



Circolare informativa per la clientela  
n. 25/2012 del 6 settembre 2012

## LEGGE FALLIMENTARE

NOVITÀ del D.L. 83/2012, conv. con modif. dalla L. 134/2012

In questa Circolare

1. Piani attestati – Art. 67 L.F.
2. Domanda di concordato – Art. 161 L.F.
3. Effetti della presentazione del ricorso – Art. 168 L.F.
4. Contratti in corso di esecuzione – Art. 169-bis L.F.
5. Adesione alla proposta di concordato – Art. 178 L.F.
6. Accordi di ristrutturazione dei debiti – Art. 182-bis L.F.
7. Disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti – Art. 182-quinquies L.F.
8. Riduzione o perdita del capitale della società in crisi – Art. 182-sexies L.F.
9. Concordato con continuità aziendale – Art. 186-bis L.F.
10. Aspetti tributari
11. Falso in attestazioni e relazioni – Art. 236-bis L.F.



Il D.L. 22.6.2012, n. 83 (cd. decreto «Sviluppo 2012»), conv. con modif. dalla L. 7.8.2012, n. 134, ha introdotto, tra le altre, alcune importanti **modifiche** alla legge fallimentare (R.D. 16.3.1942, n. 267 – L.F.) accogliendo così le richieste formulate dagli operatori del settore che da tempo richiedevano una maggiore duttilità nella materia.

## 1. PIANI ATTESTATI – Art. 67 L.F.

Le modifiche che riguardano l'art. 67, co. 3, lett. d), R.D. 16.3.1942, n. 267, inerente alle esenzioni da **revocatoria** per atti e pagamenti compiuti in esecuzione di un **piano attestato di risanamento aziendale**, sono davvero importanti. Il professionista che è chiamato ad attestare bontà e ragionevolezza del piano, chiarisce la legge, viene **nominato dal debitore** e non poteva essere altrimenti, come già si asseriva da tempo.

Egli, tuttavia, deve essere un soggetto **indipendente** ed il Legislatore ha precisato cosa debba intendersi con il termine «indipendente»: egli **non** deve essere **legato né all'impresa né a coloro che hanno interesse** all'operazione di risanamento, **da rapporti di tipo personale o professionale che in qualche modo possano compromettere l'indipendenza di giudizio**.

Si ricorda che il professionista che redige materialmente tale attestazione deve essere iscritto al Registro dei revisori contabili e deve possedere i requisiti di cui all'art. 28, lett. a) e b), ai sensi dell'art. 2501-bis, co. 4, c.c.

Con la modifica apportata a tale norma, si ribadisce che il professionista in questione deve essere in possesso dei requisiti di cui all'art. 2399 c.c. e non deve, neppure per il tramite di soggetti ai quali si è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni, attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione e di controllo. Il professionista incaricato, ha precisato il Legislatore, deve attestare la **fattibilità del piano** e la **veridicità dei dati aziendali**.

Tale disposizione chiarisce definitivamente ogni dubbio in merito alla natura di tale attestazione, dato che, in assenza di una disposizione precisa, dottrina e giurisprudenza si erano sempre interrogate sulla necessità di un'attestazione che entrasse nel merito dell'**analisi dei dati contabili e fiscali** dell'azienda e non si limitasse alla sola attestazione della fattibilità del piano stesso.

Per la verità negli ultimi anni era emersa la necessità, suffragata dal collegamento tra gli artt. 2501-bis e 2501-sexies c.c. in tema di fusione societaria, di prevedere che il piano redatto dal professionista, seppure nel silenzio della legge, dovesse necessariamente passare da un'analisi degli aspetti contabili, fiscali e societari della società, analizzando la documentazione sottostante e valutandone la veridicità.

E, in molte occasioni, ci si era scontrati sulla necessità o meno di avere tale analisi. E questo anche nell'ottica di dare una maggiore sicurezza allo stesso attestatore, attraverso l'acquisizione di più informazioni possibili.

Si tenga presente che la maggiore sicurezza nel lavoro da parte di chi attesta un piano, non è una cosa di poco rilievo, soprattutto alla luce delle novità introdotte con l'art. 236-bis L.F., in tema di sanzioni penali, del quale si dirà nel corso del presente lavoro.

Altra importante novità è dettata alla lett. e), art. 67, co. 3, L.F., secondo la quale è stata introdotta l'**esenzione da revocatoria** anche di **atti, pagamenti e garanzie, legalmente compiuti** dopo il deposito del ricorso contenente la domanda di concordato.

Tale novità, soprattutto per ciò che riguarda l'espressione «legalmente», va letta con riferimento anche a quanto previsto dall'art. 161, co. 7, L.F. che prevede che dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'art. 163 L.F., il debitore possa compiere **atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, che può assumere sommarie informazioni**.

Occorre ricordare che in questa fase la procedura non è stata ancora aperta e che non è stato ancora nominato né il giudice delegato, né tanto meno un commissario giudiziale.

