di lavoro che ricadranno sugli uffici giudiziari a seguito delle menzionate sospensioni (di termini, udienze e attività).

A ogni buon conto e, in via preliminare, occorre comunque porre nella dovuta evidenza che il debitore, con l'ausilio dell'Occ, potrebbe richiedere al giudice, in via telematica, la sospensione dell'esecuzione dell'accordo o del piano omologato, ricorrendo un'ipotesi di impossibilità sopravvenuta all'adempimento per causa di forza maggiore.

È interessante in tal senso la pronuncia del Tribunale di Napoli del 17 aprile 2020 che in un piano del consumatore fondato su una proposta dilazione del credito residuo vantato da un istituto di credito per l'acquisto dell'immobile destinato ad abitazione principale del debitore con la previsione di una rateazione del pagamento l'Occ designato, in qualità di gestore della crisi, ha chiesto la sospensione della esecuzione del piano omologato per il termine dal 15 marzo 2020 al 15 settembre 2020 (dalla rata n. 9 alla rata n. 15).

A fondamento della istanza era stato evidenziato che omologato il piano del consumatore, i debitori avevano dato esecuzione al piano stesso adempiendo regolarmente gli impegni assunti fino al mese di febbraio 2020 e che in corso di esecuzione la grave situazione emergenziale causata dalla diffusione del Covid-19 aveva posto i debitori stessi nelle condizioni di non poter proseguire l'esecuzione del piano secondo le modalità e le scadenze ivi indicate. L'esecuzione del piano era diventata impossibile per cause non imputabili ai debitori e ricorrevano i gravi motivi di urgenza per chiedere la sospensione della esecuzione del piano omologato in quanto il debitore era stato licenziato, trovandosi nella impossibilità economica di adempiere.

Il giudice partenopeo ha ritenuto fondata e meritevole l'istanza.

> In sintesi, si è ritenuto che sulla istanza di modifica richiesta dal debitore, con l'ausilio dell'organismo di composizione della crisi, il giudice designato potesse decidere sulla stessa senza necessità di disporre una formale convocazione dei creditori.

L'aggancio normativo è stato rinvenuto nel Decreto Liquidità in cui il Legislatore ha riconosciuto la possibilità di rivolgere direttamente istanze al Tribunale, se motivate, con specifico riferimento ai fatti sopravvenuti per effetto della emergenza epidemiologica Covid-19, così facendo entrare nel diritto della crisi di impresa come rilevante, tipizzandolo, il fatto sopravvenuto non imputabile a una delle parti coinvolte nella esecuzione degli accordi e nelle procedure di regolazione della crisi e della insolvenza.

L'articolo 9, comma 3 del Decreto infatti farebbe riferimento alla ipotesi in cui il debitore intenda modificare unicamente i termini di adempimento originariamente prospettati nella proposta e nell'accordo. Il presupposto di operatività della norma sarebbe dunque la pendenza di un procedimento di omologa di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione alla data del 23 febbraio 2020. In tale caso, si sarebbe trattato non di una modifica sostanziale del piano ma di una modifica unilaterale del termine di adempimento come originariamente prospettato con la necessaria indicazione nella nuova istanza dei termini nuovi che non potrebbero, afferma il giudice, essere superiori a 6 mesi nonché con la prova documentale della necessità della modifica. In questo caso, il giudice sarebbe chiamato a una valutazione solo sui tempi dell'adempimento, per cui l'istanza dovrà vertere essenzialmente su tale circostanza dovendo il proponente giustificare i motivi che stanno a base della richiesta di modifica dei tempi.

Quali potrebbero essere dunque le soluzioni operative?

Con riferimento al piano del consumatore, la cui disciplina appare evidentemente più snella e semplificata rispetto a quella dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, non appare necessario individuare potenziali soluzioni operative che si discostino significativamente dal procedimento di modifica già previsto dall'articolo 13, comma 4-*ter*, L. 3/2012.

In ogni caso, al fine di accelerarne quanto più possibile le tempistiche, potrebbe inoltrarsi apposita comunicazione al giudice competente circa le modifiche sostanziali che, in conseguenza delle sopravvenute esigenze, si intendano apportare al piano, dando così conto della necessità di procedere alla nuova attestazione di fattibilità e chiedendo, al contempo, la fissazione dell'udienza per il rinnovo dell'omologazione in data immediatamente successiva al decorso dei termini di sospensione attualmente previsti dal D.L. 18/2020.

Per quanto attiene, invece, agli accordi di composizione della crisi in esecuzione, potrebbe proporsi un meccanismo di modifica degli stessi - nei termini di seguito specificati - che, nell'ottica di semplificarne il procedimento, consenta di evitare, quantomeno nel periodo emergenziale, di porre in essere gli adempimenti relativi alla formazione di un nuovo accordo con i debitori, come, invece, richiede l'articolo 13, comma 4-*ter*, L. 3/2012.

Più precisamente, si tratterebbe di soluzioni operative che, al fine di evitare di compromettere eccessivamente le ragioni dei creditori, andrebbero circoscritte alle modifiche dei piani sottostanti agli accordi già conclusi con questi ultimi, unicamente in relazione alle tempistiche di adempimento, laddove si verifichino scostamenti rispetto alle previsioni originarie ed il piano non sia più fattibile

secondo le originarie scadenze, né in esso siano stati previsti correttivi o percorsi alternativi per garantire comunque l'esecuzione secondo le scadenze precedentemente stabilite.

In tal senso, dovrebbe essere adeguatamente ponderata l'eventualità di accordare al debitore, previa comunicazione ai creditori con cui si è raggiunto l'accordo originario, la possibilità di presentare un'istanza al giudice affinché lo stesso lo autorizzi a: modificare la proposta, richiedere una nuova attestazione, comunicare la nuova proposta ai creditori che possono presentare loro osservazioni e chiedere la fissazione di una nuova udienza una volta che siano decorsi i termini di cui al D.L. 18/2020. Probabilmente questa soluzione avrebbe il pregio di evitare il rinnovo del procedimento previsto dalla normativa vigente per il raggiungimento di un nuovo accordo con i creditori, dal quale potrebbe discendere un'eccessiva dilatazione dei tempi di chiusura delle procedure in corso.

Crisi e risanamento n. 40/2020

Decreto Liquidità: le misure di finanza per le imprese in difficoltà

di Fabio Battaglia – dottore commercialista

Il "Decreto liquidità" ha introdotto delle particolari misure di finanza volte a impedire che le difficoltà economiche indotte dalla imposta quarantena, determinino una immediata e concentrata congerie di fallimenti. La dizione, necessariamente generica, di imprese in difficoltà fa riferimento sia alla questione della presenza o meno di esposizioni deteriorate sia alle imprese che hanno avuto accesso a strumenti di ristrutturazione previsti dalla Legge Fallimentare.
È opportuno quindi ripercorrere le fonti e approfondire la nozione di credito deteriorato passando dalla normativa europea alle circolari della Banca d'Italia, oltre a munirsi di uno strumentario volto a capire quali spazi vi siano per le imprese in difficoltà per l'utilizzo degli strumenti messi a disposizione dal Decreto Liquidità.

Come noto il Decreto Liquidità, interviene in favore di imprese, tendenzialmente sane, danneggiate in modo energico dall'evento sanitario.

Non è sfuggito, però, che vi sono tutta una serie di soggetti che si trovavano in una incipiente difficoltà che, prima dell'emergenza sanitaria, non poteva classificarsi come insanabile, che avrebbero potuto, attraverso una ristrutturazione, avviare un processo di risanamento. È evidente che la gelata economica improvvisa abbia tradotto la crisi sanabile, in una situazione di piena insolvenza e ci si è chiesti se tali situazioni rientrassero logicamente, in questa situazione eccezionale, tra quelle per le quali la normativa europea ritiene che debba procedersi al risanamento attraverso una forma esclusiva di "*bail-in*" che coinvolga i soli creditori, non ammettendosi aiuti statali.

Altra doverosa premessa riguarda l'attuale, giustificata peraltro, polemica sulla lenta e complicata applicazione degli strumenti che, a fronte della evidente urgenza, stanno mostrando tutti i loro limiti.

In Italia questo intervento di liquidità sta funzionando lentamente e male.

Le cause di ciò sono individuabili nelle seguenti:

1. il sistema economico italiano è, per lo più, caratterizzato da numerosissime imprese di piccole dimensione, molto spesso prive di sistemi di controllo interno e, moltissime, che tengono la sola contabilità c.d. semplificata[1];

2. il sistema bancario italiano è fatto da molte piccole banche di territorio e poche grandi banche che hanno cominciato faticosamente il passaggio da un approccio burocratico (va ricordato che le grandi banche italiane sono state statali fino a poche decine di anni fa) a uno più aziendalistico e che la valutazione del merito del credito si è nel tempo più basata sulle garanzie che sui concreti andamenti aziendali, anche a mente di quanto rilevato al punto precedente;

3. la garanzia statale implica il passaggio da un ente statale e sappiamo come la burocrazia italiana non brilli per duttilità ed efficienza.

Prima di entrare nel merito del Decreto di Liquidità, va ricordato come il precedente D.L. 18/2020 (c.d. Cura Italia) convertito nella L. 27/2020, all'articolo 56 (sostanzialmente non modificato in sede di conversione se non per alcune questioni di stile o formali) ha previsto alcune misure in favore di micro imprese e piccole e medie imprese come definite dalla Raccomandazione della Commissione Europea n. 2003/361/CE del 6 maggio 2003.

In particolare, è stato previsto che, ove si tratti di esposizioni debitorie nei confronti di banche, di intermediari finanziari previsti dall'articolo 106, D.Lgs. 385/1993 (Tub) e degli altri soggetti abilitati alla concessione di credito in Italia:

a) per:

- le aperture di credito a revoca;
- prestiti accordati a fronte di anticipi su crediti;
- esistenti alla data del 29 febbraio 2020 o, se superiori, a quella di pubblicazione del Decreto;

gli importi accordati, sia per la parte utilizzata sia per quella non ancora utilizzata, non possono essere revocati in tutto o in parte fino al 30 settembre 2020;

b) per i prestiti non rateali con scadenza contrattuale prima del 30 settembre 2020 i contratti sono prorogati, unitamente ai rispettivi elementi accessori e senza alcuna formalità, fino al 30 settembre 2020 alle medesime condizioni;

c) per i mutui e gli altri finanziamenti a rimborso rateale, anche perfezionati tramite il rilascio di cambiali agrarie, il pagamento delle rate o dei canoni di *leasing* in scadenza prima del 30 settembre 2020 è sospeso sino al 30 settembre 2020 e il piano di rimborso delle rate o dei canoni oggetto di sospensione

[1] Si rimanda in merito alle statistiche sulla dimensione di impresa in Italia e ai regimi contabili che le caratterizzano F. Battaglia *"Assetti organizzativi delle piccole imprese ed emergenza economica: la necessità di un rapido adattamento e di risposte adeguate"*, in Crisi e risanamento n. 39/2020al mio articolo presente sul numero precedente di questa rivista.

è dilazionato, unitamente agli elementi accessori e senza alcuna formalità, secondo modalità che assicurino l'assenza di nuovi o maggiori oneri per entrambe le parti; è facoltà delle imprese richiedere di sospendere soltanto i rimborsi in conto capitale.

Tali misure sono concedibili dietro la presentazione di una autocertificazione ai sensi dell'articolo 47, D.P.R. 445/2000 di aver subito in via temporanea carenze di liquidità quale conseguenza diretta della diffusione dell'epidemia da Covid-19.

Esiste, però, una condizione vincolante ai fini della concessione delle misure costituita dalla circostanza per cui le posizioni debitorie non debbono essere classificate come esposizioni creditizie deteriorate al 7 marzo 2020 (data di entrata in vigore del provvedimento).

In questo caso nessuna distinzione viene introdotta e la semplice presenza di esposizioni deteriorate impedisce l'accesso agli strumenti.

Venendo al "Decreto Liquidità" le misure di finanziamento con garanzie statali sono contenute nell'articolo 1 e nell'articolo 13, D.L. 23/2020. L'articolo 1 ammette alla garanzia Sace tutte le imprese, anche se solo una porzione minoritaria è destinata alle pmi, secondo la definizione sopra vista, e nella misura in cui abbiano pienamente utilizzato ed esaurito la loro capacità di accesso al Fondo di Garanzia (articolo 2, comma 100, lettera a), L. 662/1996).

Si tratta, quindi, di uno strumento destinato essenzialmente alle imprese diverse dalle pmi.

La misura ha queste caratteristiche:

– finanziamento non superiore a:

- 25% del fatturato annuo relativo al 2019, come risultante dal bilancio ovvero dalla dichiarazione fiscale; sul punto si segnala l'erroneo riferimento alla nozione di "*fatturato ..., come risultante dal bilancio...*" che andrebbe opportunamente conformato alla più corretta terminologia utilizzata al successivo articolo 13, comma 1, lettera m), D.L. 23/2020;
- il doppio dei costi del personale sostenuti in Italia relativi al 2019, come risultanti dall'ultimo bilancio ovvero dai dati certificati se l'impresa non ha ancora approvato il bilancio; qualora l'impresa abbia iniziato la propria attività successivamente al 31 dicembre 2018, si fa riferimento ai costi del personale attesi per i primi 2 anni di attività, come documentato e attestato dal rappresentante legale dell'impresa.

– finanziamento con garanzia secondo le seguenti soglie:

- 90% dell'importo del finanziamento per imprese con meno di 5.000 dipendenti in Italia e valore del fatturato fino a 1,5 miliardi di euro;

- 80% dell'importo del finanziamento per imprese con valore del fatturato tra 1,5 miliardi e 5 miliardi di euro o con più di 5.000 dipendenti in Italia;
- 70% per le imprese con valore del fatturato superiore a 5 miliardi di euro.

– durata:

entro il 31 dicembre 2020, per finanziamenti di durata non superiore a 6 anni, con la possibilità di avvalersi di un preammortamento di durata fino a 24 mesi

Le modalità e condizioni, in sintesi, sono le seguenti:

– sono previste commissioni annuali secondo precise quantificazioni e comunque limitate al recupero dei costi e il costo dei finanziamenti coperti dalla garanzia deve essere inferiore al costo che sarebbe stato richiesto per operazioni con le medesime caratteristiche ma prive della garanzia;

– la garanzia copre nuovi finanziamenti o rifinanziamenti concessi all'impresa successivamente all'entrata in vigore del presente Decreto, per capitale, interessi e oneri accessori fino all'importo massimo garantito;

– l'impresa che beneficia della garanzia, nonché ogni altra impresa che faccia parte del medesimo gruppo cui la prima appartiene, assume l'impegno di non approvare la distribuzione di dividendi o il riacquisto di azioni proprie nel 2020;

– l'impresa che beneficia della garanzia assume l'impegno a gestire i livelli occupazionali attraverso accordi sindacali;

– il finanziamento coperto dalla garanzia deve essere destinato a sostenere costi del personale, investimenti o capitale circolante impiegati in stabilimenti produttivi e attività imprenditoriali che siano localizzati in Italia, come documentato e attestato dal rappresentante legale dell'impresa beneficiaria;

– sono fissate procedure diverse per soggetti con +/- 5.000 dipendenti e +/- fatturato 1,5 miliardi.

In particolare, però:

a) alla data del 31 dicembre 2019 l'impresa beneficiaria non deve rientrare nella categoria delle imprese in difficoltà ai sensi del Regolamento (UE) 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014;

b) alla data del 29 febbraio 2020 non deve risultare presente tra le esposizioni deteriorate della banca, come definite ai sensi della normativa europea

L'articolo 13, D.L. 23/2020 fissa una serie di misure in favore delle imprese con numero di dipendenti non superiore a 499.

La platea è, quindi, più vasta rispetto alla misura vista precedentemente nel «*Decreto Cura Italia*».

La misura, come noto, è costituita dalla concessione di garanzia concessa dal Fondo Centrale di Garanzia, in favore degli istituti finanziatori.

Il Finanziamento può essere garantito fino al 90% e non può superare 5 milioni di euro per impresa.

La durata del finanziamento può essere fino a 72 mesi.

La deroga introdotta al meccanismo ordinario del Fondo di Garanzia dura fino al 31 dicembre 2020[2].

La copertura in riassicurazione ai confidi del Fondo di Garanzia è ampliata al 100% (era 50%), con limite di intervento del confidi al 90%, mentre il 10% del rischio deve rimanere in capo alla banca.

L'importo del finanziamento non può superare alternativamente:

1. doppio della spesa salariale annua del beneficiario alla data del 2019 o ultimo anno disponibile;
2. il 25% del fatturato totale del beneficiario per l'anno 2019;
3. il fabbisogno, attestato da autocertificazione, dei costi per capitale di esercizio e costi di investimenti nei successivi 18 mesi, per le pmi, e nei successivi 12 mesi, nel caso di imprese con numero di dipendenti inferiore a 499.

Il fabbisogno è attestato mediante autocertificazione del beneficiario (D.P.R. 445/2000).

Andando a tracciare una sintesi delle modalità e condizioni si evince che:

1. la garanzia è concessa a titolo gratuito;
2. la garanzia è concessa senza applicazione del modello di valutazione di cui alla parte IX, lettera a, delle condizioni di ammissibilità e disposizioni di carattere generale per l'amministrazione del Fondo di Garanzia riportate nell'allegato al Decreto del Ministro dello sviluppo economico 12 febbraio 2019. In sede di ammissione della singola operazione finanziaria, la probabilità di inadempimento delle imprese è calcolata esclusivamente sulla base dei dati contenuti nel modulo economico-finanziario (soc. capitali ultimi 2 bilanci depositati – soc persone ultime 2 dichiarazioni fiscali trasmesse – anzianità non superiore 21 mesi) del suddetto modello di valutazione (non è necessario il modulo andamentale contenente *set* informativo costituito da CR e altre informazioni)[3];
3. possono essere ammessi anche soggetti con posizioni deteriorate classificate «*inadempienze probabili - UTP*» o «scadute o sconfinanti deteriorate», purché non precedente al 31 gennaio 2020;
4. rimangono escluse le imprese che presentano posizioni deteriorate classificate come «sofferenza».

Di particolare rilevanza è la norma che riguarda le imprese in ristrutturazione.

Sono ammissibili alla misura imprese che, in data successiva al 31 dicembre 2019:

– sono state ammesse alla procedura del concordato con continuità aziendale;

[2] Per una analisi del meccanismo che regola ordinariamente l'intervento del Fondo di Garanzia si veda il documento di Assolombarda scaricabile al seguente *link* https://www.assolombarda.it/servizi/incentivi-e-finanziamenti-agevolati/monografie/fondo-di-garanzia-per-le-pmi.

[3] Per gli opportuni approfondimenti si vedano le disposizioni operative del Fondo di Garanzia che devono essere tenute nella dovuta considerazione per l'istruzione della pratica, seppure nelle condizioni eccezionali introdotte dalla deroga alla regolamentazione comune del Fondo https://www.mise.gov.it/images/stories/normativa/Disposizioni-Operative-dm12-2-19.pdf.

– hanno stipulato accordi di ristrutturazione;

– hanno presentato un piano attestato.

A condizione che:

– le loro esposizioni non siano più in una situazione che ne determinerebbe la classificazione come esposizioni deteriorate;

– non presentino importi in arretrato successivi all'applicazione delle misure di concessione;

– la banca, sulla base dell'analisi della situazione finanziaria del debitore, possa ragionevolmente presumere il rimborso integrale dell'esposizione alla scadenza,

ai sensi dell'articolo 47-bis, comma 6, lettere a) e c), Regolamento (UE) 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013.

La norma poi continua:

> *"Ai fini dell'ammissione alla garanzia non è necessario che sia trascorso un anno dalla data in cui sono state accordate le misure di concessione o, se posteriore, dalla data in cui le esposizioni sono state classificate come esposizioni deteriorate, ai sensi dell'articolo 47-bis, comma 6, lettera b), Regolamento 575/2013. Sono, in ogni caso, escluse le imprese che presentano esposizioni classificate come "sofferenze" ai sensi della disciplina bancaria".*

Una ulteriore misura prevista dall'articolo 13, D.L. 23/2020 prevede che sono ammissibili al Fondo di Garanzia anche operazioni di rinegoziazione del debito, con copertura diretta all'80% o con riassicurazione al 90%, a condizione che il soggetto finanziatore conceda nuova finanza almeno per il 10% del debito residuo.

Si glissa su ulteriori misure minori previste nel Decreto, evidenziando invece le seguenti:

Finanziamento garantito al 100% per pmi ed esercenti arti o professioni fino a 25.000 euro

La copertura del Fondo è pari al 100% per pmi e persone fisiche esercenti attività di impresa arti o professioni, che autocertifichino di aver subito danni dall'emergenza Covid-19:

– importo fino al 25% del fatturato, le istruzioni ABI sotto riportate si riferiscono a ricavi (in base a bilanci o dichiarazioni o autocertificazione per *new-co*) e non superiore a 25.000 euro;

– la durata può e deve essere fino a 72 mesi con preammortamento di almeno 24;

– anche affitto di azienda;

– l'erogazione potrà avvenire anche senza il via libera del Fondo di Garanzia;

– si deve trattare di un nuovo finanziamento, che determini un ammontare di esposizione superiore rispetto alla data di entrata in vigore del Decreto;

– costo: sola copertura costi istruttoria e gestione dell'operazione con precisi limiti[4].

Finanziamento per soggetti con ricavi non superiori a 3.200.000 euro con attività danneggiata Covid

– anche in questo caso è necessaria l'autocertificazione;

– il prestito non può essere superiore al 25% dei ricavi (sempre in base a bilancio e dichiarazioni *ut supra*);

– si deve trattare di un nuovo finanziamento, che determini un ammontare di esposizione superiore rispetto alla data di entrata in vigore del Decreto;

– Garanzia può arrivare al 100% cumulando con ulteriore garanzia Confidi.

Garanzia per finanziamenti già erogati

È possibile richiedere una garanzia anche su operazioni finanziarie erogate da non oltre 3 mesi dalla di presentazione della richiesta e comunque successivamente al 31 gennaio 2020.

Riepiloghiamo adesso le condizioni stabilite per le varie misure:

Articolo 56 del Decreto "Cura Italia"

– le posizioni debitorie non debbono essere classificate come esposizioni creditizie deteriorate al 17 marzo 2020

Articolo 1 del Decreto "Liquidità"

– alla data del 31 dicembre 2019 l'impresa beneficiaria non deve rientrare nella categoria delle imprese in difficoltà ai sensi del Regolamento (UE) 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014

– alla data del 29 febbraio 2020 non deve risultare presente tra le esposizioni deteriorate della banca, come definite ai sensi della normativa europea

Articolo 13 del Decreto "Liquidità"

– possono essere ammessi anche soggetti con posizioni deteriorate classificate «*inadempienze probabili - UTP*» o «*scadute o sconfinanti deteriorate*», purché non precedente al 31 gennaio 2020;

– escluse imprese che presentano posizioni deteriorate classificate come «sofferenza».

Evito di riportare in questa sede tutto il brano che riguarda le imprese in ristrutturazione.

Per riuscire a muoversi correttamente tra queste disposizioni, va fatta una breve disamina delle norme e provvedimenti che regolano tutte queste nozioni.

[4] *Link* istruzioni ABI emanate il 16 aprile scorso https://www.abi.it/DOC_Mercati/Crediti/COVID-19-%20Misure%20per%20le%20imprese/COVID-19-%20Misure%20per%20le%20imprese%20-%20Imprese/UCR-000723%2016%20aprile%202020.pdf

Con riferimento alla nozione imprese in difficoltà ai sensi del Regolamento (UE) 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014 viene introdotta una categorizzazione cui sono stabilite diverse condizioni, così declinata, rimandando alla nota i dettagli[5]:

1. impresa a responsabilità limitata;
2. società con almeno uno dei soci a responsabilità illimitata;
3. società oggetto di procedura concorsuale;
4. imprese che hanno ricevuto un aiuto per il salvataggio;
5. imprese diverse dalle pmi.

Passando a una diamina del concetto di esposizione deteriorata, appare opportuno partire dalla Circolare della Banca d'Italia n. 272 del 30 luglio 2008 (12° aggiornamento del 17 settembre 2019)[6].

Nella Circolare viene evidenziata la categorizzazione dei crediti deteriorati:

1. sofferenze: il complesso delle esposizioni creditizie per cassa e "fuori bilancio" nei confronti di un soggetto in stato di insolvenza (anche non accertato giudizialmente) o in situazioni sostanzialmente equiparabili, indipendentemente dalle eventuali previsioni di perdita formulate dalla banca. Sono escluse le esposizioni la cui situazione di anomalia sia riconducibile a profili attinenti al rischio Paese;
2. inadempienze probabili *("unlikely to pay")*: la classificazione in tale categoria è, innanzitutto, il risultato del giudizio della banca circa l'improbabilità che, senza il ricorso ad azioni quali l'escussione delle garanzie, il debitore adempia integralmente (in linea capitale e/o interessi) alle sue obbligazioni creditizie. Tale valutazione va operata in maniera indipendente dalla presenza di eventuali importi (o

[5] Articolo 2, 18) Regolamento (UE) 651/2014 della Commissione del 17 giugno 2014:
18) "*impresa in difficoltà»: un'impresa che soddisfa almeno una delle seguenti circostanze:*
a) nel caso di società a responsabilità limitata (diverse dalle PMI costituitesi da meno di tre anni o, ai fini dell'ammissibilità a beneficiare di aiuti al finanziamento del rischio, dalle PMI nei sette anni dalla prima vendita commerciale ammissibili a beneficiare di investimenti per il finanziamento del rischio a seguito della due diligence da parte dell'intermediario finanziario selezionato), qualora abbia perso più della metà del capitale sociale sottoscritto a causa di perdite cumulate. Ciò si verifica quando la deduzione delle perdite cumulate dalle riserve (e da tutte le altre voci generalmente considerate come parte dei fondi propri della società) dà luogo a un importo cumulativo negativo superiore alla metà del capitale sociale sottoscritto. Ai fini della presente disposizione, per «società a responsabilità limitata» si intendono in particolare le tipologie di imprese di cui all'allegato I della Direttiva 2013/34/UE (1) e, se del caso, il «capitale sociale» comprende eventuali premi di emissione;
b) nel caso di società in cui almeno alcuni soci abbiano la responsabilità illimitata per i debiti della società (diverse dalle PMI costituitesi da meno di tre anni o, ai fini dell'ammissibilità a beneficiare di aiuti al finanziamento del rischio, dalle PMI nei sette anni dalla prima vendita commerciale ammissibili a beneficiare di investimenti per il finanziamento del rischio a seguito della due diligence da parte dell'intermediario finanziario selezionato),
qualora abbia perso più della metà dei fondi propri, quali indicati nei conti della società, a causa di perdite cumulate. Ai fini della presente disposizione, per «società in cui almeno alcuni soci abbiano la responsabilità illimitata per i debiti della società» si intendono in particolare le tipologie di imprese di cui all'allegato II della Direttiva 2013/34/UE;
c) qualora l'impresa sia oggetto di procedura concorsuale per insolvenza o soddisfi le condizioni previste dal diritto nazionale per l'apertura nei suoi confronti di una tale procedura su richiesta dei suoi creditori;
d) qualora l'impresa abbia ricevuto un aiuto per il salvataggio e non abbia ancora rimborsato il prestito o revocato la garanzia, o abbia ricevuto un aiuto per la ristrutturazione e sia ancora soggetta a un piano di ristrutturazione;
e) nel caso di un'impresa diversa da una pmi, qualora, negli ultimi due anni:
1) il rapporto debito/patrimonio netto contabile dell'impresa sia stato superiore a 7,5; e
2) il quoziente di copertura degli interessi dell'impresa (EBITDA/interessi) sia stato inferiore a 1,0".

[6] Il *link* della circolare della Banca d'Italia https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/circolari/c272/CIRC272_12agg.pdf.

rate) scaduti e non pagati. Non è, pertanto, necessario attendere il sintomo esplicito di anomalia (il mancato rimborso), laddove sussistano elementi che implicano una situazione di rischio di inadempimento del debitore (ad esempio, una crisi del settore industriale in cui opera il debitore). Il complesso delle esposizioni per cassa e "*fuori bilancio*" verso un medesimo debitore che versa nella suddetta situazione è denominato "*inadempienza probabile*", salvo che non ricorrano le condizioni per la classificazione del debitore fra le sofferenze;

3. esposizioni scadute e/o sconfinanti deteriorate: esposizioni creditizie per cassa, diverse da quelle classificate tra le sofferenze o le inadempienze probabili, che, alla data di riferimento della segnalazione, sono scadute o sconfinanti. Le esposizioni scadute e/o sconfinanti deteriorate possono essere determinate facendo riferimento, alternativamente, al singolo debitore o alla singola transazione come di seguito indicato.

Al fine di avere un quadro completo della nozione di credito deteriorato, va però richiamato l'articolo 47-*bis*, Regolamento UE 575/2013. Si tenga presente che tale articolo è stato inserito nel detto Regolamento con successivo Regolamento 630/2019 del 17 aprile 2019[7].

In esso i crediti deteriorati vengono così classificati e definiti:

1. ai fini dell'articolo 36, § 1, lettera m), le seguenti esposizioni sono classificate come esposizioni deteriorate:

a) le esposizioni in relazione alle quali si ritiene che sia intervenuto un default ai sensi dell'articolo 178;

b) le esposizioni che si ritiene abbiano subito una riduzione di valore ai sensi della disciplina contabile applicabile;

c) le esposizioni in prova ai sensi del § 7, qualora siano state concesse misure di tolleranza aggiuntive o qualora siano scadute da oltre 30 giorni;

d) le esposizioni in forma di impegno che, qualora utilizzato o altrimenti attivato, comporterebbe il rischio di rimborso non integrale senza escussione delle garanzie reali;

e) le esposizioni sotto forma di garanzia finanziaria per le quali vi è il rischio che possa essere attivata dalla parte garantita, compresi i casi in cui l'esposizione garantita sottostante soddisfa i criteri per essere considerata deteriorata.

[7] Si inserisce in questa sede il *link* del regolamento originario https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0575&from=it.
sia quello relative al successivo regolamento che ha inserito l'articolo 47-*bis* https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0630&from=IT.

Ai fini della lettera a), nei casi in cui l'ente abbia in bilancio esposizioni verso un debitore scadute da oltre 90 giorni le quali rappresentano più del 20% del totale delle esposizioni in bilancio verso il medesimo debitore, tutte le esposizioni in bilancio e fuori bilancio verso detto debitore sono considerate scadute da oltre 90 giorni.

Si tenga presente che la nozione di credito deteriorato assume preminente rilievo per gli enti creditizi ai fini dei requisiti prudenziali e segnatamente per la valorizzazione in bilancio delle poste attive, tanto è vero che lo stesso regolamento modificativo 630/2019 del 17 aprile 2019, introduce una nuova lettera m) all'articolo 36 rubricato *"Deduzione dagli elementi del capitale primario di classe 1"*, nel quale si precisa che gli enti creditizi dovranno dedurre dagli elementi del capitale, oltre a quelli precedentemente elencati (si veda l'articolo 36, comma 1, lettere da a) ad l) in nota), anche *"l'importo applicabile della copertura per le esposizioni deteriorate"*.

L'articolo 47-*bis* introduce a seguire i criteri in base ai quali le esposizioni, precedentemente classificate deteriorate, cessano di esserlo. I criteri vengono distinti a seconda che le esposizioni deteriorate siano o meno state oggetto di "*misure di concessione*"[8].

Le esposizioni deteriorate non oggetto di concessione cessano di essere classificate come deteriorate se sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) l'esposizione soddisfa i criteri applicati dall'ente affinché l'esposizione possa cessare di essere classificata come esposizione che ha subito una riduzione di valore ai sensi della disciplina contabile applicabile e come esposizione in stato di default ai sensi dell'articolo 178;

b) la situazione del debitore è migliorata in tale misura che l'ente è convinto che verosimilmente vi sarà il rimborso integrale alla scadenza;

c) il debitore non ha importi arretrati da oltre 90 giorni.

Come ben si può evincere, la valutazione in merito alla valutazione della qualità di deterioramento è collegata non solo ad elementi oggettivi, ma anche ad un giudizio dell'ente, come si è già visto esponendo le caratteristiche dell'inadempienza probabile come desumibile dalla circolare della Banca d'Italia sopra esposta.

Andando poi alle esposizioni deteriorate oggetto di misure di concessione, esse cessano di essere classificate come esposizioni deteriorate se:

a) le esposizioni non sono più in una situazione che ne determinerebbe la classificazione come esposizioni deteriorate;

[8] Si tenga presente che sempre il regolamento modificativo dell'originario sopra citato, precisa cosa debba intendersi per "misure di concessione" al nuovo articolo 47-*ter* del Regolamento UE 575/2013, come modificato dal Regolamento UE 630/2019, cui si rinvia (si veda il secondo *link* a nota 7).

b) è trascorso almeno un anno dalla data in cui sono state accordate le misure di concessione o, se posteriore, dalla data in cui le esposizioni sono state classificate come esposizioni deteriorate;
c) dopo l'applicazione delle misure di concessione non vi sono importi in arretrato e l'ente, sulla base dell'analisi della situazione finanziaria del debitore, è convinto che verosimilmente vi sarà il rimborso integrale dell'esposizione alla scadenza.
Il rimborso integrale alla scadenza non deve essere considerato verosimile a meno che il debitore abbia effettuato pagamenti regolari e a scadenza pari ai seguenti importi:
1. l'importo in arretrato prima che la misura di concessione fosse accordata, nei casi in cui vi erano importi arretrati;
2. l'importo che è stato cancellato contabilmente in forza delle misure di concessione, se non vi erano importi in arretrato.
Ora, come sopra abbiamo visto, l'articolo 13 del Decreto Liquidità (comma 1, lettera g), nell'evidenziare le condizioni in base alle quali le società che hanno avuto accesso ad un istituto dedicato alla ristrutturazione dell'impresa di cui alla legge fallimentare possono accedere al finanziamento garantito previsto dalla norma, richiama *in toto* le condizioni di cui alle sopra riportate lettere a) e c), mentre con riferimento alla lettera b) prevede che non sia necessario che sia trascorso un anno, alleggerendo così le condizioni poste dal Regolamento UE.

Addendum

Durante la fase di stampa della presente rivista, il "Decreto Liquidità" è stato convertito nella L. 40/2020 pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 143 del 6 giugno 2020. Vengono quindi esaminate di seguito le modifiche intervenute.
Partendo dall'articolo 1, come visto in precedenza, con riferimento alla garanzia SACE sono state poste 2 condizioni (si riporta il testo come modificato).
Premesso che la garanzia è rilasciata entro il 31 dicembre 2020, per finanziamenti di durata non superiore a 6 anni, con la possibilità per le imprese di avvalersi di un preammortamento di durata fino a 36 mesi (allungato il periodo di preammortamento in precedenza fino a 24 mesi), vengono tenute ferme le condizioni:
– alla data del 31 dicembre 2019 l'impresa beneficiaria non deve rientrare nella categoria delle imprese in difficoltà ai sensi del Regolamento (UE) 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014;

– alla data del 29 febbraio 2020 non deve risultare presente tra le esposizioni deteriorate presso il sistema bancario, *come rilevabili dal soggetto finanziatore* (testo precedente: come definite ai sensi della normativa europea).

Successivamente, però, al comma 2, è stato aggiunto un punto b-*bis*) nel quale si precisa (per comprendere meglio si veda la nota 5 sopra riportata nel quale è riportato il testo dell'articolo 2, 18 Regolamento (UE) 651/2014 della Commissione del 17 giugno 2014 di cui questo punto b-*bis* costituisce deroga:

> *"nella definizione del rapporto tra debito e patrimonio netto contabile registrato negli ultimi due anni dall'impresa, che non può essere superiore a 7,5, come indicato dal numero 1), lettera e), punto 18), articolo 2, Regolamento (UE) 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, e che costituisce un parametro indispensabile per la definizione di "impresa in difficoltà", sono compresi nel calcolo del patrimonio i crediti non prescritti, certi, liquidi ed esigibili, maturati nei confronti delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, D.Lgs. 165/2001, per somministrazione, forniture e appalti, certificati ai sensi dell'articolo 9, comma 3-bis, D.L. 185/2008, convertito, con modificazioni, dalla L. 2/2009, e le certificazioni richiamate al citato articolo 9, comma 3-ter, lettera b), ultimo periodo, recanti la data prevista per il pagamento, emesse mediante l'apposita piattaforma elettronica".*

Si ricorda che tale regola riguarda, in ogni caso, le imprese diverse dalle pmi (cfr. nota 5).