Quindi, anche se di fatto vi è una limitazione nel potere dell'imprenditore di gestire la propria azienda e di decidere egli stesso quali debbano essere gli atti da compiere, tale limitazione deve essere vista come una sorta di protezione, suffragata dal potere autorizzativo del tribunale, che rende non revocabili in caso di fallimento tali atti, appunto legalizzandoli.

Un'ulteriore osservazione va fatta in merito alla **possibilità, lasciata al debitore, di chiedere la pubblicazione del piano al competente Registro delle imprese**.

Questo ulteriore adempimento, come si può ben immaginare, può confermare la serietà del piano, la sua manifesta volontà di essere pubblicato, al fine di rendere edotti anche i terzi della bontà del medesimo.

**Non** si tratta di un **obbligo** ma di una **mera facoltà** concessa al debitore.

Per dovere di informazione si ricorda che l'art. 67 L.F. ha subito un'ulteriore modifica al co. 3, nel quale è stato previsto, al punto c), che non sono soggette ad azione revocatoria le vendite ed i preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'art. 2465-bis c.c., i cui effetti non siano cessati ai sensi del co. 3 della suddetta disposizione, conclusi a giusto prezzo ed aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado.

La novità riguarda il fatto che potrà trattarsi di **immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente, purché alla data di dichiarazione di fallimento tale attività sia effettivamente esercitata** ovvero siano stati compiuti **investimenti** per darvi inizio.

## 2. DOMANDA di CONCORDATO – Art. 161 L.F.

Le modifiche che riguardano la **presentazione** di una **domanda di concordato preventivo** e le **caratteristiche** che essa deve avere sono numerose.

La prima riguarda l'introduzione della lett. e) nel co. 2, art. 161 L.F., nella quale il Legislatore ha previsto che il debitore, con la presentazione del ricorso con il quale chiede di poter accedere alla procedura di concordato preventivo, debba allegare un **piano** che contenga una **descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento del concordato**.

Questo punto è da ritenersi essenziale, soprattutto per quanto riguarda concordati con **cessione di beni**, nei quali diviene indispensabile indicare un termine di adempimento nonché le modalità di attuazione del concordato.

In realtà ci si aspettava un intervento anche sulle percentuali di soddisfazione del concordato, soprattutto alla luce dei tanti dibattiti che in questi anni ci sono stati sul tema, ma il Legislatore ha tralasciato ancora una volta tale aspetto, anche se è intervenuto in modo importante, come vedremo, sulle modalità di espressione del voto.

Il co. 3 del medesimo articolo sottolinea che la **relazione che accompagna il piano** deve essere resa da un **professionista nominato dal debitore**, ad evidenziare ancora una volta l'indipendenza che il medesimo ha nella scelta dei professionisti che lo affiancano durante la fase di predisposizione della proposta di concordato, e prevede che la relazione deve essere presentata **anche** in caso di **modifiche sostanziali** della proposta o del piano stesso.

Di questo comma, chi scrive, tende ad evidenziare non tanto il fatto che sia il debitore a nominare il proprio consulente nella fase di predisposizione della relazione che accompagna e attesta la fattibilità del piano e la veridicità dei dati aziendali (su questo punto, chi scrive non aveva mai avuto dubbi), quanto l'importanza di **poter modificare anche in modo sostanziale la proposta o il piano**, sempre che tale eventuale modifica sia accompagnata da una **revisione della relazione dell'esperto attestatore**, che di nuovo dovrà dunque attestare la veridicità dei dati aziendali nonché la fattibilità del piano come modificato, a garanzia della conoscibilità da parte dei terzi.

Si rende attuabile la possibilità di intervenire con modifiche sostanziali che, lo si ripete, devono essere garantite dalla manifestazione di assenso da parte del professionista attestatore, proprio affinché sia possibile assicurare, ancora una volta ai terzi, la bontà del piano e la sua consapevole attuabilità.

Con il co. 5 dell'articolo il Legislatore ha aggiunto, alla comunicazione al pubblico ministero della domanda di concordato, anche l'onere, a cura del cancelliere, di pubblicare il medesimo nel Registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria, quale mezzo di pubblicità ai fini della decorrenza dell'efficacia della procedura di concordato nei confronti dei terzi, come poi prevede lo stesso art. 168 L.F.

Tale comma, ad avviso di chi scrive, può essere letto con la modifica prevista dal Legislatore all'art. 184 L.F. che **uniforma il termine** rispetto al quale il concordato diviene **obbligatorio per tutti i creditori anteriori**, portato dalla data del decreto di apertura della procedura a quello di pubblicazione nel Registro delle imprese.

Ed è da questa data che **iniziano a decorrere tutti gli effetti** del concordato nei confronti dei terzi, eliminando così tutti i dubbi interpretativi che esistevano dalla lettura congiunta degli artt. 161 e 184 L.F.

Di grande novità appare, invece, il co. 6 dell'art. 161 L.F., nel quale si prevede che l'imprenditore possa **depositare il ricorso** contenente la domanda di concordato **unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi riservandosi di presentare la proposta, il piano e tutta la documentazione**, prevista dai co. 2 e 3, **entro un termine** che deve essere **stabilito dal giudice e che va dai sessanta ai centoventi giorni** e che, in presenza di giustificati motivi, può essere prorogato di non oltre sessanta giorni.

Nello stesso termine, in alternativa e con conservazione sino all'omologazione degli effetti prodotti dal ricorso, il debitore può depositare domanda ai sensi dell'art. 182-bis, co. 1, L.F. In mancanza si applica il disposto di cui all'art. 162, co. 2 e 3, L.F.

L'intenzione del Legislatore è evidentemente quella di promuovere l'emersione anticipata della crisi, dando all'imprenditore gli strumenti di protezione assicurati con la pendenza di una domanda completa di tutti gli elementi fino a che non si sia perfezionata la proposta e il piano.

Come sappiamo il ricorso che contiene la domanda viene pubblicato nel Registro delle imprese ed è da quel momento che scatta il divieto di azioni esecutive e cautelari previste dall'art. 168 L.F.

Il Legislatore, inoltre, consente, con l'introduzione dei co. 7 e 8, dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'art. 163 L.F. e, quindi, fin dalle primissime fasi della procedura, di **compiere** tutti gli **atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione urgenti**, questi ultimi **previa autorizzazione del tribunale**, che può appunto assumere sommarie informazioni. I crediti, che dovessero sorgere nei confronti di terzi per atti legalmente autorizzati, godranno evidentemente della **pre-deduzione** ex art. 111 L.F.

In questo modo viene concessa al debitore la possibilità di **continuare anche la propria attività**, durante la fase preliminare di predisposizione della proposta, compiendo atti sia di ordinaria che di straordinaria amministrazione, anche eventualmente ottenendo **nuova finanza** alla quale viene riconosciuta essenzialmente natura pre-deducibile.

La novità è senza dubbio di rilievo anche se chi scrive non può che sottolineare ancora una volta quanto sia importante ed indispensabile che la crisi di impresa venga avvertita e percepita fin da subito, senza attendere che la situazione degeneri al punto tale da non poter più accedere ad una proposta di concordato preventivo.

Ciò che si sottolinea, ancora una volta, è la necessità di percezione dei fenomeni per quello che realmente sono e non con la mera volontà di provare in modo assolutamente sprovveduto, ben consapevoli di quanti rischi ci sono, soprattutto in termini economici, nel suggerire operazioni che non hanno speranza di realizzazione.

Se il Legislatore, da un lato, ha voluto rafforzare lo strumento di gestione della crisi garantendo la possibilità di affrontarla proprio con l'intento di salvare l'azienda o ciò che di essa rimane, dall'altro punisce severamente chi manifestamente ne alteri il contenuto, omettendo informazioni importanti o distorcendone il contenuto.

E questo non poteva che avvenire nei confronti del professionista, che conoscendo bene il mondo nel quale opera, non può certo permettersi di alterare tali informazioni.

Ciò che emerge fin dall'analisi di questi primi due articoli, per come modificati e a parere di chi scrive, è la volontà di circoscrivere in modo essenziale le dimensioni di accesso alla procedura di concordato preventivo, garantendo possibilità di intervento sulla proposta, anche sostanziali, nonché possibilità di continuazione dell'attività, certamente attestata le prime e autorizzate le seconde, nell'ottica di consentire la più ampia possibilità di movimento di un imprenditore che voglia salvare la propria impresa.

Questo però sempre nel rispetto di una tempistica che appare obbligatoria per accedere ad una procedura piuttosto che ad un'altra.

Si ricorda che con il decreto che dispone l'apertura della procedura il tribunale **può disporre gli obblighi informativi periodici, anche inerenti alla gestione finanziaria dell'impresa**, che il debitore deve assolvere fino alla scadenza del termine fissato.

In caso di violazione di tali obblighi si rende applicabile il disposto dell'art. 162, co. 2 e 3, L.F. Il Legislatore fissa poi un paletto importante quando prevede che la domanda di cui al co. 6 **sia inammissibile** nel caso in cui **il debitore, nei due anni precedenti, abbia già presentato domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo** alla quale non abbia fatto seguito l'apertura della procedura o l'omologazione.

### 3. EFFETTI della PRESENTAZIONE del RICORSO – Art. 168 L.F.

Il co. 1, art. 168 L.F. non fa che spostare il **dies a quo del decorso degli effetti protettivi della domanda di concordato** nei confronti dei terzi dalla data di presentazione di tale domanda fino al momento della pubblicazione del ricorso nel Registro delle imprese.

Come si osserva è stato previsto che **non** possono, sotto pena di nullità, essere iniziate né proseguite azioni non solo esecutive ma **anche cautelari** sul patrimonio del debitore.

La data di pubblicazione della domanda nel Registro delle imprese, che del resto è l'elemento di pubblicità della proposta nei confronti dei terzi, è stata presa come termine dal quale **calcolare, indietro nel tempo, i novanta giorni per l'inefficacia delle ipoteche giudiziali**.

Al co. 3 di fatto si è aggiunto un altro aspetto, ossia che le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione nel Registro delle imprese del ricorso sono **inefficaci nei confronti dei creditori anteriori** al concordato.