Più rilevanti le novità introdotte con riferimento all'articolo 13 sul tema dei crediti deteriorati.

In particolare, è stato totalmente sostituito il punto g), suddiviso in ben 5 punti da g) a g *quater*).

Nel punto g) sono state riproposte, sostanzialmente senza modificazioni, le regole procedurali per la richiesta con riferimento alla non necessità dell'applicazione del modello di valutazione di cui alla parte IX, lettera A, delle condizioni di ammissibilità e disposizioni di carattere generale per l'amministrazione del Fondo di garanzia allegate al decreto del Ministro dello sviluppo economico 12 febbraio 2019 (si veda sopra).

Onde dare ordine alla questione delle condizioni relative alla presenza o meno di esposizioni deteriorate, sono stati introdotti i successivi 4 punti:

g-*bis*) questa parte riguarda le imprese che non sono state oggetto di misure di concessione (si veda per la definizione la sopra riportata nota 9) è stato ribadito che la garanzia è concessa anche in favore di soggetti che presentino esposizioni nei confronti del soggetto finanziatore classificate come inadempienze probabili o come esposizioni scadute e/o sconfinanti deteriorate (si richiama la circolare della Banca d'Italia n. 272 del 30 luglio 2008), purché la predetta classificazione non sia stata effettuata prima del 31 gennaio 2020.

In tale ipotesi è, quindi, ipotizzabile che possa intervenire un soggetto finanziatore che non presenta esposizioni deteriorate, pur in presenza di altri finanziatori con esposizioni deteriorate.

g-*ter*) siamo nell'ambito di imprese che sono state oggetto di misure di concessione in data precedente al 31 dicembre 2019 (questa data è stata aggiunta da chi scrive per distinguere con precisione dal successivo, anche se misura di concessione è concetto più ampio delle ristrutturazioni attuate per il tramite di uno degli istituti previsti dalla Legge Fallimentare, come nel punto successivo).

Va preliminarmente tenuto presente che le regole contenute in questa sezione non sono applicabili alla misura (lettera "e" del comma 2 dell'articolo 13) che prevede i finanziamenti a fronte di operazioni di rinegoziazione del debito del soggetto beneficiario, purché il nuovo finanziamento preveda l'erogazione al medesimo soggetto beneficiario di credito aggiuntivo in misura pari ad almeno il 10% dell'importo del debito accordato in essere del finanziamento oggetto di rinegoziazione ovvero (questa parte è stata aggiunta in sede di conversione), per i finanziamenti deliberati dal soggetto finanziatore in data successiva alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente Decreto, in misura pari ad almeno il 25% dell'importo del debito accordato in essere del finanziamento oggetto di rinegoziazione.

La regola fissata in questa sezione prevede che la garanzia sia concedibile anche alle imprese che presentino alla data del 31 gennaio 2020 esposizioni qualificabili come inadempienze probabili o esposizione scadute e/o sconfinanti secondo quanto previsto dalla circolare n. 272 della Banca d'Italia (per le definizioni di esposizioni deterioriate di cui alla detta circolare si veda sopra).

Viene ribadito il principio per cui il beneficio della garanzia è ammesso anche prima che sia trascorso un anno dalla data in cui sono state accordate le misure di concessione o, se posteriore, dalla data in cui le suddette esposizioni sono state classificate come esposizioni deteriorate, ai sensi dell'articolo 47-*bis*, § 6, lettera *b)*, Regolamento (UE) 575/2013. Come sopra visto il trascorrere dell'anno è una delle 3 condizioni che devono essere contemporaneamente presenti affinché le esposizioni deteriorate oggetto di misure di concessione possano cessare di essere tali ai sensi dell'articolo 47-*bis* del più volte citato Regolamento UE 575/2013. Si ritiene utile in questa sede ripetere le 3 condizioni, cosa che tornerà utile anche per il punto successivo:

> *"a) le esposizioni non sono più in una situazione che ne determinerebbe la classificazione come esposizioni deteriorate;*
>
> *b) è trascorso almeno un anno dalla data in cui sono state accordate le misure di concessione o, se posteriore, dalla data in cui le esposizioni sono state classificate come esposizioni deteriorate;*

> *c) dopo l'applicazione delle misure di concessione non vi sono importi in arretrato e l'ente, sulla base dell'analisi della situazione finanziaria del debitore, è convinto che verosimilmente vi sarà il rimborso integrale dell'esposizione alla scadenza.*
> *Il rimborso integrale alla scadenza non deve essere considerato verosimile a meno che il debitore abbia effettuato pagamenti regolari e a scadenza pari ai seguenti importi:*
> *1. l'importo in arretrato prima che la misura di concessione fosse accordata, nei casi in cui vi erano importi arretrati;*
> *2. l'importo che è stato cancellato contabilmente in forza delle misure di concessione, se non vi erano importi in arretrato".*

In ogni caso condizione necessaria è che alla data di entrata in vigore del decreto le citate esposizioni (qui in sostanza si richiamano le condizioni di cui sopra):

1. non sono più classificabili come esposizioni deteriorate (in merito a questo abbiamo già visto quanto prevede l'articolo 36, § 1, lettera m), Regolamento UE 575/2013);
2. non presentano importi in arretrato successivi all'applicazione delle misure di concessione;
3. il soggetto finanziatore, sulla base dell'analisi della situazione finanziaria del debitore, possa ragionevolmente presumere il rimborso integrale dell'esposizione alla scadenza, ai sensi del citato articolo 47-*bis*, § 6, lettere *a)* e *c)*, Regolamento (UE) 575/2013;

In ultimo vi è la sezione

g-*quater)* questa sezione è specificamente dedicata alle imprese che, in data successiva al 31 dicembre 2019, sono state ammesse alla procedura del concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-*bis*, L.F., hanno stipulato accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182-*bis,* L.F. o hanno presentato un piano ai sensi dell'articolo 67, L.F..

La condizioni per la concessione della garanzia è che alla data di entrata in vigore del Decreto le loro esposizioni:

1. non siano classificabili come esposizioni deteriorate;
2. non presentino importi in arretrato successivi all'applicazione delle misure di concessione
3. il soggetto finanziatore, sulla base dell'analisi della situazione finanziaria del debitore, possa ragionevolmente presumere il rimborso integrale dell'esposizione alla scadenza, ai sensi del citato articolo 47-*bis*, § 6, lettere *a)* e *c)*, Regolamento (UE) 575/ 2013.

Sono, in ogni caso, escluse le imprese che presentano esposizioni classificate come sofferenze ai sensi della disciplina bancaria vigente.

Si tratta delle stesse condizioni viste per il punto g-*ter* e francamente a questo punto non si capisce bene che senso abbia la distinzione tra i due punti *ter* e *quater* visto che gli istituti previsti nella Legge Fallimentare rientrano certamente tra le misure di concessione.

Una delle spiegazioni plausibili può essere collegata al concordato preventivo in continuità, visto che si parla di ammissione in data successiva al 31 dicembre 2019 e alla data di entrata in vigore del Decreto ragionevolmente l'impresa non poteva aver ottenuto l'omologa.

Nella Circolare della Banca d'Italia si precisa con riferimento alle inadempienze probabili:

> *Il complesso delle esposizioni verso debitori che hanno proposto il ricorso per concordato preventivo c.d. "in bianco" (articolo 161, L.F.) va segnalato tra le inadempienze probabili dalla data di presentazione della domanda e sino a quando non sia nota l'evoluzione dell'istanza. Resta comunque fermo che le esposizioni in questione vanno classificate tra le sofferenze: a) qualora ricorrano elementi obiettivi nuovi che inducano gli intermediari, nella loro responsabile autonomia, a classificare il debitore in tale categoria; b) le esposizioni erano già in sofferenza al momento della presentazione della domanda.*
>
> ***Medesimi criteri si applicano nel caso di domanda di concordato con continuità aziendale** (articolo 186-bis, L.F.), dalla data di presentazione sino a quando non siano noti gli esiti della domanda. In quest'ultimo caso la classificazione delle esposizioni va modificata secondo le regole ordinarie".*

In sostanza la circolare impone la classificazione quali esposizioni deteriorate fino all'omologa.

Il punto g-*quater* sembra consentire una deroga a questo principio, ma in modo tutt'altro che chiaro. Con riferimento agli accordi ci si potrebbe riferire al caso in cui non sia ancora intervenuta omologa e, per il piano attestato, alle situazioni in cui si versa ancora in trattativa.

Cozza con questa interpretazione la circostanza per cui la norma chiede che il superamento della condizione, affinché le esposizioni possano essere considerate deteriorate, debba determinarsi (secondo i canoni del più volte richiamato Regolamento UE) alla data di entrata in vigore del Decreto.

Ciò implica che la norma sia difficilmente leggibile nel senso che, laddove l'omologa del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione o la firma della convenzione collegata al piano attestato intervenisse entro il termine fissato dalla legge per poter accedere alla garanzia e cioè entro il 31 dicembre 2020, si potrebbe avviare anche da adesso procedure che contemplino nei loro piani dei finanziamenti con garanzia statale erogabili in esecuzione dei piani medesimi.

In sostanza l'erogazione sarebbe successiva all'omologazione o alla firma, purché precedente al 31 dicembre 2020.

In effetti questo sarebbe il modo più razionale di leggere la norma: inserire il finanziamento con garanzia statale, nell'ambito di un piano di risanamento.

Poiché con questo articolo si è compiuta una disamina delle regolamentazioni europee, ben si capisce che, in assenza di una deroga rispetto a quelle norme, mal si concilia un'ipotesi del genere con una situazione caratterizzata, *ante* Covid, da esposizione deteriorate.

Molti dei problemi aperti con la vecchia versione appaiono rimanere tali e non resta che capire, negoziando con le banche, come inserirsi negli interstizi della norma, per ottenere finanza garantita ai sensi dell'articolo 13, nell'ambito di ristrutturazioni aziendali, già perfezionate ed in fase esecutiva, o in corso.

Crisi e risanamento n. 40/2020

La continuità aziendale nei bilanci 2019 e 2020 ai tempi del Coronavirus

di Massimo Buongiorno - docente di finanza aziendale presso l'Università Luigi Bocconi di Milano e Ca' Foscari

Questo articolo intende approfondire le novità introdotte dal D.L. 23/2020 convertito nella L. 40/2020 in tema di continuità aziendale e tutela del capitale a seguito dell'emergenza sanitaria che si è venuta a creare e degli effetti delle misure di contenimento del contagio sul bilancio delle società.
Verrà in primo luogo richiamata la disciplina esistente, evidenziandone gli aspetti maggiormente critici alla luce della situazione attuale e successivamente verranno analizzate le conseguenze delle novità normative tenendo conto dei riferimenti disponibili di dottrina e di prassi.
In particolare, verranno esaminate le presunzioni di esistenza della continuità aziendale ai fini della redazione del bilancio al 31 dicembre 2019 e 2020 e le modalità attraverso il quale è stata sospesa (e verrà ripresa) la disciplina di tutela del capitale prevista dagli articoli 2446 e 2447, cod. civ.

Premessa

La situazione che si è venuta a creare a seguito dell'emergenza sanitaria dovuta al Covid-19 e delle misure di contenimento del contagio decise dal Governo comporta numerosi effetti prevalentemente negativi di natura reddituale, finanziaria ed anche patrimoniale per le imprese. Al momento ogni ipotesi in merito alla durata di tali effetti è prematura non essendo chiaramente identificabile l'impatto sulla domanda futura, anche a seguito di un significativo calo del reddito spendibile e quindi della capacità di acquisto di imprese, famiglie e anche Pubblica Amministrazione. Rimane tuttavia evidente che nel breve, il venir meno di una parte rilevante di ricavi nei mesi di febbraio, marzo e aprile e il perdurare di condizioni attuali ben lontane da quelle normali comporta inevitabilmente un impatto sul bilancio 2020 molto negativo se non addirittura devastante per le imprese operanti nei settori più colpiti (si pensi ad esempio agli esercizi commerciali, alla ristorazione e al turismo in generale).
Per evitare che imprese "sane" in condizioni normali ma entrate in crisi solamente a causa dello scenario attuale fossero eccessivamente penalizzate, il Governo ha ritenuto di adottare delle misure straordinarie

per evitare che gli amministratori si ritrovassero nella condizione di chiedere ai soci la ricapitalizzazione della società oppure la sua messa in liquidazione.

In questo contesto le aree di intervento sono state 2:

1. viene meno la verifica della continuità aziendale nei bilanci 2019 e 2020, evitando quindi di applicare quanto previsto dall'Oic 11 nelle situazioni di incertezza oppure di esistenza/previsione di esistenza di una delle cause di scioglimento previste dall'articolo 2484, cod. civ.;
2. è sospesa fino al 31 dicembre 2020 la disciplina di tutela del capitale prevista dagli articoli 2446 e 2447, cod. civ. e quindi dell'obbligo di ricapitalizzazione da parte dei soci.

Per quanto lodevoli e condivisibili siano state le intenzioni del Governo, le norme, nell'attuale stesura, presentano non pochi aspetti di ambiguità che verranno esaminati nel seguito del presente lavoro e che ci si augura verranno chiariti e corretti in sede di conversione del D.L. 23/2020.

La continuità aziendale nel codice civile, nell'Oic 11 e nei principi di revisione

Il requisito della continuità aziendale è chiaramente previsto dal Legislatore che all'articolo 2423-*bis*, cod. civ. comma 1, n. 1 prevede che la valutazione delle voci di bilancio debba essere effettuata secondo prudenza e nella prospettiva di continuazione dell'attività. I principi di redazione del bilancio, come previsti dall'articolo 2426, cod. civ. possono pertanto applicarsi solamente ove tale prospettiva fosse verificata. Il Legislatore non ha però ritenuto di chiarire quali principi dovessero essere applicati nella redazione del bilancio di esercizio nel caso in cui venga meno la prospettiva di continuazione dell'attività.

Veniva allora in soccorso l'Oic 5 secondo il quale in tale fattispecie dovrebbero essere applicati i principi di liquidazione come delineati dallo stesso principio contabile ma la sottile linea di demarcazione tra le 2 situazioni ha sempre creato problemi sia di tipo operativo (assenza di chiare indicazione per comprendere quando venga meno la continuità aziendale) sia di tipo teorico (dubbi in merito alla effettiva applicabilità dei principi di liquidazione quando quest'ultima non sia ancora stata deliberata dall'assemblea).

Per meglio chiarire questi punti e definire una disciplina di più semplice applicazione, l'Organismo italiano di contabilità ha ritenuto di introdurre un nuovo postulato tra quelli previsti dall'OIC 11, "*Finalità e postulati di bilancio*", che riguarda proprio la continuità aziendale.

Il testo del principio, di recente modifica essendo entrato in vigore nel marzo 2018, definisce la continuità aziendale come la:

> *"capacità dell'azienda di continuare a costituire un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito per un prevedibile arco temporale futuro, relativo a un periodo di almeno 12 mesi dalla data di riferimento del bilancio (Oic 11, n. 22)"*[1].

Nei casi sussistano elementi di incertezza in merito alla esistenza della continuità, la società è chiamata a fornire nella Nota integrativa:

> *"le informazioni relative ai fattori di rischio, alle assunzioni effettuate e alle incertezze identificate, nonchè ai piani aziendali futuri per far fronte a tali rischi e incertezze. Dovranno inoltre essere esplicitate le ragioni che qualificano come significative le incertezze esposte e le ricadute che esse possono avere sulla continuità aziendale (Oic 11, n. 22)".*

Viene quindi delineato un obbligo in capo agli amministratori di effettuare, *nella fase di preparazione del bilancio*, la valutazione prospettica del permanere della continuità aziendale e, solamente ove sussistano incertezze, di fornire adeguate spiegazioni in nota integrativa.

L'Oic ha quindi ritenuto di declinare il presupposto in senso aziendalistico accertando la capacità potenziale del compendio aziendale di produrre reddito quanto meno entro i dodici mesi successivi alla data di chiusura del bilancio. In tal senso la verifica riguarda il futuro, pur se ancorata alle previsioni ragionevolmente formulabili alla data di chiusura del bilancio e quindi per quanto riguarda il bilancio attualmente in approvazione al 31 dicembre 2019, quanto meno per quelli "solari".

Nei casi di incertezza, in Nota integrativa dovranno essere chiaramente identificati i fattori che le spiegano ma anche come nei piani aziendali si intende farvi fronte. Il passaggio non è banale perché implica l'esistenza di piani pluriennali (per i quali non si richiede l'approvazione dell'organo amministrativo ma pare assai opportuna) dai quali si possa evincere che i motivi di incertezza, per quanto significativi (altrimenti non richiederebbero alcun commento) siano comunque superabili, pur in presenza di ricadute negative, quanto meno nel breve periodo.

Al contrario, se le previsioni degli amministratori portano a ritenere che:

> *"non vi sono ragionevoli alternative alla cessazione dell'attività, ma non si siano ancora accertate ai sensi dell'articolo 2485, cod. civ. cause di scioglimento di cui all'articolo 2484, cod. civ., la valutazione delle voci di bilancio è pur sempre fatta nella prospettiva della continuazione dell'attività, tenendo peraltro conto, nell'applicazione dei principi di volta in volta rilevanti, del limitato orizzonte temporale*

[1] Assimilabile ma non del tutto analoga è l'impostazione dello IAS 1 che definisce la continuità aziendale come *la capacità dell'entità di continuare a operare come un'entità in funzionamento*. Non viene richiamata la capacità di produrre reddito ma solamente che il compendio possa rimanere in funzionamento.

> *residuo. La nota integrativa dovrà descrivere adeguatamente tali circostanze e gli effetti delle stesse sulla situazione patrimoniale ed economica della società (Oic 11, n. 23)".*

Per meglio delineare la disciplina civilistica nelle ipotesi di mancanza della prospettiva di continuità aziendale, l'Oic ha quindi scelto di mantenere i principi di continuità ma in forma ridotta e limitata in modo da tenere conto dell'ineludibilità della cessazione dell'attività aziendale che rende inapplicabili tutti i principi che implicano una vita indefinita o comunque ancora lunga della società quali:

1. la vita utile e il valore residuo delle immobilizzazioni e la stima del valore recuperabile – in particolare del valore d'uso – come previsto da Oic 9;
2. la revisioni delle relazioni di copertura nella contabilizzazione dei derivati;
3. l'opportunità di stanziare appositi fondi a fronte dell'impossibilità di portare a termine contratti onerosi;
4. la recuperabilità delle imposte anticipate sulla base delle indicazioni dell'Oic 25.

Infine:

> *"quando, ai sensi dell'articolo 2485, cod. civ., viene accertata dagli amministratori una delle cause di scioglimento di cui all'articolo 2484, cod. civ., il bilancio d'esercizio è redatto senza la prospettiva della continuazione dell'attività, e si applicano i criteri di funzionamento, così come previsti al § 23, tenendo conto dell'ancor più ristretto orizzonte temporale. Ciò vale anche quando tale accertamento avviene tra la data di chiusura dell'esercizio e quella di redazione del bilancio"* (Oic 11, n. 24).

L'operare di una causa di scioglimento, quale ad esempio la perdita del capitale, non implica ancora l'utilizzo dei principi di liquidazione che saranno adottabili solo dopo che l'assemblea dei soci l'abbia deliberata ma esclude dalle stime e dalle valutazioni di bilancio tutte le assunzioni che prevedono un breve orizzonte temporale che nel concreto non dovrebbe superare l'esercizio[2].

I Principi contabili si occupano ancora di continuità aziendale per quanto attiene il trattamento degli eventi successivi alla chiusura dell'esercizio. In tal senso, Oic 29 n. 59 distingue:

a) i fatti successivi che devono essere recepiti nel bilancio quando la condizione che le determina era già presente alla data di chiusura del bilancio;

b) i fatti successivi che non devono essere recepiti quando la condizione non era presente;

c) i fatti successivi che possono avere conseguenze sulla continuità aziendale che devono sempre essere considerati.

Di diverso tenore il principio di revisione Isa Italia 570 che richiede al revisore di:

[2] È evidente che dalla prima situazione ipotizzata, la società può facilmente ritrovarsi nella seconda a seguito delle svalutazioni che conseguono all'utilizzo dei principi nell'ottica del limitato orizzonte temporale residuo.

1. acquisire elementi probativi sufficienti e appropriati sulla valutazione di continuità fatta dagli amministratori;
2. verificare che tale valutazione sia chiaramente rappresentata nel bilancio;
3. concludere se esiste una incertezza significativa sulla capacità dell'impresa ad operare in continuità;
4. considerare e stabilire le conseguenze sulla relazione di revisione.

Per meglio effettuare la valutazione circa le incertezze significative viene fornito un elenco di indicatori ai quali il revisore può fare riferimento che includono fattori finanziari, gestionali e di altra natura[3].

Non sfugge la natura più pratica e operativa del principio di revisione mentre l'Oic 11 non fornisce indicazioni applicative del principio generale.

L'insieme delle indicazioni di prassi contribuisce comunque a definire un quadro sufficientemente chiaro per l'apprezzamento della continuità aziendale e dei principi applicabili.

La continuità aziendale nel Decreto Liquidità

Come ricordato in premessa, il Governo ha ritenuto necessario intervenire con misure d'urgenza sul punto della continuità aziendale per limitare gli effetti della situazione in atto.

L'articolo 7, D.L. 23/2020 c.d. Decreto Liquidità, convertito nella L. 40/2020 prevede al comma 1 che:

[3] Si riportano di seguito gli indicatori previsti dall'Isa Italia 570.
Alla prima famiglia appartengono degli indicatori gestionali (n. A2):
- intenzione della direzione di liquidare l'impresa o di cessare le attività;
- perdita di membri della direzione con responsabilità strategiche senza una loro sostituzione;
- perdita di mercati fondamentali, di clienti chiave, di contratti di distribuzione, di concessioni o di fornitori importanti;
- difficoltà con il personale;
- scarsità nell'approvvigionamento di forniture importanti;
- comparsa di concorrenti di grande successo.

Alla seconda famiglia (indicatori finanziari) appartengono invece i seguenti:
- situazione di deficit patrimoniale o di capitale circolante netto negativo;
- prestiti a scadenza fissa e prossimi alla scadenza senza che vi siano prospettive verosimili di rinnovo o di rimborso; oppure eccessiva dipendenza da prestiti a breve termine per finanziare attività a lungo termine;
- indizi di cessazione del sostegno finanziario da parte dei creditori;
- bilanci storici o prospettici che mostrano flussi di cassa negativi;
- principali indici economico-finanziari negativi;
- consistenti perdite operative o significative perdite di valore delle attività utilizzate per generare i flussi di cassa;
- difficoltà nel pagamento di dividendi arretrati o discontinuità nella distribuzione di dividendi;
- incapacità di pagare i debiti alla scadenza;
- incapacità di rispettare le clausole contrattuali dei prestiti;
- cambiamento delle forme di pagamento concesse dai fornitori, dalla condizione "a credito" alla condizione "pagamento alla consegna";
- incapacità di ottenere finanziamenti per lo sviluppo di nuovi prodotti ovvero per altri investimenti necessari.

Lo stesso *standard* di revisione richiama anche altri indicatori che non rientrano nelle prime due famiglie ma vengono comunque ritenuti particolarmente rilevanti:
- capitale ridotto al di sotto dei limiti legali o non conformità ad altre norme di legge;
- procedimenti legali o regolamentari in corso che, in caso di soccombenza, possono comportare richieste di risarcimento cui l'impresa probabilmente non è in grado di far fronte;
- modifiche di leggi o regolamenti o delle politiche governative che si presume possano influenzare negativamente l'impresa;
- eventi catastrofici contro i quali non è stata stipulata una polizza assicurativa ovvero contro i quali è stata stipulata una polizza assicurativa con massimali insufficienti.

> *"nella redazione del bilancio di esercizio in corso al 31 dicembre 2020, la valutazione delle voci nella prospettiva della continuazione delle attività come previsto dall'articolo 2423-bis, cod. civ. può essere comunque operata se risulta sussistente nell'ultimo bilancio chiuso prima del 23 febbraio 2020, fatta salva la previsione di cui all'articolo 106, D.L. 18/2020, convertito, con modificazioni, dalla L. 27/2020. Il criterio di valutazione è specificamente illustrato nella Nota informativa anche mediante il richiamo delle risultanze del bilancio precedente".*

Il comma 2 estende la disciplina anche ai bilanci chiusi entro il 23 febbraio 2020, data che viene fatta coincidere con l'inizio del periodo emergenziale, e non ancora approvati e viene concesso alla società cooperative di convocare l'assemblea generale dei soci delegati entro il 30 settembre 2020.

Il richiamo all'articolo 106, D.L. 18/2020 c.d. "Cura Italia" poi convertito nella L. 27/2020 riguarda la possibilità di approvare il bilancio 2019 "ordinariamente" entro il termine di 180 giorni.

Il Legislatore ha introdotto una presunzione di esistenza della continuità aziendale se essa si ritrova nell'esercizio precedente con applicazione:

– all'esercizio in corso al 31 dicembre 2020 ovvero quello corrente con chiusura al 31 dicembre 2020 ma anche successivamente ad esempio al 30 giugno 2021

– a quello precedente se chiuso entro il 23 febbraio 2020 e a quella data non approvato quale ad esempio il bilancio d'esercizio al 31 dicembre 2019.

Una prima interpretazione del testo di legge viene dalla Fondazione dottori commercialisti[4] nel documento del 20 aprile 2020. Successivamente Oic ha pubblicato il Documento Interpretativo n. 6, "*Disposizioni temporanee sui principi di redazione del bilancio*" reso definito il 3 giugno 2020. A tali documenti si farà riferimento per la lettera dell'articolo 7, D.L. 23/2020.

In primo luogo, andrà osservato che la norma richiama solamente l'articolo 2423-*bis*, cod. civ. ma non l'Oic 11 che tale norma nei fatti interpreta.

Il documento interpretativo Oic n. 6 in merito alle modalità di applicazione distingue due fattispecie:

1. i bilanci chiusi anteriormente al 23 febbraio 2020, e quindi il bilancio al 31 dicembre 2019;
2. i bilanci con chiusura al 31 dicembre 2020 o in date successive purché in corso al 31 dicembre 2020[5].

Per quanto attiene ai primi, la società può avvalersi della deroga relativamente alla valutazione della continuità aziendale se:

[4] FNC- in collaborazione con SIDREA, l'impatto dell'emergenza sanitaria sulla continuità aziendale e sull'applicazione dei Principi contabili nazionali. Prime indicazioni.20 aprile 2020.

[5] In linea teorica tale indicazione potrebbe riguardare i bilanci con chiusura fino al 30 dicembre 2021 in quanto sarebbero stati in corso al 31 dicembre 2020.

> *"sulla base delle informazioni disponibili alla data di chiusura dell'esercizio (ad esempio il 31 dicembre 2019) sussisteva la prospettiva della continuità aziendale".*

Poiché come detto la continuità deve essere verificata entro 12 mesi dalla chiusura dell'esercizio e quindi in ottica futura, può darsi il caso che una società sulla base delle previsioni formulabili al 31 dicembre 2019 e al limite fino al 23 febbraio 2020 non riscontri alcun problema ma, sulla base dell'aggiornamento delle previsioni *post*-Covid-19, la continuità sia a rischio. Applicando la deroga normativa può presumere la sussistenza della continuità senza verificarla. La deroga normativa può essere applicata anche nei casi di significative incertezze come definite dall'Oic 11 n. 22 ma non nelle ipotesi di cessazione dell'attività e, a maggiore ragione, quando opera una causa di scioglimento (condizioni previste ai § 23 e 24, Oic 11). Correttamente osserva il documento FNC che "*la prospettiva della continuità aziendale viene, quindi, "congelata" in attesa che il quadro normativo ed economico sia riportato a normalità*".

In assenza dell'intervento normativo, il testo dell'Oic 11 n. 22 che richiama la necessità di valutare la continuità "*nella fase di preparazione del bilancio*" e quindi includendo informazioni anche successive alla data di chiusura avrebbe posto significativi problemi già in approvazione del bilancio 2019[6].

In merito ai bilanci chiusi dopo il 23 febbraio 2020 ed in corso al 31 dicembre 2020, la continuità si presume esistere se esisteva nell'ultimo bilancio approvato precedente, anche ove fossero state riportate significative incertezze. La deroga, anche in questo caso non può essere utilizzata in presenza, nell'ultimo bilancio approvato, delle situazioni previste ai § 23 e 24 dell'Oic 11.

La deroga comporta quindi una applicazione piena di tutti i principi contabili ovviamente ad eccezione dei suddetti § 23 e 24 dell'Oic 11 ma anche del § 59, lettera c) dell'Oic 29, omettendo di considerare, ai fini della continuità aziendale, fatti rilevanti accaduti dopo la chiusura dell'esercizio.

La deroga però è strettamente correlata all'emergenza sanitaria e quindi non può essere applicata alle situazioni di carenza di continuità aziendale che sussistevano già prima della pandemia. In questo senso andrà dunque interpretata la sterilizzazione del n. 59c Oic 29[7].

In Nota integrativa:

[6] Si noti la differenza rispetto a quanto richiesto da OIC 9 ai fini della stima del valore recuperabile delle immobilizzazioni: "*I flussi finanziari futuri delle attività sono stimati facendo riferimento alle loro condizioni correnti*" intendendosi per correnti alla data di chiusura dell'esercizio.

[7] Documento interpretativo Oic 6, motivazioni alla base delle decisioni assunte n. 8: "*Sulla disattivazione del § 59 c) dell'Oic 29 si è scelto di estenderla a tutti gli eventi successivi alla chiusura del bilancio che non comportano aggiustamenti sulle voci di bilancio (cosiddetti fatti successivi non adjusting, tra i quali rientra la pandemia). Di conseguenza i par. 23 e 24 dell'OIC 11 si applicano alla data di chiusura del bilancio per accertare se sussiste la continuità, ma non si applicano dopo tale data. Una scelta diversa, per esempio una disattivazione degli eventi successivi a partire dal 23 febbraio 2020, si è ritenuto che poteva creare situazioni di incertezza nel determinare a quella data gli eventi anteriori e quindi potenzialmente in grado di avere un impatto sulla continuità di quelli successivi*".

> *"dovranno essere fornite le informazioni relative ai fattori di rischio, alle assunzioni effettuate e alle incertezze identificate, nonché ai piani aziendali futuri per far fronte a tali rischi ed incertezze. Nella Nota integrativa sono descritti, per quanto possibile, gli eventuali e prevedibili effetti che tali circostanze producono sulla situazione patrimoniale ed economica della società"* (doc. interpretativo Oic 6 n.13).

Si noti sul punto che Oic ha ritenuto di non fornire indicazioni addizionali ma di richiedere alle società di fornire, in caso di esercizio della deroga, le stesse informazioni richieste nelle situazioni di incertezza significativa.

Le società possono pertanto omettere la valutazione della continuità aziendale ma non l'informativa ai terzi circa le incertezze derivanti dalle conseguenze del Covid-19, compresi i risultati che emergono dai piani pluriennali che dovranno essere redatti anche per meglio puntualizzare e dettagliare "*gli eventuali e prevedibili effetti*" di natura economica e patrimoniale dovranno essere fornite le informazioni relative ai fattori di rischio, alle assunzioni effettuate e alle incertezze identificate, nonché ai piani aziendali futuri per far fronte a tali rischi e incertezze. Nella Nota integrativa sono descritti, per quanto possibile, gli eventuali e prevedibili effetti che tali circostanze producono sulla situazione patrimoniale ed economica della società[8].

La sospensione della disciplina di tutela del capitale

La deroga rispetto alla valutazione della continuità aziendale non comporta il venir meno delle indicazioni contenute nei principi contabili per cui un credito non più esigibile dovrà essere svalutato come saranno da svalutare immobilizzazioni con valore recuperabile inferiore al valore netto contabile. Gli esempi citati, non a caso, sono solamente due dei possibili effetti sul bilancio che la situazione in atto può produrre.

[8] Nello stesso senso anche il documento FNC sostiene: "*In relazione alla parte qualitativa e descrittiva sopra indicata, pare necessario inserire una serie di elementi informativi aggiuntivi, direttamente e indirettamente legati agli effetti dell'emergenza sanitaria, che faccia percepire l'impatto complessivo atteso, tenendo conto del contesto di mercato, economico e strategico della singola impresa.*
Gli elementi informativi andrebbero aggregati per aree di attività:
1. attività operativa;
2. attività di investimento;
3. attività di finanziamento;
4. attività di ristrutturazione e/o di cambio del business model.
Tali elementi potrebbero comprendere, per fare alcuni esempi e se indicabili con attendibilità, informazioni relative alla contrazione dei ricavi attesa nel corso del 2020, all'impatto sui contratti esistenti, all'andamento della filiera o del settore di appartenenza, alla rinegoziazione dei debiti, alla ridefinizione delle politiche di investimento, alle eventuali ristrutturazioni o modifiche nel business model (soprattutto, per realtà interessate da processi di riconversione), alle politiche sul personale, all'andamento reddituale atteso, alle politiche sul capitale circolante (regolarità incassi/pagamenti, assorbimento del magazzino), alla sostenibilità a fronte di distribuzione di dividendi (sia legati all'utile prodotto, sia a riserve esistenti), alla modifica nelle politiche di tesoreria di gruppo (introduzione di cash pooling)" (pagina 9-10).

Il Governo ha quindi ritenuto che accanto alla disciplina descritta dovesse anche essere sospeso l'obbligo di ricapitalizzazione in caso di perdita del capitale e ciò per evitare che imprese sane ma in situazione contingente di difficoltà debbano essere poste in liquidazione nell'ipotesi, non irrealistica che i soci non possano intervenire.

L'articolo 6, D.L. 23/2020, convertito senza modifiche, prevede pertanto che:

> *"a decorrere dal 9 aprile 2020 e fino al 31 dicembre 2020 per le fattispecie verificatesi nel corso degli esercizi chiusi entro la predetta data non si applicano gli articoli 2446, cod. civ. commi 2 e 3, 2447, 2482-bis commi 4, 5 e 6, 2482-ter. Non opera per lo stesso periodo la causa di scioglimento di cui all'articolo 2484, cod. civ. comma 1, n. 4 e all'articolo 2545-duodecies".*

Si noti che la sospensione di efficacia dell'articolo 2446, cod. civ. non riguarda il primo comma per cui permane l'obbligo per gli amministratori (ed eventualmente per i sindaci) di convocare l'assemblea dei soci perché prendano atto della situazione patrimoniale aggiornata dalla quale emerge la perdita di oltre un terzo del capitale.

Non si applica invece l'obbligo di ricapitalizzazione prevista dai commi 2 e 3, articolo 2446, cod. civ. e soprattutto dall'articolo 2447, cod. civ. quando la perdita di oltre un terzo del capitale lo abbia ridotto al di sotto del minimo legale. Ugualmente non opera la relativa causa di scioglimento.

La sospensione della disciplina opera fino al 31 dicembre 2020 ma successivamente riprende piena efficacia sicché, ad esempio, la perdita del capitale che emerge dalla redazione del bilancio 2020 richiede la ricapitalizzazione da parte dei soci.

Il Governo ha voluto richiamare norma analoga contenuta nell'articolo 182-*sexies*, L.F. dove per le società in concordato preventivo o che hanno presentato domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione del debito, analogamente a quanto descritto, è sospesa fino all'omologazione l'efficacia degli articoli 2446, cod. civ. comma 2 e 3 e 2447, cod. civ.. Tuttavia, in tali fattispecie, al momento dell'omologazione i benefici della procedura consentono di ricostituire il capitale (tipicamente la falcidia concordataria), senza che sia richiesto un intervento ai soci.

Nel caso invece delle società messe in crisi dalla pandemia da Covid-19, non si vede come possa essere ricostituito il capitale senza un intervento dei soci. Data l'ipotesi, probabile, che il 1° gennaio 2021 gli effetti della situazione in atto, non saranno esauriti è auspicabile che il Legislatore intervenga nuovamente in modo più decisivo.