Tale norma ha un rilievo enorme se si osserva che alcuni creditori in passato si sono muniti di decreti ingiuntivi provvisoriamente esecutivi con cui iscrivere ipoteca giudiziaria, già ai primi sintomi di crisi o durante le trattative per un piano attestato o un accordo di ristrutturazione dei debiti.

Tale ipoteca fino ad oggi era da considerarsi assolutamente efficace nel concordato poiché solo con il fallimento essa poteva essere revocata.

Tale situazione costituiva certamente un problema per accedere alla proposta di concordato preventivo, che oggi viene assolutamente **superato**, proprio ritenendo del tutto inefficace l'iscrizione di ipoteche giudiziali trascritte nei novanta giorni antecedenti.

Si ricorda che la pubblicazione della domanda di concordato preventivo – cui segue poi declaratoria di fallimento – nel Registro delle imprese, ai sensi dell'appena introdotto co. 2, art. 69-bis, oggi rubricato «*Decadenza dell'azione e computo dei termini*», fa **decorrere i termini** previsti dagli artt. 64 (relativo agli atti a titolo gratuito), 65 (relativo ai pagamenti), 67, co. 1 e 2 (relativo agli atti a titolo oneroso), e 69 (relativo agli atti compiuti tra i coniugi).

#### **4. CONTRATTI in CORSO di ESECUZIONE – Art. 169-bis L.F.**

Tale articolo è **completamente nuovo** nella legge fallimentare e merita di essere analizzato in modo analitico.

Il debitore che accede ad una proposta di concordato preventivo può chiedere al **tribunale** o, successivamente al decreto di apertura della procedura, al **giudice delegato**, di essere autorizzato a **sciogliersi dai contatti in corso di esecuzione** alla data di presentazione del ricorso.

Su richiesta del debitore può essere autorizzata la **sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta**.

In questi casi il contraente ha diritto ad un **risarcimento del danno** conseguente al mancato adempimento **a titolo di indennizzo** e tale credito viene soddisfatto come **credito anteriore al concordato**.

Lo scioglimento del contratto **non si estende** all'eventuale **clausola compromissoria** in esso contenuta.

Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai rapporti di lavoro subordinato né ai contratti di cui agli artt. 72, co. 8, 72-ter e 80, co. 1, L.F., ossia ai preliminari trascritti aventi ad oggetto la casa di abitazione principale dell'acquirente quando il concordato sia richiesto dal promittente venditore e al contratto di locazione quando l'impresa ammessa al concordato sia il locatore.

Si ricorda che l'art. 72, co. 8, L.F. è stato modificato estendendo la non applicabilità delle disposizioni di cui al co. 1 anche agli **immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente**.

Se da un lato, quindi, il Legislatore ha ascoltato l'esigenza del debitore di liberarsi dai contratti gravosi ai quali a volte è addebitabile la crisi, allo stesso tempo non ha previsto una disposizione generale che comporti la sospensione dai contratti pendenti che può essere richiesta dal debitore e autorizzata dal giudice ma solo per non più di sessanta giorni, prorogabili una volta sola.

Deve trattarsi di una **richiesta da parte del proponente fin dal ricorso introduttivo ed è necessaria l'autorizzazione del tribunale**, in fase prodromica, o del giudice delegato, una volta aperta la procedura.

Tale sospensione, inoltre, ha un prezzo, dato che il Legislatore, ritenendo giustamente che tali contratti dovessero essere eseguiti per natura, ha condizionato la sospensione e lo scioglimento al pagamento di un indennizzo a titolo di risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento.

Chi legge non può non osservare con stupore che tale indennizzo viene trattato alla stregua di un credito sorto prima dell'apertura del concordato e non come credito pre-deducibile.

E del resto tale norma sicuramente è **in conflitto** con casi analoghi nel fallimento (si pensi al disposto dell'art. 80 L.F.) e ancora di più con la pre-deduzione riconosciuta in caso di crediti sorti nella fase preliminare alla presentazione della documentazione. Inoltre tale situazione appare manifestamente ingiusta nei confronti di chi, danneggiato da un contratto che doveva avere naturale esecuzione, si veda pregiudicato un diritto alla pre-deduzione in modo così pesante.

#### **5. ADESIONE alla PROPOSTA di CONCORDATO – Art. 178 L.F.**

Nell'ambito della disciplina fallimentare uno degli aspetti fondamentali è sempre stato quello della necessità di **assenso espresso da parte dei creditori nei confronti del concordato**, in mancanza del quale la proposta veniva rigettata.

Il raggiungimento delle maggioranze, attraverso l'espressione di un voto favorevole, ha sempre condizionato in modo fondamentale le sorti del concordato, tanto è vero che si è sempre sostenuto che più che la relazione del commissario giudiziale, naturalmente essenziale per mettere a conoscenza dei terzi la

proposta medesima, ciò che conta è solo ed unicamente l'espressione di voto di coloro che sono i veri destinatari della proposta medesima.

La conversione del D.L. 83/2012 ad opera della L. 134/2012 ha comportato la modifica dell'art. 178 L.F. che peraltro non era stata prevista nel D.L. originario e che ha in qualche modo ravvicinato il concordato preventivo a quello fallimentare.

Il nuovo art. 178 L.F. prevede, per prima cosa, che nel **verbale di adunanza dei creditori** debbano essere **inseriti non solo i voti favorevoli e quelli contrari alla proposta medesima, ma anche l'indicazione nominativa dei creditori che in quella sede non hanno votato e l'ammontare del loro credito.**

Non solo, ma mentre in passato, nei venti giorni successivi si raccoglievano solo le nuove adesioni alla proposta di concordato, oggi dovranno essere comunicate le manifestazioni di dissenso, ed in modo esplicito.

In caso contrario il creditore verrà considerato un creditore assenziente e come tale verrà considerato il suo voto nel concordato, con la regola del silenzio assenso del concordato fallimentare.

In caso di mancata approvazione del concordato, recita poi il nuovo art. 179 L.F. integrato con la previsione di un co. 2, qualora il commissario giudiziale rilevi, dopo l'approvazione del concordato, che sono **mutate le condizioni di fattibilità del piano**, deve darne **avviso ai creditori**, che possono costituirsi nel giudizio di omologazione fino all'udienza di cui all'art. 180 L.F. per **modificare il voto.**

In poche parole, sono i creditori ancora una volta i protagonisti della modifica del piano concordatario che, solo nel caso di mutate condizioni di fattibilità, possono addirittura modificare le sorti del medesimo.

Infine il nuovo co. 4 dell'art. 180 L.F. prevede che venga **estesa la facoltà di contestare la convenienza del concordato** preventivo anche in assenza di formazione di classi, **a creditori che rappresentino almeno il 20% dei crediti ammessi al voto.**

Fino ad ora, lo ricordiamo, il giudizio sul concordato è sempre spettato in **modo insindacabile** ai singoli creditori con la sola eccezione, in caso di concordato con classi, in cui i creditori dissenzienti appartenenti ad una classe dissenziente, potevano rimettere la decisione al tribunale sulla convenienza del concordato alla alternativa del fallimento.

## **6. ACCORDI di RISTRUTTURAZIONE dei DEBITI – Art. 182-bis L.F.**

Le modifiche previste dall'art. 182-bis L.F. sono in qualche modo una **risposta** ai tanti punti critici affrontati nei primi anni di applicazione della normativa in materia di **accordi di ristrutturazione dei debiti.**

In sostanza gli aspetti fondamentali toccati da tale innovazione sono legati all'uniformità di pensiero in tema di attestazione da parte del professionista che sia per il concordato, sia per il piano attestato, sia per gli accordi di ristrutturazione dovrà attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano.

Questo a rafforzare l'importanza di un'attività, quella del **professionista attestatore** appunto, che si pone come **garante nei confronti dei terzi.**

L'accordo, inoltre, deve consentire l'**integrale pagamento dei creditori** estranei.

Si chiarisce una volta per tutte il significato del termine «regolare» utilizzato in passato dal Legislatore e si forniscono ulteriori precisazioni in quanto si sottolinea che il pagamento deve avvenire entro centoventi giorni dall'omologazione per i crediti sorti antecedentemente già scaduti a tale data ed entro centoventi giorni dalla scadenza nel caso di crediti non ancora scaduti alla data di omologazione dell'accordo stesso.

Gli interventi apportati a tale disposizione hanno lo scopo di precisare che il divieto di esperire o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore comprende **anche il divieto di acquisire titoli di prelazione se non concordati** (parte inserita nel co. 3 del presente articolo) e i co. 6 e 7 riguardano punti di coordinamento e adeguamento alle innovazioni apportate ad altre norme.

## **7. DISPOSIZIONI in TEMA di FINANZIAMENTO e di CONTINUITÀ AZIENDALE nel CONCORDATO PREVENTIVO e negli ACCORDI di RISTRUTTURAZIONE dei DEBITI – Art. 182-quinquies L.F.**

L'art. 182-quinquies L.F. si presenta di fondamentale importanza per l'imprenditore che si accinge a presentare una **proposta di concordato preventivo** o a sottoscrivere un **accordo di ristrutturazione**, in quanto gli consente di potere ottenere, **dietro autorizzazione del tribunale, finanziamenti** in grado di consentirgli di preservare il valore aziendale fino ad omologazione **senza interrompere** l'attività aziendale, riconoscendo a tali finanziamenti la caratteristica della **pre-deduzione.**

Sappiamo che l'articolo 182-quater L.F. concede la predizione ai finanziamenti cd. ponte, ma si tratta di un'attività autonoma del debitore che necessita del riconoscimento della pre-deduzione da parte del tribunale al momento dell'emissione del decreto di ammissione e comunque di **finanziamenti effettuati in funzione** della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato o di omologazione dell'accordo.