Crisi e risanamento n. 40/2020

Prescrizione del credito tributario e competenza del giudice delegato

di Ernestina De Medio – avvocato

Ove, in sede di ammissione al passivo fallimentare, sia eccepita dal curatore la prescrizione del credito tributario maturata successivamente alla notifica della cartella di pagamento, che segna il consolidamento della pretesa fiscale e l'esaurimento del potere impositivo, la giurisdizione appartiene al giudice delegato in sede di verifica dei crediti e al Tribunale in sede di opposizione allo stato passivo e di insinuazione tardiva, e non al giudice tributario. Lo ha stabilito la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza n. 34447/2019.

L'illegittimità costituzionale dell'articolo 57, comma 1, lettera a), D.P.R. 602/1973, come sostituito dall'articolo 16, D.Lgs. 46/1999 e la sentenza della Corte Costituzionale n. 114/2018

L'individuazione della competenza per materia del giudice tributario e di quello ordinario in materia di esecuzione è regolata da un complesso quadro normativo che ha subito modifiche ad opera dalla Corte Costituzionale che con sentenza n. 114/2018 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 57, comma 1, lettera a), D.P.R. 602/1973:

> *"nella parte in cui non prevede che, nelle controversie che riguardano gli atti dell'esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella di pagamento o all'avviso… sono ammesse le opposizioni regolate dall'articolo 615, c.p.c."* (dispositivo della sentenza).

I giudici della Corte Costituzionale sul punto chiariscono come l'impossibilità, dettata dalla norma, per i contribuenti di opporsi al concessionario della riscossione (*ex* Equitalia e ora Agenzia entrate-Riscossione):

> *"confligge frontalmente con il diritto alla tutela giurisdizionale riconosciuto in generale dall'articolo 24 della Costituzione e nei confronti della Pubblica Amministrazione dall'articolo 113 della Costituzione, dovendo essere assicurata in ogni caso una risposta di giustizia a chi si oppone alla riscossione coattiva".*

Il motivo della decisione è da rintracciare in una carenza di giurisdizione lasciata dall'articolo laddove

la "risposta di giustizia" veniva affidata a un'azione postuma di richiesta di risarcimento del danno ingiusto, non essendo costituzionalmente ammissibile che:

> *"nelle ipotesi in cui il contribuente contesti il diritto di procedere a riscossione coattiva e sussista la giurisdizione del giudice ordinario, non vi sia una risposta di giustizia se non dopo la chiusura della procedura di riscossione e in termini meramente risarcitori".*

Leggendo attentamente il dettato della sentenza emerge chiaramente come i giudici dichiarino l'illegittimità costituzionale della norma solo:

> *"nella parte in cui non prevede che, nelle controversie che riguardano gli atti dell'esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella di pagamento o all'avviso … sono ammesse le opposizioni regolate dall'articolo 615, c.p.c.".*

Tali principi sono stati di recente recepiti dalla Corte di Cassazione, ordinanza n. 7822/2020 che ha espresso il seguente principio di diritto in ordine alla individuazione della giurisdizione competente - tributaria o ordinaria – in caso di plurime domande legate a un nesso di subordinazione, chiarendo come in ordine all'attuazione della pretesa tributaria manifestatasi con un atto esecutivo (ad esempio pignoramento verso terzi), alla giurisdizione tributaria spetta la cognizione circa ogni questione con cui si reagisce all'atto esecutivo in relazione a fatti incidenti sulla pretesa tributaria verificatisi fino alla notificazione della cartella esattoriale, dell'intimazione di pagamento o al momento dell'atto esecutivo. Rientra invece, nella competenza del giudice ordinario la cognizione delle questioni relative alla forma e alla legittimità formale dell'atto esecutivo.

Le Sezioni Unite hanno specificato che alla giurisdizione tributaria spetta la cognizione di ogni questione con cui si reagisce all'atto esecutivo, adducendo fatti incidenti sulla pretesa tributaria che si assumano verificati e che sono rilevanti sul piano normativo, fino alla notificazione della cartella esattoriale o fino al momento dell'atto esecutivo, qualora la notificazione sia mancata o sia nulla.

Alla giurisdizione ordinaria, invece, spetta la cognizione delle questioni inerenti alla forma e dunque alla legittimità formale dell'atto esecutivo come tale, sia se esso fosse conseguito a una valida notifica della cartella o dell'intimazione, non contestate come tali, sia se fosse conseguito in situazione di mancanza, inesistenza o nullità della notificazione di tali atti (non deducendosi come vizio dell'atto esecutivo tale situazione).

La tutela davanti alla giurisdizione tributaria è tutela sempre iscrivibile nel modello di cui all'articolo 19, D.Lgs. 546/1992, trattandosi del normale giudizio impugnatorio, dovendosi in generale considerare che la tutela davanti al giudice tributario può essere introdotta, ricorrendone le condizioni (la cui verifica appartiene alla giurisdizione del giudice tributario), ai sensi del comma 3 di detta norma.

Quando la tutela concerne un atto esecutivo che si assume viziato per la mancanza o l'invalidità (sia per nullità sia per inesistenza) della notificazione della cartella o dell'intimazione oppure per vizi formali inerenti al loro profilo di contenuto forma, l'azione davanti al giudice tributario non è — lo si dice a precisazione degli insegnamenti di cui a Cassazione n. 13913/2017 – un'opposizione agli esecutivi secondo il modello di cui all'articolo 617, c.p.c., ma un giudizio ai sensi dell'articolo 19, comma 3, D.Lgs. 546/1992, del quale si può dire solo che ha una funzione simile a quella del rimedio dell'articolo 617, c.p.c.. Quando la tutela concerne i fatti inerenti alla pretesa tributaria sostanziale analogamente il profilo del giudizio tributario non assume il carattere di opposizione ai sensi dell'articolo 615, ma mantiene quello desumibile dal paradigma dell'articolo 19, D.Lgs. 546/1992.

Avendo dunque la Corte Costituzionale sancito la giurisdizione del giudice ordinario per gli atti dell'esecuzione, è venuto meno quel vuoto di tutela che aveva indotto la giurisprudenza a indirizzare verso il foro tributario le controversie inerenti i fatti successivi alla notifica della cartella, fra cui la questione della prescrizione del credito fiscale.

La notifica della cartella di pagamento segna dunque il confine della giurisdizione tributaria, *ex* articolo 2, D.Lgs. 546/1992, e ogni circostanza che si ponga "a valle" della notifica della cartella medesima rientra nella giurisdizione del foro ordinario.

Sino a tale limite, la cognizione sull'atto amministrativo, quale espressione del potere impositivo, è devoluta al foro tributario.

Oltre, la giurisdizione spetta al giudice ordinario e, segnatamente, al giudice dell'esecuzione.

Si tratta – secondo la Consulta – di un riparto della giustizia.

La "sommatoria" di tutela garantita dal giudice tributario (atti a monte della cartella) e dal giudice ordinario (atti a valle della cartella) assicura al contribuente una garanzia giurisdizionale "a tutto tondo", nel rispetto degli articoli 24 e 113 della Costituzione.

Non si verifica, in questo modo, alcun:

> *"vuoto di tutela nell'ipotesi della prevista inammissibilità dell'opposizione agli atti esecutivi riguardante la regolarità formale e la notificazione del titolo esecutivo, ma solo una puntualizzazione del criterio di riparto della giurisdizione".*

Secondo la Consulta, infatti, il profilo di:

> *"inammissibilità dell'opposizione ex articolo 615, c.p.c. si salda in simmetria complementare con la proponibilità del ricorso ex articolo 19, D.Lgs. 546/1992, assicurando, in questa parte, la continuità della tutela giurisdizionale".*

In tale ottica, una recente pronuncia di merito del Tribunale di Catania 26 febbraio 2020 ha escluso la

competenza del giudice ordinario in merito ad un'opposizione proposta avverso un atto di pignoramento presso terzi *ex* articolo 72-*bis*, D.P.R. 602/1973 notificato a istanza dell'agente della riscossione, rilevando l'inammissibilità del motivo di opposizione, sul presupposto che le opposizioni regolate dall'articolo 615, c.p.c. avverso gli atti di esecuzione forzata tributaria sono ammesse solo se il contribuente intende far valere fatti successivi – modificativi o estintivi della pretesa – rispetto alla notifica della cartella o, ove previsto, dell'avviso di mora, mentre non potrà far valere innanzi al giudice ordinario eccezioni che avrebbero tempestivamente dovuto essere proposte impugnando la cartella di pagamento o gli altri atti previsti dall'articolo 19, D.Lgs. 546/1992.

Il rimedio dell'articolo 615, c.p.c. è dunque residuale, nell'ipotesi di crediti tributari, e sarà ammissibile solo ove si intendano far valere fatti successivi, modificati o estintivi, rispetto alla predetta notifica, che fanno venir meno il diritto dell'agente della riscossione a procedere all'esecuzione forzata (intervenuto pagamento, sgravio, rottamazione) ma giammai potrà, come affermato dalla Corte Costituzionale, avere funzione recuperatoria di un ricorso non proposto nei termini di decadenza.

La pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione

Di recente è intervenuta la Corte di Cassazione, sentenza n. 3447/2019 che ha stabilito che, ove, in sede di ammissione al passivo fallimentare, sia eccepita dal curatore la prescrizione del credito tributario maturata successivamente alla notifica della cartella di pagamento, che segna il consolidamento della pretesa fiscale e l'esaurimento del potere impositivo, la giurisdizione appartiene al giudice delegato in sede di verifica dei crediti e al Tribunale in sede di opposizione allo stato passivo e di insinuazione tardiva, e non al giudice tributario.

Per le Sezioni Unite della Suprema Corte, che argomenta aderendo all'impostazione fornita dalla Corte Costituzionale nella pronuncia n. 114/2018, sopra richiamata, la giurisdizione del giudice ordinario sussisterebbe in tutte le controversie che si collocano a valle della notifica della cartella di pagamento ove non vi è spazio per la giurisdizione del giudice tributario *ex* articolo 2, D.Lgs. 546/1992.

Pertanto, l'azione esercitata dal contribuente assoggettato alla riscossione, che non riguarda la mera regolarità formale del titolo esecutivo o di atti della procedura, dovrebbe qualificarsi come opposizione all'esecuzione *ex* articolo 615, c.p.c. essendo contestato il diritto di procedere a riscossione coattiva.

Tra le altre situazioni che si collocano a valle della cartella di pagamento e in cui la doglianza del contribuente sia diretta a contestare il diritto di procedere a riscossione coattiva, rientrerebbero le ipotesi dell'intervenuto adempimento del debito tributario o di sopravvenuta causa di estinzione dello stesso.

Per le Sezioni Unite non vi sarebbe alcuna ragione per non ricomprendervi anche l'estinzione del credito tributario per intervenuta prescrizione, maturata successivamente alla notifica della cartella di pagamento.

La decisione muove dal quesito posto dalla prima sezione relativo alla circostanza se rientrasse nella giurisdizione del giudice delegato in sede di verifica dei crediti e del Tribunale in sede di opposizione allo stato passivo, o del giudice tributario, la decisione sulla fondatezza dell'eccezione di prescrizione dei crediti tributari sollevata dal curatore, verificatasi successivamente alla notifica della cartella di pagamento, per giungere ad affermare che non vi è ragione per non ricomprendervi anche l'estinzione del credito tributario per intervenuta prescrizione, maturata successivamente alla notifica della cartella di pagamento. I giudici sottolineano, d'altra parte, che senz'altro la cartella di pagamento è configurabile come atto di riscossione e non di esecuzione forzata e che la giurisdizione tributaria si arresta solo di fronte agli atti di esecuzione forzata tra i quali non rientrano né le cartelle esattoriali né gli avvisi di mora, ma è anche vero che per espressa disposizione normativa *ex* articolo 2, D.Lgs. 546/1992, la notifica della cartella è un dato rilevante ai fini della giurisdizione, determinando il sorgere della giurisdizione del giudice ordinario, unico competente a giudicare dei fatti successivamente intervenuti, estintivi e modificativi del credito tributario cristallizzato nella cartella.

La prima sezione con la richiamata ordinanza interlocutoria dubita della persistente validità dell'orientamento, espresso anche dalle Sezioni Unite (n. 14648/2017; n. 15717/2019 e n. 21483/2015), secondo cui qualora, in sede di ammissione al passivo fallimentare, il curatore eccepisca la prescrizione del credito tributario maturata successivamente alla notifica della cartella, viene in considerazione un fatto estintivo dell'obbligazione che involge l'*an* ed il *quantum* del tributo, sicché la giurisdizione sulla relativa controversia spetta al giudice tributario, con la conseguenza che il giudice delegato deve ammettere il credito in oggetto con riserva, anche in assenza di una richiesta di parte in tal senso.

La sezione osserva, in sintesi, che, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 114/2018, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del D.P.R. 602/1973, articolo 57, comma 1, lettera a), come sostituito dal D.Lgs. 46/1999, articolo 16, – nella parte in cui prevede che, nelle controversie riguardanti gli atti dell'esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella di pagamento o all'avviso di cui al D.P.R. 602/1973, articolo 50, non sono ammesse le opposizioni regolate dall'articolo 615, c.p.c., non vi sarebbe più quel vuoto di tutela che aveva indotto la giurisprudenza ad indirizzare verso la giurisdizione tributaria le controversie aventi ad oggetto questioni e fatti successivi alla notifica della cartella (come la prescrizione), quindi a valle della notifica della cartella, che segna il limite della giurisdizione del giudice tributario, a norma del D.Lgs. 546/1992, articolo 2.

Il quesito posto dall'ordinanza di rimessione è, quindi, se rientri nella giurisdizione del giudice delegato in sede di verifica dei crediti e del Tribunale in sede di opposizione allo stato passivo, ovvero del giudice tributario (nel qual caso il credito dovrebbe essere ammesso al passivo del fallimento con riserva), giudicare sulla fondatezza dell'eccezione di prescrizione dei crediti tributari sollevata dal curatore, verificatasi successivamente alla notifica della cartella di pagamento.

Il Collegio ritiene di non poter dare continuità all'orientamento sopra menzionato per le seguenti considerazioni.

Le Sezioni Unite hanno ancorato il proprio ragionamento sull'ammissibilità delle opposizioni *ex* articolo 615, c.p.c. volte a contestare il diritto di procedere all'esecuzione in base a fatti estintivi occorsi dopo la formazione della cartella di pagamento.

Al rilievo secondo il quale la cartella è configurabile quale atto del procedimento tributario e non quale atto dell'esecuzione – e che la giurisdizione tributaria si arresta di fronte agli atti esecutivi – rispondono le Sezioni unite che ai sensi dell'articolo 2, comma 1, D.Lgs. 546/1992, la notifica della cartella di pagamento segna il confine della giurisdizione tributaria.

Oltre tale momento, subentra la giurisdizione del giudice ordinario, unico organo competente a giudicare degli accadimenti occorsi dopo la notifica della cartella in relazione alla quale sia rilevabile l'intervenuta estinzione/modificazione dell'obbligazione tributaria.

Pertanto, concludono le Sezioni Unite, il giudice delegato in sede di verifica dei crediti, e il Tribunale in sede d'opposizione allo stato passivo, hanno giurisdizione a trattare il profilo della prescrizione del credito fiscale "cartellizzato".

Quanto sopra tenuto conto anche della rilevanza del presupposto che la procedura fallimentare riveste natura di procedimento esecutivo di carattere universale.

È pertanto in sede di verifica dei crediti che saranno definite le questioni sui fatti sopravvenuti dopo la formazione del titolo posto a fondamento della domanda d'ammissione al passivo, i quali – ove si vertesse in ambito d'esecuzione individuale – sarebbero fatti valere con lo strumento dell'opposizione all'esecuzione *ex* articolo 615, c.p.c..

In conclusione, secondo le Sezioni Unite, l'eccezione relativa al decorso del termine prescrizionale del credito portato dalla cartella oggetto di domanda d'ammissione al passivo non è (più) elemento che attiene all'*an* della pretesa fiscale, bensì circostanza che attiene ad una fase "recuperatoria" su cui è chiamato a decedere il foro fallimentare.

Il precedente orientamento giurisprudenziale, nell'ammettere il ricorso al foro tributario avverso qualsiasi atto/fatto intervenuto dopo che la cartella fosse divenuta definitiva, determinava l'effetto

distorsivo di rimettere ad un nuovo vaglio fiscale la valutazione di un credito già cristallizzatosi sotto il profilo dell'*an* e del *quantum*.

Sul tema, in dottrina, era stata invero segnalata la necessità di distinguere fra i profili che si collocano "a monte" dell'atto impositivo (ad esempio, decadenza dell'azione) ed i profili che si collocano "a valle" dell'atto impositivo (ad esempio, prescrizione del credito).

E mentre la fase prodromica all'emanazione dell'atto (eccezione di decadenza) rientra pacificamente nella giurisdizione del foro tributario, la fase che segue l'emanazione dell'atto (eccezione di prescrizione) ricada nella cognizione del giudice fallimentare.

Definitività del titolo ed eccezione di prescrizione

Dal quadro sopra esaminato, con particolare riferimento alla prescrizione del credito tributario in ambito di procedura fallimentare, si possono dunque trarre le seguenti considerazioni conclusive.

Ove al momento della presentazione della domanda erariale di ammissione al passivo, il titolo su cui essa si fondi sia definitivo – e dunque non più contestabile avanti al foro tributario, in punto di legittimità, formale e sostanziale, dell'obbligazione – l'eccezione di prescrizione è decisa dal giudice delegato, in sede di verifica dei crediti, e poi dal Tribunale in caso di opposizione a stato passivo.

È il caso in cui l'agente della riscossione alleghi alla domanda d'ammissione al passivo, quale titolo probatorio della pretesa erariale, una cartella di pagamento recante l'iscrizione a ruolo di carichi tributari in ipotesi prescritti, a suo tempo notificata al debitore in bonis e da questi non impugnata avanti le commissioni tributarie ovvero sulla quale sia poi intervenuto un giudicato fiscale.

Il curatore, che è parte processuale, sotto il profilo sostanziale, a tutela dell'interesse collettivo nell'ambito del procedimento di verifica dei crediti, non potendo più impugnare tale cartella, può rilevare in sede di formazione del passivo l'intervenuta estinzione dell'obbligazione tributaria, *ex* articolo 95, L.F, ("*Il curatore può eccepire i fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fatto valere, nonché l'inefficacia del titolo su cui sono fondati il credito o la prelazione, anche se è prescritta la relativa azione*").

Non si verifica, in tal caso, alcuno "sconfinamento" da parte del giudice ordinario nel campo di competenza del giudice tributario, venendo il primo a decidere su di un fatto occorso "a valle" della notifica della cartella definitiva.

Ove diversamente al momento della verifica del passivo il titolo da cui tragga fondamento la pretesa erariale non sia ancora definitivo (ad esempio, cartella di pagamento recante iscrizioni a ruolo di carichi tributari in ipotesi prescritti notificata alla curatela fallimentare *ex* articolo 26, D.P.R. 602/1973),

quest'ultima potrà, o meglio dovrà eccepire avanti al giudice tributario ogni profilo legato all'*an* (oltreché al *quantum*) della pretesa erariale, ivi inclusa ogni eventuale eccezione in ordine all'estinzione dell'obbligazione.

E il relativo credito sarà ammesso al passivo del fallimento con riserva, *ex* articolo 88, D.P.R. 602/1973, per essere poi la stessa sciolta all'esito definitivo del contenzioso tributario.

La tesi cui si ispira detto orientamento è che il giudice tributario, la cui giurisdizione si estende a "*tutte le controversie aventi a oggetto i tributi di ogni genere o specie*" (D.Lgs. 546/1992, articolo 2), sia l'unico giudice competente a decidere ogni controversia relativa all'*an* e al *quantum* del tributo dovuto, ivi compresa la prescrizione del credito tributario maturata successivamente alla formazione del titolo esecutivo racchiuso nella cartella esattoriale (Cassazione n. 23832/2007, richiamata da S.U. n. 14648/2017 e n. 8770/2016).

La notifica della cartella di pagamento non impugnata (o vanamente impugnata) dal contribuente nel giudizio tributario determina il consolidamento della pretesa fiscale e l'apertura di una fase che, per chiara disposizione normativa, sfugge alla giurisdizione del giudice tributario, non essendo più in discussione l'esistenza dell'obbligazione tributaria né il potere impositivo sussumibile nello schema potestà-soggezione che è proprio del rapporto tributario (non tutte le controversie nelle quali abbia incidenza una norma fiscale si trasformano in controversie tributarie di competenza delle relative commissioni, come rilevato da Cassazione n. 7526/2013).

Il processo tributario è annoverabile tra i processi di "impugnazione-merito", in quanto, pur essendo diretto alla pronuncia di una decisione sul merito della pretesa tributaria, postula pur sempre l'esistenza di un atto da impugnare in un termine perentorio e da eliminare dal mondo giuridico (D.Lgs. 546/1992, articolo 19), che sarebbe arduo ricercare quando il debitore intenda far valere fatti estintivi della pretesa erariale maturati successivamente alla notifica della cartella di pagamento, come la prescrizione, al solo fine di paralizzare la pretesa esecutiva dell'ente creditore.

Quando, invece, la cartella sia stata notificata e la relativa pretesa tributaria sia divenuta definitiva, dei successivi fatti estintivi della pretesa tributaria competente a giudicare è il giudice ordinario, quale giudice dell'esecuzione, cui spetta l'ordinaria verifica dell'attualità del diritto dell'ente creditore di procedere all'esecuzione forzata.

In sintesi, la giurisdizione del giudice ordinario sussiste dunque in tutte le controversie che si collocano "a valle della notifica della cartella di pagamento", dove non v'è spazio per la giurisdizione del giudice tributario, essendo contestato il diritto di procedere a riscossione coattiva" (sentenza n. 114/2018). È questo il modo per colmare la carenza di tutela giurisdizionale che è all'origine della incostituzionalità

del D.P.R. 602/1973, articolo 57, che si spiega in ragione del fatto che non "era" ammessa siffatta opposizione innanzi al giudice dell'esecuzione, pur non essendo ammissibile il ricorso al giudice tributario, in quanto privo di giurisdizione.

L'ammissibilità delle opposizioni regolate dall'articolo 615, c.p.c. (tra le quali è compresa anche l'opposizione a precetto) dinanzi al giudice dell'esecuzione per contestare il diritto di procedere alla riscossione coattiva, sulla base di fatti estintivi sopravvenuti alla formazione del titolo e, quindi, a valle della notifica della cartella di pagamento, è coerente con la natura di quest'ultima che, a norma del D.P.R. 602/1973, articolo 25, assolve in un solo atto le funzioni svolte dalla notificazione del titolo esecutivo e del precetto nella espropriazione forzata codicistica (tra le tante, Cassazione n. 3021/2018).

Se è vero che la cartella è configurabile come atto di riscossione e non di esecuzione forzata (Cassazione n. 5994/2012) e che la giurisdizione tributaria si arresta solo di fronte agli atti di esecuzione forzata tra i quali non rientrano né le cartelle esattoriali né gli avvisi di mora (Cassazione n. 17943/2009), è anche vero che per espressa disposizione normativa (D.Lgs. 546/1992, articolo 2) la notifica della cartella è un dato rilevante ai fini della giurisdizione, determinando il sorgere della giurisdizione del giudice ordinario, l'unico competente a giudicare dei fatti, successivamente intervenuti, estintivi e modificativi del credito tributario cristallizzato nella cartella.

È dunque in sede fallimentare, nel procedimento di verifica del passivo, che vengono definite le questioni inerenti i fatti sopravvenuti alla formazione del titolo esecutivo (nel caso di specie cartella esattoriale) posto a fondamento del credito insinuato, le quali nell'esecuzione individuale vengono fatte valere con lo strumento dell'opposizione all'esecuzione, ai sensi dell'articolo 615, c.p.c..

Conclusioni

Le Sezioni Unite si sono pronunciate in una vertenza in cui l'eccezione di prescrizione del credito erariale si era formata, pacificamente, in una fase successiva alla notificazione delle cartelle di pagamento, per cui non vi era nessun "atto" tributario impugnabile rientrante tra quelli indicati dall'articolo 19, D.Lgs. 546/1992 (non potendo, secondo quanto precisato dalle stesse SS.UU., farsi riferimento al mero estratto di ruolo, che è atto di per sé non impugnabile se non entro i limiti precisati dalla sezione tributaria della Corte e che non ricorrono affatto nel caso qui in esame). In particolare, nel caso esaminato dalla Corte, era stata – per l'appunto – eccepita in sede di definizione dello stato passivo fallimentare, l'intervenuta prescrizione del credito tributario, maturata successivamente alla notifica della cartella di pagamento. E dunque, chiamata a pronunciarsi in ordine alla definizione dei

confini tra giurisdizione tributaria e giurisdizione ordinaria, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno sancito che:

> *"la giurisdizione del giudice ordinario sussiste dunque in tutte le controversie che si collocano «a valle della notifica della cartella di pagamento», dove non v'è spazio per la giurisdizione del giudice tributario ex articolo 2, D.Lgs. 546/1992 e l'azione esercitata dal contribuente assoggettato alla riscossione, che non riguardi la mera regolarità formale del titolo esecutivo o di atti della procedura, «deve qualificarsi come opposizione all'esecuzione ex articolo 615, c.p.c., essendo contestato il diritto di procedere a riscossione coattiva".*

Crisi e risanamento n. 40/2020

La cessione del quinto nelle procedure di sovraindebitamento

di Benedetto Favata – dottore in economia

L'esperienza dei primi anni di applicazione della L. 3/2012 in tema di sovraindebitamento ha evidenziato la rilevanza degli aspetti legati alla opponibilità o meno della cessione del quinto dello stipendio alla procedura. Nel piano del consumatore, in particolare, si è avuto modo di appurare che la fattibilità di gran parte delle ipotesi di ristrutturazione dei debiti è legata alla possibilità di attrarre quante più risorse alla (sovente esigua) disponibilità dell'attivo. In tale contesto la giurisprudenza è stata quindi spesso sollecitata sul tema della revocabilità delle diverse forme di pagamento previste dal nostro ordinamento.

L'esperienza dei primi anni di applicazione della L. 3/2012 in tema di sovraindebitamento ha evidenziato la rilevanza degli aspetti legati alla opponibilità o meno della cessione del quinto dello stipendio alla procedura. Nel piano del consumatore, in particolare, si è avuto modo di appurare che la fattibilità di gran parte delle ipotesi di ristrutturazione dei debiti è legata alla possibilità di attrarre quante più risorse alla (sovente esigua) disponibilità dell'attivo. In tale contesto la giurisprudenza è stata quindi spesso sollecitata sul tema della revocabilità delle diverse forme di pagamento previste dal nostro ordinamento.

Cenni sulla cessione del quinto

Il contratto di cessione del quinto nasce in Italia nel 1861, esclusivamente per i lavoratori dipendenti pubblici, regolamentato e attuato con il D.P.R. 180/1950 e il D.P.R. 985/1950 e solo con la L. 88/2015 viene esteso anche ai lavoratori dipendenti privati.

La cessione del quinto segue lo schema normativo degli articoli 1260 e ss., cod. civ. e rappresenta una forma classica di finanziamento da rimborsare a rate.

Il prestito può essere concesso sia ai lavoratori con un contratto a tempo determinato sia ai lavoratori con un contratto a tempo indeterminato.

Le caratteristiche fondamentali di questa tipologia di finanziamento sono molteplici:

– le rate mensili sono a tasso fisso e non possono cambiare per tutta la durata del prestito;

– la rata mensile viene direttamente trattenuta dallo stipendio o dalla pensione dall'istituto di credito;

– la rata non può mai eccedere il quinto dello stipendio o della pensione.

Il contratto di cessione del quinto rappresenta dunque una forma di finanziamento sostenibile e garantita in quanto avviene tramite una decurtazione diretta nella busta paga o nel cedolino della pensione.

La cessione di un credito, come affermato dalla Suprema Corte di Cassazione con sentenza n. 17162/2002, produce l'immediato trasferimento del credito ad altro soggetto, che diviene titolare della legittimazione esclusiva a pretendere la prestazione del debitore.

Nel caso di specie:

> *"il cedente si impegna a effettuare l'ammortamento delle rate del prestito mediante la cessione "pro solvendo" di quote del proprio stipendio o del proprio trattamento pensionistico, nel quale il rischio di insolvenza del debitore non si trasferisce al cessionario".*

Il contratto di cessione del quinto dello stipendio comporta la cessione di un credito futuro, che sorge solo nel momento in cui matura il diritto a percepire il relativo rateo mensile; sino a quando il credito non viene a esistenza, la cessione ha efficacia meramente obbligatoria e la titolarità di quanto ceduto resta in capo al cedente.

A differenza della cessione di credito, che determina, quale contratto a effetti reali, il trasferimento immediato del credito al cessionario, e quindi al finanziatore, la cessione del quinto dello stipendio o della pensione è una cessione di crediti futuri, quindi un contratto con meri effetti obbligatori, perché il credito si trasferisce solo nel momento in cui sorge con il pagamento mensile.

Occorre infatti ricordare che la natura consensuale del contratto di cessione di credito comporta che esso si perfeziona per effetto del solo consenso dei contraenti, cedente e cessionario, ma non anche che dal perfezionamento del contratto consegua sempre il trasferimento del credito dal cedente al cessionario, in quanto, nel caso di cessione di un credito futuro, il trasferimento si verifica soltanto nel momento in cui il credito viene ad esistenza e, anteriormente, il contratto, pur essendo perfetto, esplica efficacia meramente obbligatoria.

Dalla cessione con funzione di garanzia, quale cessione del quinto, si può desumere che il cedente non intende privarsi della titolarità del diritto, trasferirlo nella sua interezza, bensì realizzare effetti più limitati. Il lavoratore o il pensionato non trasferisce la titolarità del proprio credito ma conferisce la legittimazione alla riscossione delle rate[1].

[1] E. De Medio, "*Cessione del quinto e pignoramento presso terzi nel sovraindebitamento*", in Crisi e risanamento n. 28/2018.

A tal proposito, risulta di estrema importanza sottolineare la differenza con la delegazione di pagamento.

La cessione di credito e il mandato all'incasso, pur potendo essere utilizzati per raggiungere le medesime finalità solutorie o di garanzia, si differenziano sostanzialmente e sono incompatibili poiché la cessione produce l'immediato trasferimento del credito ad altro soggetto, che diviene titolare della legittimazione esclusiva a pretendere la prestazione del debitore, mentre il mandato "*in rem propriam*" conferisce al mandatario solo la legittimazione a riscuotere il credito in nome e per conto del mandante, che ne conserva al titolarità esclusiva[2].

Quest'ultima, disciplinata dagli articoli 1268 e ss., cod. civ., utilizzata come strumento contestuale all'erogazione di un finanziamento rappresenta il semplice mandato a riscuote le somme dove il mandatorio acquisisce la sola legittimazione a riscuotere il credito per conto del mandante. Il lavoratore può delegare il proprio datore di lavoro affinché effettui il pagamento dei ratei mensili del prestito in favore della società finanziaria. La delegazione di pagamento può cumularsi alla cessione del quinto e può, anch'essa, prevedere una rata di importo massimo pari a ulteriore quinto dello stipendio, il c.d. "*doppio del quinto*".

Si nota che questa operazione, diversamente dalla cessione del quinto, configura una fattispecie trilaterale. Per perfezionare l'accordo, dunque, è necessario il consenso di tutte le parti, inclusa l'azienda presso cui il lavoratore è impiegato. Per tale motivo, si usa affermare che il datore di lavoro "*può rifiutare la delegazione di pagamento",* non essendo obbligato a darvi seguito se non in caso di sua accettazione espressa o di precedente convenzione con l'ente finanziatore. L'articolo 1269, comma 2, cod. civ., stabilisce infatti che "*Il terzo delegato per eseguire il pagamento non è tenuto ad accettare l'incarico, ancorché sia debitore del delegante*".

Il contrasto giurisprudenziale

Uno dei temi di rilevante interesse in materia di **sovraindebitamento del consumatore, data** la mancanza di norme come gli articoli 44 e 55, L.F. in tema di procedura fallimentare o l'articolo 169-*bis*, L.F. in tema di concordato preventivo, è costituito proprio dalla opponibilità del contratto di **cessione del quinto dello stipendio** durante la procedura disciplinata dalla L. 3/2012 in relazione ai creditori concorsuali, al fine di evitare che il credito futuro vantato dal cessionario abbia un trattamento più favorevole rispetto agli altri creditori di pari rango.

[2] Cassazione n. 17162/2002.

Il presupposto oggettivo nella procedura del sovraindebitamento è rappresentato dalla situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile, che determina una rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni.

La L. 3/2012, una volta accertata l'esistenza del presupposto oggettivo, consente ai soggetti non fallibili incapaci di ripagare i propri debiti per cause sopravvenute non attribuibili alla loro volontà, di vedere falcidiati i propri impegni.

Nell'ambito della procedura di sovraindebitamento, dottrina e giurisprudenza si interrogano sulla circostanza che il finanziamento assistito dalla cessione delle quote di stipendio o pensione debba essere rimborsato mediante il piano di ammortamento concordato con l'istituto di credito o se questo possa essere falcidiato.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale[3], il contratto di cessione di un quinto dello stipendio e la delegazione del pagamento divengono inopponibili alla procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento per effetto del decreto di omologazione del piano del consumatore (ovvero di fissazione di udienza nell'accordo di ristrutturazione), in quanto equiparato all'atto di pignoramento per espressa previsione dell'articolo 10, comma 5, L. 3/2012. Il contratto di cessione di crediti futuri (quali i crediti di lavoro) produce alla stipula effetti obbligatori, dovendosi ritenere quelli traslativi subordinati al venire a esistenza dei crediti ceduti. Diventa quindi inopponibile per l'effetto di spossessamento prodotto dal pignoramento (e dal decreto di fissazione di udienza), che impedisce al cessionario di far valere l'acquisto di crediti sorti successivamente, poiché l'effetto traslativo dovrebbe prodursi in relazione a un diritto di cui il cedente ha perso la disponibilità.

Il contratto di cessione del quinto, in base a tale orientamento, appare non opponibile alla massa dei creditori, poiché il trasferimento del diritto di credito ceduto si perfeziona solo nel momento in cui esso sorge. Se tale momento avviene dopo il decreto di fissazione dell'udienza *ex* articolo 10, comma 5, L. 3/2012, l'effetto traslativo non può aver luogo in quanto il debitore cedente ha perduto la disponibilità del diritto per effetto dello spossessamento.

Ritenere che il contratto di cessione del quinto dello stipendio sia opponibile alla procedura di sovraindebitamento – si sostiene – appare in contrasto con l'effetto sospensivo delle procedure esecutive *ex* articolo 10, comma 2, lettera c) e articolo 12, L. 3/2012. Se la procedura ha l'effetto di sospendere le procedure esecutive con la sola limitazione delle procedure esecutive concluse, è

[3] Tribunale Ancona 15 marzo 2018.

evidente che, a maggior ragione, il medesimo effetto sospensivo deve aversi anche nei confronti delle cessioni di credito futuro a garanzia della restituzione di prestiti[4].

Nei confronti del debitore non potranno quindi essere iniziate o proseguite azioni cautelari o esecutive e non potrà proseguire la cessione e/o il pignoramento del quinto. Dunque, tali somme risultano impignorabili da parte dell'istituto di credito, con l'omologazione del piano del consumatore cessa definitivamente il pignoramento e il credito residuo sarà pagato secondo le condizioni previste dal piano.

È stata anche affermata l'inopponibilità della cessione del credito alla procedura, optando per una disposizione analogica dell'articolo 169-*bis*, L.F. prevedendo la sospensione e lo scioglimento del contratto in corso di esecuzione accordando al creditore un indennizzo[5].

In tema di piano del consumatore è stata prevista la revoca della cessione del quinto, ricostruendo interamente il patrimonio del debitore e destinandolo a tutti i creditori concorsuali, compresi gli istituti di credito[6].

In linea con tale orientamento, è stato altresì rigettato il reclamo proposto da un istituto di credito nei confronti di un consumatore, ribadendo che:

> *"il credito ceduto dal lavoratore alla finanziaria è un credito futuro, che sorge relativamente ai ratei di stipendio soltanto nel momento in cui egli matura il diritto a percepire lo stipendio mensile e, per ciò che concerne il Tfr, soltanto nel momento in cui cessa il rapporto di lavoro. Tale impostazione appare coerente con i principi generali che governano la disciplina del sovraindebitamento, quali la natura concorsuale del procedimento e la parità di trattamento dei creditori, ciò che induce a ritenere che anche il cessionario del quinto debba essere assoggettato alla falcidia prevista per i chirografari"*[7].

In tema di liquidazione del patrimonio *ex* articolo 14-*ter*, L. 3/2012, si ritiene applicabile lo stesso principio valido in caso di fallimento del debitore cedente il quinto del suo stipendio, secondo il quale, anche se la cessione sia stata tempestivamente notificata e accettata dal cessionario, essa non risulta opponibile al fallimento se alla data di dichiarazione del fallimento il credito non risulti già sorto e non si sia ancora verificato l'effetto traslativo della cessione; ragion per cui anche nell'ipotesi della procedura di risoluzione della crisi di sovraindebitamento, la cessione del quinto dello stipendio da parte del debitore si deve considerare cessata contestualmente all'apertura di quella procedura, onde il cessionario pignorante subisce la falcidia del proprio credito al pari di ogni altro creditore

[4] Tribunale Grosseto, 11 novembre 2019. Est. Claudia Frosini.
[5] Tribunale Pistoia decreto del 23 febbraio 2015.
[6] Tribunale di Siracusa, decreto del 17 giugno 2016.
[7] Tribunale di Napoli Nord, decreto 16 maggio 2018, Pres. Caria, Est. De Vivo.

chirografario, valendo anche nei suoi confronti il divieto di inizio o prosecuzione delle procedure esecutive previsto dall'articolo 14-*quinquies*, comma 2, lettera b), L. 3/2012[8].

Viceversa, un altro orientamento ha affermato l'opponibilità del contratto di cessione del quinto alla procedura di composizione della crisi, principalmente basata sulla mancanza di norme che disciplinano tale fattispecie nella procedura da sovraindebitamento e il riferimento all'articolo 2918, cod. civ. in materia di cessione del fitto, che limita pertanto a un triennio la cessione del quinto insistente sul patrimonio del debitore.

È stata riconosciuta la prevalenza del diritto del creditore assegnatario in assenza proprio di analoghe norme a quelle in materia di fallimento[9].

Richiamando l'articolo 2918, cod. civ. è stato affermato:

> *"in caso di accesso alla procedura di sovraindebitamento, la cessione di crediti futuri avvenuta antecedentemente e la conseguente sottrazione di tali risorse alla disponibilità del debitore ai fini della ristrutturazione del proprio debito, è opponibile alla procedura solo per 3 anni dall'omologa del piano del consumatore. Successivamente al triennio la cessione del credito deve cedere il passo all'efficacia conformativa del piano stesso"*[10].

Poiché il decreto di ammissione del debitore alla procedura di sovraindebitamento è equiparato al pignoramento, l'analogia tra la cessione del credito di lavoro e quella del fitto permette di applicare anche alla cessione del credito l'articolo 2918, cod. civ., che limita a non più di un triennio la prevalenza sul pignoramento di una cessione notificata al debitore ceduto, di modo che il creditore cessionario potrà sottrarre le risorse acquisite alla disponibilità del debitore ai fini della ristrutturazione del debito per un termine massimo di 3 anni dall'omologa del piano.

La cessione del quinto nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza

Il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza, la cui entrata in vigore è stata differita al 1° settembre 2021 dal D.L. 23/2020, porrà fine a questo lungo dibattito giurisprudenziale.

L'estrema rilevanza della problematica ha indotto il Legislatore, nella L. 155/2017 a prevedere all'articolo 9, comma 1, lettera d) che "*il piano del consumatore possa comprendere anche la*

[8] Tribunale di Brescia del 15 marzo 2019 (Est. V. Agnese).
[9] Tribunale di Milano decreto del 9 luglio 2017.
[10] Tribunale di Monza pronuncia del 26 luglio 2017. Analogamente, il Tribunale di Siracusa (decreto 1° febbraio 2018) e il Tribunale di Mantova (8 aprile 2018) hanno affermato che il contratto di cessione del quinto è opponibile alla procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento nei 3 anni successivi all'omologazione della proposta; successivamente il piano includerà i crediti ceduti.

ristrutturazione dei crediti derivanti da contratti di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio, della pensione e dalle operazioni di prestito su pegno".

L'articolo 67, comma 3 del Codice della crisi e dell'insolvenza, dispone ora che:

> *"la proposta può prevedere anche la falcidia e la ristrutturazione dei debiti derivanti da contratti di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio, del trattamento di fine rapporto o della pensione e dalle operazioni di prestito su pegno"*.

La Relazione illustrativa afferma il particolare rilievo della disposizione, uno specifico principio di delega, che consente di prevedere, con il piano, anche la falcidia o la ristrutturazione dei debiti derivanti da contratti di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio, del Tfr o della pensione nonché di quelli derivanti da operazioni di prestito su pegno, con l'obiettivo della conseguente liberazione di risorse a vantaggio di tutti i creditori e possibilità di soddisfare i crediti derivanti dagli stessi nell'ambito della complessiva sistemazione dei debiti.

La norma mira ad affermare la natura concorsuale della procedura di sovraindebitamento non ponendo più dubbi sulla possibilità di revoca del contratto di cessione del quinto dello stipendio, Tfr o della pensione al fine di predisporre l'intero patrimonio del debitore a vantaggio di tutti i creditori e la possibilità di soddisfare i crediti derivanti da tali operazioni rispettando il principio della *par condicio creditorum*.

Dunque, il consumatore potrà ristrutturare i propri debiti attraverso una proposta priva di vincoli, ma con l'unico obiettivo di soddisfare anche parzialmente i creditori.

L'applicazione di tale principio garantirebbe maggiori disponibilità in favore di tutti i creditori con conseguente maggiore possibilità di soddisfacimento dei medesimi, così come già affermato da una parte della giurisprudenza citata. Peraltro, è stato affermato, nell'ambito del piano del consumatore, di cui alla L. 3/2012, può essere prevista anche la falcidia del debito derivante dalla restituzione di un finanziamento assistito da una cessione del quinto dello stipendio e dell'intero Tfr, in quanto la cessione dei crediti del consumatore non ancora venuti a esistenza alla data di omologazione del piano, con riferimento ai quali l'effetto traslativo non si sia ancora verificato, è inopponibile agli altri creditori del soggetto sovraindebitato[11]. La natura concorsuale del procedimento e la necessità di applicare la parità di trattamento ai creditori renderebbe incoerente, dal punto di vista sistematico, non assoggettare anche il cessionario del quinto a un'eventuale riformulazione dell'adempimento al pari degli altri creditori chirografari[12].

[11] Tribunale di Livorno, decreto 18 gennaio 2018.
[12] Tribunale di Grosseto, decreto 9 maggio 2017.

Pertanto, si permette di acquisire all'attivo della procedura i quinti futuri di stipendio, Tfr o pensione e il correlato debito per finanziamento sarà ammesso al passivo col rango chirografario, non avendo un titolo di prelazione che possa essere fatto valere dal creditore.

Conclusioni

Tenendo presente che la normativa sul sovraindebitamento indica esplicitamente i crediti che non possono essere falcidiati, e non comprende quelli relativi ad un prestito da estinguersi con cessione di quote di stipendio o pensione - quali crediti impignorabili, crediti di Iva e ritenute e crediti privilegiati nei limiti del valore dei beni destinati a soddisfarli - si può affermare che le modifiche introdotte dal nuovo Codice della crisi sono in linea con i principi dettati dalla L. 3/2012, principalmente con l'articolo 7 ("*Il debitore in stato di sovraindebitamento può proporre ai creditori* ..."), e con l'articolo 8 ("*La proposta di accordo o di piano del consumatore prevede la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti*..."); il riferimento allo stato di debitore o alla condizione di debitore è integrale, senza previsione di alcuna eccezione o limitazione.

Nell'ambito di una procedura di sovraindebitamento il credito da cessione del quinto non è assistito da privilegio e può quindi essere falcidiato, in concorso con gli altri crediti chirografari, in relazione al presumibile guadagno ricavabile dalla procedura liquidatoria del patrimonio del debitore.

La nuova posizione del Legislatore è condivisibile non solo dal punto di vista giuridico, ma anche in relazione alla finalità sociale della L. 3/2012, che nasce per offrire una seconda opportunità a coloro i quali hanno contratto debiti allorquando potevano ragionevolmente assolverli e si sono poi trovati, per eventi imprevedibili, a non potere regolarmente adempiere.

La norma – anche nell'attuale fase che potremmo definire di transizione ovvero di attesa dell'entrata in vigore del Codice della crisi – deve essere pertanto interpretata sin d'ora nell'ottica del Legislatore della riforma, con il c.d. *favor debitoris*, al fine di consentire al sovraindebitato la corretta costruzione di un piano o di un accordo di composizione della crisi, con maggiori possibilità di omologazione.

Non sono pochi, peraltro, i Tribunali che hanno già affrontato e risolto le numerose questioni ancora controverse della L. 3/2012 applicando i principi della riforma e aderendo alle conseguenti interpretazioni orientate. Non vi è ragione per cui ciò non accada anche per la cessione del quinto.

Crisi e risanamento n. 40/2020

La tempestività del ricorso alle procedure di sovraindebitamento

di Giulio Pennisi – dottore commercialista

Il D.L. 23/2020, battezzato come Decreto Liquidità, convertito in L. 40/2020 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 143 del 6 giugno 2020 in vigore dal 7 giugno 2020, a fronte del protrarsi dell'emergenza epidemiologica Covid-19, ha, fra l'altro, differito ulteriormente l'entrata in vigore del nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, ciò comportando il rinvio delle novità introdotte nel sovraindebitamento. Il differimento lascia pertanto inalterata l'operatività delle norme della L. 3/2012 che troveranno ulteriore applicazione fino al 2021. Il rinvio induce una riflessione circa l'opportunità di tale decisione nella misura in cui le disposizioni finora utilizzate, siano o meno compatibili per fronteggiare le crisi che potrebbero emergere dopo questo periodo in assenza di ulteriori specifiche previsioni afferenti la premialità per il ricorso tempestivo agli istituti previsti.

La norma istitutiva e lo stato oggettivo di crisi

Le norme sul sovraindebitamento, introdotte nel nostro ordinamento con la L. 3/2012, concedono a consumatori e imprese minori non assoggettabili alle procedure concorsuali, l'opportunità di proporre ai creditori un piano o un accordo di composizione dei debiti. Il piano consente al debitore di uscire dallo stato di crisi che lo rende incapace di adempiere le obbligazioni sottoscritte e pianificate. In buona sostanza, il debitore è sovraindebitato se la sua condizione è riconducibile a uno stato - anche di carattere temporaneo – in cui i flussi di cassa attesi e i redditi percepiti non consentono di onorare le scadenze delle obbligazioni sottoscritte. Lo stato oggettivo che legittima il ricorso a tali procedure, previsto nella norma, ha trovato più ampia previsione sul piano giuridico ed economico-quantitativo nel Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza. Il D.Lgs. 14/2019, pubblicato il 14 febbraio 2019, nel più ampio scopo di riformare l'intero corpo delle procedure concorsuali, ha effetto abrogativo della L. 3/2012 e inserisce le procedure di sovraindebitamento nel più ampio ventaglio di quelle previste per la regolazione della crisi e dell'insolvenza. La sua entrata in vigore, però, per ragioni attinenti alla emergenza epidemiologica Covid-19, è stata ulteriormente differita all'anno 2021[1]. Il rinvio ha effetto sulla novata definizione (articolo 2, comma 1 del Codice) dello stato di crisi come la:

[1] Così dispone l'articolo 5, D.L. 23/2020, in corso di conversione, che ne differisce l'entrata in vigore al 1° settembre 2021.

> *"difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate"* e quello di insolvenza quello *"che si manifesta con adempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni"*.

I requisiti oggettivi e soggettivi

Il differimento tecnico della entrata in vigore della riforma, non consentirà l'utilizzo dei nuovi strumenti fino al 2021. Cionondimeno, tali principi generali ben avrebbero potuto essere utilizzati prima della data di entrata in vigore in quanto, sia sul piano oggettivo sia su quello soggettivo (si veda su tutti la novata indicazione dei soggetti che possono accedere, meglio disciplinati dall'articolo 2, comma 1, lettere d) ed e) del Codice) consentono una chiara qualificazione dell'ambito di intervento delle procedure di regolazione della crisi da sovraindebitamento. E infatti, il Codice definisce meglio lo stato di crisi o di insolvenza, individuando il presupposto anche quando è solo potenziale; nell'ambito soggettivo, poi, il Legislatore della riforma ha più opportunamente individuato i soggetti che possono ricorrere al sovraindebitamento, recependo le indicazioni della giurisprudenza di merito sia per il consumatore, che è tale anche partecipa a società di persone, sia per tutti i soggetti non privati che, pur esercitando una attività economica sotto qualsiasi forma giuridica e non necessariamente tesa allo scopo di lucro, possono beneficiare dell'istituto del concordato minore laddove non siano assoggettabili al fallimento (*liquidazione giudiziale* nel Codice) ovvero per i quali non esistono procedure specifiche (su tutte vedasi la L.C.A. delle cooperative). Il limite di accesso resta quello meramente quantitativo e legato al valore, nei 3 esercizi precedenti, di 300.000 euro dell'attivo di bilancio, di 300.000 euro quali ricavi in qualunque modo conseguiti e di 500.000 euro per i debiti non scaduti. Si tratta, in buona sostanza, di quei soggetti che il Legislatore intende nell'abbreviativo di "imprese minori".

La qualificazione della meritevolezza del debitore civile

Il debitore civile che si trova nella condizione di non poter far fronte agli impegni (*id est* alle scadenze di pagamento) conseguenti alle obbligazioni sottoscritte, al fine di poter ricorrere alla procedura di composizione, deve poter provare, che la sua condizione di sofferenza economica e/o finanziaria, non sia stata provocata da un comportamento colpevole, doloso o in malafede ma che, a causa di eventi sopravvenuti, con effetti dimostrabili anche sul piano quantitativo, si sia attuata la situazione di sovraindebitamento incolpevole. Il dissesto non deve essere stato provocato da una condotta irresponsabile, che si manifesta, spesso, con la sottoscrizione di obbligazioni senza la ragionevole

prospettiva di poterle adempiere, ma, al contrario, esso si è determinato da eventi non controllabili e che hanno inciso sul "*progetto di vita*" del debitore, determinando il perdurante squilibrio fra le obbligazioni assunte e le risorse disponibili. Il requisito della meritevolezza deve emergere nel giudizio di omologa e nella decisione finale del giudice. I provvedimenti finora emanati hanno sempre avuto una base consolidata riferibile a eventi imprevedibili e documentati, al grado di consapevolezza del debitore –a volte assunto anche in ragione della condizione sociale del debitore – ai c.d. finanziamenti "a catena" e, non da ultimo, al merito creditizio. In buona sostanza, la giurisprudenza ha di fatto colmato la mancanza di specifiche disposizioni della L. 3/2012[2] tanto da indurre il Legislatore a indicarli precipuamente nella riforma. E così il consumatore non potrà essere ritenuto in colpa per essersi rivolto a un intermediario finanziario, titolare in quanto tale di un ufficio di diritto privato in base al combinato disposto degli articoli 12, comma 2, L. 3/2012 e 124-*bis*, Tub facendo affidamento sulla relativa capacità di valutare il proprio merito creditizio[3].

Secondo la tesi che appare preferibile, il Legislatore del 2012, con il concetto di sovraindebitamento ha riprodotto con un lemma differente il concetto giuridico di insolvenza dinamica e tale è quella richiamata dall'articolo 6, L. 3/2012. Tale disposizione, infatti, nel riferirsi alla "*situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte*" impone al giudice la verifica della situazione d'illiquidità del debitore e, di seguito, quando fa riferimento alla "*rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni ovvero la definitiva incapacità di adempiere regolarmente*", impone un giudizio di tipo prognostico al fine di verificare se, sulla base delle fonti di reddito presenti e future del debitore questi potrà procedere con regolarità al pagamento dei propri creditori.

Il piano, ossequioso del diritto del creditore ad avere la migliore soddisfazione possibile, può prevedere il pagamento dei debiti in un tempo e con una modalità che consentano al debitore, mantenendo un dignitoso tenore di vita, di poter onorare gli impegni assunti, in misura sostenibile alle proprie entrate, al netto dei costi di sostentamento del proprio nucleo familiare. La previsione si attaglia in un contesto

[2] Uno spunto interessante rispetto ai concetti di meritevolezza, di finanziamento "a catena" e di eventi imprevedibili emerge dalla lettura della sentenza del Tribunale di Torino, 7 dicembre 2019. La ricostruzione degli eventi che produssero il dissesto del consumatore istante, era riconducibile alle spese sostenute in occasioni di più fatti, imprevedibili, quali una separazione, una grave malattia di un figlio e un incidente occorso al nuovo compagno della richiedente. Tutti tali eventi, nella ricostruzione proposta, comportarono un sempre più evidente ricorso al credito per sostenere le spese minime di sopravvivenza. Il giudice, verificato l'effetto "a catena" dei debiti sottoscritti, ricostruisce analiticamente la rimodulazione del debito originario (fra l'altro descrivendo le modalità tecnico pratiche di tali strumenti che spesso portano a maggiori oneri i cui effetti si riverberano nel tempo) ritiene che "*nella valutazione complessiva dovrà anche tenersi conto del grado di consapevolezza del debitore nell'assumere obbligazioni, anche in ragione del livello sociale e culturale dello stesso*".

[3] Tale è l'evidente previsione dell'articolo 68, comma 3, D.Lgs. 14/2019: l'Occ, nella sua relazione, deve indicare anche se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore, valutato in relazione al suo reddito disponibile, dedotto l'importo necessario a mantenere un dignitoso tenore di vita. A tal fine si ritiene idonea una quantificazione non inferiore all'ammontare dell'assegno sociale moltiplicato per un parametro corrispondente al numero dei componenti il nucleo familiare della scala di equivalenza dell'Isee di cui al D.P.C.M. 159/2013.

di natura eccezionale, in cui il creditore, pur tutelato da una serie di previsioni che consentano una partecipazione attiva al procedimento di composizione, che si manifestano, fra l'altro, nella opportunità per il chirografario di esprimere la contestazione all'alternativa liquidatoria ovvero di esercitare il voto nell'ipotesi di accordo del debitore[4], ottiene una nuova soddisfazione del proprio credito, mutata rispetto alla originaria sia nel *an* sia nel *quantum*.

Tali previsioni devono rappresentarsi dinamicamente nella vita reale e pertanto, in un periodo di crisi economica come quello che ci si appresta a vivere a causa della emergenza Covid-19, troveranno immediata applicazione laddove il gestore della crisi rilevi che il dissesto sia stato aggravato o provocato durante questo periodo. La riduzione del reddito familiare, inciderà notevolmente sul merito del debitore senza però che esso sia giustificativo di comportamenti colposi o fraudolenti assunti in passato. La crisi che potrebbe derivare a causa di eventi riconducibili all'emergenza (riduzione del reddito, perdita del posto di lavoro, malattia) non implica una deroga al concetto di diligenza o all'obbligo di assumere obbligazioni sostenibili alle proprie capacità, ma i suoi effetti reali possono assurgere a causa fondante la legittimità del ricorso. A tal fine, sarà necessario indagare in modo approfondito la singola fattispecie, onde evitare la funzione "punitiva" del rigetto solo quando il comportamento assunto a seguito degli eventi economici, non risponda a cause di forza maggiore. Le scelte potrebbero infatti dipendere da processi patologici endogeni, non governabili dal singolo. Tale affermazione non reca in sé una forma di sanatoria per chi aveva già assunto comportamenti non adeguati nella fase anteriore e, pertanto, sarà necessario individuare ancor più analiticamente sia i motivi che il momento in cui il debitore è divenuto insolvente: cionondimeno, sarà poi necessario integrare il giudizio sulla diligenza e sul merito, tenendo in debito conto che esisterà una sorta di impossibilità sopravvenuta nel periodo emergenziale.

La tempestività del ricorso: previsione normativa o semplice opportunità?

È pertanto lecito chiedersi se il rinvio dell'entrata in vigore della riforma, lasciando inalterato lo strumento oggi vigente, ponga al centro della vicenda, la tempestività del ricorso al sovraindebitamento e se essa possa garantire una sorta di premialità al debitore incolpevole.

Il ricorso a tali strumenti, fin dalla loro introduzione, rappresenta una risoluzione alternativa e comunque satisfattiva di interessi contrapposti, quale mediazione fra debitore e creditori. L'assunto

[4] Il meccanismo del *cram down* dell'articolo 129, L.F.: nel caso in cui un creditore appartenente ad una classe dissenziente contesti la convenienza della proposta, il tribunale può omologare il concordato laddove lo reputi comunque conveniente per i creditori dissenzienti; in pratica, non è più sufficiente la presenza di classi dissenzienti per attivare il meccanismo del *cram down* da parte del Tribunale, ma è necessario che almeno un creditore appartenente a una di queste classi si opponga al decreto di omologazione.

riposa nella natura stessa della norma tesa a trovare un punto di equilibrio fra l'interesse del debitore a poter conciliare il pagamento dei debiti con un decoroso tenore di vita, adeguandoli anche alle mutate condizioni economiche, e quello del creditore che beneficierà di una soddisfazione, anche parziale, dei diritti sorti in capo alla obbligazione.

Il meccanismo di composizione risponde alle difficoltà seguite alla prima crisi finanziaria del 2008 e al conseguente rischio implosione del sistema bancario soprattutto nella fase di erogazione del credito, quando la bolla stava per investire il mercato immobiliare delle "abitazioni principali" poste a garanzia dei mutui concessi per l'acquisto o la ristrutturazione. Pertanto, è necessario capire se, nell'ambito del più ampio concetto di diligenza e merito del debitore incolpevole (immaginiamo la classica causa di indebitamento successivo alla perdita di un posto di lavoro che non consente più al debitore di poter eseguire quanto promesso per le mutate condizioni reddituali) esistano misure "protettive" e automatiche rispetto a una tempestività del ricorso alla procedura. V'è da chiedersi, in sintesi, se il debitore diligente anche nel dichiarare il proprio stato, possa beneficiare di un sostegno e di tutela nell'invocato diritto a voler "*uscire dalla crisi*" e se tale forma, eventualmente prevista, si possa attuare prima della definizione della procedura già in sede di verifica delle condizioni per l'ammissione.

La tempestività è requisito per accedere alle misure premiali nel ricorso agli accordi di composizione nella rinviata riforma. Essa rappresenta un elemento cardine e trova attuazione nelle disposizioni atte a favorire gli strumenti della composizione assistita[5]. Analoga disposizione non è prevista nel caso dei sovraindebitati, sia nella norma vigente che in quella futura: tali soggetti non ne beneficiano quando ricorrono alla composizione. Ciononostante, nel sovraindebitamento, la tempestività può essere ricondotta a pochi istituti protettivi che sono attivabili quando sia positivamente valutata la preliminare ammissibilità.

Le misure protettive rinvenibili nella L. 3/2012 e nel D.L. 23/2020

Il dissesto finanziario, anche reversibile (insolvenza provvisoria), in assenza di prospettive di risanamento legate a una inversione dell'andamento finanziario del debitore (un privato che riprende l'attività lavorativa o l'impresa che riparte dopo un momento di *stop*), normalmente tende a produrre effetti peggiorativi: il debitore insolvente vedrà crescere il debito per l'effetto incrementale degli interessi moratori; sul piano psicologico, inoltre, esso ha può produrre forme patologiche quali l'indebitamento ripetuto e seriale (il debito che ristruttura il debito che non è sempre un "mutuo di scopo" ma solo un maggior costo diluito nel tempo), la ludopatia, il ricorso a forme di finanziamento

[5] Sul punto vedasi le misure protettive invocabili a norma dell'articolo 20 e le misure premiali della Sezione II, Capo III articoli 24 e 25.

irrituale che sfociano nell'usura. Ecco perché è fondamentale che la patologia sia combattuta con strumenti che consentano benefici protettivi per il debitore prima che questi aggravi la sua posizione fino a trasformare un comportamento diligente in colposo o, peggio, che provochi atti dispositivi tali da configurarsi in frode ai creditori (la vendita di beni per garantirsi maggiore liquidità in danno al creditore).

Nella attuale formulazione della norma, il debitore, già con il deposito della proposta, può richiedere la sospensione delle azioni esecutive in corso[6].

L'istituto, derivato dall'*automatic stay* del concordato, rappresenta una misura protettiva che tutela il patrimonio del debitore dalle esecuzioni forzate che potrebbero pregiudicare anche l'interesse alla prosecuzione del piano o dell'accordo. La tendenza di salvaguardare il patrimonio dalle legittime iniziative dei creditori, riposa nella volontà di consentire il punto di equilibrio fra gli opposti interessi senza creare il nocumento della perdita dei beni al debitore che agisce nel piano proprio in ragione di "metterli al riparo" dalle azioni dei creditori. La norma ha una duplice applicazione: nel caso dell'accordo del debitore, in cui il creditore partecipa direttamente alla formazione del consenso con il suo voto se detentore di una posizione non privilegiata, è un automatismo su cui si basa la garanzia processuale di consentire un tempo minimo per la definizione dell'accordo; nel caso del piano del consumatore, invece, la protezione non può prescindere da una prima valutazione di merito basata sulla relazione particolareggiata del gestore della crisi che evidenzi la diligenza del debitore nell'aver contratto le obbligazioni per cui agisce. La norma, quindi, regola il processo ma si riferisce, nel caso particolare del debitore civile, alla tempestività del ricorso alla definizione, in ragione della passata contrazione di debiti all'epoca sostenibili. In buona sostanza, la tempestività va letta come misura protettiva: se il debitore al momento dell'accesso alla procedura può vantare il possesso dei requisiti di ammissibilità, potrà garantirsi di uno "scudo" per i beni che non potranno essere aggrediti ed evitare così un pregiudizio alla convenienza all'accesso. Il blocco delle azioni esecutive diviene definitivo nel decreto di omologa, con il quale il giudice può dichiarare estinte le azioni già sospese in luogo del pagamento del debito a cui esse si riferivano nonché, quale corollario, vietare l'inizio di nuove nella misura in cui esse possano gravare sulla esecuzione del piano/accordo omologato.

[6] L'articolo 10, L. 3/2012, nell'ipotesi dell'accordo, prevede che il giudice possa disporre che "*sino al momento in cui il provvedimento di omologazione diventa definitivo, non possono, sotto pena di nullità, essere iniziate o proseguite azioni esecutive individuali né disposti sequestri conservativi né acquistati diritti di prelazione sul patrimonio del debitore che ha presentato la proposta di accordo, da parte dei creditori aventi titolo o causa anteriore; la sospensione non opera nei confronti dei titolari di crediti impignorabili*"; nel caso del piano del consumatore, l'articolo 12-*bis*, prevede che "*quando, nelle more della convocazione dei creditori, la prosecuzione di specifici procedimenti di esecuzione forzata potrebbe pregiudicare la fattibilità del piano, il giudice, con lo stesso decreto, può disporre la sospensione degli stessi sino al momento in cui il provvedimento di omologazione diventa definitivo*".

La decorrenza degli interessi sul debito residuo

Ma ancora, il deposito della proposta ha un effetto immediato sulla sospensione della maturazione degli interessi per il credito non garantito da pegno o ipoteca; ragion per cui, come previsto al comma 3-*quater,* articolo 9, L. 3/2012, il deposito della proposta di accordo o del piano del consumatore sospende, ai soli effetti del concorso, il corso degli interessi convenzionali o legali, a meno che i crediti non siano garantiti da ipoteca, pegno o privilegio e salvo quanto previsto dagli articoli 2749, 2788 e 2855, commi 2 e 3, cod. civ.. Questa previsione può anch'essa essere riferita a una forma di protezione legata alla tempestività: il deposito della proposta blocca la crescita del debito complessivo per la quota parte degli interessi maturandi (sia moratori sia legali) sull'obbligazione originariamente sottoscritta. Il Legislatore ha però previsto due limiti: uno è legato al diritto del creditore privilegiato cui l'effetto non potrà in nessun caso essere opposto, l'altro riguarda il credito garantito dai limiti riportati agli articoli 2749 (l'estensione del privilegio agli interessi maturati) e 2788, cod. civ..

La garanzia Confidi e i contributi delle associazioni antiracket

Altra misura degna di nota, riportata nella norma in commento e che non ha trovato identica disposizione nella riforma, è la possibilità che il piano preveda, a garanzia della sua sostenibilità, il rilascio di autonoma obbligazione fideiussoria emessa dai consorzi fidi autorizzati dalla Banca d'Italia, D.Lgs. 385/1993 e dagli intermediari finanziari autorizzati. Anche le associazioni *antiracket* e antiusura iscritte presso il Ministero dell'interno possono destinare contributi per la chiusura di esposizioni debitorie nel percorso di recupero da sovraindebitamento e tale rimborso è regolato all'interno della proposta di accordo o di piano del consumatore. Siffatte opportunità possono incidere sulla tempestività proprio in funzione della richiamata dinamicità del debito: la cristallizzazione delle posizioni debitorie, garantisce anche i terzi che apportano sostegno alla fattibilità del piano in ragione della sua sostenibilità futura.

La sospensione delle procedure esecutive sulla prima casa (D.L. Cura Italia)

Infine, è opportuno segnalare che l'articolo 54-*ter*, D.L. 23/2020, convertito nella L. 27/2020, al fine di contenere gli effetti negativi dell'emergenza epidemiologica Covid-19, sospende su tutto il territorio nazionale dal 30 aprile 2020 e per i 6 mesi successivi le procedure esecutive per il pignoramento immobiliare di cui all'articolo 555, c.p.c. che abbiano a oggetto l'abitazione principale del debitore. La misura impatta notevolmente sulla opportunità concessa ai debitori civili circa il ricorso al piano del consumatore, beneficiando di un ulteriore ombrello protettivo legato al periodo di sospensione

dell'azione esecutiva fino alla fine del mese di ottobre. I consumatori in stato di evidente insolvenza che abbiano già esecuzioni in corso, anche senza beneficiare della sospensione giudiziale dell'articolo 12-*bis*, L. 3/2012, se proprietari di abitazioni a garanzia di mutui ipotecari scaduti, potranno rivolgersi agli organismi di composizione, profittando della sospensione di legge delle azioni esecutive che potrebbero continuare per effetto del deposito della proposta.

Queste sono nell'insieme le misure legate alla tempestività del ricorso al sovraindebitamento, che, oltre sul piano oggettivo, potrebbero comportare anche un maggior favor da parte dell'organo giudicante. Esse, pur nei limiti finora sottolineati e nell'auspicio di un ripensamento del Legislatore al dichiarato rinvio dell'entrata in vigore della riforma, non vanno utilizzate quale strumento dilatorio ma nell'ottica di garantire fattibilità e convenienza della proposta.

Master di specializzazione

Euroconference
Centro Studi Tributari

Master di 4 giornate intere

LA GESTIONE DELLA CRISI D'IMPRESA DOPO L'INTRODUZIONE DEL NUOVO CODICE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA

L'emanazione del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza delle Imprese D. Lgs. n. 14 del 12 gennaio 2019 costituisce un momento di profonda discontinuità rispetto al passato. I punti oggetto di cambiamento sono assai numerosi, di significativo impatto ma anche di difficile attuazione operativa, rendendo critici i conseguenti criteri di applicazione pratica delle nuove norme, alcune delle quali, come i meccanismi di allerta, coinvolgono l'intero sistema delle imprese. Il Master viene disegnato con l'intento di ripercorrere l'intero processo di gestione della crisi sulla base dei nuovi strumenti (quali la composizione assistita della crisi presso l'OCRI) e della revisione di quelli esistenti con maggiore focalizzazione sui soggetti "fallibili". Il programma è redatto sulla base dell'attuale Codice che potrà però essere oggetto di ulteriori modifiche previste dalla apposita delega al Governo contenuta nella L. 20/19.

SPECIALISTICA *WEB* - Partecipa *on-line* ai nostri corsi
Ottimizza i tempi della Tua formazione interagendo in tempo reale con l'evento in aula
Si segnala che, nel caso di iscrizione alla sede *Web*, è necessario disporre di un *computer* personale con *webcam* e audio perfettamente funzionanti

ACCEDI AL SITO

Crisi e risanamento n. 40/2020

Appalti pubblici e concordato in bianco dopo lo "*sblocca cantieri*"

di Stefano Cassamagnaghi - avvocato, Associazione Concorsualisti Milano

Il Decreto "sblocca cantieri" ha modificato il Codice dei contratti pubblici consentendo espressamente agli operatori economici che hanno presentato domanda di concordato "in bianco" di partecipare alla procedura di gara e di eseguire il contratto pubblico, ma ha omesso di disciplinare il caso cui la domanda di concordato venga presentata in corso di gara; il presente contributo è volto a esaminare la portata e le lacune di tale intervento normativo, individuandone la ratio anche alla luce della recente sentenza della Corte Costituzionale n. 85/2020.

La disciplina sul concordato "in bianco" prima del D.L. 32/2019 "Sblocca Cantieri"

Prima dell'intervento del D.L. 32/2019, l'articolo 80, comma 5, D.Lgs. 50/2016 (c.d. Codice dei contratti pubblici) prevedeva l'esclusione automatica dalle gare e l'impossibilità di stipulare i contratti per l'operatore economico che si trovasse sottoposto a procedura concorsuale, con un'unica eccezione consistente nel concordato preventivo con continuità aziendale.

In ordine a tale istituto la giurisprudenza si era divisa sulla possibilità di estendere tale deroga anche all'ipotesi di concordato c.d. "prenotativo" o "in bianco", previsto dall'articolo 161, comma 6, L. F..

Come noto, il concordato "in bianco" consente all'imprenditore di depositare il ricorso contenente la domanda di concordato, unitamente ai soli bilanci degli ultimi 3 esercizi e all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione prevista dalla detta norma entro un termine fissato dal giudice.

In materia di gare e appalti pubblici, una parte della giurisprudenza amministrativa sosteneva la possibilità di assimilare il concordato preventivo al concordato "in bianco" in quanto la *ratio* di entrambi gli istituti è volta ad assicurare la continuità e la tutela dell'impresa in crisi. Si riteneva quindi che al fine di evitare l'esclusione dalla procedura di gara, fosse sufficiente il deposito dell'istanza di ammissione al concordato "in bianco", con cui l'impresa anticipava i contenuti del piano in corso di redazione (cfr. *ex plurimis* Consiglio di Stato, n. 6272/2013; Consiglio di Stato n. 6303/2014; Consiglio di Stato n. 3344/2014 e Consiglio di Stato n. 1091/2015; Consiglio di Stato, n. 1772/2018; Consiglio Stato, n. 1772/2018; Consiglio di Stato o, n. 426/2016; Consiglio di Stato n. 6272/2013 e n. 6303/2014;

Consiglio di Stato n. 3344/2014 e n. 1091/2015; Consiglio di Stato n. 5519/2015; TAR Lazio n. 3421/2016; TAR Sardegna n. 494/2016; TAR Lazio n. 3421/2016; TAR Sardegna n. 494/2016; ANAC, determinazione del 8 aprile 2015 n. 5).

Un'altra corrente giurisprudenziale non riteneva possibile la parificazione – ai fini pubblicistici – di tali istituti, ritenendo che, prima della presentazione della proposta e del piano e l'apertura ufficiale della procedura, l'impresa che ha soltanto presentato l'istanza ai sensi dell'articolo 161, L.F. si troverebbe nella situazione richiamata dal comma 5, lettera b), articolo 80, D.Lgs. 50/2016 (e, prima, dall'articolo 38, comma 1, lettera a), D.Lgs. 163/2006) e avrebbe dovuto, pertanto, essere esclusa dalla partecipazione alla gara (*ex multis,* TAR Piemonte n. 260/2019; in senso conforme Consiglio di Stato n. 7289/2018).

Sotto altro profilo si riteneva che fosse comunque consentito all'operatore economico di eseguire i contratti pubblici già stipulati, ma previa autorizzazione del giudice, trattandosi di atti di "*straordinaria amministrazione*" (cfr. TAR Bolzano n. 112/2018, confermato da Consiglio di Stato n. 5919/2018; in senso analogo, TAR Piemonte n. 544/2015 e TAR Piemonte n. 260/2019; Consiglio di Stato n. 3984/2019).