In questo caso siamo, invece, in presenza di una situazione differente primo perché tali finanziamenti possono essere richiesti ed ottenuti anche in caso di presentazione del solo ricorso (definito **ricorso in bianco**), come si osserva dalla lettura dell'attuale art. 161, co. 6, L.F. o art. 182-bis, co. 6, L.F. ed in secondo luogo perché, conformemente a quanto previsto **solo oggi** dall'art. 182-quater L.F., può trattarsi di finanziamenti erogati da qualsiasi soggetto, non solo banche o intermediari finanziari, che sicuramente continueranno ad essere i protagonisti principali di tali fattispecie, ma anche da **soci divenuti tali in esecuzione del piano stesso** e sempre che la pre-deduzione sia prevista nel provvedimento con il quale il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato.

Si prevede, inoltre, che in deroga agli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c., l'art. 182-quater, co. 1 e 2, L.F. si applichi **anche ai finanziamenti effettuati dai soci fino alla concorrenza dell'80% del loro ammontare**.

Tali finanziamenti devono, inoltre, essere destinati alla **migliore soddisfazione dei creditori** e, quindi, devono rispondere all'esigenza di soddisfacimento di un **fabbisogno finanziario dell'impresa a breve termine**, dunque fino ad omologazione del concordato.

A garanzia di tali finanziamenti il debitore può concedere pegno o ipoteca, purché autorizzato dal tribunale.

Il debitore che presenta una proposta di concordato con continuità aziendale può chiedere al tribunale di essere autorizzato a pagare crediti sorti anteriormente, per prestazioni di beni o servizi, purché tale richiesta, per la quale si ricorda il tribunale può assumere sommarie informazioni, sia accompagnata dalla relazione di un esperto professionista, nominato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, co. 3, lett. d), L.F. che attesti, una volta verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa fino alla omologazione, che tali finanziamenti sono **essenziali** per la prosecuzione dell'attività d'impresa.

Tale attestazione non si rende necessaria quando i pagamenti vengono effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengono apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori.

Si ricorda del resto che la prededuzione può costituire un danno per gli altri creditori ed è questa la ragione per la quale al **tribunale**, che non conosce affatto la procedura mancandogli peraltro la relazione del commissario giudiziale, è **affiancato dall'esperienza di un professionista** in grado di giudicare quanto questo fabbisogno finanziario sia congruo e funzionale alla migliore soddisfazione dei creditori.

Il punto cruciale sta nel fatto che il debitore, nel caso abbia presentato il ricorso di concordato in continuità, ha **facoltà di chiedere di essere autorizzato a pagare crediti anteriori** per prestazioni di beni o servizi, sempre che un professionista in possesso dei requisiti soliti, attesti che tali prestazioni siano **essenziali** per la prosecuzione dell'attività di impresa e **funzionali ad assicurare** la migliore soddisfazione dei creditori.

La norma però non dice se i crediti anteriori vadano soddisfatti in misura integrale o nella stessa percentuale indicata per la categoria del creditore dal piano concordatario per le varie categorie di creditori e la differenza è senza dubbio importante.

Se, infatti, si disponesse un pagamento integrale del creditore, si addiverrebbe ad un'alterazione della *par condicio creditorum* oltre che ad alterazione delle cause legittime di prelazione.

Nel caso in cui, invece, fosse rispettata la percentuale attribuita ai creditori per effetto della presentazione del piano si avrebbe una rinuncia al divieto di pagamento di creditori anteriori in corso di procedura, che finirebbe per alterare il principio di parità ma non quello del rispetto delle cause legittime di prelazione.

Questo aspetto non è di poco rilievo, se letto con il fatto che attraverso la prosecuzione della attività d'impresa, l'imprenditore può ricevere **finanziamenti** per ottenere le risorse necessarie per far fronte ai pagamenti sorti nonché mantenere quei rapporti di fidelizzazione con alcuni fornitori che, ad esempio, possano consentire la prosecuzione dell'attività stessa.

Tali principi ovviamente vengono **estesi anche** agli **accordi di ristrutturazione**.

## **8. RIDUZIONE o PERDITA del CAPITALE della SOCIETÀ in CRISI – Art. 182-sexies L.F.**

Con l'art. 182-sexies L.F. si affronta **definitivamente** un tema già molto discusso in passato in quanto si concede **l'accesso alla procedura di concordato preventivo anche a società** che, per effetto della **perdita del capitale sociale**, si troverebbero in una situazione di **scioglimento ex lege**, consentendo in qualche modo la **ricapitalizzazione** attraverso la **funzione esdebitatoria** del concordato.

Dalla data di deposito della domanda per ammissione al concordato preventivo, della domanda di omologa di un accordo di ristrutturazione (ovvero di proposta di accordo ex art. 182-bis, co. 6, L.F.) e sino all'omologa, infatti, **non operano le disposizioni sulla riduzione del capitale per perdite, né la causa di scioglimento per perdita del capitale.**

Gli effetti di tale disposizione sono ovviamente legati alla sospensione degli obblighi di amministratori e sindaci ex artt. 2446, 2447, 2482-bis, 2482-ter c.c., nonché la sospensione della causa di scioglimento ex art. 2484, n. 4, c.c.