In tale panorama giungeva, su sollecitazione del Consiglio di Stato (con ordinanza n. 686/2018), la pronuncia della Corte di Giustizia UE che affermava che:

> *"non osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che consente di escludere da una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico un operatore economico che, alla data della decisione di esclusione, ha presentato un ricorso al fine di essere ammesso al concordato preventivo, riservandosi di presentare un piano che prevede la prosecuzione dell'attività"* (sentenza del 28 marzo 2019, in causa C-101/17).

Tale ultima sentenza aveva, quindi, confermato la correttezza del primo degli orientamenti della giurisprudenza nazionale, che aveva affermato la ricorrenza della fattispecie escludente di cui all'articolo 38, comma 1, lettera a), D.Lgs. 163/2006 (e quindi dell'identico articolo 80, comma 5, lettera b), D.Lgs. 50/2016, nel testo antecedente all'intervento del Decreto "Sblocca Cantieri") nel caso di imprese che avessero presentato una domanda di concordato "in bianco".

Il dibattito non si era esaurito, tuttavia, neanche dopo la pronuncia della Corte di Giustizia, in quanto talune sentenze continuavano a sostenere che la domanda di concordato "in bianco", con riserva di istanza per il concordato con continuità aziendale, non avrebbe impedito la partecipazione alla procedura di gara (TAR Lombardia – Milano, n. 2305/2019, che richiama TAR Lazio - Roma, n. 11143/2019; cfr. anche sentenza Consiglio di Stato n. 2963/2019, secondo cui sarebbe consentita la

partecipazione alla procedura di gara anche senza l'autorizzazione del Tribunale, non trattandosi di atto di straordinaria amministrazione).

La nuova disciplina del Codice dei contratti pubblici sul concordato in bianco

Al fine di risolvere il contrasto insorto nella giurisprudenza nazionale e comunitaria, l'articolo 2, D.L. 32/2019 (c.d. "sblocca cantieri"), convertito in L. 55/2019, ha completamente riscritto l'articolo 110 e ha modificato l'articolo 80, comma 5, lettera b), D.Lgs. 50/2016.

L'articolo 80, comma 5, lettera b), D.Lgs. 50/2016, prevede che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico qualora:

> *"b) l'operatore economico sia stato sottoposto a fallimento o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 110 del presente Codice e dall'articolo 186-bis, R.D. 267/1942".*

L'articolo 110, comma 4, D.Lgs. 50/2016 stabilisce che:

> *"4. Alle imprese che hanno depositato la domanda di cui all'articolo 161, anche ai sensi del comma 6, R.D. 267/1942, si applica l'articolo 186-bis, del predetto R.D.. Per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici tra il momento del deposito della domanda di cui al primo periodo e il momento del deposito del Decreto previsto dall'articolo 163, R.D. 267/1942 è sempre necessario l'avvalimento dei requisiti di un altro soggetto".*

L'articolo 80 del Codice, come novellato, rimanda quindi espressamente all'articolo 110 del medesimo Codice, il quale, al comma 4, è stato a sua volta novellato in modo tale da rendere applicabile anche alle imprese che hanno presentato domanda di concordato "in bianco" la disciplina espressamente prevista dall'articolo 186-*bis*, R.D. 267/1942.

Il nuovo testo dell'articolo 110, D.Lgs. 50/2016 consente quindi alle aziende che hanno presentato istanza di concordato "in bianco" sia di partecipare alla procedura di gara sia di continuare l'esecuzione al contratto, al pari di quanto già previsto per le aziende già ammesse al concordato.

Nello specifico, l'articolo 110, D.Lgs. 50/2016 stabilisce che può partecipare alla procedura e dare esecuzione al contratto non solo l'impresa che è già stata ammessa al concordato, ma anche il concorrente che abbia proposto la domanda di concordato "in bianco", e quindi anche allorquando il decreto previsto dall'articolo 163, L.F. non sia stato ancora adottato, a condizione, quanto alla

partecipazione alla gara, che l'impresa sia munita di un contratto di avvalimento ai sensi dell'articolo 89, D.Lgs. 50/2016.

La stessa norma ha anche stabilito, mediante il rinvio all'articolo 186-*bis*, L.F., che anche per le imprese che abbiano presentato domanda di concordato "in bianco" i contratti stipulati con le pubbliche Amministrazioni in corso di esecuzione non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura.

Il Legislatore ha cioè inteso accomunare – ai fini che qui interessano – il concordato "in bianco" al concordato preventivo esplicitando espressamente di voler "*rafforzare la ratio... di favor verso l'impresa momentaneamente in difficoltà*" (cfr. Relazione illustrativa al Decreto "sblocca cantieri", Disegno di Legge n. 1248).

- Quanto all'impresa che abbia presentato domanda di concordato ai sensi dell'articolo 161, comma 6, L.F., l'assetto normativo vigente è dunque il seguente:

a) per la partecipazione alla gara, "*tra il momento del deposito della domanda di cui al primo periodo e il momento del deposito del decreto previsto dall'articolo 163, L.F. è sempre necessario l'avvalimento dei requisiti di un altro soggetto*";

b) "*i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con Pubbliche Amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura*" (articolo 186-*bis*, L. F.), non rientrando tale ipotesi tra quelle di "risoluzione" del contratto di appalto espressamente previste dall'articolo 110, comma 1, del Codice dei contratti pubblici.

È stata quindi parificata la posizione del concorrente sottoposto a concordato preventivo a quella dell'operatore economico che abbia presentato domanda di concordato "in bianco" in quanto, anche in tale ipotesi, è consentita espressamente sia la partecipazione alla procedura che l'esecuzione del contratto già stipulato con la P.A..

Il Codice dei contratti pubblici non disciplina però espressamente il caso in cui la domanda di concordato "in bianco" venga presentata – e quindi sopravvenga – nel corso dello svolgimento della procedura di gara.

La domanda di concordato in corso di gara e l'intervento della Corte Costituzionale sul divieto dell'impresa in concordato di essere mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese

Come detto, la disciplina del Codice dei contratti pubblici sembra manifestare una lacuna in relazione al trattamento dell'ipotesi in cui la domanda di concordato "in bianco" intervenga in corso di gara, e quindi dopo la presentazione dell'offerta e fino alla stipula del contratto.

L'impresa che ha depositato la domanda prima della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta può certamente partecipare alla gara, supportata da un contratto di avvalimento *ex* articolo 89, D.Lgs. 50/2016, mentre se il deposito avviene dopo la stipula del contratto, lo stesso non è idoneo a determinare la risoluzione del medesimo.

Nella terra di mezzo della domanda in corso di procedura, il Codice non pare fissare con chiarezza una regola.

Da qui il perdurare del dibattito anche in giurisprudenza.

A fronte di un indirizzo che ritiene che la presentazione della domanda di concordato "in bianco" in fase di svolgimento della procedura (o comunque prima della stipula del contratto) non comporti l'esclusione (TAR Lombardia n. 2305/2019), altra parte della giurisprudenza si è espressa in senso contrario.

Secondo tale indirizzo il nuovo testo dell'articolo 110, comma 4, D.Lgs. 50/2016, così come l'articolo 186-*bis*, comma 4, L.F., dovrebbero essere interpretati nel senso che la "partecipazione", ivi menzionata, riguarderebbe le sole procedure che iniziano *ex novo* dopo la presentazione della domanda di concordato "in bianco" e non anche quelle in corso al momento del deposito della domanda stessa (TAR Lazio n. 9782/2019, confermata da Consiglio di Stato, n. 1328/2020). Diversamente opinando, la presentazione della domanda di concordato in fase di gara implicherebbe che il concorrente seguiti a partecipare alla procedura pur non essendo preventivamente munito di quelle garanzie - contratto di avvalimento e/o autorizzazione del Tribunale - prescritte dagli articoli 80, 110, D.Lgs. 50/2016 e 186*bis* L.F., che impedirebbero la perdita dei requisiti di partecipazione.

L'esclusione si fonderebbe dunque sul c.d. "principio di continuità", secondo il quale nelle gare d'appalto i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento o dell'offerta, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità.

Quindi, secondo l'orientamento giurisprudenziale restrittivo, la domanda di concordato "in bianco" determina la irreversibile perdita del requisito, e soluzioni diverse sarebbero incompatibili con l'esigenza di speditezza della conclusione del procedimento di gara.

Ad arricchire ulteriormente il tema contribuisce la recente pronuncia della Corte Costituzionale, n. 85/2020, che ha dichiarato costituzionalmente legittime le disposizioni del previgente del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 163/2006) che disciplinavano l'esclusione dalle procedure di gara dell'impresa

mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese ammessa a concordato con continuità aziendale.

La Corte Costituzionale si è infatti pronunciata sulla questione di costituzionalità presentata in merito all'articolo 38, comma 1, lettera a), D.Lgs. 163/2006 e dell'articolo 186-*bis*, commi 5 e 6, L.F..

Nel caso esaminato la stazione appaltante aveva disposto l'esclusione di una ditta mandataria – e quindi del relativo costituendo raggruppamento – in quanto si trovava in stato di concordato preventivo, escutendo la cauzione.

La società aveva impugnato l'esclusione, lamentando la violazione dell'articolo 38, comma 1, lettera a), D.Lgs. 163/2006 e dell'articolo 186-*bis,* L.F., sostenendo che le cause di esclusione dalla partecipazione alla gara previste in tali disposizioni non varrebbero per le imprese che sono sottoposte a concordato preventivo con continuità aziendale nel corso della procedura di affidamento, in particolare ove quest'ultima si sia lungamente protratta nel tempo, come sarebbe avvenuto nel caso concreto.

La società interessata aveva rilevato che l'impresa singola risponde da sola dell'esecuzione del contratto, mentre l'offerta di un raggruppamento è presentata da una pluralità di imprese, tutte responsabili dell'esecuzione per la parte di propria competenza, essendo la mandataria solidalmente responsabile nei soli raggruppamenti verticali, in cui le prestazioni principali gravano sulla mandataria e quelle secondarie sulle mandanti. La partecipazione alla gara della mandataria sottoposta a concordato preventivo con continuità aziendale non causerebbe alla stazione appaltante un pregiudizio, né un rischio maggiore rispetto a quelli in ipotesi prodotti dalla partecipazione di un'impresa singola.

Il giudice remittente sollevava, inoltre, una questione di irragionevolezza "intrinseca" della disposizione, della cui legittimità dubitava per l'incongruenza della scelta operata dal Legislatore di precludere in modo assoluto la partecipazione alle gare dell'impresa mandataria di un raggruppamento rispetto all'obiettivo di tutela dei creditori dell'impresa in concordato preventivo.

La Corte Costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di costituzionalità sollevata.

Secondo la Corte la norma censurata, escludendo dal beneficio la mandataria di un raggruppamento, introduce un'eccezione all'eccezione, e quindi ripristina, per il caso da essa considerato, la regola generale in base alla quale chi è soggetto a procedure concorsuali non può partecipare alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici.

La Corte afferma che il trattamento riservato all'impresa mandataria di un raggruppamento in concordato di continuità, trova giustificazione nella specifica modalità della sua partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica e, in caso di aggiudicazione, nel particolare rapporto contrattuale che si instaura con la stazione appaltante. In altri termini, il diverso regime giuridico applicabile all'impresa

che partecipa singolarmente alla gara o in qualità di mandante di un raggruppamento e quello dettato per l'impresa mandataria poggia sulla peculiare posizione rivestita da quest'ultima all'interno del raggruppamento.

I raggruppamenti temporanei, pur non dando vita ad autonomi soggetti giuridici, nondimeno sono connotati da una struttura alquanto complessa, in cui la mandataria rappresenta il punto di riferimento della stazione appaltante per tutta la durata del rapporto contrattuale, in qualità di rappresentante esclusiva di tutte le imprese riunite e quale garante della corretta esecuzione dell'appalto.

Anche i dubbi di legittimità costituzionale, concernenti la comparazione fra la mandataria di un raggruppamento e l'impresa che concorre in forma individuale, sono parsi alla Corte superabili facendo sempre leva sulla complessità strutturale delle forme di aggregazione in esame e sulle peculiari modalità di relazione che si instaurano fra le imprese riunite e la stazione appaltante, che renderebbero non omogenee le fattispecie poste a confronto. Secondo la Corte, il dato formale della "peculiare posizione" assunta dalla capogruppo all'interno del raggruppamento temporaneo di imprese, è considerato di per sé solo sufficiente a giustificare l'applicazione di disposizioni fortemente diversificate nei confronti dell'impresa che rivesta la qualità di mandataria e di quella che partecipi, invece, al raggruppamento in qualità di mandante o operi singolarmente sul mercato, nell'ipotesi in cui siano tutte sottoposte allo stesso tipo di procedura concorsuale.

Il divieto di cui all'articolo 186-*bis*, comma 6, L.F. scongiurerebbe quindi il rischio che la parte pubblica, all'esito della procedura di affidamento, si trovi in una relazione contrattuale con imprenditori non affidabili sotto il profilo economico e finanziario.

Si tratta dunque della stessa *ratio* che ispira la regola generale di esclusione dalle gare per l'affidamento di appalti pubblici dell'imprenditore sottoposto a procedure concorsuali, prevista prima all'articolo 38, comma 1, lettera a), D.Lgs. 163/2006 e poi all'articolo 80, comma 5, lettera b), D.Lgs. 50/2016. La norma censurata, infatti, rende inapplicabile alla mandataria di un raggruppamento la deroga all'esclusione dalle gare operante in favore delle imprese in concordato preventivo di continuità nel rispetto delle condizioni stabilite all'articolo 186-*bis*, L.F..

In linea con la più generale finalità dell'istituto di favorire il superamento dello stato di crisi dell'azienda, la disciplina del concordato preventivo con continuità aziendale si caratterizza per la previsione di stabilità dei contratti in essere con le pubbliche amministrazioni, *ex* articolo 186-*bis*, comma 3, L.F., e, al contempo, per la possibilità che l'impresa partecipi alle procedure di affidamento dei contratti pubblici. La deroga al divieto di partecipare a gare pubbliche mira dunque a consentire

eccezionalmente alle imprese che si trovino in questa condizione di acquisire commesse pubbliche e garantire così una migliore soddisfazione dei creditori.

In conclusione, ancorché la sentenza in commento si riferisca al previgente articolo 38, comma 1, lettera a) del Codice dei contratti, sembrerebbe comunque fornire una chiave di lettura generale agli effetti del concordato preventivo (e quello "in bianco") nella procedura di gara.

La Corte rigetta la questione di legittimità costituzionale poiché ritiene in definitiva che la disciplina pubblicistica debba in primo luogo salvaguardare l'esigenza di garantire l'affidabilità del contraente al fine di assicurare la corretta erogazione dei servizi di interesse pubblico, sicché la regola generale è quella dell'esclusione dalla procedura di un operatore economico che versi in uno stato di crisi aziendale.

La partecipazione alla gara pubblica dell'impresa in crisi è considerata dalla Corte un'ipotesi del tutto eccezionale, essendo l'interesse alla "continuità aziendale" e al soddisfacimento dei creditori recessivo rispetto all'interesse pubblico a selezionare un operatore economico affidabile. In particolare, la Corte Costituzionale ricorda che l'esercizio della libertà di iniziativa economica trova come limite l'utilità sociale, che va individuata nel descritto perseguimento dell'interesse pubblico al corretto e puntuale adempimento delle prestazioni contrattuali.

Il bilanciamento tra gli interessi contrapposti: un'ipotesi di soluzione

Alla luce di quanto precede si può provare a offrire qualche spunto di riflessione sul tema lasciato aperto dalla disciplina di legge, e concernente la sorte dell'impresa che abbia presentato domanda di concordato "in bianco" nel corso della procedura di gara.

A favore della impossibilità di disporre l'esclusione in tale caso depone certamente la *ratio* delle modifiche normative introdotte con lo sblocca-cantieri, chiaramente di favore per le imprese momentaneamente in difficoltà.

Inoltre, in assenza di un'espressa disposizione di legge, l'estromissione dalla gara del soggetto che durante la stessa abbia presentato domanda di concordato "in bianco" sembra introdurre una causa di esclusione non prevista dal Codice dei Contratti pubblici in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'articolo 83, comma 8, D.Lgs. 50/2016 e quello di massima partecipazione.

D'altra parte, se lo scopo delle modifiche normative più recenti è quello di salvaguardare l'azienda, e con essa i creditori della stessa, appare difficilmente comprensibile perché il solo fatto temporale del momento in cui viene depositata la domanda di concordato (prima, durante o dopo la procedura), possa determinare un trattamento così diverso.

Sotto questo profilo appare paradigmatica l'ipotesi in cui la domanda di ammissione al concordato "in bianco" venga presentata dall'impresa già aggiudicataria della gara, quindi allorquando tale domanda venga depositata al termine della procedura di selezione, ma prima della stipula del contratto.

Non pare ragionevole consentire al mero concorrente di partecipare alla procedura di gara anche se ha presentato la domanda prenotativa e negare, al contempo, all'aggiudicatario - che presenta tale domanda dopo l'aggiudicazione - di stipulare il contratto, nonostante questi vanti una posizione di interesse sostanziale certamente più qualificata rispetto a quella del mero concorrente.

A ben vedere la situazione dell'aggiudicatario sembrerebbe, al più, assimilabile a quella del contraente, visto e considerato che l'articolo 32, D.Lgs. 50/2016 considera l'aggiudicazione come provvedimento finale della gara determinando una cesura con la fase selettiva dei concorrenti.

La verifica dei requisiti di partecipazione è, infatti, una mera condizione di efficacia dell'aggiudicazione e non di validità in quanto attiene, sotto il profilo procedimentale, alla "*fase integrativa dell'efficacia*" di un provvedimento esistente ed immediatamente lesivo, e al contempo attributivo di un bene nei confronti dell'aggiudicatario (Consiglio di Stato, n. 1710/2019; TAR Sicilia – Catania n. 410/2020).

Il provvedimento di aggiudicazione – anche nelle more della verifica dei requisiti – attribuisce quindi pienamente, al primo classificato, il bene della vita, e tale bene è particolarmente importante per la sorte del concordato.

A favore, invece, dell'orientamento restrittivo viene dedotto l'interesse dell'Amministrazione a stipulare il contratto con un soggetto pienamente affidabile, condizione che non sarebbe soddisfatta da parte dell'impresa che ha presentato la domanda la quale, a differenza dell'operatore economico che partecipa alla gara dopo averla presentata, è munito della "garanzia" aggiuntiva del contratto di avvalimento: si tratta di una *ratio* simile a quella enucleata dalla sentenza della Corte Costituzionale per il caso della mandataria del raggruppamento.

Inoltre, come affermato da parte della giurisprudenza, l'impresa che ha presentato domanda di concordato "in bianco" si troverebbe in una situazione di incertezza di cui non potrebbe farsi carico la pubblica Amministrazione che non potrebbe attendere che sia risolta, pena la violazione dei principi di celerità delle procedure di gara.

Senonché tali argomenti non paiono convincenti.

In disparte il richiamato principio di tassatività delle cause di esclusione, nel caso in considerazione ci si trova in una situazione esattamente opposta a quella esaminata dalla Corte Costituzionale: in tal caso esiste un'espressa disposizione di legge, qui del tutto assente.

Anche l'argomento basato sull'incertezza e sulle tempistiche della procedura di gara appare non decisivo, come confermato dal fatto che la stessa giurisprudenza ha ritenuto possibile l'aggiudicazione della gara in favore del soggetto che, nelle more della procedura, è stato quindi ammesso al concordato con continuità o ha ricevuto autorizzazione da parte del Tribunale fallimentare.

L'esclusione dipenderebbe quindi sostanzialmente dal caso o da circostanze non dipendenti dal concorrente, quali le tempistiche della procedura concorsuale.

In ogni caso, qualora le preoccupazioni della tesi restrittiva siano ritenute meritevoli di considerazione, i contrapposti interessi potrebbero agevolmente trovare composizione sulla base di un principio di leale collaborazione tra impresa e Pubblica Amministrazione.

Qualora infatti la Pubblica Amministrazione ritenga (legittimamente o meno) che l'impresa che ha presentato domanda di concordato "in bianco" debba essere autorizzata dal Tribunale fallimentare a proseguire la gara o comunque a stipulare il contratto, e che a tal fine dia necessario un contratto di avvalimento, dovrebbe quantomeno invitare l'impresa a munirsi di tali atti, assegnandole un termine congruo sia pur compatibile con le esigenze della procedura.

Solo in tal modo si eviterebbe l'esclusione automatica che, come detto, appare ingiustamente discriminatoria, visto che il Codice consente all'operatore economico che versa nella stessa condizione sia di partecipare alla procedura che di dare esecuzione al contratto e considerato anche che il deposito della domanda di concordato "in bianco" è circostanza che non può certamente dipendere dalla situazione in cui si trova l'impresa rispetto alle procedure di gara.

Crisi e risanamento n. 40/2020

Rimborsi Iva e fallimento: le criticità per la curatela fallimentare

di Gianfranco Antico – pubblicista

L'equiparazione della dichiarazione di fallimento alla cessazione di attività dell'impresa, ai fini del riconoscimento del diritto al rimborso del credito Iva, e il diritto del curatore fallimentare al rimborso dell'imposta versata in eccedenza dall'imprenditore – che deriva dall'articolo 30, D.P.R. 633/1972 -, è stata oggetto di recenti pronunce della Corte di Cassazione. Analizziamo, quindi, il pensiero della giurisprudenza sugli aspetti più critici del particolare rapporto tra rimborsi Iva e fallimento, rilevando, altresì, la recente presa di posizione dell'Agenzia delle entrate assunta con la risposta all'interpello n. 34/2020.

Il diniego del rimborso Iva nell'ambito del fallimento

La problematica del diniego del rimborso nell'ambito del fallimento si inserisce nel complicato rapporto tra gli obblighi Iva imposti al contribuente fallito e le necessarie ricadute sulla curatela fallimentare – che deve spesso confrontarsi con un credito Iva maturato in capo al soggetto fallito -, dove le disposizioni di natura tributaria si intrecciano con quelle relative alla normativa fallimentare, spesso prive di reale coordinamento, a cui ha supplito sia la giurisprudenza sia l'Amministrazione finanziaria. Vediamo, quindi, di puntare l'attenzione – sia attraverso i casi approdati davanti alla Corte di Cassazione a più riprese, sia attraverso la posizione dell'Agenzia delle entrate che si rileva dalle stesse pronunce ovvero dai documenti di prassi – sugli aspetti di maggiore interesse.

La sentenza della Corte di Cassazione n. 22646/2019: analisi generale delle diverse problematiche

La pronuncia della Corte di Cassazione n. 22646/2019 - intervenuta a seguito dell'impugnazione da parte del fallimento del provvedimento di diniego di rimborso di un credito Iva formatosi in epoca precedente la dichiarazione di fallimento e chiesto a rimborso successivamente – ha fissato una serie di importanti principi, potendo essere considerata un vero e proprio caposaldo[1] per districarsi nelle diverse problematiche di cui quotidianamente si occupano i curatori fallimentari.

[1] Tant'è che risulta richiamata nella recente pronuncia della CTR Lombardia, n. 369/2020.

Preliminarmente, la Corte ribadisce che l'accertamento in materia di Iva:

> *"ove riguardi crediti i cui presupposti si siano verificati anteriormente alla dichiarazione di fallimento del contribuente o nel periodo d'imposta in cui detta dichiarazione è intervenuta, debba essere notificato non solo al curatore ma anche al contribuente, il quale non è privato, a seguito della dichiarazione di fallimento, della sua qualità di soggetto passivo del rapporto tributario, rimanendo esposto ai riflessi, anche sanzionatori, derivanti dalla definitività dell'atto impositivo[2]".*

Inoltre, gli Ermellini non ritengono sussistente una ipotesi di:

> *"litisconsorzio necessario tra curatore del fallimento e fallito, nel caso in cui l'Amministrazione finanziaria contesti l'esistenza di un credito del fallimento".* Infatti, *"il litisconsorzio tra curatore e imprenditore dichiarato fallito, che abilita anche il fallito a impugnare l'atto impositivo[3].... è, tuttavia, fondato sulla potenziale emersione di passività ulteriori rispetto a quelle già accertate o accertando in sede di formazione dello stato passivo; nel qual caso l'imprenditore fallito (come anche il legale rappresentante della società dichiarata fallita) ha un interesse personale e diretto a evitare che venga aggravata la propria posizione, per effetto della emersione di ulteriori passività (peraltro, come nella specie, nei confronti di creditori istituzionali)".*

Del resto – osserva la Corte:

> *"il relativo giudizio non si svolge dinanzi al Tribunale fallimentare (nell'ambito del cui concorso formale il fallito non ha titolarità al contraddittorio: Cassazione n. 7407/2013), per cui non può predicarsi l'esclusività della legittimazione del curatore, in luogo del fallito, a interloquire sulle domande dei creditori di ammissione al passivo".*

Diversamente, laddove si tratti di questioni attinenti a crediti tributari vantati dal fallito:

> *"nessun interesse vi può essere per il fallito a interloquire con l'Amministrazione finanziaria. Il credito viene, difatti, acquisito all'attivo dal curatore del fallimento il quale, per quanto disposto dall'articolo 43, L.F., ha la legittimazione esclusiva nei rapporti patrimoniali del fallito compresi nel fallimento. L'imprenditore dichiarato fallito ha, invero, interesse all'accesso agli atti del fascicolo fallimentare ex articolo 90, L.F., ma non ha una legittimazione generale a interloquire sulle modalità della liquidazione dell'attivo fallimentare, eseguita nell'interesse della massa dei creditori"[4].*

---

[2] Cassazione n. 11618/2017; n. 15748/2016; n. 9434/2014; n. 21074/2011; n. 6476/2007; n. 5671/2006; n. 4235/2006; n. 3427/2002; n. 14987/2000; n. 7561/1995.

[3] Cassazione n. 6937/2002.

[4] È, stato, del resto, affermato il principio secondo cui la legittimazione attiva alla presentazione di un'istanza di rimborso avverso una liquidazione di imposta relativa all'atto di registrazione del piano di riparto dell'attivo di una società fallita spetta, in via esclusiva, al curatore del fallimento, e non anche ai singoli creditori (Cassazione n. 12775/2001).

L'insussistenza del litisconsorzio necessario tra curatore del fallimento e fallito, nel caso in cui l'Amministrazione finanziaria contesti l'esistenza di un credito del fallimento vale anche nell'ipotesi in cui il credito sia vantato dal fallito, e:

> *"questa legittimazione esclusiva sussiste a dispetto del fatto che il curatore non possa essere equiparato, quanto ai debiti tributari, a un successore del contribuente dichiarato fallito, nulla sapendo (e nulla dovendo sapere, stante il disposto della L.F., articolo 28, comma 2) delle operazioni compiute dal contribuente e delle cause che hanno prodotto le medesime".*

Di conseguenza, la alterità del curatore del fallimento rispetto alla posizione tributaria del contribuente comporta – analogamente a quanto prevede l'articolo 43, L.F. – la traslazione esclusiva a favore del curatore del fallimento della posizione Iva attiva già facente capo al fallito, senza alcun contraddittorio con il fallito medesimo.

Per i giudici di Piazza Cavour, non sussiste nella specie una lite relativa alla emersione di un debito nei confronti dell'Erario:

> *"(relativamente alla quale diverrebbe rilevante il momento in cui l'accertamento è stato eseguito, ai fini del c.d. principio del consolidamento del criterio impositivo D.P.R. 633/1972, ex articolo 57, commi 1 o 2), ma una controversia relativa a un credito Iva del contribuente chiesto a rimborso[5]".*

Resta fermo che grava sul curatore:

> *"l'onere di allegare e provare i fatti a cui la legge ricollega il trattamento impositivo rivendicato (Cassazione n. 21197/2014 e n. 15026/2014)".*

Il contribuente non può nemmeno sottrarsi all'assolvimento dell'onere invocando:

> *"l'insussistenza dell'obbligo di conservare le scritture contabili oltre il termine di cui all'articolo 2220, cod. civ., perchè non si può confondere l'onere di conservazione della documentazione contabile con quello di prova del proprio credito (Cassazione n. 12291/2018)".*

Del resto, sul punto specifico, gli stessi Ermellini, con la sentenza n. 23013/2017, avevano già affermato che non vi è diritto al rimborso del credito Iva se il curatore fallimentare si limita a indicarlo in dichiarazione senza produrre la documentazione a supporto:

> *"In tema di contenzioso tributario, il contribuente che impugni il rigetto dell'istanza di rimborso di un tributo riveste la qualità di attore in senso sostanziale, con la duplice conseguenza che grava su di lui*

[5] Specifica la Corte che "*una volta che, nella dichiarazione annuale Iva (ancorchè non accompagnata dalla presentazione della domanda di rimborso), venga compilato il quadro relativo al credito Iva, non si applica il termine biennale di decadenza di cui al D.Lgs. 546/1992, articolo 21, comma 2, e il rimborso va chiesto nel termine prescrizionale ordinario (Cassazione n. 4559/2017; n. 20255/2015; n. 9941/2015; n. 20678/2014; n. 7684/2012; n. 20039/2011)".*

> *l'onere di allegare e provare i fatti a cui la legge ricollega il trattamento impositivo rivendicato nella domanda e che le argomentazioni con cui l'ufficio nega la sussistenza dei fatti, o la qualificazione a essi attribuita dal contribuente, costituiscono mere difese, come tali non soggette ad alcuna preclusione processuale, salva la formazione del giudicato interno."*

La sentenza della Corte di Cassazione n. 14620 del 29 maggio 2019: l'opposizione della compensazione

Il caso approdato davanti alla Corte di Cassazione e deciso con la sentenza n. 14620/2019 trae origine dall'impugnazione del provvedimento di parziale diniego del credito Iva opposto dall'Amministrazione finanziaria alla domanda presentata ai sensi dell'articolo 30, comma 2, D.P.R. 633/1972 (cessazione dell'attività di impresa) dal curatore fallimentare a seguito dell'intervenuta dichiarazione di fallimento della società, atteso che secondo l'Agenzia delle entrate, il credito Iva chiesto a rimborso poteva essere in parte compensato (ai sensi di quanto disposto dall'articolo 56, L.F.[6]) con i debiti contratti verso l'Erario[7] dalla società durante gli esercizi in cui era *in bonis*[8].

Di diverso avviso, invece, la società cessionaria di detto credito Iva la quale, nell'impugnare il diniego parziale di rimborso, aveva fatto rilevare la mancanza di reciprocità fra il debito opposto in compensazione e il suddetto credito, atteso che, mentre il credito Iva era di spettanza della massa creditoria, poiché esigibile solo a seguito della richiesta di rimborso e, pertanto, a seguito dell'intervenuto fallimento, i debiti verso l'Erario erano imputabili alla società fallita, poiché contratti in esercizi antecedenti il fallimento.

Davanti agli Ermellini, le Entrate rilevano come non fosse oggetto di contestazione il fatto che il credito Iva chiesto a rimborso, al pari dei debiti erariali opposti in compensazione, fossero sorti entrambi in epoca precedente la dichiarazione di fallimento del cedente, benchè il credito Iva fosse divenuto esigibile in epoca successiva alla dichiarazione di fallimento nel momento in cui era stata formulata l'istanza di rimborso da parte del curatore del fallimento; erronea sarebbe, pertanto, l'interpretazione

[6] Norma in forza della quale i creditori hanno diritto di compensare i crediti che essi vantano verso il fallito (ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento) con i loro debiti verso lo stesso. Per i crediti non scaduti la compensazione non ha luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto tra i vivi dopo la dichiarazione di fallimento o nell'anno anteriore. In pratica, è essenziale per la compensazione fallimentare l'anteriorità della nascita del credito.

[7] Nella pratica, la situazione tipica per il curatore sovente è quella di esaminare l'eccezione dell'Amministrazione finanziaria, che chiamata a erogare il rimborso, eccepisce la compensazione del credito vantato dalla curatela con i crediti vantati dall'Erario, rispetto alla procedura concorsuale.

[8] La CTP di Genova aveva accolto il ricorso, rilevando che i debiti opposti in compensazione dall'Agenzia delle Entrate a parziale rigetto della domanda di rimborso erano debiti facenti capo all'imprenditore dichiarato fallito; successivamente la CTR ha rigettato l'appello dell'Agenzia delle entrate, osservando che il credito Iva chiesto a rimborso è divenuto liquido dopo la richiesta di rimborso ed è, per ciò solo, sorto in epoca successiva alla dichiarazione di fallimento ed è, pertanto, di spettanza della massa dei creditori; il debito erariale è, invece, un "*debito del fallito*", sorto in epoca precedente la dichiarazione di fallimento.

secondo cui il credito sarebbe sorto successivamente alla dichiarazione di fallimento per il solo fatto di essere divenuto liquido all'atto della richiesta di rimborso da parte del curatore, posto che ciò che rileva è il momento genetico del credito.

Per la Corte, il motivo di ricorso è fondato, posto che:

> *"è stato accertato sin dalla sentenza di prime cure che il credito Iva chiesto a rimborso si è formato in epoca precedente la dichiarazione di fallimento, così come sono sorti in epoca anteriore alla sentenza dichiarativa di fallimento i debiti opposti in compensazione dall'Amministrazione finanziaria".*

Osservano i massimi giudici che la compensazione nel fallimento – articolo 56, L.F. – è ammessa anche quando il controcredito del fallito divenga liquido od esigibile dopo la data di dichiarazione di fallimento, perchè ciò che rileva è la nascita dell'obbligazione, ossia che lo stesso sia sorto in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento[9].

Né sussiste violazione del principio di neutralità dell'Iva:

> *"nella misura in cui il curatore, pur conservando la partita Iva del fallito, non potrebbe compensare il credito Iva ante fallimento con i debiti maturati in costanza di fallimento, posto che la posizione Iva maturata in epoca precedente la dichiarazione di fallimento è differente dalla posizione Iva successiva alla dichiarazione di fallimento".*

La diversità è dimostrata dal fatto che all'atto della dichiarazione di fallimento il curatore:

> *"redige due distinte dichiarazioni Iva.....[10], la prima di tali dichiarazioni, redatta sul modello Iva 74–bis e da presentarsi entro 4 mesi dalla nomina a curatore, ha ad oggetto le operazioni effettuate dall'imprenditore dichiarato fallito dal 1 gennaio sino alla data della dichiarazione di fallimento (c.d. segmento temporale prefallimentare) ed è volta a rilevare la posizione Iva dell'imprenditore dichiarato fallito alla data della sentenza dichiarativa; la seconda è, invece, l'ordinaria dichiarazione annuale, benchè limitata, per il primo anno, alle sole operazioni imponibili successive alla pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento".*

La presentazione della dichiarazione Iva:

> *"per il segmento prefallimentare compete al curatore quale soggetto legittimato in luogo dell'imprenditore dichiarato fallito a presentare tale dichiarazione, al fine di evitare che si verifichi una frattura nella continuità del rapporto Iva dell'imprenditore fallito, in sintonia con il principio espresso dal giudice delle Leggi, il quale aveva rilevato come il D.P.R. 633/1972, articolo 74–bis, non prevedesse*

[9] Cassazione n. 14418/2013; n. 18915/2010; n. 10025/2010.

[10] Già previste dall'articolo 74-*bis*, D.P.R. 633/ 1972, e oggi contemplate dall'articolo 8, comma 4, D.P.R. 322/1998.

> *alcuna distinzione tra attività gestionale dell'impresa e momento della liquidazione, anche coattiva (Corte Costituzionale, n. 115/1986)".*

Per ciascuna di queste 2 dichiarazioni il curatore assume, quindi, una veste diversa:

> *"ossia – quanto alla dichiarazione Iva prefallimentare – quella di avente causa del fallito e amministratore del patrimonio di questi, nel caso in cui rinvenga beni, azioni o (come nella specie) crediti che già facevano capo al fallito*[11]*"*, e *" - con riferimento alla dichiarazione post-fallimentare - di gestore di un patrimonio altrui (e, quindi, di terzo rispetto all'imprenditore dichiarato fallito), ove eserciti l'attività liquidatoria nell'interesse della massa dei creditori".*

La dichiarazione prefallimentare è quindi volta a:

> *"evidenziare eventuali crediti (Iva) che il curatore ha rinvenuto nel patrimonio del fallito (eventualmente da opporre in compensazione in sede di richiesta di ammissione allo stato passivo di crediti tributari); crediti che, ancorchè siano oggetto di trascinamento durante il periodo fallimentare (stante la permanenza della medesima partita Iva in costanza di fallimento), trovano causa nelle operazioni compiute precedentemente dall'imprenditore dichiarato fallito e non, quindi, nelle successive operazioni in campo Iva compiute dal curatore del fallimento quale gestore del patrimonio altrui nell'interesse della massa dei creditori".*

La mera coincidenza della medesima partita Iva (già facente capo all'imprenditore dichiarato fallito) sia per le operazioni Iva prefallimentari, sia per quelle postfallimentari, costituisce una circostanza del tutto occasionale, che non priva di autonomia giuridica le operazioni Iva prefallimentari da quelle postfallimentari:

> *"trattandosi di posizioni facenti capo a soggetti differenti (il fallito per le prime e la massa dei creditori per le seconde); tanto che la dichiarazione di fallimento è equiparata, ai fini della richiesta di rimborso del credito Iva, alla chiusura dell'attività di impresa di cui al D.P.R. 633/1972, articolo 30, comma 2, (Cassazione n. 8642/2009), nonostante la permanenza della medesima partita Iva".*

La posizione dell'Amministrazione finanziaria

Come abbiamo anticipato, la posizione dell'Amministrazione finanziaria si ricava – oltre che dalle pronunce della Corte di Cassazione – anche da alcuni puntuali interventi di prassi.

In particolare, con la risoluzione n. 181/E/1995 l'Agenzia delle entrate ha sostenuto che:

[11] Cassazione n. 13762/2017 e n. 1879/2011.

> *"verificandosi la prospettata ipotesi in cui "dall'apposita" dichiarazione risulti un'eccedenza d'imposta a credito, il curatore fallimentare, qualora effettui cessioni di beni (il cui possesso è stato trasferito all'ufficio fallimentare a seguito di dichiarazione di fallimento), ai fini del calcolo dell'imposta periodica da versare, potrà portare in detrazione tale eccedenza, ovvero, in assenza di operazioni imponibili, potrà, in sede di presentazione della dichiarazione annuale relativa allo stesso periodo d'imposta, computare l'imposta dell'eccedenza in detrazione nell'anno solare successivo* [circolare ministeriale n. 6/1974]. *Solo ai sensi e alle condizioni previste dall'articolo 30, il curatore fallimentare potrà, al pari degli altri contribuenti, richiedere il rimborso del credito Iva, se e in quanto emergente dalla dichiarazione annuale, che riassume la contabilità dell'intero periodo d'imposta (articolo 30, comma 2)".*

E ancora prima, con la circolare n. 19/E/1993 – richiamando la circolare n. 3/E/1992 – aveva evidenziato che, anteriormente alla chiusura della procedura concorsuale, il rimborso del credito Iva può essere richiesto dal curatore in sede di ultima dichiarazione, dopo aver presentato la dichiarazione di cessazione dell'attività ai sensi dell'articolo 35, D.P.R. 633/1972 e sempreché risultino ultimate tutte le operazioni rilevanti ai fini Iva.

Sempre l'Amministrazione finanziaria – risoluzione n. 181/E/1995 – ha affermato che il Legislatore:

> *"non ha voluto discriminare la fase di gestione dell'impresa dalla fase di liquidazione, ma ha previsto l'assoggettamento alle prescrizioni di dichiarazione e di registrazione di tutte le operazioni dell'impresa sino alla data dell'ultima dichiarazione annuale, in caso di cessazione dell'attività".*

Gli adempimenti Iva inerenti al periodo compreso fra l'apertura e la chiusura del fallimento: l'interpello n. 34/2020

La problematica relativa agli adempimenti Iva inerenti al periodo compreso fra l'apertura e la chiusura del fallimento è stata recentemente oggetto di esame da parte dell'Agenzia delle entrate, con la risposta a un interpello, recante il n. 34/2020, addossando sul curatore gli obblighi di dichiarazione anche nell'ipotesi di chiusura del fallimento per intervenuta definitività del decreto di omologazione del concordato fallimentare con assuntore.

Nel caso di specie, l'istante chiedeva di conoscere il soggetto legittimato a ottenere o a far ottenere il rimborso del credito Iva maturato nella procedura concorsuale, e ove tale soggetto fosse il curatore fallimentare, sapere se questi possa richiedere il rimborso del credito anche, eventualmente, a favore del terzo cessionario.

Per il contribuente, con la chiusura del fallimento e la conseguente decadenza degli organi preposti, il curatore perderebbe la legittimazione giuridica a rappresentare la società assoggettata alla procedura concorsuale e a compiere atti in nome o per conto di essa, con il trasferimento delle attività della curatela fallimento (titolarità del credito e dei diritti connessi). Di conseguenza, sarebbe legittimato l'assuntore a presentare la dichiarazione Iva 2020, periodo d'imposta 2019, con credito a rimborso ed a sottoscrivere il modello G, indifferentemente a suo favore o a favore del soggetto a cui esso ha a sua volta ceduto il credito. E posto che il fallimento si chiude con l'omologa del concordato, l'assuntore sarebbe il soggetto legittimato a presentare anche la dichiarazione di cessazione dell'attività *ex* articolo 35, D.P.R. 633/1972 e a chiedere la cancellazione dal Registro Imprese.

Per l'Agenzia delle entrate:

> *"tutti gli adempimenti Iva inerenti al periodo compreso fra l'apertura e la chiusura del fallimento sono a carico del curatore, inclusi gli obblighi di dichiarazione*[12]*. La chiusura del fallimento ex articolo 130, L.F., per intervenuta definitività del decreto di omologazione del concordato fallimentare con assuntore, non pregiudica la legittimazione del curatore fallimentare a eseguire i connessi adempimenti fiscali, finalizzati anche all'acquisizione di eventuali crediti d'imposta emergenti dalle dichiarazioni fiscali".*

E pertanto, è il curatore fallimentare il soggetto legittimato a presentare la dichiarazione Iva finale con richiesta di rimborso del credito Iva da erogare all'assuntore, nonché a notificare alla competente Direzione provinciale dell'Agenzia delle entrate l'avvenuta cessione del credito all'assuntore.

Quanto poi alla possibilità di indicare quale destinatario del credito il terzo cessionario ciò è inibito dal divieto di doppia cessione del credito tributario sancito in via generale dall'articolo 43-*bis*, D.P.R. 602/1973[13]. Nel caso di specie, il primo trasferimento del credito Iva – dal fallimento all'assuntore – si

[12] L'Amministrazione finanziaria ricostruisce il dettato normato, richiamando pure le precedenti indicazioni di prassi. L'articolo 5, comma 4, D.P.R. 322/1998, dispone che "*Nei casi di fallimento o di liquidazione coatta amministrativa, le dichiarazioni di cui al comma 1* [relative al periodo compreso tra l'inizio del periodo d'imposta e la data in cui si determinano gli effetti dello scioglimento della società ai sensi degli articoli 2484 e 2485, cod. civ., NdA] *sono presentate, anche se si tratta di imprese individuali, dal curatore o dal commissario liquidatore*". In linea con tale previsione, l'articolo 74-*bis*, comma 2, D.P.R. 633/1972 prevede che "*Per le operazioni effettuate successivamente all'apertura del fallimento o all'inizio della liquidazione coatta amministrativa gli adempimenti previsti dal presente decreto, anche se è stato disposto l'esercizio provvisorio, devono essere eseguiti dal curatore o dal commissario liquidatore*." Sul punto, viene richiamata la circolare n. 26/E/2002, secondo cui "*la chiusura della procedura fallimentare integra una fattispecie di cessazione dell'attività, ai sensi dell'articolo 35, comma 4, D.P.R. 633/1972, anche nel caso di ritorno in bonis del soggetto fallito. Il curatore sarà tenuto a presentare la dichiarazione di cessazione dell'attività entro trenta giorni dalla data di ultimazione delle operazioni relative alla liquidazione dell'impresa, e sarà tenuto all'adempimento di tutti gli altri obblighi connessi all'applicazione del tributo, compresa la presentazione della dichiarazione annuale, negli ordinari termini di legge*".

[13] L'articolo 43-*bis*, D.P.R. 602/1973, nel disciplinare la cessione dei crediti tributari, prevede che "*Le disposizioni degli articoli 69 e 70, R.D. 2440/1923, si applicano anche alle cessioni dei crediti chiesti a rimborso nella dichiarazione dei redditi. Il cessionario non può cedere il credito oggetto della cessione. (...).*". Sul punto, l'Agenzia delle entrate richiama la risoluzione n. 117/E/2014, secondo cui «*tale norma e il relativo regolamento di attuazione, approvato con decreto ministeriale del 30 settembre 1997, n. 384, prevedono una speciale disciplina della cessione del credito Pagina 4 di 6 d'imposta rispetto a quella generale delineata dalla norma civilistica, individuando l'oggetto, le forme e le modalità di notifica dell'atto di cessione. In particolare, la normativa sopra citata limita la cedibilità del credito d'imposta ai "crediti chiesti a rimborso nella dichiarazione dei redditi."*». E l'articolo 43-*bis*, D.P.R. 602/1973 si applica anche ai crediti Iva (cfr. risoluzione n. 39/E/2017 e la risposta a consulenza giuridica n. 1/2019). La stessa Corte di Cassazione ha chiarito che la norma "*vieta al cessionario di cedere il credito oggetto della cessione, e, come tale, costituisce eccezione al principio della libera cedibilità dei crediti. Lo scopo del divieto è di evitare una eccessiva circolazione dei crediti tributari, che indurrebbe incertezza sul creditore del Fisco*" (Cassazione n. 12552/2016).

perfeziona in base al concordato fallimentare per assunzione, fattispecie in cui la posizione dell'assuntore è identica a quella del fallito. Il primo, infatti, succede al secondo a titolo particolare laddove, col suo subingresso nelle singole posizioni debitorie, è prevista la contemporanea liberazione del debitore originario[14].

Pertanto, nel concordato fallimentare con cessione pro soluto delle obbligazioni concorsuali:

> *"l'assuntore assume, rispetto al fallito, la posizione di soggetto terzo che subentra, a titolo particolare, nelle singole posizioni debitorie e acquista, nel contempo, i beni e le attività già facenti capo al soggetto sottoposto alla procedura concorsuale. Il concordato determina, quindi, la nascita di un nuovo rapporto obbligatorio per mutamento del soggetto obbligato"*[15].

Nel caso di specie, osservano i tecnici dell'Agenzia delle entrate:

> *"ciò significa che il primo trasferimento del credito Iva in sede di concordato per assunzione - dal fallimento all'assuntore - si è perfezionato a titolo particolare con la nascita, in capo a quest'ultimo, di un nuovo rapporto obbligatorio. Ne discende che il prospettato secondo trasferimento del credito Iva - dall'assuntore (cedente) alla ....(cessionaria) -, invece, in quanto scollegato da "negozi aventi scopi diversi dalla cessione", persegue esclusivamente la cessione del credito oggetto della prima cessione ed è, pertanto, inibito dal divieto di doppia cessione del credito tributario sancito in via generale dal citato articolo 43-bis, D.P.R. 602/1973".*

Considerazioni conclusive

La cessione pro-soluto dei crediti erariali è quasi sempre riconducibile ai crediti Iva, maturati in corso di procedura, piuttosto che a quelli maturati antecedentemente al fallimento, come emerge dall'attività delle società finanziarie che procedono ad una vera e propria *due diligence*, le quali naturalmente prestano particolare attenzione alla genesi del credito e alle problematiche che possono intervenire, pur se è acclarato che tutti gli adempimenti Iva inerenti al periodo compreso fra l'apertura e la chiusura del fallimento sono a carico del curatore, inclusi – come abbiamo visto - gli obblighi di dichiarazione, anche quando il fallimento si chiude per intervenuta definitività del decreto di omologazione del concordato fallimentare con assuntore.

L'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato è quello di ritenere ammissibile la compensazione del credito Iva chiesto a rimborso dal curatore, a seguito del fallimento di una società con i debiti

[14] Cfr. Cassazione, n. 24263/2010; n. 18382/2003; n. 6231/1998; n. 4535/1984; n. 2227/1981). In senso conforme giurisprudenza successiva, secondo cui va escluso "*l'intervento nel giudizio di legittimità del terzo successore a titolo particolare, qual è l'assuntore del concordato fallimentare*" (Cassazione n. 9392/2015).

[15] Cfr. Cassazione, n. 2227/1981.

contratti verso l'Erario dalla società medesima in periodi d'imposta antecedenti il fallimento. In altri termini, il creditore-debitore *in bonis* con l'eccezione di compensazione si limita a richiedere l'effetto estintivo del rapporto. Sul punto, la stessa Corte di Cassazione, con la sentenza n. 273/2004 aveva già affermato che il credito Iva derivante dalla dichiarazione presentata dal curatore, per il periodo di imposta infrannuale che precede la data di dichiarazione di fallimento, può essere richiesto a rimborso, costituendo la dichiarazione di fallimento un taglio alla vita dell'impresa, assimilabile alla cessazione dell'attività dell'impresa.

Resta fermo – Cassazione, sentenza n. 3096/2019 – che la compensazione illegittima del credito Iva pre-fallimentare con il debito maturato dal fallimento può essere opposta dal Fisco in sede di richiesta di rimborso del credito da parte del contribuente, anche una volta scaduti i termini di decadenza dell'azione di accertamento. Infatti, in tema di rimborso d'imposte, l'Amministrazione finanziaria può contestare il credito esposto dal contribuente nella dichiarazione anche qualora siano scaduti i termini per l'esercizio del suo potere di accertamento, posto che tali termini decadenziali operano limitatamente al riscontro dei suoi crediti e non dei suoi debiti.

Crisi e risanamento n. 40/2020

La rielaborazione dei piani concordatari alla luce della pandemia

di Alessandro Solidoro –dottore commercialista e revisore legale

I diversi impatti della pandemia sulla gestione delle procedure concorsuali – la vittima illustre dell'emergenza: il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza – la normative "ordinaria" in materia di rielaborazione dei piani concordatari, l'articolo 161, comma 3, L.F. e l'articolo 172, comma 2 L.F. – i rimedi in prevenzione elaborati dalla best practice professionale – l'impatto del Covid-19 sui termini concordatari regolati dall'articolo 9, D.L. 23/2020 convertito in L. 42/2020– focus su concordato in bianco, la variegata giurisprudenza di merito – conclusione sull'adeguatezza del Legislatore dell' emergenza e sul coinvolgimento dei diversi stakeholders nel percorso di salvaguardia delle procedure meritevoli di prosecuzione.

Premessa

L'emergenza legata al Covid-19 non poteva non investire anche il mondo delle procedure concorsuali.

I profili di analisi possibili sono davvero molti, tra questi:

– la modalità di funzionamento dei Tribunali;

– le differenti tipologie di sospensione nei termini propri delle singole procedure;

– la concreta compatibilità delle regole tecniche economico – aziendali tipiche della redazione dei piani e delle relative attestazioni, rispetto alle mutate condizioni di totale incertezza sugli scenari prospettici macroeconomici, di mercato, di settore, di posizionamento nel mercato;

– perfino, in definitiva, la stessa adeguatezza degli strumenti esistenti a fronteggiare una crisi di dimensioni non ancora censibili, ma di caratteristiche mai riscontrate dal secondo dopo guerra a oggi.

Detta adeguatezza va misurata non solo rispetto alla profondità della crisi ma anche, sotto il profilo organizzativo, rispetto alla concreta capacità dei Tribunali di assorbire il presumibile picco di procedure atteso, e infine rispetto alla rigidità dei principi di redazione dei piani e di quelli di *assurance* sulla fattibilità dei medesimi, tali da rendere sostanzialmente non attestabili quelli funzionali non solo alle procedure in continuità, ma finanche quelli liquidatori, stante le incertezze in ordine all'esistenza di offerte per l'acquisto dei beni e alla determinazione dei relativi valori dopo un blocco assoluto della domanda in molti settori merceologici.

La prima e più importante vittima nel mondo concorsuale dovuta all'emergenza Covid-19 è stato proprio il nuovo Codice della crisi d'Impresa e dell'insolvenza (Codice) regolato dal D.Lgs. 14/2019.

Detto Codice, già oggetto di un "correttivo" approvato dal Governo in sede preliminare sarebbe dovuto entrare in vigore (per la parte preponderante della normativa) il 15 agosto 2020.

L'intervento dell'articolo 23, D.L. 23/2020 (Decreto Liquidità) oggetto di conversione con L. 40/2020 ha differito l'efficacia del Codice al 1° settembre 2021, data ritenuta congrua per esaurire gli effetti straordinari dell'emergenza.

Diverse sono le motivazioni sottostanti tale scelta:

– la situazione emergenziale, con una conseguente rivisitazione delle finalità, ha indotto la volontà di non aggravare le difficoltà del periodo con quelle che sarebbero sopravvenute per effetto della necessità di elaborare nuove prassi interpretative. Ciò ha fatto ritenere che il *set* tradizionale di strumenti per affrontare l'insolvenza, relativamente ben noto e ormai stabile, potesse consentire una operatività più semplice e immediata per tutti i protagonisti dei processi di gestione della crisi (giudici, cancellerie, professionisti, *advisors*, legali, attestatori e anche creditori);

– la rilevanza attribuita nel Codice alle procedure di allerta e in particolare i meccanismi di "*early warning*" destinati a intercettare la crisi nella sua fase prodromica avrebbero rappresentato nel nuovo contesto macro - economico una rete a maglie troppo fitte, destinata a intercettare anche imprese la cui crisi è da iscriversi unicamente alle conseguenze del Coronavirus e che, presumibilmente, potrebbero ristabilire condizioni di economicità nella gestione in piena autonomia, senza il ricorso all'attività degli Organismi di composizione della crisi;

– non si è inteso smentire la finalità del Codice, che è salvaguardare il più possibile la continuità aziendale, diretta o indiretta e lasciare la procedura di liquidazione giudiziale (già fallimento) come *extrema ratio* per le insolvenze irreversibili;

– il Codice applicato nel nuovo contesto emergenziale avrebbe ottenuto il risultato opposto, essere il Codice del "fallimento" invece che della "crisi";

– consentire la perfetta coerenza delle disposizioni del Codice con quelle della emananda Direttiva europea sull'insolvenza (Direttiva UE 1023/2019).

All'interno di questa vasta gamma di temi, l'attenzione di questo articolo si focalizza sullo specifico argomento della rielaborazione dei piani concordatari alla luce della pandemia.

La normativa ordinaria in materia di rielaborazione dei piani concordatari

Il "piano" rappresenta il primo e fondamentale tassello alla base di tutti gli strumenti di risanamento e ristrutturazione del debito previsti dal Legislatore (piani di risanamento *ex* articolo 67, L.F., accordi di ristrutturazione *ex* articolo 182-*bis*, L.F., concordati preventivi *ex* articolo 160, L.F. accordi di cui all'articolo 182-*septies*, L.F.).

I piani analizzano la crisi e le sue cause, individuano le scelte idonee a rimuoverle, proiettano nel tempo i risultati economici, e sulla base di flussi generati dalla gestione economica, delle dinamiche del capitale circolante, della gestione degli investimenti e di quelle finanziarie, pervengono, in funzione della esposizione debitoria, al risanamento delle stesse e al riequilibrio finanziario all'interno delle forme e dei vincoli propri di ciascun istituto giuridico.

Caratteristica specifica del piano del concordato preventivo è il controllo esercitato da parte degli organi delle procedure.

In termini operativi ciò si riflette in una particolare attenzione alle scadenze ravvicinate nel breve periodo delle situazioni economiche, finanziarie e patrimoniali attese.

Questo per consentire agli organi della procedura di verificare puntualmente l'andamento di breve periodo, (che sarà nell'immediato pregiudizievole delle ragioni dei creditori per effetto della maturazione inerziale delle perdite non ancora influenzata dagli effetti delle azioni di risanamento previste a piano) controllando come il percorso volto al contenimento dei risultati economici negativi e al loro riassorbimento trovi progressiva, continua, realizzazione.

Il risultato del piano concordatario, sia esso in continuità o liquidatorio, è quello di pervenire a stimare le risorse finanziarie necessarie allo sdebitamento e la modalità di generazione delle stesse.

L'obiettivo è quello di trasformare grandezze economiche e patrimoniali in grandezze finanziarie, cioè in flussi di cassa liberi al servizio del debito, tenuto conto della dimensione quantitativa di quest'ultimo e della sua struttura qualitativa (ovverosia in funzione della sua natura prededucibile, privilegiata e chirografaria).

Il raffronto tra i flussi del piano e il debito genera, in ambito concordatario, il concreto contenuto della proposta ai creditori.

In considerazione della circostanza che la dinamica delle grandezze economiche future è oggettivamente soggetta all'alea di ogni previsione, al fine di non rendere necessaria la riformulazione continua dei piani per tenere conto delle mutate condizioni sottostanti gli stessi, i piani e le correlate attestazioni hanno sviluppato tecnicalità idonee ad "assorbire" eventuali scostamenti senza necessariamente costringere a riformulare le proposte concordatarie conseguenti.

La prudenza nella stima delle risorse attraverso l'adozione di ipotesi conservative, il mantenimento di un "*buffer*" di cassa, la previsione di tempi di realizzo degli eventuali *assets* liquidabili più che congrui, una prudenziale valutazione in ordine alla natura chirografaria o privilegiata dei crediti, una accorta valutazione dei fondi rischi sia in relazione alle circostanze note che possono alterare l'entità del debito da soddisfare, sia in relazione a quelle non note (che peraltro nella prassi regolarmente si verificano) sono alcune tra le risposte tecniche atte a fronteggiare gli scostamenti della realtà rispetto alle previsioni e alle stime e quindi a fronteggiare scostamenti nei piani al fine di rendere non necessarie modificazioni nelle proposte ai creditori.

Tale attività di analisi del rischio di piano trova il suo attore principale, nonché responsabile, nell'attestatore chiamato, *inter alia*, ad esprimersi positivamente in ordine alla fattibilità del piano intesa come "*possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati*"[1].

Valutare attentamente il rischio intrinseco nel piano (certamente maggiore nei concordati in continuità che in quelli liquidatori) e adottare le necessarie conseguenti cautele, ovvero gli strumenti di mitigazione che possono essere azionati per impattare eventuali scostamenti negativi di piano, è attività tipica dell'attestatore per rappresentare al ceto creditorio l'alta probabilità di realizzazione di quanto previsto, consentendo allo stesso di acquisire una informazione adeguata al fine della espressione del voto.

In questo contesto di riferimento, chiarita la relazione tra piano e proposta e le modalità di affrontare il rischio inerente all'uno e quindi all'altra, si tratta di valutare le possibilità di modificare il piano concordatario una volta depositata la proposta.

La fattispecie è espressamente prevista dall'articolo 161, comma 3, L.F. che prevede che l'attestazione dell'esperto che attesta la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano deve essere presentata anche nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano.

La norma va usata in correlazione con l'articolo 172, L.F. che al comma 2 prevede la possibilità di modificare la proposta fino a 15 giorni prima dell'adunanza dei creditori.

È, quindi, evidente come il piano possa essere modificato dopo il deposito della proposta, ma prima dell'ammissione di cui all'articolo 163, L.F., ovvero anche dopo l'ammissione, ma fino a 15 giorni prima della adunanza dei creditori.

In linea di massima non si può escludere che le modificazioni di piano siano più di una, anche se è logico trarne ricadute negative in termini di apprezzamento circa la serietà della elaborazione del piano stesso e della conseguente attestazione.

[1] Corte di Cassazione, SS.UU. n. 1521/2013.

Occorre precisare che la Suprema Corte, con sentenza n. 10826/2017 ha sottolineato, nella vigenza dell'articolo 175, comma 2, L.F. che il limite temporale di modifica della proposta è rigoroso e senza distinzione alcuna tra modificazioni migliorative o peggiorative.

Caso poi particolare è quello trattato dal Tribunale di Vicenza, con decreto 30 aprile 2019, che afferma come il debitore concordatario che voglia impedire la presentazione di una proposta concorrente ai sensi dell'articolo 163, comma 4, L.F. deve presentare la sua proposta dall'inizio, non potendo elevare la percentuale originariamente inferiore al 30% in un momento successivo e solo in funzione di eventuali proposte concorrenti che siano state presentate o siano in procinto di esserlo:

> *"insomma: le condizioni di partenza del gioco non possono cambiarsi in corso d'opera a scapito dei creditori, che pure hanno il diritto di votare su proposte concorrenti migliorative".*

L'impatto del Covid-19 sui termini concordatari

L'articolo 9, D.L. 23/2020 (c.d. Decreto Liquidità) oggetto di conversione con L. 40/2020, prevede alcuni interventi straordinari rispetto al chiaro impianto normativo rappresentato nel paragrafo che precede.

Lo scopo espressamente perseguito dal Legislatore della emergenza è impedire, o cercare di impedire, che le soluzioni alternative al fallimento vengono travolte dalla impossibilità di mantenere i termini originali, non consentendo così il risanamento che avrebbe permesso la salvaguardia dei complessi aziendali.

In primo luogo, i termini di adempimento dei concordati preventivi, degli accordi di ristrutturazione, degli accordi di composizione della crisi e dei piani del consumatore omologati aventi scadenza in data successiva al 23 febbraio 2020 sono prorogati di 6 mesi.

Ciò ha rilievo rispetto ai principi di risoluzione del concordato sanciti dall'articolo 186, L.F., quindi il ricorso per risoluzione, in caso di inadempimento non di scarsa importanza, potrà essere proposto dal creditore decorsi 18 mesi (in luogo di 12) dall'ultimo adempimento previsto dal piano omologato.

Il secondo intervento ha riguardato i procedimenti di omologazione dei concordati e degli accordi di ristrutturazione pendenti alla data del 23 febbraio 2020. Per questi, il debitore può presentare istanza di proroga al Tribunale sino all'udienza fissata per l'omologazione con la richiesta di massimo ulteriori 90 giorni per la presentazione di un nuovo piano o di una nuova proposta.

Tale proroga decorre dalla data del decreto di concessione e non è richiedibile una seconda volta.

L'istanza non è ammissibile – e forse è stato pleonastico affermarlo - nell'ipotesi si sia già tenuta l'adunanza dei creditori, ma non si siano raggiunte le maggioranze di legge *ex* articolo 177, L.F..

Diverso è il terzo caso, ovvero quando si intendono modificare solo i termini originariamente previsti per l'adempimento delle obbligazioni concordatarie (o dell'accordo di ristrutturazione).

Fino all'udienza di omologazione può essere depositata apposita memoria, che comprovi i motivi della richiesta e conseguentemente faccia istanza per l'assegnazione di nuovi termini non superiori a 6 mesi rispetto alle scadenze originarie.

È chiaro che questa norma consente una modificazione unilaterale dei termini da parte del debitore.

Il Tribunale deve acquisire il parere del Commissario Giudiziale e verificare la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 180, L.F., procedendo quindi all'omologazione, dando espressamente atto delle nuove scadenze.

Discorso a parte meritano i c.d. "*concordati in bianco*".

Il debitore che ha ottenuto la concessione del termine di cui all'articolo 161, comma 6, L.F. che sia già stato prorogato dal Tribunale può, prima della scadenza, presentare istanza per la concessione di ulteriore proroga sino a 90 giorni, anche nei casi in cui è stato presentato ricorso per la dichiarazione di fallimento. L'istanza deve indicare gli elementi che rendono necessaria la proroga con specifico riferimento ai fatti sopravvenuti per effetto dell'emergenza epidemiologica Covid-19. Il Tribunale, acquisito il parere del Commissario Giudiziale se nominato, concede la proroga quando ritiene che l'istanza si basa su concreti e giustificati motivi. Si applicano poi i commi 7 e 8, articolo 161, L.F.. Ove ci si trovi nella diversa fattispecie di pendenza di un concordato in bianco per il quale non si sia ottenuta la proroga, ci si interroga se sia invocabile la sospensione applicabile al decorso dei termini per il compimento di ogni atto processuale. Infatti, l'articolo 36 del "Decreto Liquidità" ha prorogato il termine del 15 aprile 2020 previsto dall'articolo 83, comma 1 e 2, D.L. 18/2020 (convertito con modifiche con L. 27/2020) fino all'11 maggio 2020. Il dibattito oscilla tra opposti orientamenti dei Tribunali di merito. Alcuni ritengono i termini di cui all'articolo 161, comma 6, L.F. come termini sostanziali e non processuali, escludendo conseguentemente la sospensione *ex* articolo 83, D.L. 18/2020[2]. Invece altri

[2] Tribunale di Bolzano, ufficio Fallimenti, Aggiornamento circolare, 9 aprile 2020: "*Premesso che i termini di cui all'articolo 161, comma 6, L.F. sono da sempre considerati da questo Tribunale – in conformità all'orientamento ormai maggioritario e consolidato in giurisprudenza – termini di natura sostanziale e non processuale, e come tali non soggetti alla sospensione feriale e ora a quella dettata dall'emergenza Covid-19, si chiarisce che con la precedente circolare si era concessa provvisoriamente e in via eccezionale la sospensione dei termini in assenza di previsioni specifiche che tenessero conto della grave situazione di emergenza a tutela delle imprese in stato di difficoltà. Ora invece, alla luce della nuova previsione contenuta nell'art. 9 co. 4 D.L. 8 aprile 2020, n. 23, il debitore una volta ottenuto il termine, nonché la proroga dello stesso ex articolo 161, comma 6, L.F., ha la facoltà di chiedere una ulteriore proroga sino a 90 giorni. La predetta disposizione, confermando in tal modo la natura sostanziale dei detti termini, precisa che gli stessi già concessi e prorogati ai sensi dell'articolo 161, comma 6, L.F. continuano a decorrere anche nel periodo di sospensione straordinaria (9 marzo – 30 giugno 2020), con la facoltà di chiedere una proroga aggiuntiva, eccezionale e motivata fino a 90 giorni*" www.tribunaledibolzano.it/it/news.

Tribunali ritengono si tratti di termini di natura processuale e quindi investiti dalla previsione di cui al citato articolo 23, D.L. 23/2020[3].

In ordine al coordinamento della sospensione dei termini processuali qui in commento con quelle ulteriormente previste dalla normativa ordinaria ed emergenziale soccorre con chiarezza la "*circolare per il periodo 16 aprile 2020 – 11 maggio 2020 e per c.d. fase B sino al 30 giugno 2020 a seguito emergenza da Coronavirus*" emanata dalla Sezione Fallimentare del Tribunale di Milano in data 15 aprile 2020[4] che recita:

> *"I commissari potranno chiarire, in caso di dubbi sui termini di deposito della proposta che tutti i termini slittano avanti dopo il giorno 11 maggio 2020, salvo ulteriore proroga legislativa. Se si tratta di concordati nuovi, cioè che hanno depositato dopo il 9 marzo 2020, tutto il termine assegnato dal Collegio inizia a decorrere il 12 maggio 2020. Se si tratta di concordati che avevano avuto l'assegnazione del termine prima del 9 marzo 2020, per cui una parte dello stesso era decorso prima che venisse pubblicata ed entrasse in vigore ai sensi del Decreto 11/2020 la sospensione dei termini, dopo la cessione della stessa decorrerà la parte di termine ancora non trascorso (tutto ciò è completamente avulso da eventuali altre proroghe che le parti, in virtù di altre disposizioni di legge intendessero o potessero richiedere)."*

Sempre nell'ambito delle domande c.d. prenotative, è stata poi introdotta la facoltà per il debitore che, entro la data del 31 dicembre 2021, ha ottenuto la concessione dei termini previsti all'articolo 161, comma 6 (o all'articolo 182-*bis*, comma 7, L.F.) di depositare un atto di rinuncia alla procedura, dichiarando di avere predisposto un piano di risanamento ai sensi dell'articolo 67, comma 3, lettera d), L.F.. Occorre che il piano attestato sia pubblicato nel Registro Imprese corredato dal deposito della documentazione relativa. Si ritiene che tale norma non stravolga in maniera sostanziale l'*iter* procedurale, atteso che – nonostante non fosse espressamente disciplinata - tale facoltà era già insita nella prassi operativa. Tuttavia, va precisato che il vero elemento di discontinuità rispetto al passato va individuato negli effetti della domanda prenotativa, che attribuisce ora all'imprenditore che intende rinunciarvi per avere concluso un piano attestato *ex* articolo 67, L.F. di rendere pubblico necessariamente il piano.

In ultimo si segnala il novellato comma 5-*ter* che prevede che il termine massimo concesso al debitore di 60 giorni (prorogabili di non oltre 60 giorni) in pendenza di istanza di fallimento non trovi

[3] *Ex pluribus* Tribunale di Novara, decreto 14 del 10 marzo 2020 e successivi 17 del 19 marzo 2020, 21 del 14 aprile 2020, www.tribunaledinovara.it/news.

[4] In attesa di pubblicazione sul sito del Tribunale.

applicazione ai ricorsi presentati ai sensi dell'articolo 161, comma 6, L.F. depositati entro il 31 dicembre 2020. Occorrerebbe chiarire se la presente disposizione trovi applicazione anche alla procedura pendenti alla data di conversione del Decreto Legge (*i.e.* 6 giugno 2020).

Conclusioni

Come si è visto, la rielaborazione dei piani concordatari è prassi con la quale ci si è confrontati frequentemente anche anteriormente all'emergenza pandemica.

Il faro che ha indirizzato il Legislatore e la giurisprudenza è stato quello di consentire comunque ai creditori di essere tempestivamente informati in ordine alle modifiche dei piani e delle proposte concordatarie e di evitare che il consenso dei creditori venisse a formarsi rispetto a una proposta non più attuale.

Da qui l'esigenza normativa di presentare eventuali modifiche di piano e proposta entro un congruo termine rispetto alla adunanza dei creditori.

Si è anche visto come la migliore prassi abbia cercato di rendere il numero dei casi in cui si rende necessario effettuare delle modifiche il più limitato possibile. Ciò attraverso la redazione di piani caratterizzati da un adeguato livello di prudenzialità tale da assorbire eventuali *shock* nella fase dell'esecuzione, così da non riflettersi su tempi e percentuali di soddisfacimento dei creditori.

Gli attestatori hanno concorso a tale processo attraverso l'elaborazione di adeguate "*sensitivity analysis*" per verificare *ex ante* la tenuta dei piani di fronte al non completo realizzarsi delle ipotesi sottostanti.

Tuttavia, appare evidente come tutto il *set* normativo e delle migliori pratiche appaia completamente inadeguato di fronte all'emergenza Coronavirus, ai suoi impatti – ancora in larga misura non misurati, né misurabili – e alla durata degli stessi.

Qual è stata la risposta del Legislatore della emergenza limitatamente alle procedure di concordato?

La risposta è stata: dare tempo.

Dare tempo per l'esecuzione degli stessi (6 mesi, si è sopra visto) per la riformulazione delle proposte, per formulazione *ex novo* delle proposte.

La domanda successiva risulta dunque essere se concedere ulteriori tempi - che oscillano dalla sospensione generale dell'attività processuale dal 23 febbraio 2020 all'11 maggio 2020, al maggior termine di 90 giorni consentito per il deposito della proposta dopo il deposito di un concordato preventivo e l'ottenimento del relativo termine e successive proroghe, al termine di 90 giorni per riformulare il piano dei concordati in fase di omologa, ai 6 mesi di proroga degli adempimenti per i

concordati e accordi di ristrutturazione omologati scadenti dopo il 23 febbraio 2020 – è una misura idonea allo scopo di salvaguardare le procedure meritevoli di prosecuzione, o meno.

La domanda va suddivisa in relazione alle procedure di cui ci occupiamo.

Da un lato le procedure concordatarie già in fase *post* omologa, di esecuzione potranno beneficiare di un differimento dei termini di adempimento di 6 mesi.

Alla luce delle fosche previsioni economiche attualmente predominanti[5], l'assunto sottostante l'intervento legislativo, appare già essere superato, giustificando ampiamente le Cassandre che ipotizzano già a partire dal prossimo mese di settembre un netto incremento delle situazioni di insolvenza irreversibile.

Tutte le procedure concordatarie in fase *ante* omologa invece possono, a diverso titolo, beneficiare di proroghe dei termini per la presentazione dei piani e delle proposte, ma è opinione di chi scrive che detti maggiori termini non incidano sulla più evidente criticità dei piani, siano essi liquidatori o in continuità.