Per il periodo anteriore al deposito della domanda resta, tuttavia, ferma l'applicazione dell'art. 2486 c.c. ossia l'obbligo degli amministratori, fino alla nomina del liquidatore, di gestire la società, con finalità esclusivamente conservativa, nonché la responsabilità in caso di violazioni.

## **9. CONCORDATO con CONTINUITÀ AZIENDALE – Art. 186-bis L.F.**

Con l'art- 186-bis L.F. il Legislatore ha inteso disciplinare un aspetto importante legato alla possibile **prosecuzione dell'attività imprenditoriale** nel caso in cui sia in corso una procedura di concordato preventivo.

In questa fase infatti, somigliando un po' all'abrogata amministrazione controllata, si vuole soddisfare il ceto creditorio, utilizzando le **risorse finanziarie** che nascono dalla prosecuzione dell'attività dell'azienda e cercando, attraverso il risanamento dell'impresa, di raggiungere un equilibrio sia economico che finanziario, in un'ottica di *going concern*.

Tale punto viene analizzato proprio dal co. 1 di questo articolo, nel quale si specifica che l'applicazione delle disposizioni in questo contenute interessa i concordati il cui piano preveda la **prosecuzione dell'attività d'impresa** da parte del debitore, la **cessione dell'azienda in esercizio** ovvero il **conferimento dell'azienda in esercizio in uno o più società**, anche di **nuova costituzione**, o quando si è in presenza di concordati che presuppongano la continuità dell'esercizio dell'impresa, facendo salva la possibilità di liquidare i beni non funzionali all'esercizio della medesima.

Come è possibile immaginare siamo in presenza di una figura diversa rispetto alle altre procedure liquidatorie tanto che il Legislatore ha pensato di disciplinare in modo esaustivo questa fattispecie, dettando disposizioni rigorose a fronte di una procedura abbastanza complessa, che mira alla prosecuzione dell'attività aziendale.

Proprio per questo il Legislatore chiede che il piano contenga un'**indicazione analitica dei costi e dei ricavi** attesi dalla prosecuzione dell'attività, delle **risorse finanziarie** necessarie e delle relative **modalità di copertura**, nonché una relazione del professionista, come sopra accennato, che attesti che la **prosecuzione dell'attività d'impresa prevista** dal piano di concordato sia davvero **funzionale, importante e strumentale** al soddisfacimento dei creditori, dato che, proprio dalla prosecuzione dell'attività d'impresa dovranno **emergere i ricavi** che serviranno a pagare i creditori.

Il piano può prevedere (elemento questo di somiglianza con la vecchia procedura di amministrazione controllata) una **moratoria fino ad un anno dall'omologazione** per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione.

I creditori muniti di tali cause di prelazione non hanno diritto di voto.

Durante la prosecuzione dell'attività d'impresa i contratti in corso di esecuzione alla data del deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche Amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura.

Sono inefficaci eventuali patti contrari. Si ricorda che l'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore attesta la **conformità** al piano e la **ragionevole capacità** di adempimento.

Di questa continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, **anche la società cessionaria o conferitaria** di azienda o di rami di azienda cui i contratti siano trasferiti.

Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la **cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni** e tale disposizione è evidentemente correlata alla volontà di agevolare tali trasferimenti.

Resta quindi salva, nei limiti di quanto abbiamo visto essere stato disposto dall'art. 169-bis L.F., la possibilità di sciogliersi, per la società debitrice, dai contratti che ritiene non produttivi.

L'ammissione alla procedura di concordato preventivo **non inibisce la partecipazione ad assegnazione di contratti pubblici**, quando l'impresa presenti in gara la relazione di un professionista che abbia i soliti requisiti richiesti dalla legge che attesti la conformità del piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto, e la **dichiarazione di un altro operatore** che possieda requisiti di carattere generale, capacità tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si impegni nei confronti del **concorrente e della stazione appaltante** a mettere a disposizione per la durata del contratto, le **risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto** medesimo e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso

in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ossia non sia per qualche ragione in grado di regolare l'esecuzione dell'appalto medesimo.

L'impresa in concordato può concorrere, fatti salvi i punti sopra analizzati, **anche riunita in associazione temporanea di impresa**, purché non rivesti la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate a loro volta ad una procedura concorsuale.

In questo caso, la dichiarazione prevista da parte dell'operatore in possesso di requisiti di carattere generale, capacità tecnica, economica nonché di certificazione richiesti per l'affidamento dell'appalto, può provenire anche da un operatore facente parte del raggruppamento.

La norma si chiude prevedendo che se nel corso di una procedura iniziata ai sensi dell'art. 186-bis L.F. l'attività d'impresa dovesse cessare o risultare manifestamente dannosa per i creditori, allora il tribunale può provvedere ai sensi dell'art. 173 L.F.

## 10. ASPETTI TRIBUTARI

Seppure tale aspetto esuli dalle modifiche intervenute in senso stretto alla norma fallimentare, chi scrive non può esimersi dal citare alcuni aspetti di assoluta attinenza al tema che sono stati affrontati dalla L. 134/2012 ed aventi rilevanza fiscale.