I piani presuppongono l'elaborazione di previsioni di valori e tempi delle future cessioni di beni, ovvero di ricavi e costi di gestione in un orizzonte temporale di breve – medio periodo per i concordati in continuità. Oggi l'unica previsione concretamente formulabile è una contrazione drammatica dei ricavi, un tentativo di contenimento dei costi variabili e semi variabili, certamente non equivalente alla riduzione dei ricavi, un rallentamento, ove non un blocco, nella dinamica del capitale circolante, in attesa di interventi di sostegno, dove previsti, in termini di finanziamenti garantiti o di contributi, ancora più settorializzati, a fondo perduto. Se a questo si somma che la durata del periodo di incertezza non è uguale a livello mondiale, perché diversi sono i tempi di contagio e quindi i momenti di chiusura e di riapertura dell'attività economica, ben si comprende come la redazione di un piano, anche "semplicemente" liquidatorio e soprattutto la sua attestazione divengono esercizi professionali particolarmente complessi, se non impossibili.

Questa situazione è sotto gli occhi di tutti e, se si vuole continuare a cercare una soluzione per il mantenimento sul mercato di aziende valide seppur all'interno di "scatole" imprenditoriali non più sostenibili occorre che ciascuno degli *stakeholders* faccia la propria parte:

– il Legislatore operi una scelta più coraggiosa, non solo di tipo dilatorio, ma con interventi più sostanziali, non escludendo l'introduzione temporanea di nuovi strumenti c.d. "*soft touch*" con minore controllo giudiziale e più responsabilizzazione degli organi gestori e di controllo;

[5] EU Spring Economic Forecast: PIL Italia 2020 – 9,5%, PIL Italia 2021 +6,5%

– i debitori, ai quali si chiede ancora maggiore tempestività nell'elaborare strumenti di controllo e previsione della gestione e una immediata capacità di risposta decisionale;

– i creditori, da cui ci si attende un atteggiamento pienamente consapevole rispetto alla concreta utilità dell'esercizio di azioni esecutive individuali o collettive;

– i Tribunali, chiamati a una attenzione ancora più marcata alla continuità aziendale come concreto strumento per un miglior soddisfacimento anche fortemente falcidiato dei creditori;

– i redattori di *best practice* professionali, da cui si aspettano norme di comportamento in merito alla "fattibilità" dei piani più probabilistiche e meno assolute;

– da ultimo, ma primi sul campo, i professionisti che redigono e attestano piani dovranno sviluppare una attenzione ancora più marcata alla analisi per scenari, uno scetticismo professionale sistematico, una formulazione di analisi di sensitività che individuino soglie minimali di soddisfacimento ed esigano adeguati interventi di garanzia, dove la solidità delle stime non risultasse adeguata.

Crisi e risanamento n. 40/2020

La coesistenza del rapporto di lavoro dirigenziale e di amministratore nella liquidazione giudiziale

di Teo Quarzo – avvocato – Associazione Concorsualisti Milanesi

Non è affatto inconsueto, nella pratica, il cumulo della qualifica dirigenziale e dell'incarico di consigliere di amministrazione della società. In linea teorica le funzioni dirigenziali, svolte nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato, quale è quello del dirigente, attengono all'esercizio dell'impresa, mentre quelle svolte nell'ambito dell'incarico consiliare restano confinate nell'alveo societario.
Tuttavia, il crinale non è facilmente individuabile. Se tra le parti (il dirigente e la società) non sussistono soverchi problemi nello strutturare il complessivo rapporto tra loro intercorrente con riferimento ai reciproci obblighi e responsabilità derivanti dal duplice rapporto (prestazione e retribuzione/compenso), non poche questioni invece emergono laddove la compresenza del ruolo dirigenziale e di amministratore venissero esaminati in ottica esocontrattuale, ossia da parte di soggetti terzi (ad esempio gli enti previdenziali o l'Agenzia delle entrate) a cui le stesse parti intenderebbero opporre gli effetti (nell'esempio previdenziali o fiscali) di ciascun rapporto. La dichiarazione di liquidazione giudiziale apre un ventaglio di tematiche di non lieve momento che è necessario esaminare per le conseguenze che ne potrebbero derivare.

I crediti derivanti dal rapporto di lavoro dirigenziale nella liquidazione giudiziale

Negli ultimi anni si è assistito a non poche situazioni in cui le società, dopo qualche esercizio in perdita, smettano di ricevere finanziamenti da parte dei soci e finiscano in stato di decozione.

Con l'apertura della liquidazione giudiziale il dirigente/amministratore può trovarsi a vantare crediti per istituti tipici del rapporto di lavoro subordinato (retribuzioni, ferie, preavviso, Tfr etc.) in eventuale aggiunta al compenso di amministratore che è normalmente di poco conto rispetto all'ammontare complessivo della retribuzione, se non interamente assorbito da quest'ultima, per i quali chiede di essere ammesso al passivo della procedura.

La domanda che ci si pone riguarda principalmente l'ammissibilità alla procedura di tali crediti ed è in tale situazione che si manifestano le questioni inerenti alla compatibilità del duplice rapporto.

Infatti, laddove fosse contestato e risultasse insussistente il requisito della subordinazione non troverebbe ingresso al passivo nessun credito relativo a istituti contrattuali tipici del lavoro subordinato, con conseguente esclusione di ogni credito del dirigente/amministratore per tali titoli.

La terzietà del liquidatore giudiziale

Le Sezioni unite civili di Cassazione, con la sentenza n. 4213/2013, si sono pronunciate con riferimento alla questione relativa alla qualificazione – come parte o terzo - della posizione del curatore fallimentare.

I giudici del massimo Collegio di legittimità, in particolare, hanno sottolineato come, per orientamento giurisprudenziale ormai costante, occorre ritenere che, ai fini della delibazione della domanda di ammissione al passivo del fallimento proposta dal creditore, il curatore è da considerare terzo rispetto agli atti compiuti dal fallito.

È infatti incontestabile – continua la Corte – che il curatore, il quale non è successore del fallito, non ha preso parte al rapporto giuridico posto a base della pretesa creditoria fatta valere in sede di ammissione ed è dunque da considerare terzo rispetto a esso.

La conseguenza è che la volontà delle parti (società liquidata giudizialmente e dirigente) non è opponibile alla procedura (così come agli enti previdenziali o all'Agenzia delle entrate).

La posizione della giurisprudenza

Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte le qualità di amministratore e di lavoratore subordinato di una stessa società di capitali sono cumulabili, a condizione che si accerti l'attribuzione di mansioni diverse da quelle proprie della carica sociale ed è altresì necessario che colui che intenda far valere il rapporto di lavoro subordinato fornisca la prova del vincolo di subordinazione e cioè dell'assoggettamento, nonostante la carica sociale rivestita, al potere direttivo, di controllo e disciplinare dell'organo di amministrazione della società (Cassazione n. 6095/2018; n. 19596/2016 e n. 24972/2013).

Tale possibilità è, peraltro, esclusa nel caso di amministratore unico o di Amministratore Delegato con "firma libera", a maggior ragione quando le prestazioni rese come dirigente e quelle come amministratore siano uguali o equivalenti (Cassazione n. 21759/2004; G. Palumbo, "*Deducibilità delle spese di lavoro: il caso del dirigente/amministratore*" in Fisco Oggi, Agenzia delle Entrate, 14 maggio 2009).

Ciò premesso la questione centrale, dalla cui soluzione dipende l'esito dell'ammissibilità al passivo della procedura di crediti derivanti da voci di natura retributiva, correlate all'assunzione da parte della società *in bonis*, quale lavoratore subordinato di tipo dirigenziale, è dunque se sussista il requisito della subordinazione laddove il dirigente sia anche amministratore della società.

In estrema sintesi il tema è quello diffusamente affrontato dalla giurisprudenza, anche di legittimità, della compatibilità tra le due funzioni.

Giova ricordare che, la giurisprudenza di merito (Tribunale sez. II - Milano, 2 maggio 2012, n. 5080 in Dejure Giuffrè), è concorde nel ritenere che vi sia un'evidente antinomia giuridica di fondo nell'affermare che l'espletamento delle mansioni di Amministratore delegato e consigliere di una società possa dar vita a un rapporto di lavoro subordinato con la società stessa. Il rapporto che lega l'amministratore delegato alla società, è, infatti, un rapporto interno di immedesimazione organica (Cassazione n. 1545/2017), di norma incompatibile con la qualifica di lavoratore subordinato, non essendo configurabile il vincolo di subordinazione ove manchi la soggezione del prestatore ad un potere sovraordinato di controllo e disciplina, escluso dalla immedesimazione in un unico soggetto della veste di esecutore della volontà sociale e di quella di organo competente ad esprimerla (Cassazione, n. 23557/2008; n. 329/2002; n. 1726/1999; n. 7961/2009; Tribunale di Milano, n. 5199/2009; Cassazione n. 2861/2002).

Incompatibilità, questa, tale da comportare il disconoscimento, anche da parte dell'Inps, della sussistenza del rapporto di lavoro subordinato, proprio per assenza del requisito fondamentale del vincolo di subordinazione e l'annullamento della posizione contributiva per il periodo corrispondente (Tribunale di Milano n. 1523/2003 e Tribunale di Varese, 20 aprile 1995).

Analogamente, l'Agenzia delle entrate contesta la deducibilità dei redditi corrisposti al dipendente, *ex* articolo 95, comma 1, Tuir, nei casi in cui la posizione di quest'ultimo si sovrapponga a quella di amministratore (Cassazione n. 24188/2006; CTR Torino n. 8/2012).

È stato aggiunto che tale separazione sia evidente, e provata dall'amministratore stesso (Cassazione n. 329/2002; Corte d'Appello Venezia, 16 gennaio 2004; Cassazione n. 1793/1996; n. 5944/1991).

Nelle ipotesi in cui l'amministratore sia munito di delega generale con facoltà di agire senza il consenso del CdA si ritiene, pertanto, che sia esclusa la possibilità di intrattenere un valido rapporto di lavoro subordinato con la società per detto soggetto.

Diversamente, l'attribuzione da parte del CdA del solo potere di rappresentanza ovvero di specifiche e limitate deleghe all'amministratore non è ostativo, in linea generale, all'instaurazione di genuini rapporti di lavoro subordinato. In ogni caso, ai fini della valutazione dell'ammissibilità di detti rapporti,

sono altresì rilevanti i rapporti intercorrenti fra l'organo delegato e il consiglio di amministrazione, la pluralità e il numero degli amministratori delegati e la facoltà di agire congiuntamente o disgiuntamente, oltre – naturalmente – alla sussistenza degli elementi caratterizzanti il vincolo di subordinazione.

Laddove il CdA della società in liquidazione giudiziale sia composto soltanto da due/tre consiglieri delegati con poteri pressoché paritetici, dove è di fatto impossibile stabilire una prevalenza dell'uno rispetto all'altro, non ricorrerà il requisito della subordinazione.

Difatti se le funzioni declinate nell'ambito del rapporto dirigenziale si ritrovano tutte, o quasi, nelle deleghe attribuite quale amministratore (rappresentare la società, assumere e licenziare, trattare affari, incassare crediti, acquistare beni e servizi, etc.), non viene neppure individuata un'attività diversa da quella che deriva dall'incarico di amministratore delegato.

Gli indici di subordinazione

Come si è visto la giurisprudenza consente la cumulabilità della qualità di amministratore e di lavoratore subordinato di una stessa società di capitali a condizione che si accerti l'attribuzione di mansioni diverse da quelle proprie della carica sociale, purché colui che intende far valere nella procedura i crediti rivenienti dal rapporto di lavoro dirigenziale dimostri l'esistenza del requisito della subordinazione.

È noto che la prova della sussistenza del rapporto di lavoro *ex* articolo 2094, cod. civ. venga integrata dalla presenza di alcune circostanze che sono paradigmatiche del requisito tipico del rapporto di lavoro subordinato, i c.d. "*indici di subordinazione*".

Detti indici nel caso di specie devono essere diretti a dimostrare l'esistenza di un rapporto ulteriore rispetto a quello ricoperto dal consigliere di amministrazione, tenendo presente che la subordinazione nel rapporto di lavoro dirigenziale si presenta attenuata.

Indici quali l'inserimento del dirigente nell'organizzazione dell'azienda, l'esclusività della prestazione, la presenza continuativa e giornaliera in azienda, sono perfettamente compatibili con la carica di amministratore.

L'osservanza di un orario di lavoro predeterminato è certamente un indice utile per distinguere il ruolo di lavoratore subordinato da quello di amministratore, ma tale obbligo non è rilevante per il rapporto di lavoro dirigenziale, posto che il dirigente non è tenuto ad osservare un rigido orario di lavoro.

La corresponsione della retribuzione e degli altri istituti contrattuali tipici del rapporto di lavoro subordinato (*bonus*, Tfr etc.) è coerente con l'inquadramento formale del rapporto, quale evidentemente

voluto dalle parti, ma non può vincolare, di per sé, il liquidatore giudiziale, che in questa fase è terzo rispetto all'accordo intervenuto tra le parti, né il Tribunale nella qualificazione del rapporto stesso.

Con particolare riferimento all'attività di un dirigente, la Suprema Corte (da ultimo Cassazione n. 3640/2020) ha costantemente affermato che è necessario verificare se il lavoratore possa ritenersi assoggettato, anche in forma lieve o attenuata, alle direttive, agli ordini e ai controlli del datore di lavoro, nonché al coordinamento dell'attività lavorativa in funzione dell'assetto organizzativo. In particolare, ai fini della configurazione del lavoro dirigenziale - nel quale il lavoratore gode di ampi margini di autonomia ed il potere di direzione del datore di lavoro si manifesta non in ordini e controlli continui e pervasivi, ma essenzialmente nell'emanazione di indicazioni generali di carattere programmatico, coerenti con la natura ampiamente discrezionale dei poteri riferibili al dirigente - il giudice di merito deve valutare, quale requisito caratterizzante della prestazione, l'esistenza di una situazione di coordinamento funzionale della stessa con gli obiettivi dell'organizzazione aziendale, idonea a ricondurre ai tratti distintivi della subordinazione tecnico-giuridica, anche se nell'ambito di un contesto caratterizzato dalla c.d. subordinazione attenuata aziendale. Il requisito della eterodirezione dell'attività, seppur interpretato con ragionevolezza in riferimento alle prestazioni intellettuali, è dunque il criterio decisivo per individuare la natura autonoma o subordinata del lavoro, come d'altronde evidenziato dalla lettera dell'articolo 2094, cod. civ..

Tuttavia, tali requisiti devono essere individuati mediante l'allegazione e la prova di fatti specifici, tenendo conto che devono ritrovarsi all'interno della società fallita datrice di lavoro, e devono derivare dall'organo amministrativo, e non all'esterno di esso.

L'assoggettamento del dirigente all'amministratore della società Capo gruppo estera

La coesistenza delle due figure esaminate accade di frequente in coloro che ricoprono la figura di "*Country Manager*", ossia l'amministratore della società di diritto italiano costituita da una multinazionale estera che normalmente detiene l'intera partecipazione o la maggioranza assoluta della società.

Sovente accade, infatti, che una sorta di "subordinazione" sia allegata dal dirigente rispetto al Ceo della capo gruppo. Infatti, le società multinazionali spesso sono organizzate con struttura "a matrice" per cui ogni funzione delle partecipate nelle varie countries risponde funzionalmente, ma non gerarchicamente, all'omologo della funzione presente nella "casa madre", così il direttore finanziario risponderà al Cfo di gruppo, analogamente il direttore del personale all'HR di gruppo e così via.

Tuttavia si evidenzia come nella previsione della necessità del dirigente/amministratore con procure di fare riferimento gerarchico al Ceo della capo gruppo, non si integrino gli estremi della subordinazione *ex* articolo 2094, cod. civ..

L'amministratore delegato è tenuto a coordinarsi con la società capo gruppo, quale socio unico o di maggioranza assoluta, tuttavia si tratta di un soggetto giuridicamente distinto dalla società di diritto italiano da cui è stato assunto il dirigente.

Detto riferimento, peraltro, è del tutto comprensibile in un'ipotesi, come quella in cui l'attività d'impresa viene svolta nell'ambito di un gruppo di imprese, facenti capo ad una "casa madre" straniera e tenendo conto che alla capo gruppo spetta il ruolo di direzione e coordinamento generale sul complesso delle attività delle società controllate.

L'assoggettamento alle *policy* di gruppo di un soggetto terzo, quale la Capogruppo, è cosa diversa dalla soggezione al potere gerarchico del datore di lavoro, e conferma, al contrario, come all'interno della società italiana il dirigente/amministratore sia destinato a operare in posizione apicale, senza vincoli di subordinazione verso chicchessia.

Del resto, è assolutamente nella norma il fatto che l'amministratore delegato della società riferisca al socio unico o di maggioranza assoluta e ne debba seguire le impostazioni di massima e le *policy* di gruppo, ma questo non traduce il mandato di amministratore delegato in rapporto di lavoro subordinato.

Ciò che conta è quindi la possibilità che sussista una dicotomia tra l'esercizio dell'impresa e la conduzione della società.

Tuttavia, tale separazione non viene utilmente in essere nel caso in cui venga allegata dal dirigente la circostanza per cui la concreta gestione societaria sia conferita al socio unico estero, che la esercita attraverso il Ceo di gruppo, a cui lui era subordinato.

Tale percorso, infatti, può essere, in via di fatto, smentito dall'ampiezza delle deleghe ricevute e, in diritto, resta contraddetto dai principi che regolano la materia.

Vale al proposito ricordare che gli oggetti sui quali l'assemblea ordinaria di una Srl può deliberare a norma dell'articolo 2364, cod. civ. sono: l'approvazione del bilancio, la nomina degli amministratori e del collegio sindacale - quando previsto nelle Srl -; la determinazione del compenso degli amministratori (e dei sindaci, se previsti); gli altri oggetti attinenti alla gestione della società riservati alla sua competenza dall'atto costitutivo o sottoposti al suo esame dagli amministratori; la responsabilità degli amministratori e dei sindaci. Quanto all'assemblea straordinaria (articolo 2365, cod. civ.) essa delibera sulle modificazioni dell'atto costitutivo, sulla nomina e i poteri dei liquidatori.

Nella competenza generale dell'assemblea (sede in cui può manifestarsi la volontà del socio unico/di maggioranza assoluta) non sono dunque comprese decisioni di tipo direttamente gestorio, a meno che esse siano rese possibili da un'apposita norma statutaria di conferimento o da una decisione degli amministratori. Ma una siffatta possibilità non esprime affatto la condivisione del potere gestorio fra assemblea e amministratori.

Essa, al contrario, attribuendo alla prima il potere di deliberare su singoli atti di gestione è ritenuta confermativa della regola che vuole concentrata la gestione dell'impresa sociale nel solo organo amministrativo (come oggi viene ancor più nettamente esplicitato dalla nuova formulazione dell'articolo 2380-*bis*, cod. civ. introdotto dal D.Lgs. 6/2003).

Una volta escluso il potere di gestione dell'assemblea, perde rilievo, in via generale, ogni riferimento alla sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra l'amministratore delegato e un soggetto esterno all'organo amministrativo della società, ancorché espressione della volontà del socio unico della società stessa.

Dirigente amministratore di società collegata

Ulteriore manifestazione tipica del rapporto di lavoro dirigenziale, nell'odierno sistema di organizzazione aziendale complessa, concerne l'assegnazione dell'incarico di amministratore presso una società collegata o controllata dalla società datrice di lavoro.

La compatibilità della prestazione lavorativa richiesta al dirigente (amministrare per conto del datore di lavoro una società del gruppo) appare indubitabile: qui l'incarico gestorio affidato al dirigente integra l'oggetto del rapporto di lavoro per il quale è assegnata al lavoratore la qualifica di dirigente e le modalità di espletamento dell'incarico non potranno non essere assoggettate a uno specifico vincolo di subordinazione nei confronti del datore di lavoro che indirizzerà, con ordini e direttive precise, l'agire del dirigente-amministratore.

Potrebbe ipotizzarsi, tuttavia, un conflitto tra le direttive che il dirigente riceva dal proprio datore di lavoro circa le decisioni da assumere nell'ambito dell'incarico di amministratore e ciò che il dirigente ritenga viceversa si debba fare nell'interesse della società da lui amministrata.

In tal caso il limite inerente l'obbligatorietà delle disposizioni rivolte al dirigente è costituito dalla loro legittimità, avendo il lavoratore subordinato l'obbligo giuridico di non rispettare ordini del datore di lavoro che siano contrari a norme di legge o evidentemente pregiudizievoli per la società da lui amministrata.

Al contrario non vi sarebbe un sindacato rispetto alle decisioni imprenditoriali.

Conseguenze del disconoscimento del rapporto di lavoro subordinato

Laddove in sede concorsuale fosse disconosciuto il rapporto di lavoro dirigenziale le conseguenze per l'amministratore non sarebbero limitate all'inammissibilità dei crediti al passivo della procedura.

Giova ricordare che la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato, in contemporanea con l'attribuzione della carica di amministratore con poteri di amministrazione, integra un'ipotesi di nullità per contrarietà a norme imperative di ordine pubblico, non essendo concepibile un rapporto di lavoro subordinato, in cui manchi il vincolo della subordinazione (Cassazione n. 5516/1999 sull'assenza di subordinazione dell'amministratore delegato).

Come è noto il primo comma dell'articolo 2126, cod. civ. prevede che la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione.

La norma è evidentemente di salvaguardia della retribuzione del lavoratore che abbia reso la prestazione in esecuzione di un contratto di lavoro in seguito dichiarato nullo.

Tuttavia nel caso esaminato non può trovare applicazione la prima parte del comma 1, articolo 2126, cod. civ., essendo comunque la causa del contratto di lavoro, posta a base del rapporto previdenziale, illecita per contrasto con norme di ordine pubblico, trattandosi di contratto preordinato a ulteriori finalità vietate dall'ordinamento (costituzione di un rapporto previdenziale vietato da norme imperative di ordine pubblico), e in relazione alle quali il contratto stesso, per comune intento delle parti - stante l'obiettiva mancanza del vincolo della subordinazione - ha semplicemente una funzione strumentale (si veda Cassazione n. 5516/1999 e n. 8830/1987).

Pertanto, il rapporto di lavoro dirigenziale è nullo - con effetto definitivamente risolutivo *ope legis* dal momento in cui il dirigente ha acquisito i poteri di amministratore della società, accettando il mandato.

Sempre sotto il profilo civilistico, essendo il rapporto di lavoro subordinato nullo *ab origine* e non potendo applicarsi il disposto dell'articolo 2126, cod. civ., le retribuzioni ricevute dal dirigente dovrebbero essere restituite, nei limiti della prescrizione.

Laddove l'assemblea o lo statuto non avessero determinato un compenso per l'attività di amministratore questo potrebbe essere liquidato dal giudice, essendo un incarico oneroso.

Infatti, nell'ipotesi in cui la diversità tra amministratore e lavoratore subordinato non sussista e si verifichi l'attribuzione soltanto delle funzioni proprie del rapporto organico la nullità del rapporto di lavoro avente a oggetto tali funzioni non esclude il diritto al compenso eventualmente pattuito in favore degli amministratori della società (Cassazione n. 329/2002).

Ovviamente al dirigente competerebbe, in ultima istanza, la residuale azione di arricchimento *ex* articolo 2041, cod. civ., esercitabile anche in via di eccezione, per chiedere la compensazione delle rispettive poste *ex* articolo 155, D.Lgs. 14/2019 Codice della crisi (oggi articolo 56, L.F.), nel caso in cui la procedura agisse nei suoi confronti per la restituzione delle retribuzioni ricevute.

Parimenti l'ente previdenziale non resterebbe debitore della prestazione pensionistica al dirigente, e i relativi contributi versati dovrebbero essere restituiti alla procedura e, in parte, allo stesso dirigente.

Sotto il profilo penale potrebbero sorgere ulteriori problemi per l'amministratore/dirigente.

Difatti integra il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione la condotta dell'amministratore che prelevi somme dalle casse sociali, a titolo di pagamento di competenze.

Nel caso di specie l'amministratore riceve la retribuzione nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato a fronte della relativa prestazione, ma una volta dichiarata la nullità di tale rapporto le somme percette rimangono prive di titolo.

Neppure potrebbero essere qualificate come compenso dell'amministratore, in quanto la previsione di cui all'articolo 2389, cod. civ. stabilisce che la misura del compenso degli amministratori di società di capitali, qualora non sia stabilita nello statuto, sia determinata con delibera assembleare; né detta specifica delibera può considerarsi implicita in quella di approvazione dei bilanci, salvo che l'assemblea convocata solo per l'approvazione del bilancio abbia espressamente discusso e approvato la proposta di determinazione dei compensi degli amministratori. In applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di merito aveva ravvisato la sussistenza del reato nella percezione di emolumenti non preceduta da delibera dell'assemblea dei soci, con riferimento a somme inserite nel bilancio alla voce "stipendi e salari" (Cassazione n. 11405/2014). Quanto poi all'elemento soggettivo è sufficiente la consapevolezza e volontarietà di alterare l'ordine dei pagamenti e in tal modo di favorire taluni creditori rispetto alla generalità, essendo necessari, secondo la giurisprudenza di legittimità, ai fini della configurabilità del reato di bancarotta preferenziale, la violazione della "*par condicio creditorum*" nella procedura fallimentare, costituente l'elemento oggettivo della fattispecie criminosa, ed il dolo specifico, rappresentato dalla volontà di recare un vantaggio al creditore soddisfatto, con l'accettazione della eventualità di un danno per gli altri creditori, coincidente con l'elemento soggettivo (Cassazione n. 15712/2014).

Conclusioni

In conclusione il soggetto coinvolto nella liquidazione giudiziale della società in cui ha ricoperto la carica di amministratore in contemporanea con quella di lavoratore subordinato (dirigente), per sottrarsi

al disconoscimento del rapporto di lavoro dirigenziale, con conseguenze che possono essere anche molto gravi, dovrà soddisfare le seguenti condizioni: che la volontà dell'ente sia espressa dall'organo collegiale di amministrazione della società diverso da quello del dirigente; che sia fornita la rigorosa prova della sussistenza del vincolo della subordinazione; che il soggetto svolga, in concreto, mansioni estranee al rapporto organico con la società. Segnatamente deve trattarsi di attività che non siano ricomprese nei poteri di gestione che discendono dalla carica ricoperta o dalle deleghe che gli siano state conferite.

Crisi e risanamento n. 40/2020

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

di Massimo Conigliaro – dottore commercialista, revisore legale, Direttore Scientifico Crisi e Risanamento

Nicla Corvacchiola – dottore commercialista, revisore legale, docente a contratto Università LIUC di Castellanza

In questo numero si conclude l'analisi delle disposizioni (articoli 54 e 55 del Codice) contenute nel Titolo III "Procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza" del D.Lgs. 14/2019, Codice della crisi e dell'insolvenza, in attuazione della L. 155/2017. In particolare, vengono approfondite le disposizioni contenute negli articoli 54 e ss., evidenziando le modifiche previste dallo schema di Decreto Legislativo recante disposizioni integrative e correttive al Codice della crisi e dell'insolvenza in attuazione della L. 155/2017".

Introduzione

Prima di iniziare la disanima degli articoli 54 e ss., contenuti nel nuovo Codice della crisi e insolvenza è necessario evidenziare come il Legislatore, a causa dell'emergenza sanitaria in atto, nel D.L. 23/2020 (c.d. "Decreto Liquidità"), all'articolo 5 ha modificato l'articolo 389, D.Lgs. 14/2019, rinviando al 1° settembre 2021 l'entrata in vigore delle disposizioni contenenti il fulcro della riforma fallimentare, comprese quelle in commento. Tale disposizione si è resa opportuna anche e soprattutto per posticipare nel tempo l'applicazione degli indici di allerta, che sarebbero stati poco rappresentativi delle difficoltà delle aziende cui si riferivano, in considerazione della crisi economica mondiale conseguente alla pandemia.

Misure cautelari e protettive

Significativamente innovative sono le previsioni contenute nella sezione III, recanti misure cautelari e protettive (articolo 54 e 55 del Codice).

L'articolo 54 del Codice disciplina la concessione di misure cautelari e protettive nell'ambito del rito uniforme introdotto dal nuovo Codice della crisi[1].

[1] Il Decreto correttivo (schema di Decreto Legislativo recante disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma1, L. 20/2019 al D.Lgs. 14/2019, recante "*Codice della crisi e dell'insolvenza in attuazione della L. 155/2017*" ha riformulato l'articolo 54 in particolare il comma 5 per ovviare ai numerosi dubbi interpretativi segnalati dalla dottrina e giustificati, in effetti, dal non chiaro tenore letterale.

Le misure protettive sono un'assoluta novità del processo di riforma, previste dall'articolo 4, comma 1, lettera g), L. 155/2017, sono richieste dal debitore alla sezione specializzata del Tribunale al fine di concludere l'accordo stragiudiziale. Il Legislatore delegante ha demandato al Governo di disciplinarne la durata, gli effetti, la pubblicità, nonché la revocabilità in caso di atti in frode ai creditori; la revoca delle misure potrà essere disposta anche a fronte di una prognosi negativa sulla possibile soluzione stragiudiziale resa dal collegio degli esperti. Nell'ambito della procedura di concordato preventivo, l'articolo 6, comma 1, lettera b), L. 155/2017 prevede altresì la necessità che il Governo disciplini anche la revocabilità delle misure suddette, su ricorso degli interessati, ove non arrechino beneficio al buon esito della procedura.

Nello specifico dell'articolo 54 del Codice si prevede, al comma 1, che la domanda per l'accertamento della crisi o dell'insolvenza e per l'accesso alle procedure regolatrici possa essere accompagnata dalla richiesta, in corso di causa, al Tribunale (o alla Corte d'Appello) di misure cautelari "atipiche", ivi inclusa la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale o che omologa il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Il debitore può chiedere, nella domanda di accesso a una delle procedure regolatorie, l'adozione di misure protettive i cui effetti si producono a far data dalla pubblicazione della domanda nel Registro Imprese, inibendo i creditori per titolo o causa anteriore dall'iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio; dalla stessa data le prescrizioni rimangono sospese e le decadenze non si verificano (comma 2). Tali misure possono essere richieste anche nel corso delle trattative e prima del deposito degli accordi di ristrutturazione (comma 3).

Il presidente del Tribunale o il presidente della sezione cui è assegnata la trattazione delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza fissa con decreto l'udienza entro un termine non superiore a 30 giorni dal deposito della domanda, estendibile fino a 45 giorni da parte del presidente del Tribunale. Gli originari commi 4 e 5 sono stati unificati per effetto del decreto correttivo, in modo da chiarire che il procedimento disciplinato dall'articolo 54 del Codice è relativo unicamente alla richiesta di misure protettive o dei procedimenti necessari per condurre a termine le trattative in corso nell'ambito delle procedure di allerta. Si è precisato che il giudice con decreto deve fissare la durata delle misure che comunque non potrà essere superiore a 3 mesi, coerentemente con quanto prevede, per la fase dell'allerta, l'articolo 20, comma 3 e in conformità con quanto richiesto dall'articolo 6, Direttiva UE/2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, a mente del quale detto termine non può superare i 4 mesi. Il nuovo comma 5 prevede poi che le misure protettive conservino

efficacia anche se il debitore, che aveva preannunciato una domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione depositi una domanda di apertura del concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione in luogo della proposta di concordato preventivo colmando la lacuna prevista nella originaria formulazione del Codice che regolamentava solo la prima delle 2 evenienze.

Si riconosce infine, la legittimazione ad agire anche all'amministratore delle procedure di insolvenza nominato dal giudice dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore - a prescindere dal fatto che sia stata o meno proposta domanda di accesso alle procedure di regolazione della crisi. Quando una proposta manchi, l'amministratore richiedente dovrà indicare nella richiesta le condizioni di effettivo e imminente soddisfacimento non discriminatorio di tutti creditori secondo la procedura concorsuale aperta presso lo Stato.

Procedimento

Secondo quanto previsto dall'articolo 55 del Codice il procedimento per la concessione delle misure protettive e di quelle cautelari è mutuato dalla disciplina del codice processuale in materia di misure cautelari, con la possibilità dell'adozione anche prima dell'udienza di comparizione delle parti e dunque con la conferma, modifica o revoca mediante ordinanza di quanto statuito con decreto. Le misure cautelari e protettive possono essere adottate anche dalla Corte d'appello nel giudizio di reclamo. Gli effetti delle misure protettive eventualmente concesse devono essere espressamente confermati dal Tribunale con proprio decreto, nel termine di 15 giorni dall'iscrizione della domanda nel Registro Imprese. Il Decreto è reclamabile dinanzi al collegio.

Le misure protettive possono essere revocate o modificate, su istanza di parte, del commissario giudiziale o del pubblico ministero, in caso di atti di frode o, quando l'attività intrapresa dal debitore è manifestamente inidonea a pervenire al risultato sperato, conformemente a quanto previsto dall'articolo 6, comma 1, lettera b), L. 155/2017.

Strumenti negoziali stragiudiziali

Accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento

Il Titolo IV de Codice disciplina i seguenti strumenti di regolazione della crisi:

- i piani attestati di risanamento e gli accordi di ristrutturazione (Capo I);
- le procedure di sovraindebitamento (Capo II);
- il concordato preventivo (Capo III).

Tali istituti si propongono tutti la finalità del recupero dell'impresa in crisi, finalità da ritenersi prevalente rispetto a quella meramente liquidatoria.

I piani attestati di risanamento, nella Legge Fallimentare sono regolamentati esclusivamente negli effetti, nell'ambito delle esenzioni all'azione revocatoria fallimentare[2]. Essi si differenziano dagli accordi di ristrutturazione e dal concordato preventivo in quanto per essi non è previsto l'intervento o il controllo giudiziale della procedura. Si tratta in sostanza di strumenti dei quali l'imprenditore può servirsi in presenza di una crisi dell'impresa transitoria e di minore gravità per concordare con i creditori senza l'intervento della Autorità giudiziaria il risanamento della impresa, da realizzarsi attraverso la riorganizzazione dell'impresa o anche nuove modalità di finanziamento.

L'articolo 56 del Codice interviene in materia di piani attestati di risanamento disciplinandone il contenuto minimo obbligatorio. Essi, oltre a una data certa, come richiesto dalla delega, devono indicare:

1. la situazione economico-patrimoniale e finanziaria dell'impresa;
2. le principali cause della crisi,
3. le strategie di intervento e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria;
4. i creditori e l'ammontare dei crediti dei quali si propone la rinegoziazione;
5. elenco dei creditori estranei, con l'indicazione delle risorse destinate all'integrale soddisfacimento dei loro crediti alla data di scadenza in modo da agevolare il controllo sul contenuto degli accordi e sulla ragionevolezza del piano da parte dei creditori aderenti e, eventualmente, da parte dell'Autorità giudiziaria investita dall'azione revocatoria;
6. il piano industriale e l'evidenziazione dei suoi effetti sul piano finanziario in modo da renderne più facilmente verificabile la ragionevolezza degli assunti posti a fondamento del piano, e con essi, dell'attestazione che lo accompagna;
7. gli apporti di finanza nuova;
8. i tempi delle azioni da compiersi[3].

Al fine di una più compiuta regolamentazione si prevede che al piano debba essere allegata la stessa documentazione che viene richiesta al debitore che vuole accedere a una procedura regolatrice della crisi o dell'insolvenza. Sono confermati le vigenti previsioni che richiedono che il piano sia attestato da

[2] L'articolo 67, comma 3, L.F., individua tra gli atti esclusi dalla revocatoria, alla lettera d): gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria.

[3] I numeri 5 e 6 sono stati introdotti dal Decreto correttivo "*schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma1, L. 20/2019 al D.Lgs. 14/2019, recante "Codice della crisi e dell'insolvenza in attuazione della L. 155/2017*".

un professionista indipendente (rispetto alla formulazione attuale la disposizione si limita a richiedere "l'indipendenza" del professionista, senza prevedere il possesso di ulteriori requisiti attestanti tale indipendenza) e che esso (attestazione e accordo) possa essere pubblicato, su richiesta del debitore, nel registro delle imprese. Al fine di evitare possibili condotte opportunistiche o collusive si prevede che gli atti unilaterali e i contratti posti in essere in esecuzione del piano debbano essere provati per iscritto e avere data certa.