Il decreto «Sviluppo 2012» ha, infatti, modificato anche la disciplina tributaria legata alla normativa fallimentare, includendo all'art. 88, D.P.R. 917/1986, tra le **sopravvenienze attive non rilevanti**, anche quelle che derivano dalla **riduzione di debiti che conseguono all'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti** ai sensi dell'art. 182-bis L.F. o **all'esecuzione di un piano attestato** ai sensi dell'art. 67, co. 3, lett. d), L.F., seppure con la limitazione alla parte che eccede le **perdite pregresse e di periodo** di cui all'art. 84, D.P.R. 917/1986.

Tuttavia, non è ancora chiaro se il richiamo all'art. 84, D.P.R. 917/1986 sia da intendersi limitato al concetto di perdita fiscale o anche alle modalità e ai limiti del suo utilizzo.

Un'ulteriore modifica che merita di essere ricordata riguarda l'art. 101, co. 5, D.P.R. 917/1986 che ha introdotto una **presunzione legale di sussistenza degli elementi certi e precisi** che ammettono alla **deduzione della perdita su crediti** per importi di modesta entità che si presumono tali se di importo **non superiore a 5.000 euro** per le imprese di più rilevante dimensione o a **2.500 euro** per le altre imprese, o se prescritti.

## 11. FALSO in ATTESTAZIONI e RELAZIONI – Art. 236-bis L.F.

Per concludere non si può non citare l'importante modifica che ha riguardato gli **aspetti penali** della normativa fallimentare attraverso l'introduzione di una **nuova fattispecie di reato**, un **delitto**, la cui *ratio* è quella di punire, e in qualche modo dunque prevenire, comportamenti da parte del professionista che nelle proprie relazioni di attestazione di piani concordatari, accordi di ristrutturazione e piani di risanamento aziendale **dichiarano manifestamente cose false od omettono di mettere a conoscenza di aspetti importanti, dei quali è a conoscenza, inerenti al piano stesso**.

Naturalmente la condotta è aggravata nel caso in cui da tali omissioni e/o comportamenti il professionista tragga qualche **vantaggio o beneficio** o **esponga i creditori a maggiore danno**.

Il reato proprio, ossia l'illecito penale, è rivolto a coloro che presentano una determinata **qualifica soggettiva**, quindi a professionisti iscritti nel Registro dei revisori contabili e che abbiano i requisiti richiesti dall'art. 28, lett. a) e b), ai sensi dell'art. 2501-bis c.c., ovvero a dottori commercialisti, ragionieri ed avvocati; studi professionali associati o società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse abbiano i requisiti professionali sopra esplicitati.

L'intento del Legislatore è, dunque, quello di mortificare in misura pesante situazioni nelle quali non vi sia rispondenza tra quanto indicato in relazione e la realtà dei fatti. La relazione deve dire la verità.

Affinché si parli di reato è evidente che dovrà trattarsi di **informazioni taciute**, il cui silenzio abbia una rilevanza di sorta, dunque di informazioni importanti anche per l'espletamento della propria attività da parte dell'autorità giudiziaria.

E spetta anche al professionista evidentemente definire, caso per caso, quali siano le informazioni che sono importanti e che necessariamente devono essere portate a conoscenza dei terzi.

Ecco perché il professionista deve poter conoscere bene la realtà nella quale si muove e a lui devono veramente essere indicati i singoli passaggi che s'intendono fare e gli obiettivi da perseguire.

Il lavoro tra imprenditore e professionista deve essere stretto ed improntato alla onestà reciproca, così che il professionista possa anche, nel caso lo ritenga opportuno, liberamente rifiutarsi di eseguire un incarico.

Trattandosi di fattispecie delittuosa, ai fini della configurabilità vi è il dolo, che i cultori della materia, riconoscono sufficiente nella forma di **dolo generico**, ossia quando si **agisce consapevolmente** con la volontà di indicare informazioni false od omettere fatti rilevanti.

Trattasi di delitto, e poiché esso non viene previsto in forma colposa, non sarà punibile il professionista che in errore sul fatto che costituisce il reato, non volontariamente, abbia ommesso di indicare (anche se con colpa) informazioni non indicandole nell'attestazione. Entrando nel merito della sanzione si chiarisce quanto segue.

Il professionista che espone **informazioni false** ovvero omette di riferire **informazioni rilevanti** è punito con la **reclusione** da due a cinque anni e con una **multa da 50.000 a 100.000 euro**.

Se il fatto è commesso al fine di conseguire un giusto profitto per sé o per altri, la pena è aumentata.

Se, infine, dal fatto consegue un danno per i creditori, la pena è aumentata fino alla metà.

Si osservi che il danno per i creditori può non necessariamente essere una diminuzione del patrimonio a loro disposizione, dunque può non essere necessariamente patrimoniale ed economico.

Tale sanzione costituirà senza dubbio un valido freno ad attestazioni superficiali, generiche e non attente alla realtà dei fatti, scoraggiando comportamenti che non sempre sono stati trasparenti.