Accordi di ristrutturazione dei debiti

Gli accordi di ristrutturazione sono disciplinati attualmente dall'articolo 182-*bis*, L.F., che delinea una procedura suddivisa in 2 fasi:

– una fase stragiudiziale: l'accordo, redatto in forma scritta deve essere sottoscritto dai creditori che rappresentano almeno 60% del passivo del debitore e deve garantire l'integrale pagamento dei creditori estranei all'accordo. La veridicità dei dati aziendali deve essere attestata da un professionista. Sono previsti inoltre precisi termini entro i quali deve avvenire il pagamento integrale dei creditori non aderenti all'accordo: entro 120 giorni dall'omologazione in caso di crediti già scaduti a quella data; entro 120 giorni dalla scadenza in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione. L'accordo deve essere quindi pubblicato nel Registro Imprese e i creditori e ogni altro interessato possono, entro 30 giorni, proporvi opposizione. Per 60 giorni decorrenti dalla data di pubblicazione nel Registro Imprese sono inibite ai creditori azioni cautelati o esecutive sul patrimonio del debitore e ogni eventuale azione in essere è sospesa. La pubblicazione comporta altresì il divieto – temporaneo - di acquisire titoli di prelazione se non concordati;

– una fase giudiziale puntualmente disciplinata dall'articolo e consistente nella richiesta di omologazione, che deve essere effettuata dal tribunale.

Il nuovo Codice della crisi interviene sulla disciplina degli accordi di ristrutturazione confermandone i requisiti (permane la soglia minima del 60% dei crediti); le modalità di pagamento dei creditori estranei e l'attestazione[4].

In relazione a essi l'articolo 58 del Codice introduce una puntuale disciplina in materia di risoluzione delle problematiche che possono avere origine dalla necessità di modificare in modo sostanziale il contenuto degli accordi o del piano. Con riguardo agli effetti dell'accordo, in attuazione di quanto previsto nell'articolo 5, comma 1, lettera d), L. 155/2017, l'efficacia dell'accordo è estesa ai soci

[4] Articolo 57 del Codice.

illimitatamente responsabili, i quali, se hanno prestato garanzia, continuano a rispondere per tale diverso titolo [5].

Ulteriori novità introdotte dal nuovo Codice con riguardo agli accordi di ristrutturazione sono rappresentate:

– dall'articolo 60 del Codice rubricato "*accordi di ristrutturazione agevolati*" che riguardano quegli accordi che possono essere stipulati con i creditori che rappresentino almeno il 30% dei crediti, a condizione che il debitore non proponga la moratoria del pagamento dei creditori estranei e non richieda e rinunci a chiedere misure protettive temporanee;

– dall'articolo 61 del Codice rubricato "*accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa*" che disciplina gli accordi ad efficacia estesa, ovvero quelli che hanno la finalità di sottrarre a creditori finanziari che vantano un credito di piccola entità la possibilità di dichiararsi contrari ad operazioni di ristrutturazione concordate fra il debitore e la maggioranza dei creditori finanziari, decretando in tale modo l'insuccesso complessivo dell'operazione. Al fine di agevolare l'utilizzo dell'istituto l'articolo 5, comma 1, L. 155/2017 ha previsto che l'applicazione dell'istituto debba essere estesa a tutte le ipotesi di ristrutturazione del debito e non soltanto all'ipotesi in cui l'ammontare dei debiti sia rappresentato, per almeno la metà, da debiti verso banche e intermediari finanziari. L'estensione può riguardare solo creditori appartenenti alla medesima classe che abbiano, quindi, posizione giuridica ed interessi economici omogenei e comporta una espressa deroga agli articoli 1372 (efficacia del contratto) e 1411 (contratto a favore di terzi), cod. civ..

L'articolo 182-*septies*, L.F. già contemplava questa una tipologia di accordi, volti a sottrarre a creditori finanziari che vantano un credito di piccola entità la possibilità di dichiararsi contrari a operazioni di ristrutturazione concordate tra il debitore e la maggioranza dei creditori finanziari.

Il comma 2, articolo 61 del Codice individua i requisiti necessari per l'estensione: viene pertanto ribadita la soglia del 75% dei creditori aderenti appartenenti alla medesima classe; la necessità che tutti i creditori appartenenti alla classe siano stati debitamente e compiutamente informati e siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative; l'obbligo del debitore di notificare l'accordo, la domanda di omologazione e i documenti allegati ai creditori ai quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo, i quali, ai sensi del richiamo contenuto nel successivo comma 4, potranno altresì opporsi all'omologa dell'accordo ai sensi dell'articolo 48, comma 4 del Codice.

La principale novità in tema di accordi di ristrutturazione è nel contenuto del piano e dell'accordo che deve prevedere la prosecuzione dell'attività d'impresa, mentre è stato opportunamente precisato che

[5] Articolo 59 del Codice.

gli effetti dell'accordo possono essere estesi ai non aderenti soltanto ove essi risultino soddisfatti in misura superiore rispetto alla liquidazione giudiziale.

Rimane ferma la tutela dei diritti dei creditori non appartenenti alla classe individuata nell'accordo.

Il successivo comma 3 prevede una tutela rafforzata per i creditori non aderenti cui vengano estesi gli effetti dell'accordo, creditori ai quali deve essere notificata la domanda di omologazione e che potranno proporre opposizione ai sensi dell'articolo 48, comma 4 del Codice. Per essi, il termine per proporre opposizione decorre dalla data della notificazione.

È prevista una tutela rafforzata per i creditori non aderenti cui vengano estesi gli effetti dell'accordo, creditori ai quali deve essere notificata la domanda di omologazione e che potranno proporre opposizione. Per essi, il termine per proporre opposizione decorre dalla data della notificazione.

Sempre in attuazione dell'articolo 5, comma 1, lettera a), L. 155/2017, è esteso l'ambito di applicazione dell'istituto della convenzione in moratoria anche a creditori diversi da banche e intermediari finanziari.

La convenzione in moratoria, a legislazione vigente contemplata dall'articolo 182-*septies*, L.F., è uno strumento di composizione della crisi di impresa che si caratterizza per avere ad oggetto debiti verso banche e intermediari finanziari, già scaduti o ancora a scadere, di cui si prevede la dilazione dei termini di pagamento.

L'articolo 62 del Codice, oltre a meglio precisare l'oggetto della convenzione che disciplina in via provvisoria gli effetti della crisi e riguarda ogni tipo di misura che non comporti rinuncia al credito, individua i seguenti requisiti necessari per l'estensione degli effetti della moratoria:

– la soglia del 75% dei creditori aderenti appartenenti alla medesima classe;

– la necessità che tutti i creditori appartenenti alla classe siano stati debitamente e compiutamente informati e siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative, (gli effetti della moratoria possono essere estesi ai non aderenti soltanto ove essi risultino soddisfatti in misura superiore rispetto alla liquidazione giudiziale).

È sempre prescritto il deposito di una relazione redatta da un professionista indipendente designato dal debitore. Rispetto alla disciplina vigente è ampliato l'oggetto dell'attestazione che riguarda ora anche la veridicità dei dati aziendali, l'idoneità della convenzione a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi, oltre che la convenienza della convenzione.

Per quanto concerne la disciplina del procedimento previsto dall'articolo 62 del Codice: il debitore ha l'obbligo di comunicare la convenzione e la relazione del professionista ai creditori non aderenti i quali possono opporsi entro trenta giorni. Diversamente da quanto previsto dalla normativa vigente, il termine per l'opposizione non è sottoposto alla sospensione nel periodo feriale, considerato che, in

questo caso, il termine decorre da una comunicazione del debitore e non dall'iscrizione nel Registro Imprese e che i creditori non aderenti a cui si vuole estendere la convenzione di moratoria devono essere obbligatoriamente informati delle trattative, sicché, diversamente da quanto può accadere per i creditori estranei agli accordi di ristrutturazione, essi sono già necessariamente a conoscenza dell'iniziativa dell'imprenditore. Il Tribunale decide sulle opposizioni in camera di consiglio con sentenza nei cui confronti è ammesso reclamo.

Transazione fiscale e accordi su crediti contributivi

Gli articoli 63 e 64 del Codice riproducono sostanzialmente quanto già previsto dai vigenti articoli 182-*ter* e 182-*sexies*, L.F., rispettivamente in materia di transazione fiscale negli accordi di ristrutturazione e di effetti degli accordi sulla disciplina societaria[6].

La disciplina riguardante l'accordo con il Fisco è disciplinata in 3 diverse sezioni del Codice.

Una disciplina generale relativa a un procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi.

Un'altra riguardante gli accordi di ristrutturazione del debito (articolo 57 e ss. del Codice).

L'ultima riguardante il concordato preventivo (articolo 84 e ss. del Codice).

In particolare, l'articolo 63 del Codice regola la transazione fiscale e stabilisce che nell'ambito delle trattative che precedono la stipulazione degli accordi di ristrutturazione di cui agli articoli 57, 60 e 61 del Codice il debitore può proporre una transazione fiscale.

In tali casi l'attestazione del professionista indipendente relativamente ai crediti fiscali e previdenziali, deve inerire anche alla convenienza del trattamento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale; tale circostanza costituisce oggetto di specifica valutazione da parte del Tribunale.

Viene espressamente esclusa l'applicabilità alla transazione fiscale della convenzione di moratoria di cui all'articolo 62 del Codice.

La proposta di transazione fiscale, deve essere depositata presso gli uffici delle agenzie fiscali territorialmente competenti.

[6] L'articolo 9 Decreto correttivo è intervenuto sull'articolo 63, riformulando i commi 1 e 2 in funzione di una loro maggiore chiarezza e linearità. Così, al comma 1, si precisa che ciò che il debitore può proporre ai creditori istituzionali è "*il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza, assistenza e assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti obbligatorie e dei relativi accessori*", così ripristinando l'impostazione accolta dall'articolo 182-*ter*, L.F. e ripresa all'articolo 88. Viene inoltre eliminata, perché superflua proprio alla luce delle definizioni offerte dall'articolo 2, la precisazione secondo la quale il professionista indipendente deve essere in possesso dei requisiti di cui all'articolo 2, comma 1) lettera o).
È soppressa, ai commi 2 e 3, dopo la parola "transazione", la parola "fiscale", considerato che l'accordo può avere a oggetto anche i crediti per contributi obbligatori di natura previdenziale, assistenziale e assicurativa, e, infine, è abbreviato il termine trascorso il quale, nel caso in cui il contribuente non rispetti le scadenze concordate, la transazione è risolta di diritto. Infatti, nei casi di rateizzazione, un termine di novanta giorni riferito alla scadenza di ciascuna rata comporterebbe che, in caso di inadempimenti ripetuti, il creditore pubblico possa avvalersi della risoluzione solo quando il debito arretrato ha raggiunto importi consistenti.

L'adesione alla proposta è espressa, su parere conforme della competente direzione regionale, con la sottoscrizione dell'atto negoziale da parte del direttore dell'ufficio.

Per i tributi amministrati dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli l'adesione alla proposta è espressa dalla competente direzione interregionale, regionale e interprovinciale con la sottoscrizione dell'atto negoziale.

L'atto è sottoscritto anche dall'agente della riscossione in ordine al trattamento degli oneri di riscossione.

L'assenso così espresso equivale a sottoscrizione dell'accordo di ristrutturazione.

L'eventuale adesione deve intervenire entro 60 giorni dal deposito della proposta di transazione fiscale.

L'articolo 48, comma 5 del Codice stabilisce che il Tribunale omologa gli accordi di ristrutturazione anche in mancanza di adesione da parte dell'Amministrazione finanziaria quando l'adesione è decisiva ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui all'articolo 57, comma 1 (60%), 60, comma 1 (30%) e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria.

La transazione fiscale conclusa nell'ambito degli accordi di ristrutturazione è risolta di diritto se il debitore non esegue integralmente, entro 90 giorni dalle scadenze previste, i pagamenti dovuti alle agenzie fiscali e agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie.

Crisi e risanamento n. 40/2020

Osservatorio di giurisprudenza fallimentare

di Massimo Conigliaro – dottore commercialista, revisore legale, Direttore Scientifico Crisi e Risanamento

Opposizione allo stato passivo, eccezioni nuove del curatore e termine a difesa per l'opponente

Corte di Cassazione, n. 22386/2019

Nel giudizio di opposizione allo stato passivo il curatore può introdurre eccezioni nuove, ossia non formulate già in sede di verifica; in tal caso peraltro, e solo in relazione ai contenuti e termini dell'eccezione nuova, il rispetto del principio del contraddittorio esige che sia concesso termine all'opponente per dispiegare le proprie difese e produrre la documentazione probatoria idonea a supportarle. (In applicazione di tale principio la S.C. ha confermato il decreto del Tribunale di inammissibilità della produzione documentale sull'esistenza, entità e rango del credito insinuato, richiesta dall'opponente, in quanto estranea al tema dei controcrediti introdotto con l'eccezione del curatore).

Non rientrano nella cognizione del giudice ordinario le domande di accertamento proposte nei confronti di una banca in L.C.A.

Tribunale di Venezia, sentenza n. 875/2019

Nella liquidazione coatta amministrativa di banche, le domande di accertamento costitutive (nella specie, di nullità di contratti di finanziamento e acquisto di azioni della banca finanziatrice) proposte nei confronti di un istituto di credito assoggettato alla procedura di liquidazione coatta amministrativa sfuggono alla cognizione del giudice ordinario e devono essere dichiarate improcedibili, quando la eventuale pronuncia di loro accoglimento costituisca il presupposto per far valere pretese creditorie o restitutorie deducibili in sede concorsuale.

La Legge Pinto non si applica alle procedure di liquidazione coatta amministrativa

Corte Costituzionale, sentenza n. 12/2020

Sono infondati, in riferimento agli articoli 3, 24 e 117, comma 1, Costituzione, quest'ultimo in relazione all'articolo 13 CEDU, le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 1-*bis*, commi 1 e 2, e 2, comma 1, L. 89/2001, nella parte in cui, alla stregua del diritto vivente, escludono la configurabilità del diritto all'equo indennizzo ove l'eccessiva durata attenga a procedure di liquidazione coatta amministrativa, poiché tra le 2 comparate procedure concorsuali di fallimento e liquidazione coatta non sussiste identità delle rispettive posizioni creditorie, atteso che quest'ultima è connotata dal perseguimento di interessi pubblici, né la posizione dei creditori è priva di tutela, a fronte dei ritardi nello svolgimento della procedura, potendosi essi avvalere degli ordinari rimedi riparatori.

Credito sorto durante la procedura fallimentare: insinuazione entro un anno da quando è sorto

Corte di Cassazione, sentenza n. 3872/2020

La giurisprudenza di questa Corte si è già ripetutamente espressa nel senso di escludere l'applicazione del "termine decadenziale" di 12 (o sino a 18) mesi dal deposito di esecutività dello stato passivo, di cui alla L.F., articolo 101, commi 1 e 4, nei confronti dei crediti sopravvenuti. Ora, nuovi crediti possono sorgere nei casi previsti dalla Legge durante tutto l'arco della procedura, anche in fase assai avanzata, sicchè il termine decadenziale previsto dalla L.F., articolo 101. ben potrebbe essere già scaduto alla data del sorgere del credito. In questi casi non è possibile ritenere che i crediti così sorti rimangano privi di un adeguato spazio temporale per la presentazione dell'insinuazione, non costituendo a ciò rimedio adeguato l'opinione secondo cui, "c*ostituendo il carattere sopravvenuto del credito stesso ragione di non imputabilità del ritardo dell'insinuazione, quest'ultima sarebbe comunque ammissibile ai sensi della L.F., articolo 101, u.c.*" (Cassazione n. 16218/2015). Inimputabilità del ritardo e sopravvenienza del credito non sono infatti situazioni che si sovrappongono in modo perfetto, richiamando l'esempio del credito L.F., *ex* articolo 70, comma 2. Nel caso poi in cui il termine, al momento del sorgere del credito, non sia scaduto, al creditore sopravvenuto residuerebbe, per provvedere all'insinuazione, un tempo comunque più breve di quello a disposizione dei creditori preesistenti, con conseguenti dubbi di legittimità costituzionale sotto il profilo del principio di uguaglianza (articolo 3, Costituzione) e del diritto di azione in giudizio (articolo 24, Costituzione). In definitiva, l'insinuazione al passivo dei crediti sorti nel corso della procedura fallimentare non è soggetta al termine di decadenza previsto dalla L.F., articolo 101, comma 1 ed u.c.; tale insinuazione tuttavia incontra comunque un limite temporale, da individuarsi – in coerenza e armonia con l'intero sistema di insinuazione che è attualmente in essere e sulla scorta dei principi costituzionali di parità di trattamento di cui all'articolo 3, Costituzione e del

diritto di azione in giudizio di cui all'articolo 24, Costituzione – nel termine di un anno, espressivo dell'attuale sistema in materia, decorrente dal momento in cui si verificano le condizioni di partecipazione al passivo fallimentare.

Le esenzioni da revocatoria non si applicano all'azione revocatoria ordinaria

Corte di Cassazione, sentenza n. 4796/2020

La L.F., articolo 67, comma 3, lettera e) nel prevedere l'esclusione dall'assoggettamento all'azione revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato ai sensi della L.F., articolo 182-*bis* ha riguardo alla sola azione revocatoria fallimentare e non anche a quella ordinaria che, in base a quanto stabilito dall'articolo 66, L.F., è disciplinata integralmente secondo le norme del codice civile (cfr. Cassazione n. 3778/2019).

E, al riguardo, è stato chiarito, in motivazione, che *"un diverso trattamento è ampiamente giustificato dalla nota diversità dei 2 tipi di azione revocatoria - ordinaria e fallimentare - in discussione, in quanto dirette: la prima, a tutelare (ricostituendola) la garanzia patrimoniale generica del debitore, ex articolo 2740, cod. civ. (ex plurimis, Cassazione n. 22915/2016), avendo perciò come presupposto soggettivo la c.d. scientia damni da parte di debitore e terzo (ovvero il consilium fraudis del debitore e la partecipatio fraudis del terzo, in caso di atto anteriore dolosamente preordinato al pregiudizio delle ragioni creditorie); la seconda, più specificamente, a salvaguardare il rispetto del principio della par condicio creditorum e avente perciò come diverso presupposto soggettivo la c.d. scientia decotionis, ovvero la conoscenza da parte del terzo dello stato di insolvenza del debitore, a prescindere dalla consapevolezza del concreto pregiudizio cagionato dall'atto (c.d. eventus damni) - anche in termini di mero aggravamento dell'insufficienza del patrimonio del debitore a soddisfare i creditori - invece necessario nella prima (cfr. ex plurimis Cassazione n. 1366/2017; n. 9484/2013; n. 22915/2016 e n. 19234/2009); tanto da potersi suggestivamente dire che mentre la revocatoria ordinaria colpisce atti idonei ad indurre l'insolvenza del debitore, quella fallimentare colpisce gli atti compiuti quando questi era già insolvente. Per non dire, poi, del diverso ambito temporale coperto dalle due azioni e del ben più gravoso onere probatorio che caratterizza quella ordinaria rispetto alla fallimentare, ove il curatore a certe condizioni può avvalersi anche di presunzioni iuris tantum (L.F., articolo 67, comma 1)".*

Concordato fallimentare: l'assuntore può appellare la pronuncia resa nei confronti del curatore

Corte di Cassazione, ordinanza n. 4782/2020

L'assuntore del concordato fallimentare succede a titolo particolare al curatore fallimentare ai sensi dell'articolo 111, c.p.c., e ciò comporta che, in tale veste, egli possa impugnare la sentenza resa nei confronti del dante causa: e, ovviamente, il potere di proporre l'impugnazione del successore a titolo particolare, non è condizionato all'autorizzazione del giudice del fallimento, al cui controllo l'assuntore non è sottoposto, una volta che, ai sensi dell'articolo 136, L.F., all'esito dell'accertamento della completa esecuzione degli obblighi concordatari, la procedura venga a concludersi. L'assuntore, pertanto, subentra al curatore nel diritto controverso ed è per questo incondizionatamente legittimato ad appellare la sentenza di primo grado, nei limiti in cui l'appello è dato al soccombente, senza che rilevi nei suoi confronti né poco né punto la circostanza che il curatore fosse stato autorizzato a resistere in giudizio alla domanda di controparte, ma non anche all'appello, la qual cosa, del resto, non sta affatto a significare che il curatore non sarebbe stato autorizzato ad appellare.

Sentenza dichiarativa di fallimento: precluso ai terzi interessati il rimedio dell'opposizione di terzo

Corte di Cassazione, ordinanza n. 4786/2020

La L.F., articolo 18, comma 1, nel testo qui applicabile, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui fissava, "per il debitore", la decorrenza del termine di 15 giorni, per proporre opposizione, dalla data di affissione della sentenza di fallimento (Corte Costituzionale n. 151/1980). La Corte costituzionale ha viceversa giudicato manifestamente infondata la stessa questione sollevata in riferimento ai soggetti diversi dal debitore (Corte Costituzionale n. 273/1987). Da qui il consolidarsi dell'orientamento secondo cui quel termine decorre, per il debitore, dalla data di comunicazione dell'estratto della dichiarazione di fallimento, e, per gli altri interessati, dall'affissione (Cassazione, n. 5104/1996; n. 6059/1997; n. 6166/2002 e n. 5018/2009). Quanto alla peculiare conformazione dell'impugnazione rivolta contro la sentenza dichiarativa di fallimento, la quale - ieri l'opposizione, poi l'appello, oggi il reclamo - spetta "a qualunque interessato", sebbene estraneo al procedimento che ha condotto a detta pronuncia, è agevole osservare che essa discende dalla natura stessa della dichiarazione di fallimento, la quale dispiegava (e dispiega tuttora) i suoi plurimi effetti non solo nei confronti dei partecipanti alla fase prefallimentare, ma anche di pluralità di soggetti che con l'imprenditore avessero intessuto una svariata rete di rapporti: soggetti cui, per tale ragione, il legislatore attribuisce la legittimazione ad aggredire la sentenza dichiarativa di fallimento con lo strumento di cui alla L.F., articolo 18. Tale è quindi la ragione in forza della quale a "qualunque interessato" - nozione in cui devono includersi coloro la cui posizione giuridica risulti incisa dalla

sentenza dichiarativa di fallimento per la semplice ragione che il fallimento modifica l'assetto giuridico che li riguarda - devono essere riconosciuti tutti i poteri processuali che non ha potuto esercitare nel giudizio conclusosi con la sentenza di fallimento che egli chiede sia rimossa.

Nè v'è dubbio che il riconoscimento della legittimazione processuale "a qualunque interessato", nei ristretti termini e con le modalità previste dalla norma, mirasse a conseguire (così come la norma attualmente vigente, del resto) un risultato di stabilità giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento, che non avrebbe potuto realizzare la propria funzione se fosse stata impugnabile anche a notevole distanza di tempo da un numero indeterminato di soggetti.

In definitiva, deve concludersi che gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento si estendono verso una pluralità di terzi, titolari di posizioni giuridiche che sono soggette a modifica dalla pronuncia, i quali avrebbero potuto proporre l'opposizione L.F., *ex* articolo 18: rimedio che, per essi, svolgeva una funzione sostanzialmente analoga a quella che, nel giudizio di cognizione ordinaria, spetta all'opposizione ape di terzo.

Fallimento dell'appaltatore di opera pubblica e prededuzione del subappaltatore: le sezioni unite compongono il contrasto

Corte di Cassazione, sentenza n. 5685/2020

In caso di fallimento dell'appaltatore di opera pubblica, il meccanismo delineato dall'articolo 118, comma 3, D.Lgs. 163/2006 – che consente alla stazione appaltante di sospendere i pagamenti in favore dell'appaltatore, in attesa delle fatture dei pagamenti effettuati da quest'ultimo al subappaltatore - deve ritenersi riferito all'ipotesi in cui il rapporto di appalto sia in corso con un'impresa *in bonis* e, dunque, non è applicabile nel caso in cui, con la dichiarazione di fallimento, il contratto di appalto si scioglie; ne consegue che al curatore è dovuto dalla stazione appaltante il corrispettivo delle prestazioni eseguite fino all'intervenuto scioglimento del contratto e che il subappaltatore deve essere considerato un creditore concorsuale dell'appaltatore come gli altri, da soddisfare nel rispetto della "*par condicio creditorum*" e dell'ordine delle cause di prelazione, senza che rilevi a suo vantaggio l'istituto della prededuzione *ex* articolo 111, comma 2, L.F..

Liquidazione del patrimonio: salve le somme necessarie al mantenimento del debitore

Tribunale Rimini, Decreto 5 marzo 2020

A norma dell'articolo 14-*ter*, comma 6, lettera a), L. 3/2012, i "*crediti impignorabili ai sensi dell'articolo 545, c.p.c.*" sono esclusi dalla liquidazione, e quindi - a differenza che nel fallimento, per il quale dispone

l'articolo 46, L.F. - non sono destinabili alla soddisfazione dei creditori della procedura liquidatoria, dovendo di conseguenza essere lasciati nella disponibilità del debitore; in particolare, a norma del comma 4, articolo 545, c.p.c., i quattro quinti degli stipendi o salari non sono pignorabili. L'ipotesi prevista nella lettera b) del citato articolo 14-*ter*, comma 6, L. 3/2012, che esclude dalla liquidazione "*i crediti aventi carattere alimentare e di mantenimento, gli stipendi, pensioni e salari e ciò che il debitore guadagna con la sua attività, nei limiti di quanto occorra al mantenimento suo e della famiglia indicati dal Giudice*", non è alternativa alla predetta ipotesi della lettera a), ma cumulativa, e dunque va interpretata nel senso che, quanto occorrente al mantenimento del debitore e della sua famiglia, va lasciato nella sua disponibilità e non può in nessun caso violare i sopra indicati limiti di impignorabilità, ma può essere determinato in misura soltanto pari o superiore agli stessi (dunque, pari o superiore ai quattro quinti dello stipendio).

Il concordato in bianco può nascondere finalità dilatorie

Corte di Cassazione n. 7117/2020

La mera presentazione di una richiesta di concessione di un termine *ex* articolo 161, commi 6 e 10, L.F. costituisce un fatto neutro inidoneo di per sé a dimostrare la volontà del debitore di sfuggire alla dichiarazione di fallimento, giacché il mero differimento del procedimento prefallimentare che ne discende rimane neutralizzato dal fenomeno di consecuzione delle procedure concorsuali; nondimeno, la circostanza della presentazione della domanda anticipata di concordato all'ultimo momento utile può concorrere a dimostrare, unitamente ad altri elementi atti a rappresentare in termini abusivi il quadro d'insieme in cui l'iniziativa è stata assunta, il perseguimento di finalità dilatorie del tutto diverse dall'intenzione di regolare la crisi d'impresa.

Piano del consumatore: rimodulazione e sospensione di un piano del consumatore già omologato, causa pandemia

Tribunale di Napoli, Decreto 17 aprile 2020

I debitori, nei confronti dei quali sia già intervenuta la omologazione di un piano o di un accordo, possono rimodulare le modalità e le tempistiche della esecuzione avvalendosi dell'ausilio dell'Occ *ex* articolo 13, comma 4-*ter*, L. 3/2012 quando sussiste una causa sopravvenuta non imputabile al debitore (fattispecie in tema di incidenza dell'emergenza sanitaria Covid-19).

Fondo patrimoniale, ipoteca e natura dei crediti oggetto di esecuzione

Corte di Cassazione sentenza n. 8077/2020

L'iscrizione ipotecaria di cui al D.P.R. 602/1973, articolo 77 è ammissibile anche sui beni facenti parte di un fondo patrimoniale alle condizioni indicate dall'articolo 170, cod. civ., sicchè è legittima solo se l'obbligazione sia strumentale ai bisogni della famiglia o se il titolare del credito non ne conosceva l'estraneità a tali bisogni, gravando in capo al debitore opponente l'onere della prova non solo della regolare costituzione del fondo patrimoniale, e della sua opponibilità al creditore procedente, ma anche della circostanza che il debito sia stato contratto per scopi estranei alle necessità familiari, avuto riguardo al fatto generatore dell'obbligazione e a prescindere dalla natura della stessa. In particolare, si è affermato che il creditore può iscrivere ipoteca su beni appartenenti al debitore e conferiti nel fondo, se il debito sia stato contratto per uno scopo non estraneo ai bisogni familiari, ovvero - nell'ipotesi contraria - purchè il titolare del credito, per il quale procede alla riscossione, non fosse a conoscenza di tale estraneità, dovendosi ritenere, diversamente, illegittima l'eventuale iscrizione comunque effettuata. Ne consegue che i beni costituenti fondo patrimoniale non possono essere sottratti all'azione esecutiva dei creditori quando lo scopo perseguito nell'obbligazione sia quello di soddisfare i bisogni della famiglia, da intendersi non in senso oggettivo, ma come comprensivi anche dei bisogni ritenuti tali dai coniugi in ragione dell'indirizzo della vita familiare e del tenore prescelto, in conseguenza delle possibilità economiche familiari. Questa Corte ha, altresì, ribadito che il criterio identificativo dei crediti che possono essere realizzati esecutivamente sui beni conferiti nel fondo va ricercato non già nella natura delle obbligazioni, ma nella relazione esistente tra il fatto generatore di esse e i bisogni della famiglia sicchè non assume rilievo la natura per usare le parole del ricorrente - latamente pubblicistica del credito di cui alle cartelle di pagamento. Spetta, pertanto, al giudice di merito di accertare - in fatto – se il debito in questione si possa dire contratto per soddisfare i bisogni della famiglia, a prescindere dalla natura della stessa: sicchè anche un debito di natura tributaria sorto per l'esercizio dell'attività imprenditoriale può ritenersi contratto per soddisfare tale finalità, fermo restando che essa non può dirsi sussistente per il solo fatto che il debito derivi dall'attività professionale o d'impresa, dovendosi accertare che l'obbligazione sia sorta per il soddisfacimento dei bisogni familiari, nel cui ambito vanno incluse le esigenze volte al pieno mantenimento e all'univoco sviluppo della famiglia, ovvero per il potenziamento della capacità lavorativa, e non per esigenze di natura voluttuaria o caratterizzate da interessi meramente speculativi. Errata è dunque quella impostazione

che ritiene l'inerenza diretta del debito fiscale con i bisogni della famiglia solo limitatamente alle imposte relative ai redditi prodotti dalle attività conferiti nel fondo.

Concordato preventivo ed emergenza Covid-19: condizioni per termine di 90 giorni per il deposito di un nuovo piano e di una nuova proposta

Tribunale Pistoia, 5 Maggio 2020

Poiché il presupposto della concessione del termine previsto dal comma 2, articolo 9, D.L. 23/2020 è la pendenza, alla data del 23 febbraio 2020, di una procedura di concordato preventivo nella quale non sia stata già registrata la votazione negativa dei creditori sulla originaria proposta, ne deriva che il beneficio della concessione di un ulteriore termine per la presentazione di una nuova proposta e di un nuovo piano è a disposizione del debitore allorquando il procedimento sia pendente in qualsiasi altra sua fase e, cioè, prima dell'adunanza (come è nel caso di specie); dopo l'adunanza ma con votazione approvativa; nelle more tra la votazione approvativa e l'inizio del giudizio di omologazione; nelle more di quest'ultimo giudizio. Il termine previsto dall'articolo 9, comma 2, D.L. 23/2020 decorre dall'emissione del provvedimento di concessione, non è prorogabile e, in ragione della natura eccezionale ed intrinsecamente temporanea della misura adottata con l'intervento normativo d'urgenza, non è soggetto a sospensione feriale. La concessione del termine determina la regressione della procedura concordataria alla fase dell'ammissibilità, con conseguente ripetizione degli oneri di corredo documentale prescritti *ex* articolo 161, commi 2 e 3, L.F., dimodoché si impone la necessità di porre a carico della proponente gli obblighi informativi periodici di cui all'articolo 161, comma 8, L.F..

Sanzioni connesse a violazioni della società *in bonis*: legittima l'irrogazione alla curatela

Corte di Cassazione, ordinanza n. 8709/2020

Priva di qualsiasi pregio si appalesa la tesi della CTR secondo cui alla società fallita non potrebbe ascriversi alcuna responsabilità per violazioni commesse dal fallito in bonis che ormai ricadrebbero sul curatore fallimentare privo di qualsiasi responsabilità per le violazioni stesse. La censura è infondata alla luce del principio affermato da questa Corte (sentenza n. 25606/2006), dal quale il collegio non ritiene discostarsi, secondo cui, in tema di sanzioni pecuniarie per violazioni delle leggi tributarie, qualora il contribuente sia stato dichiarato fallito, l'avvenuta irrogazione della sanzione per il mancato pagamento di un debito d'imposta sorto in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento esclude la rilevanza di qualsiasi considerazione attinente all'elemento soggettivo della violazione e all'impossibilità per il curatore di effettuare pagamenti a favore di singoli creditori in lesione della "*par*

condicio creditorum", trovando la sanzione il suo presupposto in una violazione commessa quando l'imprenditore era ancora "*in bonis*", e fermo restando che la soddisfazione del relativo credito deve aver luogo secondo le regole del concorso (cfr. anche: sentenza n. 21078/2011). Invero quanto dovuto dall'imprenditore a titolo di sanzione per le violazioni tributarie a lui ascrivibili impone al curatore gli stessi obblighi di qualsiasi altro debito dell'impresa, senza alcun riferimento al suo personale elemento soggettivo, che quindi non ha rilievo. È innegabile infatti che il curatore del fallimento non è rappresentante, nè successore del fallito, ma semplice terzo subentrante nell'amministrazione del patrimonio dell'imprenditore fallito per l'esercizio dei poteri conferitigli dalla legge; ma tale qualità non determina alcuna successione personale, nè alcuna estinzione del debito dell'imprenditore per le violazioni da lui commesse.

Inapplicabile al periodo concordatario il maxiperiodo fiscale previsto per il fallimento

Corte di Cassazione sentenza n. 10108/2020

Un ulteriore motivo a sostegno della inestensibilità al concordato preventivo delle previsioni relative al maxiperiodo di imposta sui redditi proprio del fallimento e della LCA, è dato dal fatto che il Tuir non prevede l'introduzione di un regime speciale relativo alle grandezze tassabili che,
come visto supra 3.2, nel fallimento sono costituite da grandezze patrimoniali (articolo 183, comma 2, Tuir). Diversamente, il Legislatore apporta singole deroghe ai criteri di determinazione della ricchezza imponibile ai fini del reddito. Le deroghe previste dal Tuir alle modalità di tassazione dei redditi attengono alla esclusione dal reddito delle plusvalenze realizzate con la vendita dei beni ai creditori e alla esclusione dal reddito delle sopravvenienze attive derivanti dalla riduzione concordataria dei debiti verso i creditori *ex* articoli 86 e 88, Tuir (Cassazione n. 11701/2007). Non viene, pertanto, messo in discussione il principio che il reddito di impresa nel concordato preventivo segua le regole ordinarie, salve le specifiche deroghe imposte dal Tuir. 3.6 - Da tali elementi deve ritenersi che la tassazione dei redditi nel concordato preventivo non presuppone alcuna frattura nel soggetto di imposta, che rimane sempre l'imprenditore, non essendovi alcuno spossessamento (come avviene per il fallimento e la LCA) dell'imprenditore insolvente e non potendosi, conseguentemente, fare applicazione dell'articolo 183, Tuir, comma 1, ai fini della configurazione del maxiperiodo di imposta. La società in concordato preventivo deve, conseguentemente, procedere alla redazione delle dichiarazioni per ciascun anno di imposta, come qualunque contribuente *in bonis*, potendo scomputare le eccedenze di imposta da ritenute in acconto in ciascuno periodo di imposta nelle quali le ritenute si siano prodotte. Deve, pertanto, enunciarsi il seguente principio di diritto:

"l'articolo 183, comma 1, Tuir previsto in tema di tassazione del reddito delle procedure di fallimento e di liquidazione coatta amministrativa e che prevede che il reddito tassabile sia quello compreso tra il periodo di apertura della procedura e il momento della chiusura della stessa, non si applica alla procedura di concordato preventivo, per la quale l'imprenditore continua ad assolvere gli obblighi tributari senza una specifica regolamentazione. Ne consegue che le ritenute in acconto operate a termini del D.P.R. 600/1973, articolo 26, comma 2, possono essere scomputate nel periodo di imposta nel quale i redditi si sono prodotti".

NEWS
Euroconference
L'INFORMAZIONE QUOTIDIANA DA PROFESSIONISTA A PROFESSIONISTA
Il quotidiano telematico di Euroconference
diretto da Sergio Pellegrino e Giovanni Valcarenghi
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 2020
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.